THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE

POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE

L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT

SPÉCIALITÉ : DROIT PRIVÉ

Par Mamoudou NIANE

L'EXIGENCE DE SECURITE JURIDIQUE DANS LE RECOUVREMENT DES CREANCES

Sous la direction de : M. Abdoullah Cissé
co-directeur : M. Gaël Piette

Soutenue le 06/05/2014

Membres du jury :

M. Crocq Pierre Professeur Université Panthéon-Assas (Paris II)	Président
M. Gbaguidi Ahonagnon Noël Professeur Université d'Abomey-Calavi (Bénin)	Rapporteur
M. Ngom Mbissane Maître de conférence agrégé Université Gaston Berger (Sénégal)	Examinateur

Titre : L'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances

Résumé : Inspiré par une croyance fondée sur l'inégalité des parties, le droit de l'exécution poursuit le dessein d'un recouvrement rapide, sûr et peu coûteux des créances. Afin de relever ce défi, le droit OHADA a fait de la sécurité juridique une exigence fondamentale devant démontrer son aptitude à répondre aux attentes des différentes parties. Cependant, la pratique du recouvrement permet d'identifier des sources d'insécurité juridique préjudiciable au climat de confiance voulu par le légilateur communautaire. Ainsi, le caractère quasi-informel du recouvrement amiable, la résistance des juridictions nationales ou l'ineffectivité de certaines décisions judiciaires perturbent la prévisibilité inhérente à l'exigence de sécurité juridique. Conçu comme un système cohérent, le droit de l'exécution OHADA offre des ressources interprétatives propices à la correction des lacunes observées. Dans ces conditions, le juge occupe un rôle central dans la promotion de la sécurité juridique. D'une part, il assure le contrôle des prérogatives individuelles des parties dans le sens de réguler les conflits d'intérêts induits par des attentes souvent contradictoires. Dans cette optique, l'une des finalités de l'intervention du juge est d'assurer le respect du recours à la contrainte dans l'exécution. D'autre part, l'exigence de sécurité juridique servira au juge à établir une meilleure corrélation entre toutes les techniques garantissant le paiement du créancier dans un souci constant d'efficacité. En l'absence d'une consécration explicite de la sécurité juridique, la proposition d'une relecture de la théorie de l'exécution en droit privé offre l'opportunité de voir tous les mécanismes de son intégration dans le recouvrement des créances en tenant compte de la réalité juridico-économique de la créance.

Mots clés : Acte de procédure, créances, exécution amiable, exécution forcée, procédures civiles d'exécution, recouvrement des créances, saisies, sécurité juridique, titre exécutoire, voies d'exécution

---

Title : The requirement of legal certainty in debt collection

Abstract : Inspired by the belief grounded on inequalities between parties, the enforcement law continues to design a fast, safe and inexpensive debt recovery. To meet this challenge, the OHADA law made legal certainty requirement which must show its ability to live up to the expectations of the different parties. However, the recovery practice identifies sources of legal uncertainty detrimental to the climate of trust advocated by the Community legislature. Thus, the quasi-informal nature of debt collection, the resistance of national courts or the ineffectiveness of certain judicial decisions disrupt the predictability pertaining to the requirement of legal certainty. Designed as a coherent system, The OHADA enforcement law affords interpretative resources conducive to the rectification of the flaws spotted. In these circumstances, the judge plays a central role in promoting legal certainty. On the one hand, he

monitors the individual prerogatives of the parties in the direction of regulating conflicts of interest arising from the often conflicting expectations. In this context, one of the purposes of the intervention of the judge is to ensure compliance of coercion in the execution. On the other hand, the demand of legal certainty will allow the judge to establish a better correlation between all techniques guaranteeing the payment of the creditor for the constant sake of efficacy. In the absence of an explicit consecration of legal certainty, the proposal for a reinterpretation of the theory of enforcement law provides the opportunity to see all the mechanisms of its integration in debt recovery, taking into account the legal and economic substance of the claim.

Keywords : Amicable enforcement, debt, Enforcement Order, enforcement proceedings, judicial execution proceedings, legal certainty, Measures of Execution, Procedural act, recovery of a claim, securities

---

Unité de recherche

IRDAP-Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine–EA4191
Département SHS 16 Avenue Léon Duguit CS 50057 33608 Pessac Cedex

AVERTISSEMENT

Ni L'Université Gaston Berger de Saint-Louis, ni l'Université Montesquieu-Bordeaux IV n'entendent donner une approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

*Que me reste t-il comme mérite si je dois la réalisation de ce modeste travail à tant d'**âmes charitables**…*

*Tous les mots de l'univers ne sauraient exprimer avec exactitude ma **gratitude**, peut-être, un « merci » et encore…*

*Pour votre **soutien** scientifique, matériel et affectif…*

*Pr. **Abdoullah CISSE**, Pr. **Gaël PIETTE**, Astres de grand éclat m'ayant guidé « lumière sur lumière » ;*

*Aux membres du **Jury**, preuves de « discernement » dans les méandres de la science juridique ;*

*Au **P.E.R**, **P.A.T.S** et **étudiants** de l'U.F.R/S.J.P/UGB et de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, espérant que nous cheminerons toujours « en ordre serré, tel un édifice renforcé » ;*

*A mes **amis**, nous avons pris « un engagement des plus solennels » pour la vie ;*

*A ma **famille**, si j'avais agi autrement « toutes mes œuvres auraient été vaines », vous m'avez guidé « dans la bonne voie » et vous n'avez demandé pour cela « aucun salaire ».*

DEDICACE

A Yacine SAM (RIP)

A Papa (RIP)

A Nelson Madiba Mandela (RIP)

A Maman

PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Art.	Article
ASERJ	Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUPCAP	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUPSRVE	Acte uniforme portant organisation des procédure simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
CA Dakar	Cour d'Appel de Dakar
C. cass	Cour de cassation
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chronique
COCC	Code des obligations civiles et commerciales
Coll.	Collection
CPC	Code de procédure civile
CREDILA	Centre de recherche, d'études et de documentation sur les institutions et législations africaines
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction
éd.	Editions
FUSL	Facultés universitaires Saint-Louis
Ibid.	Ibidem, au même endroit
JCP	Juris-Classeur périodique
JO	Journal officiel

JORS	Journal officiel de la République du Sénégal
LGDJ	Libraire générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
NEA	Nouvelles éditions africaines
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
p.	Page
pp.	Pages
op. cit.	Opere citato, ouvrage cité
PUAM	Presses universitaires Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RIDE	Revue internationale de droit économique
RDCO	Revue des contrats
RDP	Revue de droit public
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant
t.	Tome
TDSL	Tribunal départemental de Saint-Louis
TOHADA	Traité OHADA
TRHC Dakar	Tribunal régional hors classe de Dakar
TRSL	Tribunal régional de Saint-Louis
Rép. **proc**. **civ**.	Répertoire de procédure civile
UEMOA	Union économique et monétaire Ouest-africaine
v.	Voir
Vol.	Volume

RESUME

Inspiré par une croyance fondée sur l'inégalité des parties, le droit de l'exécution poursuit le dessein d'un recouvrement rapide, sûr et peu coûteux des créances. Afin de relever ce défi, le droit OHADA a fait de la sécurité juridique une exigence fondamentale devant démontrer son aptitude à répondre aux attentes des différentes parties. Cependant, la pratique du recouvrement permet d'identifier des sources d'insécurité juridique préjudiciable au climat de confiance voulu par le légilateur communautaire. Ainsi, le caractère quasi-informel du recouvrement amiable, la résistance des juridictions nationales ou l'ineffectivité de certaines décisions judiciaires perturbent la prévisibilité inhérente à l'exigence de sécurité juridique.

Conçu comme un système cohérent, le droit de l'exécution OHADA offre des ressources interprétatives propices à la correction des lacunes observées. Dans ces conditions, le juge occupe un rôle central dans la promotion de la sécurité juridique. D'une part, il assure le contrôle des prérogatives individuelles des parties dans le sens de réguler les conflits d'intérêts induits par des attentes souvent contradictoires. Dans cette optique, l'une des finalités de l'intervention du juge est d'assurer le respect du recours à la contrainte dans l'exécution. D'autre part, l'exigence de sécurité juridique servira au juge à établir une meilleure corrélation entre toutes les techniques garantissant le paiement du créancier dans un souci constant d'efficacité. En l'absence d'une consécration explicite de la sécurité juridique, la proposition d'une relecture de la théorie de l'exécution en droit privé offre l'opportunité de voir tous les mécanismes de son intégration dans le recouvrement des créances en tenant compte de la réalité juridico-économique de la créance.

Mots-clés :

Acte de procédure, contrat, créances, droits fondamentaux, exécution amiable, exécution forcée, immunités, patrimoine, procédures civiles d'exécution, procédures collectives, procédures de distribution, recouvrement des créances, saisies, sécurité juridique, sûretés, théorie générale des obligations, titre exécutoire, voies d'exécution.

ABSTRACT

Title: The requirement of legal certainty in debt collection.

Inspired by the belief grounded on inequalities between parties, the enforcement law continues to design a fast, safe and inexpensive debt recovery. To meet this challenge, the OHADA law made legal certainty requirement which must show its ability to live up to the expectations of the different parties. However, the recovery practice identifies sources of legal uncertainty detrimental to the climate of trust advocated by the Community legislature. Thus, the quasi-informal nature of debt collection, the resistance of national courts or the ineffectiveness of certain judicial decisions disrupt the predictability pertaining to the requirement of legal certainty.

Designed as a coherent system, The OHADA enforcement law affords interpretative resources conducive to the rectification of the flaws spotted. In these circumstances, the judge plays a central role in promoting legal certainty. On the one hand, he monitors the individual prerogatives of the parties in the direction of regulating conflicts of interest arising from the often conflicting expectations. In this context, one of the purposes of the intervention of the judge is to ensure compliance of coercion in the execution. On the other hand, the demand of legal certainty will allow the judge to establish a better correlation between all techniques guaranteeing the payment of the creditor for the constant sake of efficacy. In the absence of an explicit consecration of legal certainty, the proposal for a reinterpretation of the theory of enforcement law provides the opportunity to see all the mechanisms of its integration in debt recovery, taking into account the legal and economic substance of the claim.

Keywords:

Amicable enforcement, contract, debt, enforcement immunities, Enforcement Order, enforcement proceedings, fundamental rights, general theory of the law of obligations, insolvency procedures, judicial execution proceedings, legal certainty, Measures of Execution, Procedural act, property, recovery of a claim, securities.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

L'EXIGENCE DE SECURITE JURIDIQUE, INSTRUMENT DE REEQUILIBRAGE DES PREROGATIVES DANS LE RECOUVREMENT DES CREANCES

Titre I – Le rééquilibrage des prérogatives dans la contrainte indirecte

Chapitre 1 – La régulation du pouvoir incitatif contractuel

Chapitre 2 – La flexibilité du pouvoir incitatif judiciaire

Titre II – Le rééquilibrage des prérogatives dans la contrainte directe

Chapitre 1 - La licéité des actes de procédure coercitifs

Chapitre 2 – L'utilité des actes de procédure coercitifs

DEUXIEME PARTIE

L'EXIGENCE DE SECURITE JURIDIQUE, TECHNIQUE DE GARANTIE DU RECOUVREMENT DES CREANCES

Titre I – La garantie structurelle de l'exécution

Chapitre 1 – La préservation du patrimoine recouvrable

Chapitre 2 - La valorisation du patrimoine recouvrable

Titre II - La garantie substantielle de l'exécution

Chapitre 1 – Par-delà l'objectivité dogmatique : la rationalité de l'exécution

Chapitre 2 – Au-delà la subjectivité : la finalité de l'exécution

CONCLUSION GENERALE

BIBLIOGRAPHIE

INDEX ALPHABETIQUE

TABLE DES MATIERES

L’exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances

INTRODUCTION

1. L'enjeu. « *De la mesure en tout* », telle est la devise de Cléobule de Lindos, l'un des sept sages de la grèce antique[1]. Elle traduit exactement l'essence de la sécurité juridique dans ses rapports avec la régulation sociale par l'ordre juridique. Elle s'applique plus particulièrement à l'exécution des créances, domaine de prédiléction de tous les excès. L'*affaire Shylock v. Antonio* relatée dans la Comédie de la Loi par F. OST[2] souligne les évolutions tumultueuses de la législation sur l'exécution des créances.

2. Au Sénégal, la législation sur l'exécution des créances est le fruit d'un processus en trois phases. D'abord, sous l'ère coloniale, on remarque la coexistence de la justice française et de la justice indigène[3]. Cette dualité avait une influence sur les logiques de régulation des conflits, notamment le recouvrement des créances. En effet, des études sur l'histoire coloniale soulignent les aléas inhérents à l'administration de la justice à cette époque[4]. Relativement à la sécurité juridique, l'affaire des « *dettes algériennes* » illustre les difficultés liées aux périodes de transition, c'est-à-dire, l'effet de lois nouvelles sur des situations juridiques antérieurement établies[5]. Ensuite, avec la décolonisation et l'indépendance des anciennes colonies, le Sénégal a entamé la seconde phase de construction d'une législation dédiée à l'exécution des créances. A cet égard, la Loi n°63-62 du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du Code des obligations civiles et commerciales (entrée en vigueur en 1967) contenaient les dispositions applicables aux rapports

[1] C. RAMNOUX, « SEPT SAGES les », in *Encyclopaedia Universalis* (en ligne), consulté le 10 septembre 2013, url : http://www.universalis.fr/encyclopedie/ls-sept-sages/

[2] F. OST, Shakespeare la Comédie de la Loi, Paris, Editions Michalon, Coll. Le bien commun, 2012, pp. 101 et s. L'auteur expose l'historique du droit de l'exécution à travers des références à la Loi des XII tables, le Talmud et la Bible. En parlant de la clause pénale (la livre de chair) insérée par Shylock dans le contrat d'emprunt, il souligne qu' « *elle fait l'objet de trois interprétations différentes (…), selon la première, aucun argument juridique ne s'y oppose. Priver le créancier de son bénéfice serait, du même coup, ébraler la confiance des investisseurs étrangers et compromettre ainsi le crédit commercial de Venise. Selon la deuxième lecture, la clause, valable en elle-même, s'avère cependant d'une inhumanité extrême, de sorte que son bénéficiaire se grandirait en y renonçant. Enfin, on se rappelle de la ficelle hyper-légaliste à laquelle se raccroche Portia en dernier recours : ce sera la livre de chair et pas une goutte de sang ni un gramme supplémentaire* ». pp. 108-109.

[3] P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, Thèse, UGB, 2010, p. 18.

[4] B. DURAND, « Les magistrats coloniaux entre absence et errance », in www.histoiredroitcolonies.fr/IMG/pdf/sitemagistratcoloniaux.pdf, (consulté le 14 septembre 2013).

[5] B. DURAND, M. FABRE, « Le juge et les dettes algériennes – L'écart entre le droit et l'équité », in *Juge et l'Outre-mer. Justice et décolonisation de 1940 à nos jours : Le juge et les rapatriés*, vol. 9, 2013 (à paraître), www.histoiredroitcolonies.fr, consulté le 14 septembre 2013. Dans cette affaire, les juges de la Cour de cassation avaient estimé que la spoliation des biens de ressortissants français par l'Etat algérien grâce à un mouvement de nationalisation n'entrainait pas une novation par changement de débiteur. Cependant, l'Etat français était intervenu par voie législative en accordant des délais de paiement et une suspension des poursuites jusqu'à l'indemnisation des débiteurs.

d'obligations entre créancier et débiteur[6]. Poursuivant son effort législatif, « *la Commission de codification a élaboré une troisième partie du Code des obligations relatives aux garanties des créanciers. Ses travaux ont été promulgués par une loi n°76-60 du 12 juin 1976 portant COCC, troisième partie, les garanties des créanciers* »[7]. Au plan de la procédure, l'ordonnance n°60-56 du 14 septembre 1960 fixant l'organisation judiciaire et les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé mettait en place un modèle judiciaire basé sur l'unité de juridiction[8]. Toutefois, c'est le Décret n°64-572 du 30 juillet 1964 portant Code de procédure civile[9] (entré en vigueur le 1er novembre 1964) qui allait établir la première véritable procédure civile d'exécution des créances. En effet, comme le souligne Y. NDIAYE « *avant 1964, la procédure civile était un véritable maquis. Le texte de base était un arrêté du Gouverneur du Sénégal du 22 juin 1823, comprenant 59 articles, complété par de nombreux décrets postérieurs, par des modifications fragmentaires apportées à des articles isolés du Code de procédure civile de 1806 et, enfin, par des emprunts de la jurisprudence à certaines des dispositions du code précité auquel il était fait appel à titre de raison écrite* »[10]. Les art. 353 et suivants du CPC instituaient les formalités nécessaires aux saisies conservatoires et exécutoires, ainsi qu'à la distribution des deniers. Prenant appui sur la restauration de la confiance des investisseurs, la troisième phase a, enfin, coïncidé avec l'avénement de l'OHADA[11]. Ainsi, pour rémédier aux nombreux maux dont souffrait le recouvrement des créances[12], l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE) a été adopté le 10 avril 1998[13].

---

[6] J-P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, Abidjan, Nouvelles Editions Africaines, coll. Bibliothèque Africaine et Malgache, t. XXXVI, 1981, pp. 16 et s.

[7] Ibid. p. 17

[8] Dans son propos introductif au premier colloque de l'ASERJ, le Président K. MBAYE retrace l'histoire de la codification au Sénégal en précisant pour le Code de procédure civile qu'il « *peut se définir comme un instrument moderne au service de la tradition. Le Code de procédure civile française n'avait jamais été introduit au Sénégal. Un arrêté local du 22 juin 1923 édictait des règles sommaires en la matière. Le chemin vers la solution des litiges était pavé d'un ensemble de textes qui souvent prêtaient à critique. L'unification des juridictions administratives et judiciaires, et la supression des juridictions de droit local, appelaient l'adoption d'un Code de procédure unique, aux règles simples mais précises* », in *Revue ASERJ*, spécial n°12, 7e année, 1974, pp. 13-14.

[9] JORS n°3705 du 28 septembre 1964, pp. 1289 et s.

[10] Y. NDIAYE, « Rapport introductif sur le Code de procédure civile », in *Revue ASERJ* op. cit., p. 75.

[11] Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) crée par le Traité de Port-Louis signé le 17 octobre 1993 (JO/OHADA n°4 du 01 novembre 1997), modifié par le Traité signé à Québec le 17 octobre 2008

[12] A-M. H. ASSI-ESSO, N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit uniforme africain, 2002, p. 3.

[13] JO/OHADA n°06 du 1er juillet 1998.

Cette réforme poursuivait deux objectifs majeurs : le renforcement de la sécurité juridique et judiciaire dans le recouvrement des créances et la modérnisation de l'arsenal juridique devant faciliter la mise en œuvre du droit à l'exécution.

3. En réalité, chaque étape répondait à une politique juridique spécifique. La première était verticale et de type gestionnaire, la seconde était sous-tendue par une volonté d'affirmation et de développement économique national, la dernière poursuit clairement le dessein d'une intégration régionale orientée vers l'attractivité du droit uniforme africain. Ainsi, à chaque politique correspond une conception particulière de la sécurité juridique. Si l'abrogation des dispositions anciennement applicables relativise l'intérêt de leur étude[14], la place de la sécurité juridique dans le modèle intégré d'exécution des créances mérite un regard attentif. En effet, au-delà de son inspiration étrangère[15], c'est l'efficacité juridique[16] du modèle d'exécution des créances qui est en jeu. Plusieurs études existent sur la question[17], certaines réalisées à partir des intérêts du créancier[18], d'autres centrées sur les préoccupations du débiteur[19]. Cependant, il est aussi possible de mener une étude mettant en parallèle les procédures civiles d'exécution avec les autres procédures de recouvrement des créances en droit privé. Aussi, notre propos est-il de mettre en relation l'exigence de sécurité juridique avec les procédures d'exécution des créances en droit privé dans l'optique d'en esquisser une théorie praticable. Mais, les notions polysémiques qui forment le sujet nous dictent quelques précisions terminologiques afin de préciser le sens de l'étude.

[14] Art. 336 AUPSRVE.
[15] Principalement la législation française, notamment la Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et le Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, in Code des procédures civiles d'exécution issu de l'ordonnance du 19 décembre 2011 et du Décret du 30 mai 2012, L. CADIET, *Code de procédure civile 2013*, Paris, LexisNexis, 26e édition, 2012.
[16] F. OST, M. VAN DEKERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, coll. Travaux et recherches, vol. 9, 1987, pp. 258 et s.
[17] J. DJOGBENOU, L'exécution forcée droit Ohada, Cotonou, Editions CREDIJ, 2ème édition, 2011. P-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Editions Lamy, 2011.
[18] A. de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales : droit Ohada et pratiques européennes*, Paris, Editions Global Finance Securities, 2ème édition, 2010.
[19] S. S. KUATE TAMEGHE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Paris, l'Harmattan, 2004.

4. Le domaine. La tentative de définition doctrinale des notions juridiques est entourée de deux contraintes indéniables : la polysémie et la relativité[20]. Les concepts choisis dans le cadre de notre thèse n'échappent pas à cette règle, aussi bien la sécurité juridique que le recouvrement des créances revêtent des acceptions différentes selon les réalités juridiques en cause. Nous allons circonscrire l'objet de l'étude à travers une précision terminologique avant d'en discuter la pertinence théorique et empirique.

5. Les discours sur la **sécurité juridique** reflète des prises de positions aussi diverses que les finalités poursuivies par leurs auteurs[21]. Comme le soutient fort justement J-L. BERGEL, « *les doctrines diffèrent en fonction des valeurs sur lesquelles elles mettent respectivement l'accent, autrement dit selon les finalités qu'elles poursuivent* »[22]. Ils portent généralement sur la méthaphysique du concept et sa systématisation. Cette préoccupation ressort des propos de M. FROMONT qui note qu' « *il est particulièrement intéressant de se poser la question à propos d'un principe, celui de la sécurité juridique, qui est presque la raison d'être du droit lui-même* »[23]. Il importe alors de souligner l'importance de la sécurité juridique dans la

[20] F. OST, M. VAN DEKERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, op. cit., pp. 157 et s. Les auteurs soulignent ces contraintes en s'essayant à une définition du « droit » et présente deux formes de défintions opérationnelles dans ce sens : la définition explicative et la définition constructive.

[21] En Afrique noire, les intérêts liés à la garantie de la sécurité juridique se manifestent dès l'accession à la souveraineté législative, voir K. MBAYE, *allocution d'ouverture du colloque « la législation sénégalaise à la lumière de la pratique »*, organisé par l'ASERJ in Revue sénégalaise de droit, Dakar, 1974 ; ils se prolongent avec l'harmonisation des droits nationaux dans le cadre de l'OHADA, P. MEYER, *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, Penant, n°855, 2006, pp. 151 et s. Voir aussi, R. DEMOGUE, *les notions fondamentales du droit privé*, éd. Mémoire du droit, Paris, 2001, pp. 63-109 ; Michel Fromont, *le principe de sécurité juridique*, in Actualité juridique-Droit administratif, 20 juin 1996 spécial, pp. 178-184 ; F. LUCHAIRE, *la sécurité juridique en droit constitutionnel français*, http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/secjur.htm; B. MATHIEU, *le principe de sécurité juridique*, in Cahiers du Conseil constitutionnel n°11, mars-septembre 2001 ; P. WAQUET, *droit du travail et sécurité juridique*, Journées des Présidents de chambres sociales des Cours d'Appel, Ecole Nationale de Magistrature, 28-29 sept. 2000 ; B. PACTEAU, *la sécurité juridique, un principe qui nous manque*, AJDA 1995, n° spécial, pp. 151 et s. ; et même en jurisprudence, voir, E. BEN MERZOUK, *la fausse consécration du « principe de sécurité juridique »*, note sous l'arrêt C. cass. 2ème civ. 30 janvier 2003 ; T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Thèse, Paris, Defrénois, coll. De Thèses t. 35, 2009, 630 p.

[22] J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4ème édition, 2003, p. 21.

[23] M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », in *L'Actualité juiridique – Droit administratif*, 20 juin 1996 spécial, p. 178. L'auteur estime que « *ce principe comporte normalement deux ensembles de règles : le premier vise à assurer la stabilité des situations juridiques, c'est-à-dire la permanence au moins relative de celles-ci dans le temps ; le second exige la certitude des règles et des situations juridiques, c'est-à-dire la clarté et la précision des règles et décisions étatiques, et donc une certaine qualité dans leur formulation* », p. 178.

construction et l'évolution de la pensée juridique. A ce propos, une observation liminaire sur sa nature juridique est nécessaire.

6. La qualification précise de la notion permettra d'éviter des amalgames au moment de l'appliquer au recouvrement des créances. Il apparaît que la littérature juridique dominante en fasse globalement un principe[24], même si certaines voix autorisées admettent qu' « *en réalité, appréhender la sécurité juridique est une tâche complexe, tant la notion est fuyante* »[25]. C'est en partie à cause de la relation inextricable qu'elle entretient avec l'ordre juridique. La sécurité juridique est une dimension ontologique du phénomène juridique et un critère décisif d'appréciation de sa cohérence interne et externe. Sous ce rapport, il serait difficile d'entreprendre une étude sur un concept flou et indissociable du système qui entend lui conférer une existence autonome. Toutefois, c'est à travers ses manifestations que la sécurité juridique parvient à exister dans le système normatif tout en assurant sa fonction de validation structurelle ou substantielle des relations qui s'y nouent. En effet, la sécurité juridique est un révélateur de cohérence et de validité des normes, au sens général, lorsqu'elle confère à la norme des propriétés compatibles avec l'intelligence systémique attendue de l'ordre juridique. Il s'agit de la liaison entre les qualités intrinsèques d'une norme juridique valide et les effets de son application dans la régulation sociale. La pertinence de ce complexe de relations est soumise à la sécurité juridique pour mesurer sa résistance à la temporalité des situations juridiques et à leur expansion spatiale. Cet aspect est généralement traité comme étant « *le volet objectif du principe de sécurité juridique* »[26]. D'un autre côté, la sécurité juridique est une réponse spécifique destinée au traitement d'une pathologie juridique. Elle permet de corriger une anomalie ponctuelle consécutive à l'atteinte portée contre une prérogative individuelle reconnue et protégée par le droit objectif. Dans cette perspective, la sécurité juridique s'émancipe de ses prétentions métaphysiques pour devenir un instrument légitimant l'action d'une autorité publique. Bien que cette représentation de la sécurité juridique soit assez séduisante, elle n'en

[24] P. CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », in *Recueil Dalloz*, 2006, n°18, chron., pp. 1190 et s.
[25] j-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique : Propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique* (L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, sous la dir.), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 5 et s.
[26] P. CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *op. cit.*, p. 1191.

reste pas moins tributaire de la dimension objective à cause des règles d'inférence établies par le raisonnement juridique. Ainsi, ce « *volet subjectif du principe de sécurité juridique* »[27] est un avatar de l'autorité formelle d'une norme supérieure. Toutefois, cette manière d'appréhender la sécurité juridique relève davantage du droit public[28].

7. Le droit privé véhicule une conception syncrétique et relative du principe de sécurité juridique. En effet, l'absence de consécration explicite d'un « principe de sécurité juridique » pousse le juge judiciaire à en faire référence au soutien d'une solution fondée sur une règle spécifique. Ainsi, dans sa décision du 30 janvier 2003, la Cour de cassation estime que le respect des délais de procédure est une garantie de la sécurité juridique[29]. L'ambiguité de la nature juridique du concept est l'une des principales objections à son recours plus régulier par le juge judiciaire. L'hésitation tient aux conséquences à attacher à la qualification qui sera retenue entre les concepts de principe, exigence ou impératif[30]. Cette réflexion n'est pas sans intérêt au regrard de la politique juridique du système en cause. On remarquera la propension des auteurs à la qualifier de « principe »[31]. Ce rattachement intellectuel comporte un enjeu important relatif à l'autorité de la sécurité juridique dans la hiérarchisation des normes. Aussi, « *l'action subersive du principe sur le droit* »[32] relevé par P. MORVAN participe t-elle à mettre en évidence le rôle joué par les principes de droit privé dans la construction du raisonnement judiciaire. Le fait de privilégier le qualificatif de « principe » permet au juge d'imposer la sécurité juridique à la fois aux destinataires des normes qu'à ses producteurs et interprètes. De ce point de vue, la sécurité juridique paraît comme une règle générale et évidente d'arbitrage de conflits d'intérêts. Il assume une fonction identique à celle des

[27] Ibid.
[28] *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, coll. Etudes et documents, 2006, 400 p.
[29] E. BEN MERZOUK, « La fausse consécration du principe de sécurité juridique », in *Recueil Dalloz*, 2003, n°40, pp. 2722-2725.
[30] E. BEN MERZOUK-GLON, *La sécurité juridique en droit positif, une valeur irréductible à la norme*, Paris, Editions Universitaires Européennes, 2010, 676p. En résumant sa pensée, l'auteur estime que « *la sécurité juridique n'est pas, ne peut pas et ne doit pas constituer un principe. Elle ne doit pas non plus accéder au rang de droit fondamental (…) aussi faut-il renoncer à faire de la sécurité juridique une norme juridique utilisée comme une panacée au risque de contribuer à l'inflation normative et d'amplifier les maux qu'elle entend guérir* ».
[31] M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », op. cit., p. 178.
[32] P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Thèse, Paris, Editions Panthéon Assas, coll. Droit privé, 1999, p. 689.

principes généraux du droit dans l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat[33]. Mais la consécration d'un principe de sécurité juridique[34] bouleverserait la perspective épistémologique du concept pour en faire une règle ordinaire et relative. En effet, elle perdrait son rang d'axe de gravitation du système normatif pour devenir une propriété du système affectée à la vérification de sa cohérence interne. Ce glissement de perception est une source d'insécurité juridique dans la mesure où son usage serait limité au contrôle abstrait de compatibilité et/ou de conformité de la situation juridique contestée à la norme supérieure qui doit la valider ou l'infirmer. Or, la protection des prévisions des parties requiert davantage que la simple analyse formelle. Ainsi, la qualification de « principe » entretient un rapport ambivalent avec l'idée même de sécurité[35], tandis que la protection des situations juridiques particulières nécessite une plus grande stabilité et une meilleure prévisibilité. De ce fait, la mutation du principe en une exigence marque une transformation quantitative et qualitative du rapport entre la sécurité juridique et son domaine d'application.

D'abord, l'exigence traduit une occurence entre deux choses, deux personnes ou une personne et une institution. Selon le Littré, elle renvoie à l'idée de « *réclamer quelque chose en vertu d'un droit fondé ou prétendu* »[36]. L'on s'accordre à y voir une aspiration « légitime » d'un sujet de droit à un résultat quelconque tiré du systéme normatif en vigueur. Puisque la sécurité juridique est l'une des finalités essentielles de tout « ordonnancement juridique »[37], la proposition peut être formulée de la manière suivante : l'exigence de sécurité juridique est l'aspiration légitime d'un sujet de droit à la réalisation d'un résultat déterminé par l'ordre juridique.

8. Bien entendu, la tentation d'une conception purement subjectiviste de l'exigence de sécurité juridique est un risque. Toutefois, en vertu de la reflexivité existant entre le concept et l'ordre juridique, il est possible de dépasser cette contrainte. Ainsi, la protection d'une prérogative individuelle n'entre pas systématiquement en conflit avec le maintien de l'état actuel de l'architecture normative. En effet, l'exécution des créances ne peut et ne doit se faire qu'avec des

[33] A. BOCKEL, *Droit adminsitratif*, Dakar, NEA, coll. Manuels et Traités t. 2, 1978, pp. 94 et s.
[34] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., pp. 449 et s. Pour explorer les raisons qui s'oppose à la consécration formelle d'un principe de sécurité juridique.
[35] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Editions Mémoire du droit, 2001, pp. 63-109.
[36] *Le nouveau LITTRE*, édition augementée du Petit Littré, Paris, Editions Garnier, 2004, p. 535.
[37] J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 21.

moyens reconnus par le droit positif. Dès lors, l'exigence de sécurité juridique est une condition de la continuité du fonctionnement systémique de l'ordre juridique. C'est ce qui ressort des propos de J-P. CAMBY, « *ce qui compte aujourd'hui aux yeux du citoyen, c'est que les normes juridiques lui permettent de se déterminer avec un degré de prévisibilité suffisante, au regard des critères clairs, connus et donc stables au moment où les choix s'exercent* »[38]. Nous remarquerons que l'aspiration du citoyen est en réalité fondée sur la confiance légitime qu'il accorde à la stabilité du système. D'ailleurs, la confiance légitime est une dimension inextricable de la sécurité juridique[39]. Cependant, l'objet de la confiance et son opposabilité en font un élément assimilable à la notion de droit subjectif, qui est également la consécration d'une certaine aspiration individuelle. Reprenant les thèses de Ihering, J. ROCHFELD estime que le droit subjectif « *garantirait juridiquement le bénéfice d'un avantage matériel ou moral, regardé comme légitime, au profit d'un titulaire* »[40]. Dans ce sens, l'objet de la confiance légitime, la stabilité d'une situation juridique acquise, pourrait être implicitement reconnu comme un droit subjectif. Il en résulte une présomption d'assimilation de l'exigence de sécurité juridique à un droit subjectif. Cette question est tranchée clairement en droit positif par le refus d'une consécration explicite d'un droit à la sécurité juridique[41], même si dans la doctrine, il ne manque pas de voix dissidentes[42].

9. Dans l'espace Ohada, la sécurité juridique est présentée comme un élément majeur de la politique d'intégration juridique[43] sans pour autant recevoir une consécration concrète en droit positif national[44]. Néanmoins, le législateur et le juge convoquent la sécurité juridique dans la motivation des grandes orientations

[38] J-P. CAMBY, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle », obs. arrêt 24 mars 2006 Société KPMG, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, 01 septembre 2006 n°5, p. 1169.
[39] S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Thèse, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001.
[40] J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, Paris, PUF, coll. Thémis, 2011, pp. 155-156. En outre, l'auteur rappelle les conditions d'existence d'un droit subjectif : l'existence d'un intérêt, la légitimité sociale de l'intérêt et la reconnaissance d'une action en justice pour sa protection.
[41] G. CANIVET, « Incertitude et politique jurisprudentielle de sécurisation du droit, questions et évolutions majeures de la jurisprudence : une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit », in http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation, consulté le 17 mars 2009.
[42] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., pp. 450 et s.
[43] Préambule Traité portant révision du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique adopté le 17 octobre 2008 à Québec (Canada).
[44] *Sécurité juiridique et sécurité judiciaire*, Audience solennelle de rentrée des Cours et Tribunaux, cour de cassation, vol. 6, 15 janvier 2003.

modernes de la politique juridique et jurisprudentielle[45]. Dans ces conditions, le défaut de consécration explicite d'un principe de sécurité juridique et l'incertitude quant à sa qualité de droit subjectif conduit à opter pour un qualificatif plus conforme avec l'esprit qui anime le droit privé[46]. Sans doute refroidie par les tentatives infructueuses de systématisation[47], la conception privatiste de la sécurité juridique est plus dynamique et s'attache aux effets produits par sa prise en compte dans l'élaboration d'une solution adaptée à une situation jurdique particulière. Il y a par conséquent, une pulvérisation du principe en plusieurs déclinaisons selon la matière en cause, mais poursuivant une finalité commune autour de la stabilité des situations juridiques. Ainsi, G. PIETTE a pu dire en parlant des transactions que « *la sécurité juridique apparaît comme la confiance légitime que les contractants et les tiers intéressés témoigent, en raison de sa prévisibilité, à l'encontre de l'environnement juridique et factuel de la convention* »[48]. Au-delà de cette application relative du « principe de sécurité juridique », il est tout à fait possible de voir une variation de la qualification du concept selon le destinataire dans l'intérêt du droit privé. Ainsi, pour le législateur et le juge, la sécurité juridique s'impose en impératif tant dans l'œuvre créatrice de règles que dans l'herméneutique assurant la cohérence du système[49]. Ce qualificatif fait de la sécurité juridique un outil dont la portée pratique détermine la démarche des autorités publiques dans la recherche de cohérence de la politique juridique et jurisprudentielle. Par rapport au système qui fonde leur légitimité, la sécurité juridique devient un impératif, mais dans leur méthodologie individuelle, elle est plutôt une exigence. C'est ce qui apparaît de la jurisprudence de la Cour de justice Européenne, lorsqu'elle affirme que la sécurité juridique est « *une exigence fondamentale* »[50]. C'est-à-dire, un élément déterminant du contrôle de la régularité de l'utilisation des prérogatives individuelles par les sujets de droit. Pour le justiciable, la sécurité juridique est également une exigence sous forme d'aspiration, depuis la décision de la Cour de justice affirmant que « *les exigences de la sécurité*

[45] P. MUZNY, « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », in *Recueil Dalloz*, Paris, 2006, n°32, chron., pp. 2214 et s.
[46] G. CORNU, *Droit civil – Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 11ème édition, 2003, p. 24. M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. QSJ, n°1808, pp. 5 et s.
[47] G. PIETTE, *La correction du contrat*, Thèse, Marseille, PUAM, 2006, p. 124.
[48] Ibid. p. 127.
[49] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 355 et s.
[50] A. BORZEIX, « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », in *RDP* n°4, 2010, p. 981.

juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante »[51].

10. La distinction entre l'immobilisme et la stabilité d'une situation juridique opérée par la Cour démontre la différenciation dans le niveau d'intervention de la sécurité juridique pour le privatiste. En effet, le système est appellé à réagir face aux mutations de la norme[52]. De ce fait, le système marque son besoin d'adaptation et d'évolution au contexte nouveau sans considération particulière pour les situations individuelles. Il y a donc une variation de finalités qui explique le refus des autorités publiques à se voir opposer une fixité de l'état d'un ordre juridique pour la satisfaction d'un intérêt individuel même légitime. Dans ces conditions, l'exigence est une croyance légitime en la capacité du système juridique à réaliser un résultat déterminé au profit du sujet de droit. Le concept de croyance rend compte de la double dimension de l'exigence, à la fois psychologique et matérielle. L'aspect psychologique de la croyance se confond avec la légitimité de l'intérêt qui est derrière l'aspiration du sujet de droit, tandis que l'aspect matériel désigne la norme qui assure virtuellement le respect des prévisions. Dans cet ordre d'idées, la combinaison axiologique/matériel restitue à l'exigence sa cohérence formelle en délimitant son objet et la finalité visée. Dans cette étude, l'exigence de sécurité juridique renvoie alors à « *l'aspiration légitime du sujet de droit de voir le système juridique produire un résultat déterminé dans la mise en œuvre d'une prérogative consacrée et protégée* ». Sur le plan pratique, les moyens de réaliser cette prévision sont aussi variés que les ressources disponibles dans la théorie générale du droit. Mais l'objet de notre étude nous incite à les limiter au recouvrement des créances.

11. Le **recouvrement des créances** est très souvent assimilé aux voies d'exécution dans la doctrine Ohada[53]. Cette tendance pourrait s'expliquer par au moins deux arguments. D'une part, le caractère pathologique de l'inexécution incite à voir d'emblée un remède juridictionnel à l'atteinte portée au droit du créancier par le débiteur. D'autre part, l'existence d'une codification récente applicable au recouvrement des créances dans l'espace Ohada facilite l'identification d'une

[51] Ibid. p. 981.
[52] N. MARTIAL-BRAZ, J-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, Paris, Economica, coll. Etudes juridiques n°43, 2011.
[53] A-M. H. ASSI-ESSO, N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, Bruxelles, op. cit., p. 1.

solution à l'impayé. Mais cette démarche est symptômatqiue du mouvement de « *procéduralisation du droit* » dans nos sociétés contemporaines[54]. Cepedant, l'assimilation du recouvrement des créances aux voies d'exécution comporte certaines limites qui peuvent influer sur la sécurité juridique des parties. D'abord, comme l'indique S. PIEDELIEVRE, « *le droit de l'exécution comprend essentiellement ce que l'on appelle les voies d'exécution, ce qui englobe les saisies et les mesures conservatoires. Mais il existe, principalement en droit des obligations, de nombreux procédés qui ont pour objectif de contraindre le débiteur à s'exécuter (…) il doit également tenir compte des procédures collectives qui prennent une importance considérable (…) avec le droit du surendettement et du rétablissement personnel* »[55]. Alors, les procédures de recouvrement des créances sont beaucoup plus larges que les seules procédures d'injonction et autres voies d'exécution. Ensuite, le contexte spécifique africain favorise l'exploration de logiques pacificatrices d'évitement du système judiciaire et l'émergence de pratiques informelles dans les affaires[56]. A l'appui d'une approche plurale du phénomène de régulation des activités économiques il est plus facile de déceler « *un glissement qui permet de saisir les différentes rationalités en cause* » comme le suggère A. CISSE[57]. A cet effet, le champ logique d'analyse de la sécurité juridique dans le recouvrement est plus étendu que le seul droit positif Ohada. En définitive, ces limites tiennent à l'espace, mais également aux règles matérielles des procédures de recouvrement des créances. L'existence de cet environnement pluraliste ne peut manquer de conséquences sur l'approche conceptuelle du recouvrement des créances. Cependant, suivant les propos de M. DELMAS-MARTY, « *la difficulté consiste à ne pas transformer le pluralisme en relativisme* »[58], car il s'agit de réduire l'incertitude à la portion congrue. Notre démarche s'attachera à envisager les procédures de recouvrement d'une manière globale sans prétendre à l'exhaustivité. Aussi, est-il souhaitable de partir du concept de créance pour renforcer l'unité structurelle de la notion de recouvrement.

[54] M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, op. cit., pp. 69 et s.
[55] S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, Paris, PUF, Coll. Thémis, 2009, pp. 17 et s.
[56] A. CISSE, « La pluralité juridique et le droit OHADA », in G. OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, Coll. 4 vents, 2012, pp. 185-200.
[57] Ibid. p. 193.
[58] M. DELMAS-MARTY, *Résister responsabiliser anticiper*, Paris, Editions du Seuil, 2013, p. 120.

12. Le choix du concept de **créance** s'explique par son pouvoir simplificateur dans la délimitation de l'objet du recouvrement. Le Doyen CARBONNIER n'écrit t-il pas que « *toutes les créances sont réductibles au même dénominateur monétaire, soit que, dès l'origine, elles aient un libellé en argent, soit que, ayant originairement un autre objet, elles soient seulement susceptibles d'être converties en dommages-intérêts par suite d'inexécution* »[59]. De ce fait, le caractère économique de la créance est un facteur de rapprochement de toutes les procédures de recouvrement au-delà des particularités affectant leurs sources et leurs règles de mise en œuvre. De sorte que, les procédures individuelles de recouvrement et les procédures collectives d'apurement du passif partagent l'unité formelle et structurelle de la créance. D'ailleurs, c'est l'un des motifs d'interaction des procédures de recouvrement, nonobstant les subtilités qui en rythment le déroulement[60]. Le recours au concept trouve également sa pertinence dans l'attrait discursif que provoque ses « *évolutions contemporaines* »[61] par rapport à la sécurité juridique. En effet, J. GHESTIN remarque à juste titre que « *deux évolutions sont particulièrement importantes. En premier lieu, les créances font l'objet d'un commerce varié et croissant. En second lieu, le caractère professionnel ou non professionnel de la créance tend à supplanter la traditionnelle opposition entre les créances commerciales et non commerciales* »[62]. Ces transformations sont à l'origine du renouvellement de la politique juridique de l'exécution des créances. On peut y voir le développement des techniques de protection des débiteurs surendettés[63], l'affinement de certaines règles dans les procédures d'apurement du passif[64] et les phénomènes de diffusion du risque d'impayé. L'invariance de la structure de la créance indépendamment de son origine ou de la qualité des parties lui donne sa grande plasticité. Donc, l'objet du recouvrement dans cette étude se rapporte à la créance considérée comme la prestation due par le débiteur au créancier en vertu d'un lien d'obligation. Néanmoins, la délimitation abstraite de la créance risque de confiner l'étude dans

[59] J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens les obligations*, Paris, PUF, Coll. Quadrige, vol. 2, 2004, p. 1582.
[60] S. GUINCHARD, T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2010-2011, 2009.
[61] J. GHESTIN (dir.), *Traité de Droit civil : le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005, p. 23.
[62] Ibid. p. 23.
[63] F. FERRIERE, P-L. CHATAIN, *Surendettement des particuliers*, Paris, Dalloz, Coll. Dalloz Référence, 3ème édition, 2006.
[64] P. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, Paris, LexisNexis, Coll. Droit 360°, 2012.

des considérations strictement théoriques ; aussi est-il opportun, voire nécessaire de replacer la créance dans son réceptacle épistémologique : le droit personnel. Cet effort de qualification permet de faire une transition entre la créance et le patrimoine[65] et d'asseoir le cadre du recouvrement (nous y reviendrons en évoquant les questions soulevées par le sujet). Toutefois, il convient de souligner que c'est sur le fondement de ce droit personnel que le créancier entreprend de contraindre le débiteur à exécuter la prestation promise.

13. La notion de **recouvrement** reçoit plusieurs sens en fonction de la discipline juridique en cause[66]. Elle peut signifier opération, perception, procédure, rentrer en possession, toucher voire plus. Dans le cadre de notre étude, il s'agira de rattacher la notion à son objet précis, c'est-à-dire les créances, pour en déterminer le sens recherché. Si l'on souhaite s'en tenir à l'état du droit positif Ohada, le recouvrement recoupera avec les procédures civiles d'exécution et les procédures collectives d'apurement du passif. Dans cette optique, le recouvrement serait une procédure dans le sens juridictionnel du terme. La notion de procédure est malaisiée à définir[67] tant son sens est conditionné par les principes du « droit au juge »[68] et du « droit à un procès équitable »[69]. D'ailleurs, on peut lire sous la plume d'auteurs avertis que « *la procédure ne saurait être réduite à l'instance car, si l'instance suppose la saisine du juge, cette saisine suppose à son tour l'exercice préalable d'une action dite précisément en justice* »[70]. Toutefois, S. GUINCHARD estime que la procédure renvoie à « *l'ensemble des formalités par lesquelles une difficulté d'ordre juridique peut être soumise à un tribunal, pour aboutir à une solution* »[71]. La généralité de cette définition a l'avantage de recouvrir les cas d'inexécution pouvant donner lieu à une saisine du juge. Aussi, se pose la question de savoir si les mesures

[65] P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Paris, Defrénois, Coll. Droit civil, 5ème édition, 2013, pp. 89 et s.
[66] S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2012*, Paris, Dalloz, 19ème édition, 2011, p. 725. B. MENUT (dir.), *le créancier et le recouvrement de sa créance*, Juris Classeur, coll. Juris compact, 2002 ; T. GINGEMBRE, A-L. STERIN, *recouvrement des créance*s, Paris, Encyclopédie Delmas, 1999 ; E. PERRU, *l'impayé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2005.
[67] Le Code de procédure civile (Décret n°64-572 du 30 juillet 1964 JORS n°3705 du 28 septembre 1964, pp. 1289 et s. plusieurs fois modifié) en son art. 1er nomme la procédure sans en donner une définition.
[68] P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, Thèse, UGB, 2010.
[69] Art. 7 Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples adopté à Nairobi en 1981.
[70] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, Coll. Thémis, p. 310.
[71] J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 26ème édition, 2001, p. 7.

conservatoires et d'exécution et les opérations d'apurement du passif des débiteurs professionnels ou des personnes surendettées peuvent être appréhendées dans la procédure définie ? L'extension du recouvrement aux procédés prévues par la théorie générale des obligations ou celles utilisées par les personnes visées à l'art. 1er du Décret n°96-1112 du 18 décembre 1996[72] incite à affiner la définition héritée du droit judiciaire privé. Dans la perspective d'une étude portant sur le droit de l'exécution en général, le recouvrement serait « *l'ensemble des formalités, opérations et techniques amiables ou judiciaires destinées à faire produire un résultat déterminé au profit du titulaire d'un droit de créance* ». Cette proposition nous permettra de reproduire autant que possible l'articulation logique des différentes phases d'un recouvrement quel que soit le schéma adopté par les parties. En outre, la conception large mais concrète de la notion de recouvrement a une valeur d'actualisation de la thématique en intégrant les évolutions futures poursuivant une finalité identique.

14. La précision terminologique effectuée sert à délimiter le domaine de notre étude en excluant de son champ certaines procédures de recouvrement. D'abord, le recouvrement des créances publiques, plus particulièrement les créances au profit de l'Etat. Il en est ainsi des procédures de recouvrement des créances fiscales organisées par les art. 652 et s. du Code général des impôts[73]. A ce propos, les art. 45 à 47 du Décret 2003-101 du 13 mars 2003 portant Règlement général sur la comptabilité publique édictent les procédures à suivre dans le recouvrement des créances publiques[74]. Un privilège au profit de l'administration douanière est également prévu dans l'exécution de ses créances[75] et aussi pour la Caisse de sécurité sociale pour le recouvrement des cotisations[76]. Le point commun à ces différentes procédures est l'usage de règles exorbitantes du droit commun qui rompent le postulat d'une égalité de traitement devant l'impayé. La discrimination est

[72] A. CROSIO, « Les habits neufs des recouvreurs de créances », in *Petites Affiches*, 05 février 1997 n°16, p. 12.
[73] Titre III du Livre IV relatif aux procédures fiscales de la Loi n°2012-31 du 31 décembre 2012 portant nouveau Code général des impôts publié au JORS n°6706 du 31 décembre 2012.
[74] A titre de droit comparé, l'art. L. 252 A du Code français de procédure fiscale énonce que « *constituent des titres exécutoires les arrêtés, états, rôles, avis de mise en recouvrement, titres de perception ou de recettes que l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics dotés d'un comptable public délivrent pour le recouvrement des recettes de toute nature qu'ils sont habilités à recevoir* ». Cette prérogative illustre parfaitement la particularité de la situation des créanciers publics.
[75] Art. 273 et s. du Code des douanes (1987).
[76] Art. 149 et s. du Code de Sécurité Sociale (Loi n°97-05 du 10 mars 1997).

certes justifiée par la mission d'intérêt général poursuivie par ces organes, mais elle remet en cause notre postulat d'égalité devant les règles de l'exécution. D'ailleurs, cette différenciation selon la qualité de personne publique du créancier ou du débiteur s'applique aux procédures collectives[77] et aux saisies grâce au principe de l'immunité d'exécution[78]. Ensuite, le recouvrement des créances en droit international privé[79] a été abordé de manière marginale pour deux raisons au moins. D'une part, le champ d'application spatial du droit Ohada atténue l'intérêt d'une telle question eu égard aux nombreux avantages d'un droit matériel harmonisé. D'autre part, le principe de territorialité de l'exécution transpose la question vers les principes de réception d'un jugement étranger dans le pays où l'exécution doit être poursuivie. Sur ce point précis, c'est la problématique de l'effectivité du droit à l'exécution qui est soulevée en tant que principe universel. Or, par rapport à ces deux contraintes, c'est la sécurité du droit par le droit dans la théorie générale du droit qui est envisagée. Notre étude répond à des proportions plus modestes. Enfin, l'intervention exceptionnelle du droit pénal pour sanctionner les professionnels du recouvrement[80] ou le détournement d'objets saisis[81] nous conduit à en faire référence à chaque fois qu'il est nécessaire.

En définitive, l'objet de la thèse est de proposer une lecture critique de la théorie et de la pratique du recouvrement des créances à partir de l'exigence de sécurité juridique.

15. Le problème. Le postulat d'une sécurité juridique optimale repose sur l'exécution spontanée par le débiteur de son obligation. Cette modalité a l'avantage d'éteindre l'obligation et par voie de conséquence réaliser la prévision du créancier. D'un point de vue théorique, elle s'incorpore parfaitement dans la norme posée par le législateur pour définir le paiement[82]. Toutefois, ce genre de débiteur n'intéresse pas *a priori* notre étude, c'est plutôt le côté pathologique qui met à l'épreuve l'exigence de sécurité juridique, c'est-à-dire la vocation du droit à offrir des mesures de protection

[77] J-J. GOVERNATORI, « Le droit administratif à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Gazette du Palais*, 31 octobre 2009 n°304, p. 9.
[78] Art. 30 AUPSRVE.
[79] S. GUINCHARD, T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., pp. 1873 et s.
[80] M-H. RENAUT, « L'huissier de justice face au droit pénal », in *Gazette du Palais*, 12 octobre 2002 n°285, p. 3.
[81] Art. 36 AUPSRVE.
[82] Art. 162 COCC « *Le paiement est l'exécution volontaire d'une obligation antérieure* ».

appropriées pour défendre les intérêts de chaque partie dans l'exécution. Pour ce faire, la contrainte cristallise la réponse étatique au phénomène de l'impayé. Ainsi, le créancier se voit reconnaitre la prérogative d'obliger son débiteur à exécuter la créance promise[83]. Essentiellement, c'est la question du caractère légitime de la contrainte et des moyens pour l'exercer qui se pose dans l'exécution. De ce point de vue, on note l'inscription de la prérogative du créancier dans un mouvement de fondamentalisation. En effet, la faculté de contraindre le débiteur est rattachée au droit à l'exécution[84] qui est consacré par l'ensemble des textes organisant les procédures de recouvrement des créances[85]. Ce pouvoir accordé au créancier est tout à fait justifié au regard du principe de la force obligatoire des conventions[86] et pour des considérations de justice sociale[87].

16. Mais dans l'exécution des créances, ce n'est pas tant la justification idéologique de son fondement qui nous préoccupe directement[88] que la régularité de son instrumentalisation. En effet, étant au service d'un droit fondamental[89], la contrainte doit être utilisée avec les moyens prévus par le droit et pour les finalités qui lui sont assignées. C'est à ce contrôle de conformité aux exigences essentielles d'un droit subjectif reconnu et protégé que s'attache la sécurité juridique dans le domaine du recouvrement. Le contrôle judiciaire de l'exercice de la contrainte par le créancier est l'indicateur de la prééminence du droit dans l'exécution des créances. Ce modèle permet une meilleure garantie de l'effectivité des droits individuels des parties[90] au recouvrement en raison des principes structurant son office. Dans le système de l'exécution Ohada, le contrôle emprunte une double modalité selon la

[83] Art. 195 COCC.
[84] J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°1, p. 113.
[85] Art. 28 AUPSRVE notamment.
[86] Art. 96 COCC.
[87] R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, Paris, LexisNexis, 11ème édition, 2012, pp. 1 et s.
[88] La validité juridique (validité plurielle au sens de F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 286 et s.) de cette prérogative est à recherchée dans les fondements même de la pensée juridique sur les droits subjectifs. En effet, le droit à l'exécution de même que le droit au juge sont des prérogatives fondamentales reconnues comme telles par tous les Etats de droit, v. le préambule de la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 ainsi que les art. 8 et 9, la Charte africaine des droits de l'Homme et du Peuple, l'Acte uniforme sur les voies d'exécution et le Code de procédure civile.
[89] J. FOMETEU, « Théorie générale des voies d'exécution OHADA », in *Encyclopédie OHADA*, op. cit., pp. 2056 et s.
[90] M. LEVINET, « La convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », in *Revue française de droit constituionnel*, 2011/2 n°86, p. 227-263.

situation du créancier au moment de l'exercice de la contrainte. Ainsi, le contrôle peut être *a priori*, si le créancier décide de requerir un titre[91] lui permettant de mettre en œuvre le moyen de contrainte choisi. Il peut être *a posteriori*, si le créancier décide de recouvrer sa créance sans un titre définitif. Le contrôle *a posteriori* concerne également les cas où le créancier aurait décidé d'agir directement ou par l'intermédiaire d'un tiers sans l'intervention préalable du juge. C'est pourquoi, le droit positif de l'exécution s'est directement intéressé à la question du titre exécutoire[92] en tant que matérialisation de la prérogative attachée au droit à l'exécution. Dans sa politique de revalorisation du titre exécutoire, le législateur communautaire énumère ces actes à l'art. 33 AUPSRVE. Néanmoins, dans l'ébauche théorique que nous entreprenons, la notion de titre s'entend aussi des autres actes judiciaires ou extrajudiciaires ayant pour objet le recouvrement ou l'extinction d'une créance en dehors des seules voies d'exécution[93]. Par conséquent, le pouvoir de contrôle du juge s'étend à toutes les hypothèses où la contrainte est susceptible d'intervenir dans les rapports entre un créancier et son débiteur quelle que soit sa forme. L'intérêt de ce postulat est de mettre en évidence la variété des normes de référence du contrôle judiciaire et l'autorité qui s'y attache dans une meilleure protection des intérêts légitimes de chaque partie. On pourrait y ajouter le renforcement de la légitimité du modèle de contrôle à cause de son orientation conforme à l'intérêt général[94].

17. L'objectif du contrôle n'est pas de corriger les inégalités structurelles entre les parties dans l'exécution des créances. Il est plus simple de vérifier le respect de toutes les garanties consubstantielles aux droits des parties dans la mise en œuvre de l'exécution. Pour ce faire, le contrôle est souvent formel, mais pour des raisons

[91] C. LEFORT, « Créancier et titre exécutoire », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., n°111/112, p. 3. L'auteur précise que le titre est « *un acte juridique ou matériel pouvant avoir des effets juridiques* ».

[92] ibid. pp. 3 et s. L'auteur souligne les exigences du titre exécutoire en ces termes « *pour autoriser l'engagement d'une procédure d'exécution, le titre exécutoire doit se caractériser par l'existence cumulée de trois éléments : l'apposition de la formule exécutoire, l'identification de l'obligation à exécuter et l'identification de son débiteur* ». V. M. DONNIER, J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Litec, 8ème édition, 2008, p. 63, ils estiment que « *le titre exécutoire est ce que l'on pourrait appeler le titre parfait permettant à son bénéficiaire aussi bien le recours à des mesures d'exécution forcée qu'à des mesures simplement conservatoires* ».

[93] Ibid. p. 69, il faut compter également les actes sous seings privés, les concordats et autres instruments poursuivant une finalité identique (C. LEFORT, « Créanciers et titre exécutoire », op. cit., p. 4).

[94] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

évidentes d'efficacité du modèle il sera de plus en plus substantiel[95]. Seulement, l'exigence de sécurité juridique s'imposant au juge aussi, il est évident que la légitimité du modèle intégre aussi le contrôle de son pouvoir d'intervention dans le champ de l'exécution[96]. Ainsi, la problématique de la sécurité juridique dans le recouvrement des créances est liée aux principes et mécanismes structurels de régulation du pouvoir par l'ordre juridique dans un Etat de droit.

Aussi, se pose t-il la question du contrôle de la réalisation des prérogatives individuelles reconnues aux parties dans le recouvrement des créances à travers l'exigence de sécurité juridique.

18. La démarche. « *Dès que le droit s'éloigne des réalités concrètes qu'il doit régir, il ne sert plus à rien* », J-L. BERGEL souligne l'importance du raisonnement dans la recherche de solutions aux problèmes juridiques[97]. Ainsi, la principale difficulté résidait dans la nature juridico-économique de la créance et dans la conception socio-anthropologique du pouvoir. Dès lors, notre analyse ne pouvait se limiter à « un juridisme passionnel » comme le faisait remarquer le Doyen CARBONNIER[98]. En effet, la plasticité de l'exigence de sécurité juridique nécessite la mobilisation de toutes les ressources offertes par la pensée juridique moderne pour recenser ses manifestations dans le contrôle de l'exécution.

19. Tenant compte de cette exigence, nous nous sommes d'abord intéressé à l'identification des prérogatives reconnues aux parties et à leur mode de contrôle. Dans cette perspective, le recours à l'analyse systémale[99] a permis de cerner les éléments structurels de la contrainte et les principales réponses que propose l'ordre normatif face au détournement de sa finalité. Dans le même temps, l'analyse substantielle[100] a été utile à la compréhension des mutations qui affectent les

[95] J-P. DINTILHAC, « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », in *Archives de politique criminelle*, 1/2011 n°33, pp. 29-48.
[96] R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, op. cit., pp. 125 et s.
[97] J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., pp. 283 et s.
[98] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Paris, Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 20.
[99] M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1982. L'auteur décrit l'analyse systémale comme « *une théorie qui, dépassant les théories, se construise sur des concepts transversaux aux systèmes et aux appareils nationaux et leur découvre une langue une grammaire commune* ».
[100] M.M. MOHAMED SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire ? », in *Mél. FARJAT*, Paris, Editions FRISON-ROCHE, 1999 ; G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », in *RIDE*, 1986, pp. 9 et s.

relations de pouvoir entre créancier et débiteur, et comme méthode de requalification des enjeux de l'exécution. Ainsi, il appert que l'exigence de sécurité juridique se destine à corriger les excès dans l'usage de la contrainte afin de maintenir l'exécution des créances dans les limites traçé par le droit. En fait, elle se présente comme une matrice d'interprétation de la régularité de l'usage de la contrainte par le créancier ou des moyens de défense reconnus au débiteur. C'est l'une des conditions de l'efficacité juridique[101] de l'exécution assurée par l'exigence de sécurité juridique. Toutefois, ce n'est pas la seule vocation de la sécurité juridique dans le recouvrement des créances. La nature patrimoniale de la créance a permis en recourant à l'analyse économique du droit[102] d'évaluer la fonction de garantie attribuée au système Ohada d'exécution des créances. Faut-il s'en étonner ? La valeur monétaire inscrite dans la créance incite à considérer la rationalité économique comme une logique de compréhension des stratégies de recouvrement dans un contexte dominé par l'idéologie libérale. Ainsi, aux lacunes du système juridique Ohada, l'analyse économique est venue apporter certaines réponses dictées par son pragmatisme[103]. Par conséquent, l'exigence de sécurité juridique contribue aussi à concilier les rationalités juridique et économique dans un souci de garantie de l'exécution. En définitive, notre étude s'est évertuée à préciser le sens de la sécurité juridique dans l'exécution des créances dans le but de proposer une exécution praticable à partir des contraintes actuelles du système. Sans prétendre à une analyse exhaustive, l'approche plurale[104] nous a permis d'identifier quelques invariants pour amorcer une théorisation de l'exécution praticable en droit privé.

20. Le plan. Le recours à la sécurité juridique comme facteur explicatif du contrôle de l'exécution est un moyen de vérifier la validité du système OHADA actuel au regard des principes civilistes. Ce n'est pas une entreprise révolutionnaire qui en est

[101] M-A. FRISON-ROCHE, « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », in *Petites Affiches*, 28 décembre 2000 n°259, p. 4.
[102] L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Editions Larcier, coll. Droit/Economie international, 2008.
[103] F. MARTIN, B. GERARD-GODARD, « La mobilisation des créances commerciales de l'entreprise : escompte, bordereau Dailly et affacturage », in *Petites Affiches*, 19 mai 2001 n°99, p. 23.
[104] A. CISSE, « La pluralité juridique et le droit ohada », op. cit., p. 193. L'auteur précise que « *l'approche plurale émerge comme un outil d'analyse et d'interprétation de la production du droit et de sa mise en œuvre. Elle est forcément interdisciplinaire, s'enrichit de la démarche comparatiste et de benchmarking, s'intéresse aux faits pertinents (analyse substantielle), aux modèles des systèmes de régulation sociale (analyse systémale) et transcende les cloisons posées par les cultures juridiques (analyse trans-systémique)* ».

ressortie, mais le constat d'un droit perfectible à l'aune des évolutions récentes de la pensée juridique. Ainsi, l'exigence de sécurité juridique garde toujours un rayonnement symbolique comme **instrument de rééquilibrage des prérogatives dans le recouvrement des créances** (Première partie), et une utilité pratique en tant que **technique de garantie du recouvrement des créances** (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE : L'EXIGENCE DE SECURITE JURIDIQUE, INSTRUMENT DE REEQUILIBRAGE DES PREROGATIVES DANS DANS LE RECOUVREMENT DES CREANCES

« Après le jugement qui le condamne, le débiteur est un vaincu, le créancier ne discute plus avec lui, il l'exécute. C'est ici que doit intervenir le législateur qui a le devoir de ne pas laisser le plus fort aller jusqu'au bout de son droit, et dépouiller complètement le débiteur. »[105]

[105] Y. NDIAYE, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, volume 4, NEA, 1982, p. 229.

21. L'idée d'un droit à l'exécution absolu ou discrétionnaire[106] doit être écartée si l'on veut étudier l'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances. Cette conception tendrait à rapprocher les prérogatives du créancier de celles de l'Administration dans ses rapports avec les particuliers. En effet, comme le souligne Y. GAUDEMET « *la présence d'une personne publique au contrat requiert plus d'efficacité dans l'exécution de celui-ci ; ce qui est justifié par la considération que ce contrat, au-delà des obligations synallagmatiques qu'il contient, est normalement mis au service de l'intérêt général* »[107]. Le privilège du préalable et celui d'exécution sont à cette fin de puissants instruments de contrainte au service de l'intérêt général. Pourtant, au début du XXème siècle, le commissaire ROMIEU[108] démontrait la nécessité pour l'administration de respecter une certaine régularité dans l'exécution forcée des décisions légales. C'est dire que l'intérêt général ne peut tout justifier *a fortiori* un intérêt particulier.

22. Le tableau de l'exécution n'est pas une frasque monochrome imprimée sur un tissu uniforme. Il est une symphonie où l'accord entre les instruments est tout aussi important que le sens. En effet, il s'agit, à travers le droit de l'exécution de la mise en œuvre d'un droit fondamental avec un fort degré de subjectivation[109]. Cette conception des prérogatives du créancier tire son fondement des principes structurels du contrat, notamment de la force obligatoire des conventions. Ainsi, l'exécution étant un élément continu du lien juridique primitif, elle doit s'inspirer de celui-ci dans son déroulement. Une telle approche de la continuité juridique a le mérite de confiner le créancier dans une posture favorable et rigide où la seule issue pour le débiteur est de subir la procédure quelle qu'en soit la forme ou la nature. Si la sécurité juridique consiste dans la consolidation de l'acquis contractuel quel qu'en

[106] G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in (sous dir. FONTAINE M., VINEY G.) *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2001, p. 184.

[107] Y. GAUDEMET, « Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 133.

[108] L. GROS, « Théorie de la voie de fait : une évolution en forme de retour aux sources », in *Petites Affiches*, 20 mai 1996 n°61, p. 7.

[109] J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », in Revue des contrats, 01 janvier 2006 n°1, p. 113. Dans son article, l'auteur fait une analyse intéressante des pouvoirs du créancier dans la faculté de celui-ci d'exiger une exécution en nature ou la résolution du contrat. La prise en compte de l'incidence économique de sa décision pour le créancier constitue à cet effet un facteur d'efficacité certain. Pour la sécurité juridique, les intérêts du débiteur sont quelque peu négligés au profit de ceux du créancier, la conséquence d'une certaine continuité dogmatique du droit de l'exécution.

soit le coût, il n'est pas sûr que la théorie générale des obligations conserve sa légitimité. En effet, l'exigence de sécurité juridique serait alors l'allié le plus fidèle « d'une sorte d'esclavage encadré »[110]. Cela n'étant pas la finalité assignée à l'exigence de sécurité juridique, il est permis de s'interroger sur l'importance de ce principe dans l'interprétation du conflit d'intérêt entre le créancier et le débiteur.

23. Devant une situation d'impayé, le créancier a la faculté de contraindre son débiteur au paiement comme le lui reconnaît l'art. 28 AUPSRVE ou la possibilité de l'y inciter telle que prévue à l'art. 105 COCC. La voie du recouvrement amiable accorde au créancier une plus grande liberté d'action face à son débiteur. Elle reproduit le modèle contractuel de base en laissant à l'impératif de sécurité juridique évoluer en toile de fond. Paradoxalement, c'est avec ce moyen que le besoin de sécurité juridique est plus prégnant dans sa dimension subjective. En l'absence des garanties procédurales, le débiteur doit être familier avec le droit substantiel afin de préserver ses intérêts. Or, si tel n'est pas le cas, le rôle de la sécurité juridique ne devrait-il pas être de garantir un sain équilibre entre les prétentions du créancier et les possibilités du débiteur ? L'on serait proche du modèle concurrentiel où la transparence s'impose comme principe directeur[111]. La finalité ainsi poursuivie par l'exigence de sécurité juridique pourrait être dans un premier temps d'affermir l'effectivité des principes contractuels classiques, tels que le respect de la parole donnée ou l'autonomie de la volonté. Dans un second temps, la sécurité juridique servirait de révélateur de l'intégration grandissante des droits de l'homme dans la sphère de l'exécution[112].

24. En instrumentalisant la contrainte, le créancier cherche avant tout la réalisation de son attente légitime par le système juridico-judicaire. Cette perspective accorde au juge un rôle important dans l'exécution et fait intervenir un personnel spécialisé dans le recouvrement des créances. La transition de l'exécution négociée vers l'exécution forcée s'accompagne d'un changement de paradigme avec la force

[110] S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 49.
[111] C. ZOLYNSKI, « Détermination des sanctions par l'Autorité de la concurrence : quelle méthode ? », in *L'ESSENTIEL droit des contrats*, 01 septembre 2011 n°8, p. 3.
[112] N. FRICERO, « L'exécution des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme : un enjeu pour l'Europe », in *Petites Affiches*, 02 mars 2006 n°44, p. 37. L'auteur fait de la parfaite exécution des décisions de justice un élément fondamental de l'effectivité de la protection des droits de l'homme (cessation de la violation et paiement de la satisfaction équitable obtenue).

exécutoire[113]. On pourrait croire que l'intervention du juge garantit *ipso facto* une sécurité juridique totale dans l'exécution. Mais tel n'est pas le cas ; en elle même, elle constitue un facteur essentiel dans l'arbitrage des intérêts entre les parties. Toutefois, elle peut être source d'insécurité juridique lorsque l'interprétation du droit substantiel de l'exécution conduit à une rigidité préjudiciable aux intérêts du créancier. Donc, il serait parfaitement souhaitable de s'interroger sur l'effectivité du droit à l'exécution grâce à la procédure. En effet, toute la théorie sur les actes exécutoires, notamment dans un espace communautaire[114], mérite d'être éprouvée à l'aune de la sécurité juridique. Dans ce cas de figure, une des finalités de la sécurité juridique serait de renforcer la crédibilité du droit de l'exécution et de manière plus décisive la réalité du droit à l'exécution dans l'espace juridique de référence.

Au total, la prise en compte des intérêts de chaque partie dans l'exécution revient à comprendre la logique d'intervention du principe de sécurité juridique dans le recouvrement des créances. Encore, c'est le rééquilibrage de ces prérogatives dans le recouvrement amiable ou forcé des créances. Ainsi, pour démontrer l'importance de l'exigence de sécurité juridique dans la stabilité du droit à l'exécution, il convient de l'étudier sur le rééquilibrage de la contrainte indirecte (**Titre I**) et sur le rééquilibrage de la contrainte directe (**Titre II**).

[113] R. LIBCHABER, « force obligatoire et force exécutoire des obligations », in *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n°2, p. 465.
[114] Y. CHAPUT, « L'harmonisation par la procédure : vers un procès européen », in *Gazette du Palais*, 21 août 2008 n°234, p. 28.

TITRE I – LE REEQUILIBRAGE DES PREROGATIVES DANS LA CONTRAINTE INDIRECTE

25. La force obligatoire du contrat est la garantie classique de l'exécution des obligations. Elle permet au créancier d'exiger du débiteur, la réalisation de la prestation promise[115]. Cet idéal du droit des contrats continue à inspirer les transactions d'affaires ou de la vie courante[116]. Cependant, son effectivité peut être perturbée par l'inaction du débiteur une fois l'exigibilité acquise. Cette situation crée une incertitude sur la prétention de la force obligatoire à assurer l'exécution. Or, il est important pour le créancier de faire respecter son droit, surtout si l'opération litigieuse s'insère dans un ensemble complexe de transactions[117]. Dans ce cas, le risque peut être systémique et remettre en cause la fiabilité du système juridique à réaliser les attentes légitimes des opérateurs économiques.

26. D'un point de vue individuel, la réaction du créancier est fonction d'un choix qu'il opère entre les différents remèdes à l'inexécution contractuelle. Ainsi, il peut par anticipation prévoir les mécanismes de résolution de la défaillance du débiteur lors de la conclusion du contrat. C'est une forme de contractualisation du risque d'impayé au nom d'une plus grande sécurité juridique. Toutefois, cette faculté est strictement encadrée par le législateur dans un souci de préservation de la liberté des parties[118]. Le créancier peut également recourir au juge pour faire exécuter le contrat. Le droit positif lui permet d'opter pour l'exécution volontaire de l'obligation en requérant du débiteur plus de diligence. Cette phase de recouvrement place le juge au cœur d'une stratégie amiable de paiement de la créance. C'est un degré d'ouverture de la contractualisation de l'exigence de sécurité juridique poursuivant un objectif d'effectivité. Le rôle modérateur du juge va élargir son office et diversifier les instruments de contrôle des prérogatives de chacune des parties. Il inclut la

[115] M. MEKKI, « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », in *Revue des contrats*, 01 avril 2006n°2, p. 297 et s.
[116] D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », in *Revue des contrats*, 01 décembre 2003 n°1, p. 295.
[117] G. PIETTE, *La correction du contrat*, Thèse, PAU, 2002.
[118] M. FRANGI, *Constitution et droit privé*, Paris, Economica, 1992. En référence à l'appréciation de la liberté contractuelle, l'auteur souligne « *c'est implicitement ou explicitement, au nom du principe constitutionnel d'égalité, que le législateur va, dans l'intention de protéger la partie contractante réputée la plus faible, réduire un aspect du principe constitutionnel de liberté dont aurait pu se prévaloir le co-contractant présumé dominant* », p. 162.

possibilité de tester les combinaisons stratégiques du créancier à la vision de l'exécution portée par le système juridique[119] pour en déterminer l'efficacité. Aussi, le traitement de l'incertitude par les outils contractuels montre t-il une tendance à la régulation du processus incitatif au paiement par l'exigence de sécurité juridique (**Chapitre 1**). Par ailleurs, son rattachement à l'organe indique une volonté d'approfondir la protection des intérêts spécifiques de chaque partie ainsi que leur harmonisation avec les valeurs fondamentales du droit à l'exécution (**Chapitre 2**).

[119] A-M-H. ASSI-ESSO, N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, 2002. S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2009.

CHAPITRE 1 – LA REGULATION DU POUVOIR INCITATIF CONTRACTUEL

27. Le contrat a sa loi, c'est la volonté des parties qui se sont engagées. Ceci est d'autant plus vrai qu'en cas de crise dans son exécution, il constitue le point de départ des revendications de chacun des cocontractants. Il peut aussi en constituer la solution lorsque les parties s'accordent sur la mise en œuvre des clauses destinées à résoudre les difficultés nées de son exécution. Pour ce faire, le contrat devrait être compris comme un instrument d'échange et de gestion des rapports entre particuliers. Ainsi, la survenance d'un risque d'inexécution peut être surmontée par l'effet comminatoire de l'usage d'une prérogative contractuelle contraignante. Autrement, l'outil contractuel peut servir de base à une négociation entre les parties pour préserver l'utilité du contrat ou rendre son exécution encore possible. On comprend alors que la sécurité juridique dans ces hypothèses s'assimile à la réalisation des attentes des parties sans intervention extérieure. Le problème est d'en étudier les modalités (**Section 1**).

28. Le contrat, c'est aussi l'univers des interactions volontaires entre les différents droits subjectifs reconnus aux particuliers. En particulier, il confère un pouvoir au créancier sans exclure la possibilité pour le débiteur d'user de sa liberté de manière très aléatoire. Or, il est souhaitable que s'instaure un équilibre entre les différentes prérogatives des parties pour que le recouvrement soit possible. Un auteur rappelle d'ailleurs que « *l'un des intérêts de l'équilibre contractuel consiste précisément à rechercher un compromis entre deux pôles d'attractions nécessaires que constituent la stabilité et la souplesse* »[120]. A cet égard, la référence aux droits fondamentaux dans l'exécution est une manière de contrôler les tentatives amiables de recouvrement en l'absence d'un titre exécutoire ou d'aborder des questions transversales comme la dignité humaine. En définitive, l'incitation ne doit pas céder le pas à l'oppression, nonobstant la légitimité de la prétention du créancier. C'est l'une des raisons d'étudier la sécurité juridique dans la mise en œuvre des prérogatives contractuelles (**Section 2**).

[120] L FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Thèse, LGDJ, 2002.

Section 1 – La maitrise de la prévisibilité du risque d'impayé par les principes contractuels classiques

29. L'exigence de sécurité s'accorde t-il aux principes contractuels classiques[121] dans le recouvrement des créances ? Telle pourrait être la question majeure qui interpelle celui qui s'intéresse à l'usage d'une prérogative contractuelle à titre incitatif.

La réponse emprunte la dualité que les principes classiques impriment au contrat selon que l'on se trouve au moment de sa formation ou de son exécution. Ainsi, le principe de sécurité juridique doit être appréhendé à travers ces deux moments sans méconnaitre le terreau qui les porte : la liberté et l'égalité entre les parties. Ainsi, il importe de démontrer que la sécurité juridique peut servir de grille de lecture aux principes contractuels classiques et déterminer leur degré d'adéquation à l'objectif de prévisibilité dans l'exécution recherché par les parties. Aussi, allons-nous vérifier cette hypothèse sur la liberté contractuelle (§1) avant de la tester sur l'égalité contractuelle (§2).

§ 1 – Le recours à la liberté contractuelle dans le contrôle de l'incertitude sur le paiement

30. Le contrat est le support technique de la réalisation d'une attente sociale légitime juridiquement protégé. Il peut être utilisé comme un instrument préventif ou curatif dans la perception et le traitement du risque d'impayé. C'est une dimension de la sécurité juridique qui montre sa flexibilité dans la prise en compte des circonstances affectant l'exécution des obligations. Car, l'attitude initiale du créancier devant le risque d'impayé est plutôt un reflexe conservateur : être payé immédiatement. Cette représentation du rapport entre le créancier et le débiteur peut être tempérée par les diligences qui ont accompagné la formation du contrat. Aussi, permettront-elles selon les cas d'user d'une prérogative contractuelle comminatoire (A) ou d'en conclure un nouveau (B).

[121] D. MAZEAUD, « observations sur l'ouvrage F. Terré (sous la dir. de), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008 », in *Revue Droit des contrats*, 1er avril 2009 n°2, p. 471. L'auteur montre le renouveau des principes classiques contractuels avec toutes les tentatives d'harmonisation du droit des contrats dans l'espace européen. Son analyse permet d'en dresser une liste et d'appréhender les tendances qui se dessinent.

A. L'intégration de la dissuasion dans le contrat : la clause pénale

31. La clause pénale est unanimement admise comme un exemple de justice privée dans l'exécution des obligations contractuelles. Elle permet d'associer au caractère volontaire du paiement une contrainte acceptée par la partie qui s'oblige en renforçant les chances d'extinction de la créance. Cette fonction de garantie de la clause pénale semble s'accommoder avec l'exigence de prévisibilité en ce qu'elle permet aux parties d'aménager la sanction de l'incertitude qui pèse sur les comportements possibles du débiteur. Seulement, l'autonomie de la clause pénale par rapport à l'exécution de l'obligation initiale et sa nature de peine privée obligent de prendre en considération sa validité même si c'est un instrument incitatif (1), le cas échéant sauvegarder les droits de chaque partie par le biais du juge (2).

1. Le caractère incitatif à priori de la clause pénale

32. La notion de clause pénale. L'origine contractuelle de la clause pénale est réaffirmée par l'article 153 du COCC qui dispose que « *les contractants peuvent, par une clause pénale écrite s'engager à payer une somme déterminée dans le cas d'inexécution totale, partielle, tardive ou défectueuse* ». Curieusement, le législateur semble en faire un élément qui répare l'inexécution de l'obligation sur le fondement de l'existence d'un préjudice. En effet, la clause pénale est prévue comme l'une des conventions relatives à la responsabilité[122]. Elle aurait alors pour effet de réparer un préjudice dont la détermination du contenu est contemporaine à la conclusion de l'engagement. Cette posture est admissible, si l'on considère l'inexécution de l'obligation préexistante comme une faute contractuelle. Donc le paiement de la clause pénale correspondrait à la sanction d'une faute spécifique, certes indépendante de l'inexécution définitive du contrat primaire, se rapportant à la garantie de l'obligation. De telles clauses font florès dans la pratique contractuelle et la cause de leur existence est d'aménager les conséquences probables de l'inexécution par l'une des parties de la prestation promise. De ce point de vue, deux difficultés émergent : il convient de distinguer la clause pénale d'autres notions connexes avant de préciser sa fonction spécifique de clause incitative à l'exécution.

[122] L'article 151 du COCC qui s'insère dans la Section III relative aux « conventions relatives à la responsabilité » détermine l'objet de tels contrats en disposant que « *sont seules valables les clauses par lesquelles les parties, d'un commun accord, tendent à limiter leurs obligations à condition de ne pas faire disparaitre totalement leur responsabilité* ». Le législateur parle de la somme convenue en cas d'inexécution comme devant réparer « le préjudice prévu lors de la conclusion du contrat ».

33. La distinction avec les notions voisines. La qualification d'une clause pénale est loin de paraître évidente pour autant que le texte de l'article 153 COCC qui en pose le principe soit assez clair. Il s'agirait d'une clause contemporaine à la conclusion du contrat et destinée à garantir l'exécution d'une prestation essentielle. Cependant, la diversité des clauses comportant une sanction pécuniaire en cas d'inexécution appelle à une certaine prudence. Ainsi, à partir de deux exemples, il s'agira de voir la complexité du problème et les hésitations jurisprudentielles dans la fixation d'un critère décisif. Auparavant, il faut souligner que le législateur sénégalais tente d'éluder ce problème en s'essayant à une unification du régime des clauses prévoyant le versement de dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat. Aussi, l'article 151 COCC ne fait pas de distinction entre les différentes clauses possibles quant à leurs propriétés individuelles. Par contre, le droit positif français offre une lecture plus variée avec l'apport du droit commun et spécial des contrats.

Le premier élément de complexité est le rapport ambigu entretenu par la clause pénale avec la clause de dédit. En effet, il convient de voir si la qualification contractuelle de la clause par les parties peut être remise en cause par une qualification substantielle du juge. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 03 juin 2003 permet d'aboutir à une conclusion affirmative en recherchant l'applicabilité de l'article 1152 al. 2 du Code civil au montant de l'indemnité conventionnement fixé[123]. A ce propos, D. MAZEAUD note que « *le dédit est le prix de la fuite, tandis que la peine, fixée par la clause pénale est la sanction d'une faute* »[124]. Par conséquent, l'on remarque une récurrence de la liberté contractuelle dans la clause de dédit, tandis que la clause pénale prive le contractant d'une telle option. En termes de sécurité juridique, la clause pénale permet d'insérer une garantie supplémentaire à côté de la force obligatoire qui en soi est sensée

[123] A ce sujet, les opinions doctrinales sont fort nombreuses sur les difficultés à qualifier une clause de « pénale ». Souvent, il est fait référence à l'article 1226 C. civ. qui insiste sur la fonction de « garantie » dévolue à la clause pénale. Ainsi, parlant de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 24 septembre 2008, J-S BORGHETTI (retour sur la qualification de la clause pénale, *RDCO2009*, n°1, p. 88 et s.) admet une certaine complexité conceptuelle de la clause pénale. Toutefois, il soutient à l'appui de cette jurisprudence que trois critères permettent de distinguer la clause pénale de celles qui fixent une indemnité forfaitaire en cas d'inexécution des obligations contractuelles : une clause contractuelle, fixant à l'avance et de manière forfaitaire une somme, qui corresponde à l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée.

[124] Denis MAZEAUD, « Clause pénale », note sous jurisprudence Cass. Com. 03 juin 2003, in *Revue des contrats*, 01 octobre 2004, n°4, p. 930 et s.

garantir une exécution du contrat, en permettant de contenir relativement l'incertitude.

La seconde difficulté provient d'une assimilation que le législateur sénégalais fait entre la clause pénale et les clauses élusives de responsabilité en tenant compte de l'effet de la clause sur l'étendue de la responsabilité encourue[125]. En réalité, ces clauses poursuivent souvent un double objectif, soit exclure totalement la responsabilité du débiteur en cas de défaillance, soit s'acquitter d'une réparation insuffisante voire inexistante. Fort heureusement, le droit positif actuel interdit de telles stipulations au nom de la nature impérative des régimes de responsabilité[126]. La question qui se pose par rapport à l'exigence de sécurité juridique se ramène au contrôle de la liberté contractuelle des parties quant à l'existence d'un droit de créance et surtout quant à la réparation qui est consécutive à l'inexécution contractuelle. Sous ce rapport, la saga jurisprudentielle « Chronopost »[127] apporte un éclairage particulier. En effet, elle permet d'opérer une distinction dans la cause qui anime les deux types de clause. Si dans la clause pénale, la garantie souscrite vise à réparer toute inexécution et que l'abus porte sur le montant à payer, dans les clauses élusives de responsabilité par contre, c'est l'existence même de celles-ci qui pose des difficultés. Et c'est au niveau de la sanction que leur nature spécifique s'exprime plus ou moins clairement. En effet, les clauses limitatives de responsabilité sont frappées de nullité ou réputées non écrites, tandis que les clauses pénales font l'objet d'une révision quand le montant est excessif[128]. Le point commun entre ces différentes clauses est la prévision d'un montant à allouer à la partie lésée en cas de

[125] V. art. 155 du COCC.
[126] V. art. 151 et 152 COCC.
[127] Une longue série de décisions relatives aux clauses limitatives de responsabilité a été rendu à propos de la société Chronopost et de la notion d'obligation essentielle du transporteur de courrier express. La saga jurisprudentielle a débuté à l'arrêt, Cass. com. 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632.
[128]La doctrine récente insiste sur les principes de cohérence du contrat et d'économie du contrat pour justifier la sanction de certaines conventions portant sur la réparation. Ainsi, lorsqu'une clause porte gravement atteinte au principe de cohérence contractuelle, le juge considère qu'elles sont non écrites, mais n'affectent pas la validité de l'édifice contractuelle en principe (d'ailleurs, il existe une certaine tendance à l'identification explicite des clauses abusives et une commission a été créée dans le but de les éradiquer).

défaillance du débiteur de l'obligation, c'est-à-dire des conventions portant réparation[129].

Cependant, par rapport à l'exigence de sécurité juridique et le recouvrement des créances, il serait intéressant d'analyser la technique des clauses pénales sous l'angle de leur fonction dans la perspective de l'extinction des obligations.

34. L'effet incitatif de la clause pénale. La fonction incitative de la clause pénale découle d'une analyse de la cause de l'engagement[130]. C'est-à-dire d'une différenciation entre la réparation-sanction et la réparation-garantie. La première répond d'un préjudice qui peut avoir une origine délictuelle ou contractuelle, tandis que la seconde a nécessairement une source contractuelle. Cependant, la pertinence du recours à la clause pénale dans le cadre du recouvrement des créances réside généralement dans la volonté d'anticiper une défaillance volontaire du débiteur[131]. Cependant, elle a aussi une vertu d'apaisement du contentieux en évitant le recours immédiat au juge en cas d'inexécution[132]. De plus, dans cette perspective le principe de la clause pénale dispense le créancier de rapporter la preuve d'un préjudice en cas d'intervention du juge[133]. Du point de vue de la technique contractuelle, à première vue, elle permet de mettre en exergue son effet comminatoire en renforçant les chances d'exécution du contrat[134]. En effet, la première fonction assignée à la clause pénale s'attache à son autonomie relative par rapport à l'ensemble

[129] Denis MAZEAUD, « les conventions portant sur la réparation », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2007, n°1, p. 149 et s.

[130] Dans ce contexte précis, la cause de l'engagement créant la clause pénale se confond avec la nature et la fonction de celle-ci. En effet, les parties conviennent ab initio d'une sanction de l'inexécution de l'obligation principale en recherchant exclusivement une contrainte incidente qualifiée d'incitative.

[131] Cette fonction semble être contestée aujourd'hui en raison de l'affaiblissement supposé de sa fonction comminatoire, voir V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, Marseille, PUAM, 2003, p. 266 et s. l'auteur y affirme que « *la fonction intimidatrice de l'institution risque de se trouver paralysée dans la mesure où, soit on l'interdit purement et simplement dans certains contrats, soit on la déclare nulle comme abusive dès lors que certaines conditions sont remplies* ».

[132] L'insertion d'une clause pénale gère de manière proactive le contentieux de l'exécution en apportant une réponse à l'inexécution. En pratique il s'agit d'une combinaison du principe même d'une sanction et de la fixation d'une peine. Aussi, même saisi, le juge donne effet à la clause en dispensant le créancier de prouver l'existence d'un préjudice.

[133] Une jurisprudence abondante et constate admet l'application de la clause pénale indépendamment de la démonstration d'un préjudice. V. Cass. Civ. 3ème, 20 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.065.

[134] M. MEKKI, «le nouvel essor des clauses contractuelles », in *Revue des contrats* n° 4, 01 octobre 2006, p. 1051 et s. dans son étude, l'auteur plaide pour une harmonisation du régime juridique des clauses incitatives en élargissant l'applicabilité de l'article 1152 du Code civil aux clauses d'indemnité d'immobilisation. Il rappelle que les clauses incitatives ont pour fonction de renforcer les chances d'exécution du contrat.

contractuel[135]. Elle sert expressément à ajouter une pression psychologique et financière sur le débiteur quant à la bonne exécution du contrat[136]. Cette fonction de garantie transparaît en outre dans la différence de régime juridique entre l'obligation primitive et la clause pénale quant à leur validité. En effet, la nullité de la clause pénale laisse subsister l'obligation principale gouvernée principalement par la force obligatoire du contrat[137]. On pourrait en déduire un caractère accessoire de la clause pénale qui n'est pas sans rappeler les sûretés. Aussi, se pose la question de savoir comment la clause pénale dans sa vocation incitative peut s'articuler avec l'exigence de sécurité juridique qui postule une proportionnalité substantielle entre la réparation et la gravité de l'inexécution. L'analyse de la jurisprudence civile et commerciale[138] montre une certaine récurrence de l'interventionnisme judiciaire dans le champ de la clause pénale.

2. Le contrôle a posteriori de la clause pénale

35. Le fondement du contrôle. La sécurité juridique a incontestablement une finalité correctrice dans bien des situations où la liberté contractuelle induit un risque flagrant de déséquilibre significatif entre les parties. Les prémisses étaient perceptibles à travers la liberté de fixation du montant de l'indemnité à verser par le débiteur en cas d'inexécution. Mais, le principe de l'intangibilité des conventions constituait un frein à l'intervention des tiers, notamment le juge, dans le rééquilibrage de la prestation inclue dans la cause, sans porter une atteinte à l'attente légitime d'une des parties. D'autant plus qu'en droit positif sénégalais, le législateur donne effet au principe de la force obligatoire des clauses pénales en indiquant qu'elles s'imposent « *aux parties et au juge* »[139]. Une disposition similaire produit les mêmes

[135] Ibid.
[136] Cette fonction initiale n'est pas exclusive à la clause pénale, on la retrouve dans les clauses de non concurrence, résolutoires ou d'indemnité d'immobilisation. En effet, il existe souvent, un manque à gagner et une pression psychologique sur la partie qui s'oblige. Cette dernière peut être relativisée par des choix stratégiques de la partie contractante si l'abandon du contrat est plus profitable, nonobstant la pénalité pécuniaire à verser. Seulement, dans le cadre de la réflexion, seul nous intéresse le cas où la clause sert à inciter au paiement.
[137] V. art. 1227 du Code civil.
[138] C'est souvent dans l'application de l'article 1231 du Code civil, que le juge intervient pour rechercher « l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier » pour en déduire un réajustement de la réparation convenue entre les parties. Cependant, ce pouvoir peut être neutralisé par l'insertion dans la convention sur la clause pénale d'une réduction de son montant au prorata de la satisfaction obtenue par le créancier selon l'intensité de l'inexécution par le débiteur de sa prestation. V. Civ. 1ère, 19 novembre 1996, Paris, 20 septembre 1991.
[139] V. art. 154 COCC.

conséquences en droit français en interdisant la fluctuation du montant de la convention portant réparation au manquement à l'exécution du contrat[140]. Si l'on s'arrête à ce constat, la clause pénale serait un instrument oppressif dont le créancier userait et abuserait sans considération de l'importance de la convention primitive, ni de l'intensité de son inexécution. Ainsi, la solution au problème posé par l'existence d'une prérogative exorbitante et potentiellement abusive est venue de la référence au principe de sécurité juridique[141]. En s'intéressant à la justification d'une telle atteinte à la loi contractuelle, on peut avancer l'idée de justice contractuelle qui cristallise un ensemble de valeurs contractuelles en phase avec la sécurité juridique, telles que la bonne foi et l'interdiction de l'abus. Il s'agira alors d'appréhender la liberté contractuelle à travers le prisme de la justice contractuelle dans le souci de garantir la sécurité juridique dans les transactions. La consécration textuelle du contrôle de la clause pénale a suivi des itinéraires différents en droit sénégalais et français avec toutefois un résultat identique[142].

36. Mise en œuvre du contrôle. Dans sa décision du 07 juillet 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation admettait la modération du montant d'une indemnité au moyen qu'elle « *a été stipulée à la fois comme moyen de contraindre le débiteur à l'exécution de ses obligations et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi (…), et qu'elle constitue ainsi une clause pénale* »[143]. Si elle n'est pas exceptionnelle dans sa solution, la jurisprudence citée permet de faire quelques observations sur le pouvoir judiciaire de révision des clauses pénales. D'abord, la modération du montant de l'indemnité revêt un caractère exceptionnel, car le législateur la limite à l'existence d'un abus qui doit être

[140] L'article 1152 du Code civil dispose que « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* ».

[141] Aussi bien en doctrine que dans la politique législative, l'exigence de sécurité juridique a permis d'appuyer la légitimité de l'intervention du juge dans le contrôle des clauses pénales. Ainsi, D. MAZEAUD a pu dire que « *par souci de sécurité juridique, la Cour a, dès ses premiers arrêts rendus sur la question, décidé que le pouvoir judiciaire de révision ne pouvait se déployer…qu'à la condition que la clause litigieuse puisse être qualifiée de clause pénale* », in *Revue des contrats*, 1er octobre 2004, n° 4, p. 930 et s. Du point de vue législatif, la Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 permet au juge d'intervenir dans la révision de la clause pénale, à titre de droit comparé, une proposition de loi déposée devant le Sénat belge poursuit les mêmes objectifs en invoquant les mêmes raisons (proposition 1-218/1 S.E 1995/1996).

[142] L'article 154 in fine du COCC autorise le juge à faire « *application proportionnelle de la peine* » en cas d'inexécution partielle, tandis que l'art. 1152 al. 2 du Code civil prévoit que « *le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ».

[143] Cass. Com. 07 juillet 2009, pourvoi n° 08-16853.

apprécié par le juge en tenant compte de circonstances objectives, telles que la différence entre l'indemnité prévisionnelle et le préjudice réel ou le moment de sa décision[144]. Dans tous les cas, il faudrait voir si l'indemnité conventionnellement fixée est « *manifestement excessive ou dérisoire* »[145]. Ensuite, la révision judiciaire semble ne s'appliquer qu'aux clauses pénales[146]. Cette dernière solution est souvent décriée par la doctrine qui cherche à harmoniser le régime juridique des clauses contractuelles portant sur la réparation[147]. Enfin, la faculté de réviser judiciairement les clauses pénales est un pouvoir autonome, qui peut s'exercer sans l'intervention des parties[148]. Ce dernier trait de caractère est en soi une garantie supplémentaire renforçant la sécurité juridique, même si une petite suspicion pèse sur son étendue réelle. En effet, le caractère accessoire et dépendant de la clause pénale[149] permet de circonscrire l'intervention du juge dans une sphère où l'idée de coercition est plus prégnante que le principe de la force obligatoire du contrat. La cause de l'engagement trahit une garantie fondée sur une pression psychologique et matérielle détachable de l'exécution de l'obligation primitive, en plus de prévoir l'évitement du juge dans la détermination et l'application de la sanction. En conséquence, la nature de peine privée[150] de la clause pénale légitime l'intervention correctrice du juge au nom de la sécurité juridique sans en remettre en cause le principe. En définitive, le contrôle de la clause pénale permet au créancier d'instrumentaliser celle-ci aux fins de garantie de l'exécution tout en permettant aux parties de s'appuyer sur le juge pour en réguler le montant. En d'autres termes, la possibilité d'un rééquilibrage de la

[144] Cass. com. 16 février 2010, pourvoi n° 09-13380. Dans cette décision, la Cour de cassation constate qu' « *en se déterminant par de tels motifs, impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause, sans se fonder sur la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

[145] La jurisprudence insiste sur le pouvoir souverain des juges dans l'appréciation des circonstances pouvant provoquer la modification du montant de la clause pénale. A titre d'exemple, Cass. civ. 04 décembre 1996, pourvoi n° 94-19968. Dans cette décision, la Haute Cour rappelle que la juridiction d'Appel n'a fait qu' « *user de son pouvoir discrétionnaire* », nonobstant la présence éventuelle d'une clause pénale. Cependant, il n'existe pas une certaine uniformité dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la chambre sociale dans une décision rendue le 04 novembre 2009 exige des juges du fond d'expliquer « *même de façon sommaire* » le caractère excessif du montant de la clause pénale.

[146] Cass. Civ. 3ème, 9 janvier 1991, pourvoi n° 89-15781. Dans cette décision, le juge opère une distinction entre la clause pénale et la faculté de dédit, excluant l'application de l'article 1152 al.2 à la situation litigieuse.

[147] D. MAZEAUD, note sous arrêt Cass. com., 03 juin 2003, op. cit.

[148] V. art. 1152 al.2.

[149] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992.

[150] L. CADIET, « liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », in *LPA*, 05 mai 200, n° 90, p. 30 et s.

clause pénale exprime incontestablement l'objectif de conciliation assigné à l'exigence de sécurité juridique dans l'exécution des créances.

B. L'aménagement du risque d'impayé dans l'inexécution initiale par la négociation

37. Le créancier dispose de certaines prérogatives propres à faciliter le paiement volontaire. En effet, dès la survenance d'une défaillance du débiteur, il peut s'accorder avec ce dernier pour différer soit le paiement soit les modalités qui s'y rapportent. Cette faculté peut prendre la forme d'une manifestation de volonté unilatérale ou bilatérale. En tout état de cause, la prévision certaine d'une exécution future du contrat primitif sera déterminante dans la négociation. De ce point de vue, il serait intéressant d'analyser d'une part l'influence de la volonté dans la prévention de l'impayé définitif (2) et d'autre part, les techniques de négociation propres à sauver le rapport contractuel en vue d'en faciliter l'exécution certaine (1).

1. La fonction préventive de la négociation face à l'inexécution initiale

38. Fondement et utilité de la négociation. Les difficultés d'exécuter du débiteur à l'échéance mettent en évidence une pathologie contractuelle dont la gravité sert de baromètre à la réaction du créancier. Aussi, tant qu'une exécution future satisfaisante est prévisible, les parties peuvent-elles recourir à la technique contractuelle pour éviter le risque d'impayé. A ce propos, la doctrine s'est emparée du paradigme de la solidarité contractuelle[151] pour en faire l'un des fondements de la négociation entre les parties devant le risque d'impayé. Le postulat de la solidarité contractuelle révèle un humanisme contractuel[152] destiné à corriger les effets abusifs d'une exécution préjudiciable pour le débiteur et non nécessairement utile pour le créancier. Cependant, il ne nous semble pas opportun d'envisager actuellement le solidarisme contractuel comme un fondement exclusif par rapport à l'exigence de sécurité

[151] A. S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Thèse, Paris, Litec, 2006.

[152] M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in *Revue des contrats*, 1er janvier 2010 n° 1, p. 383 et s. Dans son article, l'auteur présente les deux thèses majeures qui proposent une réponse de sortie de crise dans l'exécution des contrats rendue difficile par le contexte économique actuel : l'individualisme contractuel et le solidarisme contractuel. A propos de ce dernier, il souligne que « *le solidarisme est souvent présenté comme une théorie qui défend une conception plus morale ou plus sociale, donc plus humaniste, du contrat* ». Cependant, il préconise un dépassement de l'antagonisme apparent entre ces deux conceptions à travers le principe fédérateur du dialogue, ce qui est plus proche de notre vision de la négociation.

juridique. D'une part, l'ambigüité du concept de solidarisme contractuel et les hésitations autour de son ancrage normatif[153] tendraient à renforcer l'incertitude quant à son articulation avec la prévisibilité recherchée. En effet, la tendance actuelle est à la restriction de la liberté contractuelle et à l'immixtion judiciaire en cas d'échec des négociations[154]. D'autre part, l'opérationnalisation du solidarisme contractuel pourrait dénaturer l'utilité de la négociation comme technique curative d'une défaillance initiale du débiteur, en faisant de ce qui devait être volontaire une obligation[155]. Ainsi, le solidarisme contractuel serait un potentiel justificatif à la négociation.

39. Le paradigme de la négociation s'affirme alors comme une méthode d'optimisation du conflit d'intérêts qui surgit entre le créancier et le débiteur en cas d'inexécution initiale[156]. De ce fait, son intégration dans l'environnement du contrat inexécuté apparait comme une réponse opportune à une conception restrictive de l'intangibilité des conventions, sans s'imposer comme un principe général directement applicable[157]. A cet effet, la négociation présente des enjeux théoriques et pratiques considérables pour un renouvellement conceptuel du traitement de l'inexécution contractuelle. Dans une perspective théorique, la négociation participe

[153] D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n° 1, p. 67 et s. Dans son article, l'auteur fait état d'une dispute doctrinal sur la nature et la portée du principe de solidarisme contractuel. Il souligne en outre, la difficile coexistence entre le principe de bonne foi et le solidarisme contractuel.

[154] D. MAZEAUD, note sur F. TERRE (sous la dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, in Revue des contrats, 01 avril 2009 n° 2, p. 471 et s. L'auteur montre que l'exécution d'un contrat dans des conditions particulièrement onéreuses peut provoquer deux mesures : imposer aux parties la renégociation des conditions d'exécution du contrat ou l'intervention du juge en vue de l'adapter aux attentes légitimes des contractants.

[155] Sans doute, préfère t-on les vertus d'une analyse formelle du lien contractuel favorable aux grands principes du contrat garantes d'une meilleure prévisibilité, qu'à une approche substantielle plus réceptive en termes de justices contractuelle. Parlant des devoirs contractuels J. P Chazal (Politique jurisprudentielle : absence, incohérence ou non-dit ?, in *Revue des contrats*, 01 décembre 2003 n° 1, p. 34 et s.) vante les mérites d'une analyse constructive de la loyauté contractuelle évitant les excès d'une interprétation rigide de la force obligatoire du contrat.

[156] La théorie des jeux présente l'avantage de lire un conflit d'intérêt à travers le prisme d'une coordination des décisions individuelles susceptible de profiter aux parties. V. D. Danet, Le droit économique doit-il être hayékien, *RIDE* 1995/3, p. 407 et s.

[157] A l'instar de la correction du contrat, le recours à la négociation comme remède possible à l'inexécution initiale ne saurait être généralisé au rang de principe. En effet, cette conséquence risque de remettre en cause à la fois, le principe de sécurité juridique et la force obligatoire du contrat. Il est seulement souhaitable d'en faire une option offerte aux parties de prévoir la suite à donner à la pathologie contractuelle en évitant de recourir à priori au juge. Sur la question de la correction voir, G. PIETTE, *La correction du contrat*, Thèse, PUAM, 199.

du mouvement de rationalisation « du droit des remèdes »[158] à l'inexécution contractuelle. Elle se perçoit à travers la liberté contractuelle dans sa genèse tout en s'appuyant sur la force obligatoire dans ses effets. En outre, recherchant la rationalité d'un règlement spontané de l'inexécution initiale par la négociation entre les parties, l'on trouve une modalité axiomatique qui transcende le binôme prévisibilité-adaptation induite de la sécurité juridique[159]. Il s'agit en l'occurrence d'un besoin de stabilité de la situation juridique créé par les parties, de la gestion d'une rupture juridique[160] avec des conséquences matérielles qui ne sont pas encore insurmontables. D'un point de vue pratique, le paradigme de la négociation est un correctif souple et adapté à la pathologie contractuelle. Elle met en œuvre le modèle technique de la transaction comme mode alternatif de résolution des conflits d'intérêts[161]. En effet, cette figure juridique permet aux parties de concilier la liberté contractuelle à la prévisibilité recherchée en donnant un nouvel essor à leur contrat inexécuté. De manière pragmatique, les clauses de renégociation permettent de mesurer la fonction préventive de la négociation dans l'exécution à travers le prisme de la sécurité juridique.

40. Les clauses de renégociation. Par un plaidoyer remarquable, B. FAUVARQUE-COSSON démontre l'importance d'une révision conventionnelle du contrat dont l'exécution est rendue difficile par un changement substantiel de circonstances[162]. La doctrine contemporaine accentue cet intérêt des clauses de renégociation dans les contrats en exposant les inconvénients d'une lecture rigide de

[158] S. LEGAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », in *PA*, 04 décembre 2007 n° 242, p. 7 et s.

[159] D. DANET (*Le droit économique doit-il être hayékien*, op. cit. p. 412) fait observer que « même lorsqu'il consiste dans un simple maintien en l'état, l'ordre spontané est bien le produit de l'action continue des hommes, de leur effort incessant d'adaptation et non de la passivité ou de la perpétuation de situations acquises ».

[160] C'est l'expression de l'opportunité dans la création de situations juridiques par les particuliers. L'hypothèse de la négociation se présente comme une grille de lecture offerte au créancier en vue de jauger l'intérêt qu'il accorde à l'exécution de sa prestation par le débiteur. Au-delà de cette préoccupation, il serait juste de voir dans cette recherche de stabilité une expression des enjeux actuels du monde contractuels, tels que le montre D. MAZEAUD (« Durées et ruptures », *Revue des contrats*, 01 janvier 2004, n° 1, p. 129 et s.).

[161] L'intérêt et l'utilité de la transaction a été fort justement démontré à l'occasion d'une synthèse de la jurisprudence récente par X. LAGARDE (Actualité de la transaction, *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n° 3, p. 806 et s.).

[162] B. FAUVARQUE-COSSON, Le changement de circonstances, *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n° 1, p. 67 et s. en recourant au doit comparé, l'auteur accorde une importance particulière aux clauses contractuelles invitant les parties à une renégociation en cas de changement de circonstances.

la force obligatoire tirée de l'article 1134 C. civ[163] même s'il peut exister légitimement un doute sur l'efficacité actuelle des clauses de renégociation[164]. Seulement, par rapport à l'exigence de sécurité juridique, l'intérêt des clauses de renégociation réside dans le traitement conventionnel de l'incertitude liée à l'extinction du contrat par la réduction du risque d'impayé mis en évidence par l'inexécution primaire. En effet, la renégociation opère un glissement de paradigme du « contractuel au relationnel »[165]. Ainsi, la stabilité et la prévisibilité de l'exécution du lien contractuel sont directement gérées par les parties soit de manière préventive en insérant une clause de renégociation, soit de manière curative en s'appuyant sur la flexibilité de la liberté contractuelle. Une analyse approfondie de fonction des clauses contractuelles[166] permet de faire ressortir deux observations liées au déploiement de l'exigence de sécurité juridique dans le champ de la renégociation. En effet, elle a une influence positive favorable aux objectifs assignés à la sécurité juridique, mais aussi une expression négative potentiellement contradictoire avec la sécurité juridique.

41. En première analyse, les clauses de renégociation s'inscrivent dans une dynamique d'anticipation de l'inexécution contractuelle et d'évitement du juge. L'approche consensuelle privilégiée offre un intérêt manifeste dans les rapports professionnels en faisant de la pérennité de la relation d'affaire un impératif supérieur à la résolution autoritaire d'une pathologie accidentelle[167]. Toutefois, pour que l'effet utile des clauses de renégociation prenne forme, il appert que le résultat de la

[163] J-B. SEUBE, Une lecture bien exigeante de l'article 1134, alinéa 1er du Code civil, note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 18 mars 2009, *Revue des contrats*, 1er octobre 2009 n° 4, p. 1490 et s.

[164] P. STOFFEL-MUNCK, « Les répliques contractuelles », *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n° 1, p. 430 et s. l'auteur montre les incertitudes sur le régime juridique actuel des clauses de renégociations : sort du contrat en cas d'échec des pourparlers, portée de ces clauses devant le pouvoir interprétatif des juges. Il préconise des solutions de sorties de crise, telles que l'intervention d'un tiers-arbitre ou les clauses de libération.

[165] J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n° 1, p. 47 et s. L'auteur conclut au paradigme du relationnel par une analyse de l'effet du temps sur l'exécution des contrats et l'application du critère de la divisibilité de l'exécution.

[166] M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clauses contractuelles*, op. cit. L'auteur distingue fondamentalement une fonction de complétude et une fonction normative des clauses contractuelles. Dans le cadre de notre réflexion, nous intéresse la première, et surtout les motifs invoqués au service de la stabilité du lien contractuel en permettant une meilleure prévision des risques.

[167] Dans le monde de la négociation contractuelle la prévision du futur de la relation est devenue une exigence à part entière de la maitrise technique du processus. Son importance est proportionnelle aux enjeux économiques du contrat en cours de négociation ; d'où le recours significatif aux clauses correctives des pathologies contractuelles. V. J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelles*, Paris, Editions Francis Lefebvre, 2ème édition, 1999, p. 485 et s.

négociation soit positif. Car, c'est une condition d'opérationnalisation de la liberté contractuelle au service de la stabilité du lien contractuelle et de prévisibilité du traitement consensuel de l'inexécution contractuelle.

42. D'un autre côté, l'hypothèse d'une inégalité factuelle entre les parties lors de la survenance d'une inexécution contractuelle soulève la problématique de la protection du consentement de la partie faible. Dès lors, il y a une résurgence de l'impératif de sécurité juridique dans l'appréciation des clauses de renégociation. Celle-ci se traduit par la nécessité de prendre en compte une donnée subjective liée à l'attente légitime des parties et une dimension objective incarnée par la proportionnalité[168]. Par conséquent, la liberté contractuelle ne sera préservée qu'au prix de l'intégrité du consentement de la partie qui s'est initialement obligée et de l'équilibre des prestations nouvelles. Quant au fondement du contrôle, il est difficile de ne peut pas percevoir une invite au solidarisme contractuel.

2. La fonction curative de la négociation dans le traitement de l'inexécution initiale

43. Le règlement collectif amiable des créances. Le principe de la liberté contractuelle posé à l'article 42 du COCC permet au débiteur de proposer à ses créanciers un plan de règlement collectif des créances. Ce système est connu en droit OHADA sous le nom de concordat amiable. Son intérêt pratique réside dans sa souplesse. En effet, « *le concordat convenu ou amiable ne fait pas l'objet d'homologation judiciaire ni d'un formalisme particulier* »[169]. Elle permet de donner une efficacité certaine à la technique de la négociation directe dans le cadre du traitement de l'impayé. En outre, elle permet d'assurer indirectement un des objectifs du droit des procédures collectives : la sauvegarde de l'entreprise[170]. Un autre avantage serait d'éviter la dispersion du contentieux lié au recouvrement des créances par une pluralité d'actions en justice ou les aléas d'une procédure collective pour les créanciers chirographaires. C'est en raison de son caractère secret,

[168] Suivant les mots justes de P. STOFFEL-MUNCK (*Les répliques contractuelles*, op. cit.) en parlant du contrôle des clauses de renégociation, il observe que « ce particularisme est à même de placer haut le curseur de l'attente légitime et d'augmenter à proportion les exigences de la bonne foi »

[169] Filiga M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficultés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 45.

[170] D. MELEDO-BRIAND, « Procédures collectives et droit économique : l'exemple français », *RIDE* 1994/2, p. 272. Dans son étude, l'auteur montre que « l'avenir de l'entreprise conçue sous l'angle économique et social explique le prééminence de l'intérêt de celle-là sur les intérêts individuels des partenaires de l'entreprise ».

extrajudiciaire et surtout conventionnel que le concordat amiable est intéressant pour le débiteur dans l'espoir de sauver son exploitation[171]. Cette attractivité est toutefois nuancée en confrontant le concordat amiable à l'exigence de sécurité juridique. D'abord, comme toute négociation, elle ne produit d'effet en principe qu'entre les acteurs concernés[172]. Ce caractère relatif laisse la liberté à tout autre créancier impayé de déclencher une action judiciaire pour recouvrer sa créance. Sous cet angle, la maitrise de la prévisibilité du traitement des difficultés de son entreprise par le débiteur recherchée dans le concordat amiable reste très incertaine car la réalisation de cette attente reste suspendue à un aléa : la probabilité que les créanciers non signataires du concordat amiable ne saisissent la justice aux fins de déclarer la cessation de paiement et l'ouverture d'une procédure judiciaire d'apurement du passif. Ensuite, l'efficacité du concordat amiable est tributaire de la réussite du plan de paiement négocié[173]. Autrement, elle n'aura servi qu'à retarder l'intervention du juge ou à aggraver le passif du débiteur. Là aussi, la prévisibilité du paiement peut se heurter à un obstacle matériel majeur, l'insolvabilité du débiteur. Cependant, la nouvelle procédure de conciliation en France offre une solution originale d'appréciation de l'exigence de sécurité juridique dans la mise en œuvre de cet outil contractuel. En effet, le constat de l'accord entre le débiteur et ses créanciers principaux permet d'atteindre une finalité similaire à son homologation par rapport aux garanties attendues[174]. Il est possible de conclure à l'efficacité relative de

[171] Les avis sont partagés sur la portée du règlement amiable surtout en référence aux critères d'ouverture d'une procédure collective. En effet, les difficultés financières exigées pour le règlement amiable pose un problème dans l'appréciation de la cessation des paiements. Il arrive souvent que les motifs qui incite à l'établissement de la convention amiable ne cache en réalité une situation compromise et provoque le caractère tardif de la mise en place d'une procédure collective et déjoue la finalité de sauvetage visée par la législation. Une autre critique se rapporte au caractère juridictionnel du règlement amiable dans la pratique, malgré la volonté affichée du législateur d'en conserver le caractère extrajudiciaire. Voir. P. LE CANNU, « Règlement amiable et droit des sociétés », *Bulletin Joly sociétés*, 1er septembre 1986, n° 9, p. 811.

[172] Filiga M. SAWADOGO, op. cit., p. 45.

[173] En cas d'échec du concordat amiable, le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer à la convention négocié. D'un point de vue strictement contractuel, la résolution de l'accord pour inexécution de ses engagements par le débiteur est tout à fait envisageable, tandis que l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif restera toujours un recours possible pour traiter l'impayé. V. Y. CHAPUS, « Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable », in *PA*, 14 septembre 1994, n° 110. L'auteur estime que le règlement amiable est « *une tentative d'harmonisation de la liberté contractuelle et de l'interventionnisme judiciaire* ».

[174] Depuis 2005, la prévention des difficultés d'entreprises connait un encadrement finalisé en France. Les techniques de sauvegarde des entreprises ont été diversifiées et les garanties des créanciers renforcées afin de privilégier la souplesse et l'efficacité dans le traitement des difficultés financières. Ainsi, l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009 rendent « la sauvegarde plus attractive », des mots d'I. ROHART-MESSAGER (l'amélioration de la prévention, *Gazette du Palais*,

la liberté contractuelle comme facteur de flexibilité dans l'aménagement prévisible du traitement de l'inexécution initiale. Et c'est au nom de cette même souplesse inhérent au pouvoir contractuel, que le créancier peut traiter l'impayé initial de manière unilatérale au profit du débiteur.

§ 2 –Le maintien de l'égalité contractuelle devant le risque d'impayé

44. Les principes contractuels classiques s'expriment également dans l'appréciation de la condition des parties au moment de la mise en œuvre des prérogatives nées du rapport conventionnel. Traditionnellement, l'on conçoit une inégalité entre les parties, dès que le débiteur manque à son obligation. Seulement, cette défaillance, même si elle ouvre la voie aux remèdes prévues et organisées par la loi, ne se traduit pas par une inégalité juridique absolue entre les parties. En effet, la liberté de choix du créancier est tempérée par une exigence formaliste destinée à faciliter pour le débiteur la prévisibilité du comportement de celui-ci. En outre, le créancier peut opter pour le statu quo en privilégiant la stabilité du lien contractuel en crise, afin d'en espérer l'exécution future.

Dans ces deux hypothèses, l'objectif poursuivi est de rendre le paiement encore possible en manifestant au débiteur sa volonté de lui accorder une chance d'éviter un contentieux préjudiciable. Il s'agit de l'exception d'inexécution (B) ou de la mise en demeure (A).

A. La mise en demeure du débiteur défaillant

45. Précisions terminologiques. La notion de mise en demeure est utilisée très fréquemment dans l'exécution des obligations conventionnelles. Le droit positif sénégalais vise la mise en demeure dans diverses matières telles que la vente commerciale[175], le bail commercial[176] ou encore l'option du créancier concernant la détermination du taux de change pour les dettes de sommes d'argent libellées en

07 mars 2009, n° 66, p. 5 et s.). Dans le même ordre d'idées, P. M. LE CORRE (1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, *Gazette du Palais*, 21 juillet 2007, n° 202, p. 3 et s.) montre que par un changement d'orientation stratégique, la sauvegarde de l'entreprise est devenu le paradigme central du traitement des difficultés en tenant compte de l'intérêt social. Il souligne également le rôle joué par la conciliation dans l'apurement du passif de l'entreprise.

[175] L'article 263 de l'AUDCG qui traite de la sanction de l'inexécution par l'acheteur de ses obligations fait de la mise en demeure, le point de départ du calcul des intérêts dus.

[176] En matière de propriété commerciale, l'article 95 de l'AUDCG prévoit que le bailleur peut refuser le renouvellement du bail si le débiteur a été mis en demeure de respecter de son obligation essentielle sans succès.

monnaie étrangère[177]. Il s'agit à travers cette diversité d'analyser le rôle joué par la mise en demeure comme élément de prévisibilité du comportement des parties et d'incitation au paiement. Par ailleurs, il serait intéressant de vérifier le statut de la mise en demeure dans le paiement afin d'apprécier son utilité globale dans l'extinction du rapport contractuel.

Il semble opportun d'esquisser une approche conceptuelle finalisée de la mise en demeure dans le cadre du recouvrement des créances. En effet, la mise en demeure apparait de manière générale comme une signification faite au débiteur du retard dans l'exécution de son obligation et de l'intention de son créancier de poursuivre le paiement de sa créance. Cette perception abstraite est très réductrice de l'intensité variable que cache la posture du créancier dans le résultat recherché lors de l'interpellation du débiteur. En réalité, la mise en demeure sous l'angle de l'exécution est un instrument de mesure de la prévisibilité du sort de l'obligation. Elle peut aider à opérer une distinction entre les créances susceptibles d'une exécution et les situations où l'inexécution de l'obligation est acquise[178]. Par conséquent, l'action du créancier va permettre la réalisation d'un double objectif nécessaire à la protection future du rapport de créance. D'abord souligner le retard[179] du débiteur dans l'exécution de sa prestation, ensuite faciliter le transfert des risques[180] vers le débiteur virtuellement défaillant. Par ailleurs, la technique de la mise en demeure sert également à différencier le terme, comme une modalité du contrat et l'exécution en tant qu'opération juridique destinée à éteindre l'obligation[181]. Aussi, la mise en

[177] L'article 184 du COCC permet au créancier de choisir entre le taux de change en vigueur, soit au moment de la mise en demeure, soit au moment du paiement pour les dettes de sommes d'argent libellées en monnaie étrangère.

[178] Le caractère acquis ou non de l'inexécution fait l'objet de diverses positions doctrinales quant à ses conditions d'admission, aussi est-il intéressant de voir E. SAVAUX (note sous arrêt Cass., chambre mixte, 6 juillet 2007, *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2007 n° 20, p. 1442 et s.) préférer le concept de « définitivement » acquise pour illustrer la différence entre une exécution encore possible et une situation irrémédiablement compromise.

[179] Sur la notion de retard en droit civil, voir les réflexions substantielles de A. CATHELINEAU, « Le retard en droit civil (première partie) », in *PA*, 28 aout 1998 n° 103, p. 4 et s. Dans son article, l'auteur montre que la mise en demeure est un acte formel qui permet de constater le retard du débiteur dans l'exécution de son obligation. En effet, soutient-elle, le retard est un fait juridique qui doit être constaté avec des critères objectifs pour produire des effets juridiques. Aussi, la formalité de la mise en demeure poursuit-elle cette finalité première.

[180] V. J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens-les obligations*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1ère édition, 2004, p. 2209. Ramenant la question aux conventions avec une chose à livrer, l'auteur précise qu' « à partir de la mise en demeure, le débiteur assume la responsabilité des cas de force majeure, qui ne seront plus libératoires pour lui ».

[181] En ce sens v. J. GHESTIN (sous la dir.), *Traité de Droit civil : Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005, p. 620. Les auteurs estiment que « l'exigence d'une mise en demeure

demeure est-elle davantage un outil destiné à maintenir un équilibre devant l'exigibilité de la créance qu'une étape structurelle du paiement. En effet, la nature ambigüe de son exigence obligatoire dans le paiement en est une manifestation.

46. La mise en demeure est-elle obligatoire ? C'est l'une des questions traditionnelles de l'exécution des obligations[182]. Au regard de l'exigence de sécurité juridique, elle est importante en ce qu'elle règle les incertitudes liées au comportement des parties à l'échéance. Principalement, la question permet d'analyser la situation du débiteur à l'arrivée du terme et secondairement d'interpréter le sens de la volonté du créancier en exerçant l'action juridique.

Concernant la situation du débiteur face à l'échéance, le droit positif énonce un principe dont l'interprétation ne laisse pas voir l'émergence d'une exigence générale de mise en demeure. Ainsi, l'article 172 du COCC voit dans la mise en demeure le point de départ du calcul des intérêts moratoires. Cette solution existe aussi en droit français, où pour la créance d'une somme d'argent l'article 1153 du C. civ. retient la sommation initiale du débiteur comme valant départ des intérêts moratoires. A ce stade, deux constats méritent d'être soulevés. Premièrement, la mise en demeure est obligatoire pour le bénéfice des intérêts moratoires. C'est la consécration de l'adage « *dies non interpellat pro homine* »[183]. Aussi, cette règle se justifie par la différence entre le simple retard et l'inexécution préjudiciable de l'obligation par le débiteur. En termes de sécurité juridique, c'est une source d'incertitude dès lors qu'une certaine dissociation entre l'exigibilité de la créance et son exécution peut affecter significativement la réalisation du droit du créancier. Il en est ainsi, car l'exigibilité de la créance doit entrainer son extinction en vertu de l'article 96 du COCC, siège de sa force obligatoire. A cela s'ajoute la bonne foi du débiteur dans le respect de ses engagements. Cependant, on constate que la

concerne d'ailleurs aussi bien l'hypothèse où le payement peut avoir lieu immédiatement, dès la naissance de la créance, que celle d'un payement à terme puisque l'arrivée du terme n'opère pas de plein droit mise en demeure ».

[182] Voir R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé* (sous la dir. M. FONTAINE et G. VINEY), Bruylant-LGDJ, 2001, p. 113, X. LAGARDE, Remarques dur l'actualité de la mise en demeure, in *JCP* 1996, I. 3174, J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens-les obligations*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1ère édition, 2004.

[183] Ce principe peut être déduit d'une lecture de l'article 1139 du C. civ. qui prévoit que le débiteur est constitué en demeure soit par une sommation du créancier ou si la convention dispense ce dernier d'une telle formalité. Allant plus loin, J. CARBONNIER (*Droit civil*, Tome 2, op. cit. p. 2209) considère que c'est aussi une conséquence de l'adage « les dettes sont quérables et non portables ».

justification de la mise en demeure repose sur une qualification juridique du retard, car le silence du créancier pourrait être perçu comme une faveur accordée au débiteur de s'exécuter prochainement[184]. Par conséquent, la jurisprudence cherche à faire une application assez stricte de la qualification juridique du retard comme base de l'allocation des intérêts moratoires[185]. Quant à la forme de l'interpellation, la loi tend à assouplir ses critères de matérialisation. Les articles 172 et 184 du COCC qui visent directement la mise en demeure insistent sur ses effets, mais gardent en revanche le silence sur sa forme[186]. Par contre, l'article 1153 du C. civ. apporte une précision quant à la forme de l'interpellation du débiteur. Plus largement, il s'agit d'une sommation qui laisse penser à un acte extrajudiciaire, mais la réforme des voies d'exécution permet de faire valoir une équivalence fonctionnelle entre les écrits[187]. Toutefois, la jurisprudence évite une lecture extensive de la règle au nom de la sécurité juridique dans les relations contractuelles. Ainsi, certains écrits en raison de leur valeur probatoire peu fiable[188] ou de leur caducité ont été écartés[189]. Il apparait donc que le caractère obligatoire de la mise en demeure pour les intérêts moratoires soit surtout justifié par l'alourdissement de la charge du débiteur. C'est un argument favorable à la prévisibilité de la situation des parties à l'arrivée du terme, donc un élément important de perception de l'exigence de sécurité juridique. Mais au titre du même principe de protection de la situation des parties, il est prévu des cas où la mise en demeure n'est plus exigée pour réclamer le paiement d'une créance au débiteur en retard. Ce paradoxe apparent semble largement justifié par la finalité poursuivie dans le recouvrement.

---

[184] A. CATHELINEAU, « Le retard en droit civil (première partie) », in *PA*, 28 aout 1998 n° 103, p. 4 et s. l'auteur montre que le domaine d'application de l'article 1153 semble exclure les créances nées d'une activité délictuelle quant au caractère obligatoire de la mise en demeure. Sur la mise en demeure proprement dite, elle admet que c'est la probabilité de dommages-intérêts qui rend celle-ci obligatoire, car le simple retard n'est pas sensé produire un effet immédiat incluant la responsabilité du débiteur.

[185] Il a été retenu que « *la créance d'une somme d'argent dont le principe et le montant résultent de la loi ou du contrat et non de l'appréciation du juge porte intérêt dès la sommation de payer* », Civ. 1ère, 29 nov. 2005.

[186] L'article 172 précise simplement que la mise en demeure rend immédiatement exigible la créance, tandis que l'article 184 permet au créancier de choisir le taux de change applicable à sa créance entre le jour du paiement ou celui de la mise en demeure.

[187] L'alinéa 3 de l'article 1153 issu de la réforme des voies d'exécution (L. n° 92-644 du 13 juillet. 1992) indique qu'un « *autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante* » peut en produire les effets.

[188] La copie d'une mise en demeure, Civ. 3ème, 29 mai 1991.

[189] Assignation périmée, Civ. 2ème, 17 déc. 1984.

47. Les dommages-intérêts compensatoires ne nécessitent pas expressément une mise en demeure préalable du débiteur. Cette règle n'est pas dénuée de sens pratique, surtout pour la protection des intérêts du créancier. En effet, l'étude du droit positif sur la question permet de voir la prise en compte de deux critères justificatifs de la mesure : l'impossibilité, suffisamment prévisible, de l'exécution ou le caractère utile de l'exécution dans un délai imparti[190]. Cette exigence d'un fait générateur des dommages-intérêts compensatoires a été très diversement appréciée par la jurisprudence dans le but d'en préciser le contenu. Ainsi, la chambre mixte de la Cour de cassation a souligné dans une décision rendue le 6 juillet 2007 l'inutilité d'une mise en demeure préalable pour les dommages et intérêts compensatoires. Il suffit juste, soutient le juge dans sa motivation, que l'inexécution soit acquise et le préjudice du créancier prouvé[191]. C'est souvent la détermination de « l'inexécution acquise » qui soulève des difficultés. Sur cette préoccupation d'ordre théorique, il est généralement admis que celle-ci est acquise dès que le débiteur se soustrait au délai utile de réalisation de sa prestation. En effet, il semble que le critère de dispense de la mise en demeure dans l'allocation des dommages et intérêts compensatoires fusse essentiellement temporel. C'est ainsi qu'un auteur estime que « *l'exigence de mise en demeure est commandée par la valeur coercitive du délai d'exécution de l'obligation* [192]». Eu égard à l'exigence de sécurité juridique, l'inaction du débiteur peut être analysée sous l'angle de la théorie des risques pour l'articuler avec la certitude d'un préjudice que crée cette abstention. Il en est ainsi, car l'inexécution contractuelle altère l'attente légitime du créancier d'une part, vis-à-vis de la conséquence logique de l'obligation devenue exigible (le paiement) et d'autre part, quant au sort de lien contractuel qui unit les parties. Si pour le premier aspect, les dommages et intérêts moratoires peuvent se présenter comme une solution dynamique, pour la seconde hypothèse, une application de la théorie du risque est possible. D'abord, il faut préciser que le raisonnement ne procède pas d'un cas de

[190] L'article 1146 du C. civ. permet de faire une telle déduction, lorsqu'il dispose que l'obligation ne pouvait être faite que « *dans un certain temps qu'il a laissé passer* ».
[191] M. LATINA, note sous jurisprudence, C cass. Ch. Mixte, 6 juillet 2007, in *PA*, 25 janvier 2008 n° 19, p. 15 et s. dans sa présentation de l'arrêt, l'auteur tente de revenir sur le concept « *d'inexécution acquise* » pour montrer l'incertitude qui accompagne la définition de ses contours. Il préconise une lecture vigoureuse de la force obligatoire afin d'éviter les errements sur l'exigence de la mise en demeure.
[192] B. GRIMONPREZ, « La mise en demeure », *Rép. Civ. Dalloz*, mai 2009, p. 5.

responsabilité délictuelle, mais bien d'une inexécution contractuelle[193]. Ensuite, l'acceptation du risque par le débiteur tire sa source de la violation de l'article 96 COCC ou 1134 du Code civil. En effet, la force obligatoire de la convention régulièrement conclue entre le créancier et le débiteur exige de ce dernier une exécution de bonne foi et dans les délais impartis. Cette connaissance préalable des conditions d'exécution laisse supposer l'acceptation tacite du risque d'inexécution par le débiteur. Au surplus, l'échéance du terme n'a pas d'effet suspensif et la prestation reste toujours due par le débiteur. Par ailleurs, l'argument tiré de la possibilité de différer l'exécution parait inopérante tant la satisfaction du créancier est devenue impossible. Là encore, l'attente légitime du créancier est privilégiée dans le raisonnement judiciaire pour appréhender le caractère inutile de la mise en demeure. En réalité, le simple retard générateur de dommages et intérêts moratoires devient dans cette circonstance un obstacle rédhibitoire à l'exécution, le créancier n'y trouvant plus un intérêt. Au total, le transfert du risque est justifié par la connaissance acquise du débiteur des conditions matérielles de réalisation de sa prestation et de l'inexécution avérée de l'obligation promise. Dans ces conditions, la mise en demeure risque d'être superfétatoire, d'où son rejet par les juges quand des dommages et intérêts compensatoires sont dus. Cependant, il reste à se déterminer sur l'intérêt de la mise en demeure dans le recouvrement des créances eu égard au jeu complexe des exceptions apportées au principe.

48. L'approche fonctionnelle de la mise en demeure. La mise en demeure serait une interpellation du débiteur aux fins d'exécution. Sa généralisation en tant que préalable à l'exécution n'est ni nécessaire ni souhaitable. En effet, elle serait dans le premier cas, une exigence de forme qui mettrait en échec la sécurité inhérente à l'exécution volontaire à l'échéance par la création d'une situation d'attente complexe entre l'exigibilité de la créance et la manifestation par le créancier d'une intention ferme d'être payé. Ensuite, en fonction de la nature des contrats, l'exigence de mise en demeure pourrait constituer une source d'insécurité juridique. Il s'agit traditionnellement des situations contractuelles où les usages commerciaux en dispensent les parties. Dans le droit positif sénégalais, l'article 172 COCC le prévoit

[193] Voir S. PRIGENT, « La mise en demeure est inutile lorsque l'inexécution est consommée », in *PA* 27 septembre 2007 n° 194, p.17. Dans son analyse, l'auteur estime que le caractère inutile de la mise en demeure vient du fait de l'inexécution seulement du contrat et non de l'existence d'un préjudice, conséquence d'une faute civile comme dans la responsabilité délictuelle.

expressément. Il doit en être ainsi, car c'est un moyen de réduction de l'incertitude qui pourrait affecter l'exécution de certaines obligations dans un environnement où la sécurité est souvent réfléchie à l'aune de la rapidité. En outre, la pratique judiciaire a rendu la mise en demeure préalable du débiteur subsidiaire dans la mesure où certains actes de procédure en produisent les effets juridiques attendus[194]. Il en est ainsi de l'acte d'assignation du débiteur dans les procédures d'exécution forcée. C'est un assouplissement de l'exigence de mise en demeure qui répond à un souci de protection du créancier et à une meilleure efficacité des procédures judiciaires de recouvrement des créances. Dans un souci de cohérence, il serait plus judicieux de considérer la mise en demeure comme la combinaison d'un élément psychologique (l'intention de poursuivre le paiement de la créance) et d'un élément matériel (l'échéance du terme) incitative au recouvrement. Dans cette perspective, c'est l'effet juridique produit sur le débiteur interpellé qui compte le plus. Aussi, en considération de l'exigence de sécurité juridique, la doctrine qui s'appuie sur les fonctions de la mise en demeure pour appréhender le concept, plutôt qu'à la recherche d'une définition unitaire[195], semble être l'une des plus pertinentes.

B. La mise en œuvre de l'exception d'inexécution

49. Le principe. La prohibition de la justice privée dans les rapports entre particuliers trouve une de ses exceptions dans la consécration de l'exception d'inexécution. Ainsi, l'article 104 COCC dispose que « *dans les contrats synallagmatiques, chacun des contractants peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne* ». Cette reconnaissance textuelle de l'exceptio non adimpleti contractus met en exergue deux conditions importantes de la compréhension du mécanisme. Il s'agit de l'exigence d'un rapport contractuel synallagmatique et d'une créance devenue exigible dont l'exécution tarde à être réalisée. Si elles sont réunies, l'excipiens peut user de l'opportunité offerte par la loi d'opposer une technique défensive et temporaire à son cocontractant. Contrairement au COCC qui affirme l'exception d'inexécution de manière explicite, le Code civil en

[194] B. GRIMONPREZ, la mise en demeure, op. cit., p. 5.

[195] Sur la question, voir R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé* (sous la dir. M. FONTAINE et G. VINEY), Bruylant-LGDJ, 2001, p. 113. Dans son étude, l'auteur montre qu'il convient d'opérer une distinction entre la mise en demeure qui permet l'exécution de l'obligation et celle qui fait le constat de l'inexécution de son obligation par le débiteur. Même si de manière assez particulière il voit dans la mise en demeure une « *interpellation par laquelle le créancier fait savoir au débiteur d'une obligation échue qu'il en attend le paiement* ».

consacre la possibilité mais de manière indirecte et pour certaines situations juridiques seulement. Fort heureusement, la politique législative actuelle milite pour son intégration au rang de principe applicable à tous les contrats synallagmatiques[196]. Il serait intéressant de voir comment l'exception d'inexécution opère comme outil juridique d'incitation à l'exécution d'une créance.

50. La recevabilité de l'exception d'inexécution. La condition d'admission de l'exception d'inexécution se révèle complexe tant les critères retenus par la jurisprudence sont nombreux. Cependant, il ressort d'une décision rendue en la matière que « *pour être valablement opposable par une partie au contrat, à son contactant, que l'inexécution invoquée a trait à un même contrat liant les mêmes parties et pour un même objet* »[197]. Cette solution a connu un certain assouplissement en raison de l'existence d'un lien d'interdépendance entre deux contrats distincts[198]. De la même manière, la jurisprudence a défini le cadre d'invocabilité de l'exception d'inexécution en distinguant l'inexécution tirant sa source d'un contrat civil et l'inexécution consécutive à l'application d'un acte réglementaire[199]. Les circonstances particulières affectant l'exercice de l'exception d'inexécution, telle que la survenance d'une procédure collective font également

[196] Dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, il est proposé un article 1157 qui dispose que « *dans un contrat synallagmatique, chaque partie peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne* », cette nouvelle formulation ressort d'un constat sur les lacunes relatives aux prévisions initiales du Code qui indique qu'en matière d'inexécution des obligations « la résolution est la seule mesure prévue pour l'ensemble des contrats, les autres mesures ne sont invoquées que dans des textes spéciaux épars , alors même qu'elles ont été généralisées en principes applicables à tous contrats synallagmatiques par la jurisprudence et la pratique », J. ROCHFELD, « Inexécution des obligations », *L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Rapport CATALA, Paris, La Documentation française, 2006, p. 53.

[197] Voir C. Versailles, 7 juin 2002, dans l'affaire *Gilbert Marpault c. SCAEL*, le juge précise que l'exception d'inexécution n'est pas recevable pour celui « *qui se prévaut du non-paiement de la fourniture de blés fournit par lui à une coopérative pour refuser de payer ses propres achats auprès de celle-ci faisant l'objet d'un contrat distinct* » (in *Gazette du Palais*, 19 juillet 2003 n°200).

[198] C. cass., 12 juillet 2005 (pourvoi n°03-12507), la chambre commerciale de la Cour de cassation retient que « *abstraction faite du motif erroné pris de ce que l'exception d'inexécution ne peut être opposée que pour des obligations nées d'un même contrat, alors que l'inexécution d'une convention peut être justifié, si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d'une convention distincte, dès lors que l'exécution de cette dernière est liée à celle de la première* ».

[199] C. cass, civ. 2ème, 19 janvier 2006 (pourvoi n°04-30472), le juge en statuant sur le non respect par un médecin de ses obligations prévues dans le cadre d'une convention nationale des médecins généralistes ayant acquis un caractère réglementaire indique que « *le non respect de…ses obligations de médecin référent de relevait pas des dispositions relatives à l'inexécution des contrats civils, mais des seules sanctions prévues par cette convention* ».

l'objet d'une précision jurisprudentielle dans le sens de son admission[200]. Au total, pour les critères, les uns sont relatifs à l'obligation corrélative visée, les autres intéressent directement la personne de l'excipiens.

Le droit positif sénégalais vise expressément une condition de recevabilité de l'exception d'inexécution, il s'agit de la preuve d'un manquement suffisamment grave[201]. En réalité, c'est d'une double preuve qu'il s'agit : celle de l'inexécution, totale ou partielle et celle de la gravité de l'inexécution.

51. Pour être recevable, l'action de l'excipiens doit s'appuyer sur un résultat et non sur une simple présomption de défaillance du cocontractant[202]. La jurisprudence tend à garantir la sécurité juridique à travers la détermination de la charge de la preuve en présence d'une exception d'inexécution. Ainsi, en matière de cession de créances par exemple, il est admis que « si l'existence même de la créance cédée et non acceptée est contestée, c'est à celui qui l'invoque de la prouver, mais que si son existence est reconnue par le débiteur prétendu ou tenue pour établie par la juridiction saisie, dans la contestation portant seulement sur son montant, c'est au débiteur d'apporter la preuve de l'exécution incomplète ou défectueuse de la contrepartie contractuellement prévue »[203]. Cette solution semble conforme au droit positif[204] et assure stabilité et prévisibilité dans la gestion des contestations nées de l'existence ou de l'exécution des obligations. Autrement, la contestation de l'existence de la créance pourrait s'opposer à la mise en œuvre de l'exception pour défaut de titre constatant l'existence d'obligations réciproques et interdépendantes. Toutefois, la simplicité de l'écriture des articles 9 COCC et 1315 du Code civil ne prévient pas de la complexité du système probatoire, qui en raison de sa circularité, instaure un jeu de rôle qui tend à annihiler la certitude acquise sur l'identité de la

[200] Dans une décision rendue le 1er avril 2008 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le juge note que « *l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance du cessionnaire au passif de la procédure collective du cédant ne fait pas obstacle à ce que le débiteur cédé puisse opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution de son obligation par le cédant* ».

[201] L'article 104 COCC fait du manquement suffisamment grave une exigence pouvant justifier le refus d'exécution de l'obligation corrélative.

[202] La jurisprudence est assez soucieuse de la question relative à la charge de la preuve, dans une affaire rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 janvier 2010, le juge retient que l'exception d'inexécution pouvait être opposée même si « *les exceptions inhérentes à la dette sont apparues postérieurement à la notification de la cession* ».

[203] Cass. com. 14 juin 2000. Dans cette décision, l'une des parties contractante invoquait un renversement de la charge de la preuve par la Cour d'Appel, ce que réfute la Haute Cour en rappelant les règles de preuve.

[204] L'article 9 COCC fixe les règles relativement à la charge de la preuve.

partie qui doit prouver[205]. Cependant, il apparait que la Cour de cassation privilégie une analyse dynamique fondée sur la source de l'obligation principale de l'excipiens[206]. Ainsi, la détermination de la charge de la preuve permet de régler en partie les conditions tenant à la créance inexécutée et l'étendue de celle-ci. De ce point de vue, il est récurrent de voir que la technique défensive se déploie quand la créance est certaine, liquide et exigible[207]. Cette modalité est très présente dans le recouvrement des créances tant d'un point de vue formel que substantiel. En effet, au plan formel voire procédural, le titre invalide ou contestée dans son existence augmente le risque pour le créancier de succomber dans sa prétention et fonde le prétendu débiteur de l'obligation à revendiquer des dommages et intérêts. Il s'agit d'un moyen de justice privé, qui ne peut être légitime que si la situation invoquée par l'excipiens est légalement acquise[208]. Au plan substantiel, l'exception d'inexécution cherche un résultat purement incitatif, mais ne saurait constituer un mode d'extinction des obligations en cause. Il en serait ainsi, l'exception d'inexécution pourrait s'assimiler dans ses effets à la résolution unilatérale du contrat. Pour ce dernier, la jurisprudence souligne que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »[209]. L'intérêt du rapprochement entre les mécanismes de l'exception

[205] M. MEKKI, « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2008 n°3, p. 681 et s. Dans son analyse, l'auteur procède à une distinction entre l'objet de la preuve, la charge de la preuve et le risque de la preuve en droit des contrats. Il précise toutefois, que la différence entre la charge de la preuve et le risque de la preuve est dans la possibilité de désigner qui doit succomber au procès lorsque la preuve de la situation juridique litigieuse est devenue difficile voire impossible à apporter en raison d'un doute persistant sur son caractère convaincant.

[206] En atteste une décision rendue le 01 décembre 1999 par la chambre civile de la Cour de cassation où le juge estime clairement que « *il appartient au juge du fond…de rechercher de quel élément résulte la preuve de l'engagement* » dans un contrat liant une entreprise de télécommunication et son client.

[207] J. POINGT, « l'exception d'inexécution et le droit de rétention appliqués à l'expert-comptable », in *PA*, 08 juillet 2002 n°135, p. 10 et s.

[208] N. CUZACQ « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », in *PA*, 07 mai 2003 n° 91, p. 4 et s. Dans son commentaire de la jurisprudence Natalys, l'auteur rappelle que la motivation de la Haute Cour insiste sur l'appréciation souveraine des juges du fond sur la question de savoir « *si l'inexécution de ses obligations par une des parties à un contrat synallagmatique est de nature à affranchir l'autre partie de ses obligations corrélatives* », car le contractant qui utilise l'exception d'inexécution le fait à ses risques et périls.

[209] D. MAZEAUD, L. AYNES « Rupture unilatérale du contrat », in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 273 et s. A propos d'une décision rendue par la Cour de cassation le 28 octobre 2003, les auteurs mettent en exergue l'opportunité d'une reconnaissance du pouvoir de rupture unilatérale du créancier dans les relations contractuelles. Le point commun avec l'exception d'inexécution serait l'exigence de la gravité du manquement pour justifier la mise en œuvre de la prérogative de la partie contractante.

d'inexécution et de la rupture unilatérale du contrat est d'aborder la question de la gravité du manquement comme critère d'exercice de la prérogative.

52. L'appréciation de la gravité du manquement est une question complexe tant les situations contractuelles peuvent être différentes et le comportement du cocontractant imprévisible. D'une manière générale, la gravité s'apprécie par rapport à l'exécution de bonne foi de la prestation contractuellement déterminée et eu égard à la force obligatoire de la convention. Dans cet ordre d'idées, une décision rendue le 24 septembre 2009 par la Cour de cassation montrait que la gravité pouvait résider dans la méconnaissance d'une obligation tirant sa source d'un texte réglementaire intéressant la santé publique[210]. La jurisprudence semble présenter une certaine constance par rapport au critère de gravité[211]. Elle l'apprécie en tenant compte le plus souvent des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire *in concreto*. D'ailleurs, c'est l'influence du critère de gravité sur la possibilité d'exercer l'exception d'inexécution qui le distingue du droit de rétention[212]. Sur ce dernier, la jurisprudence affirme de manière péremptoire que « le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette »[213]. Par ailleurs, cette position qui consiste à décider l'imputabilité du manquement à l'une des parties est le résultat d'une opération de qualification « selon lequel le juge doit comparer les manquements respectifs des parties »[214]. Cette remarque met en exergue la difficulté à systématiser l'ordre d'exécution des prestations, voire la cause du manquement invoqué par chacune des parties. En termes de sécurité juridique, il s'agit de distinguer les cas où l'exécution est impossible rendant l'exception inopérante, des cas ou l'inexécution est fautive et l'exception parfaitement recevable. Dans ce cas, la gravité sans cesser d'être un critère pertinent de mise en œuvre de l'exception d'inexécution est soumise à l'effet libératoire de la force majeure. Seulement à

[210] C.PELLETIER, « Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », in *Revue Droit des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 690 et s. Dans cette décision, la Cour estime que la mise en demeure préalable du débiteur est inutile car le manquement est suffisamment grave pour que la rupture unilatérale du contrat soit permise à la partie contractante. L'auteur souscrit à cette opinion en démontant l'inutilité de cette étape procédurale.
[211] D. MAZEAUD, L. AYNES, op. cit., p. 273 et s.
[212] S. PIEDELIEVRE, « Droit de rétention » note sous arrêt C. cass. Civ. 1ère. 24 septembre 2009, in *Gazette du Palais*, 05 novembre 2009 n°309, p. 13 et s.
[213] Voir dans ce sens l'arrêt de la Cour de cassation rendue en date du 24 septembre 2009 (note S. PIEDELIEVRE).
[214] N. CUZACQ, op. cit.

préciser que cette gravité s'apprécie du caractère préjudiciable de l'inexécution pour l'une des parties contractantes en considérations de ses attentes initiales.

53. L'appréciation de l'effet incitatif de l'exception. En tant que moyen défensif, l'exception d'inexécution entraine deux conséquences principales : un effet temporaire et un effet suspensif. Le contrat en cause est seulement suspendu le temps de résoudre l'ordre d'exécution des prestations et la légitimité du motif de l'excipiens. C'est ce qui fait dire à une doctrine autorisée que « la suspension de l'exécution de ses obligations, que peut prendre, à titre de légitime défense contractuelle, le créancier qui se heurte à l'inexécution des obligations imputable à son cocontractant »[215] est un effet constant du contrat. Cependant, le contrôle judiciaire de l'exception d'inexécution ne s'étend pas seulement à ses conditions de recevabilité, elle inclut souvent son articulation avec les autres mécanismes juridiques prévus par des textes spécifiques. Ainsi, en matière de construction, la Cour de cassation a eu à préciser l'effet d'une exception d'inexécution sur un commandement de payer, lequel était plutôt subordonné aux conditions de l'article L. 261-3 du code de la construction et de l'habitation[216]. Poussant l'analyse, l'on considère que l'effet incitatif de l'exception d'inexécution peut être consubstantiel à la formation du contrat et offrir à l'une des parties les conditions propices au contournement d'un risque de défaillance de son contractant[217]. De ce constat, il appert que l'exception d'inexécution peut être utilisée comme une technique défensive en réaction à l'inexécution imputable au cocontractant, ou par anticipation, si la nature ou les circonstances de conclusion du contrat y sont favorables. Sous le rapport de la sécurité juridique, la gestion anticipée du risque contractuel est un facteur significatif de l'efficacité de certaines mesures incitatives relevant de la justice

[215] B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », in *Petites Affiches*, 24 juillet 2006 n°146, p. 3 et s. Seulement, les auteurs insistent sur la souplesse offerte par le droit européen des contrats dans la mise en œuvre de l'exception, à savoir la probabilité avérée de l'inexécution à l'échéance.

[216] C. cass. 3ème civ. 18 janvier 2006 (Pourvoi n° 05.14.971 B).

[217] P. A. BON, « La condition portant sur l'exécution d'une obligation », in *Petites Affiches*, 26 juin 2007 n°127, p. 3 et s.

privée. La contrainte majeure serait de vérifier la régularité du recours à la justice privée à l'aune du principe de proportionnalité[218].

54. La prise en compte de la proportionnalité dans la mise en œuvre de l'exception d'inexécution procède du respect des principes généraux gouvernant la matière contractuelle. En effet, la vocation comminatoire de l'exception d'inexécution ne doit pas mettre en péril la force obligatoire de la convention conclue[219], ni se muer en condition d'engagement de la responsabilité de l'un des cocontractants. Faudrait-il rappeler que l'*exceptio non adimpleti contractus* est temporaire et ne saurait être considéré comme un mode autonome d'extinction des obligations. Il serait juste alors d'observer avec R. LIBCHABER que l'exception d'inexécution « *est simultanément un moyen de pression – le débiteur pousse son créancier à l'exécution, en se refusant à une prestation dont ce dernier a besoin - et un moyen de garantie – dans le cas où l'inexécution du créancier aboutirait à une résolution, le débiteur aurait sauvegardé ses droits en cessant d'exécuter* »[220].

A l'instar des autres moyens de justice privée qui tendent à maintenir l'égalité entre les parties contractantes, l'exception d'inexécution ne fait ressortir que l'exigence d'un recouvrement des créances à visage humain. Ce besoin préfigure l'immixtion des droits fondamentaux dans le champ de l'exécution et leur conciliation avec l'impératif de sécurité juridique.

Section 2 – La référence aux droits fondamentaux, la conciliation du particularisme des parties dans l'exécution avec le principe d'égalité.

55. La force obligatoire des conventions permet au créancier en se fondant sur l'exigence de sécurité juridique de réclamer un paiement au débiteur. C'est une conséquence logique de la subordination de la volonté des parties à un référent moral[221] : le respect de la parole donnée[222]. La prise en compte de ce critère

[218] N. CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », op. cit. L'auteur indique dans sa réflexion que « *le critère de proportionnalité induit un équilibre entre les inexécutions des contractants afin d'éviter les abus* ».

[219] Si la partie contractante s'exécute postérieurement à la mise en œuvre de l'exception, il est évident que l'excipiens sera tenu aussi à exécution, v. Orléans, 23 octobre 1975, JCP 1977. II. 18653.

[220] R. LIBCHABER, « Contrats et conventions », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 avril 2006 n°7, p. 610 et s. l'auteur cite également pour référence (J-F PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Thèse, LGDJ, 1971).

[221] D. GAUTHIER, *Morale et contrat : Recherche sur les fondements de la morale*, Belgique, Mardaga, 1986. L'auteur propose dans son ouvrage une théorie objective de la morale qui doit expliquer les

d'inspiration éthique dans le champ de l'exécution poursuit un double objectif. Inciter le débiteur à une exécution spontanée de ses obligations et habiller de légitimité le recours à la contrainte en cas de défaillance du débiteur[223]. Au-delà de ces aspirations d'ordre technique ou procédural, la sollicitation de la morale dans la sphère de l'exécution cherche à préserver des valeurs[224] essentielles liées à la dignité de la personne humaine ou à la propriété. Ceci est d'autant plus actuel que le domaine de l'exécution des obligations est propice aux soupçons d'abus et préjugés entre les divers acteurs.

Aussi, est-il utile de considérer la relation qui unit l'analyse formelle de l'exigence de sécurité juridique[225] qui se rapporte à la prévisibilité des mesures d'exécution aux valeurs incarnées par les droits fondamentaux. Cette situation traduit un rapport complexe d'insertion du concept de valeur dans la normativité à travers l'exigence de sécurité juridique[226]. C'est une occurrence qui ne se réalise qui si l'on prend en compte les deux extrémités de l'exécution, l'existence d'une contrainte (§1) et l'objet de la contrainte (§2).

comportements sociaux. L'étude fait recourt largement à la raison et à l'équilibre sur un fond de coopération entre les parties.

[222] C'est le fondement moral principalement avancé par la majeure partie de la doctrine pour justifier la force obligatoire des contrats. Les hypothèses d'admission du respect de la parole donnée par la tradition juridique positiviste sont nombreuses, cependant elles semblent admettre dans l'ensemble, la volonté des parties qui s'obligent comme source de la contrainte attachée à l'obligation visée. Voir, H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat », in *Petites Affiches*, 06 mai 1998 n°54, p. 44 et s.

[223] L'article 28 de l'AUPSRVE donne au créancier la possibilité de contraindre le débiteur en l'absence d'une exécution volontaire.

[224] La valeur est une notion polysémique en droit qui généralement est affectée d'un signifiant axiologique. Elle peut servir de révélateur de la nature d'un système juridique, selon la place qui est accordée à certains événements ou situations juridiques (l'homme, la vie, la propriété). Voir M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1992, p. 58 et s.

[225] Voir P. REIS, « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, (sous la dir.) L. BOY, J-B RACINE et F SIIRAINEN, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 190. Dans son article, l'auteur estime que « *certains défenseurs de l'analyse formelle vont même jusqu'à affirmer que les seuls critères permettant de juger les catégories structurelles du droit relèvent de valeurs philosophiques et morales* ».

[226] P. COPPENS, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 153 et s.

§1- Les droits fondamentaux, contrainte morale à l'autonomie des parties dans l'exécution

56. La prétention des acteurs du recouvrement des créances aux droits fondamentaux est une exigence légitime dans une société de droit[227]. C'est d'ailleurs l'une des vocations de ces normes particulières que de devoir s'appliquer lorsque les enjeux de la situation juridique en cause interpellent leurs conditions de réalisation. En droit du paiement, c'est l'une des traductions possibles de l'adage *nemo precise cogi ad factum* selon laquelle l'exercice de la contrainte doit être nécessairement prévu et organisé par une norme. Cette faculté est perceptible dans l'exigence de sécurité juridique à travers l'importance accordée à la régulation de la contrainte (B) en tant que droit subjectif (A).

A. La faculté de contraindre le débiteur

57. Le fondement de la contrainte. D'inspiration heuristique[228] pour l'exécution des obligations, la contrainte se situe au cœur de la confrontation entre l'individu, sa conscience et la société. Elle s'exprime comme un rapport entre une intention et une volonté dirigée vers un résultat prédéterminée[229]. Ramenée à la théorie juridique, la contrainte s'inscrit parmi les invariants de la norme tel que suggéré par H. KELSEN[230] ou P. AMSELEK[231]. Dans cette perspective, la légitimité de la coercition dépendra de l'état du droit positif et de la protection du droit subjectif du créancier à contraindre son débiteur.

58. La reconnaissance d'un droit subjectif de contraindre. La contrainte dans les relations interindividuelles se distingue par le décalage entre la conviction de sa

---

[227] E. DECAUX, « Deux ou trois pas dans les nuages… » (Éditorial), in *Droits fondamentaux*, n°7, Janvier 2008-Décembre 2009.

[228] Archimède a pu l'utiliser pour qualifier la posture de découverte et de compréhension des phénomènes scientifiques, nous lui empruntons la démarche pour rendre compte des relations spécifiques propres à l'obligation juridiques qui naissent et se développent entre le créancier et le débiteur.

[229] A STANGUENNEC, *Le questionnement moral de Nietzsche*, Presses Universitaires Septentrion, 2005, p. 45 et s.

[230] L'auteur dans une distinction sur la réglementation positive cite la situation où « l'ordre juridique qui prescrit des actes de contrainte confère à un individu le pouvoir d'accomplir ces actes de contrainte, dans les cas où telles ou telles conditions sont données », H KELSEN, *Théorie pure du droit* (traduit par C EISENMANN), Paris, LGDJ, 1999, p. 23.

[231] P AMSELEK, Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques, in *Revue de la recherche juridique : droit prospectif, XXXIII* – 124 2008-4, p. 1847 et s. Admettant l'obligatoriété de la norme juridique comme critère discriminant, l'auteur n'en conclut pas moins « *contrairement à ce qu'on tend à croire, cette force contraignante n'est pas l'apanage exclusif des normes juridiques… on la retrouve, avec ses diverses composantes, dans le cadre des expériences éthiques autres que l'expérience juridique* ».

légitimité[232] et les représentations symboliques qui l'incarnent dans sa vision publiciste. En effet, elle se traduit par une structure psychologique volontaire en raison de l'influence de la liberté individuelle dans sa matérialisation. L'agent juridique est lié par sa propre volonté, même si l'acte d'adhésion est normé[233]. Ce rattachement objectif de la contrainte au droit évite de céder à la tentation d'un compendium idéaliste et pose une double interrogation quant à son fondement et sa fonction dans l'exécution des créances.

59. Relativement à la première question, il faut d'emblée souligner que la contrainte entretient une familiarité ontologique avec le droit, jusqu'à se confondre avec lui[234]. Il n'empêche, qu'elle mène une existence propre et ambivalente. En effet, elle peut traduire une manifestation d'autorité socialement permise[235] ou être le résultat d'une volonté de nuire. Ainsi, la contrainte serait un phénomène social à contenu variable. A l'instar de la liberté ou de l'égalité, cette vision de la contrainte traduit une tension sémantique perpétuelle et marque sa dépendance au droit pour lui donner un sens prévisible. Plus précisément, il s'agira de rattacher la contrainte à une catégorie juridique[236].

60. Le droit à l'exécution est un droit reconnu et protégé dans la plupart des systèmes juridiques[237]. Il est le prolongement naturel du droit d'accès au juge[238].

---

[232] Dans sa synthèse de la sociologie juridique de Max Weber, M COUTU observe à propos de la rationalisation éthique ou ordre légitime que « *Weber entend par une telle garantie, soit une adhésion interne de l'agent, soit une pression externe exercée sur l'agent, par la convention ou le droit, impliquant par conséquent la probabilité d'une contrainte en cas de non-respect de l'ordre* », in *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, 1995, p. 60.

[233] L'article 42 du COCC pose le principe de la liberté contractuelle qui n'est limitée que par l'ordre public et les bonnes mœurs.

[234] Hans KELSEN, op cit., p. 32 et s. l'auteur y recourt à la sanction pour distinguer les ordres normatifs en insistant sur la particularité de l'ordre juridique du fait de l'importance de son aspect contraignant pour le destinataire.

[235] Même dans ce cas, elle peut revêtir une double signification, quand l'administration use de prérogatives de puissance publique pour contraindre les administrés à adopter un comportement déterminé et conforme à l'intérêt général ou quand s'émanciper de la contrainte illégitime par la contrainte au nom de l'intérêt général est regarder comme un acte utile à la conservation de la société. Voir sur ce dernier aspect, E. DESMONS, op cit. p. 23 et s.

[236] Sur la difficulté d'appréhender la notion d'exécution, voir P THERY, « Rapport introductif : la notion d'exécution » in *L'exécution*, Paris, l'Harmattan, 2001, p. 9 et s.

[237] La CEDH dans l'affaire Hornsby du 19 mars 1997 a rappelé la garantie du droit à l'exécution par l'article 6 de la Convention européenne en insistant sur « ce qui doit être réalisé dans un « délai raisonnable », ce n'est pas seulement le prononcé du titre exécutoire, c'est son exécution », voir R. PERROT, P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2005, p. 6.

[238] Dans son article sur « Accès à la justice et droit à l'exécution » (in *L'accès à la justice* (sous la dir) E. PUTMANN, Marseille, PUAM, 2007, p. 275 et s.), E. PUTMANN s'interroge sur la question de savoir « *si le droit à l'exécution ne se ramène pas au droit au juge* ».

Seulement, l'objet de la protection qui est la créance semble souffrir de son rattachement au droit de propriété, car comme l'indique N. MOLFESSIS, le Conseil constitutionnel dit qu'il n'est ni « *générale ni absolue et devait s'exercer dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* »[239]. Encore, à titre d'exemple, l'arrimage de la contrainte à la propriété soulève des difficultés irréductibles qui se rapportent à son objet, la personne, sujet passif de l'obligation ou la créance, qui permet l'exercice des attributs classiques de la propriété[240]. Pourrait-on alors voir dans la contrainte un droit autonome ou simplement un accessoire aux autres droits humains fondamentaux[241]. Selon le juge K. MBAYE « *les droits fondamentaux de l'homme sont des droits auxquels il ne peut pas être apporté de dérogations, quelles que soient les circonstances de temps et de lieu* »[242], l'on peut en déduire l'exclusion de la contrainte parmi les droits fondamentaux[243]. De même, comme le préconise E. PUTMANN « *on ne peut pas impunément « fondamentaliser » tout le régime des droits subjectifs du créancier et du débiteur. Le risque encouru est de multiplier les conflits de droits fondamentaux qui, à la limite, deviendraient insolubles* »[244]. Peut-être un principe général du droit ? Pour DOMAT, les conventions seraient assujetties par des « *principes naturels et immuables* » : qu'il faut être sincère dans les conventions, et fidèle en toutes sortes d'engagements[245]. Ainsi, la contrainte serait difficilement envisageable en dehors des notions de justice contractuelle, d'équité ou de morale. Sinon une fiction juridique ? La prudence de G. WICKER estimant que la fiction juridique est « *l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur*

[239] N. MOLFESSIS, Le conseil constitutionnel et le droit privé, Paris, LGDJ, 1997, p. 95.
[240] Il est fait mention des thèses personnalistes des droits réels qui mettent en exergue la relation personnelle entre le créancier et son débiteur au centre de la propriété. Il est fait objection à cette théorie « *une dénaturation de la notion d'obligation* » et de se résumer à « *une garantie à l'égard des tiers de l'exclusivisme du droit de propriété* », voir, X. DUPRE de BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale*, Paris, LGDJ, 2006.
[241] Pour plus d'éléments voir, K MBAYE, Les droits de l'homme en Afrique, Paris, Pedone, 1992, p. 30 et s.
[242] Ibid. p. 170.
[243] La théorie civiliste de la contrainte connait un ensemble de situations dérogatoires où l'exercice de la contrainte est paralysé ou simplement abandonné. Ainsi, le juge peut accorder au débiteur un délai de grâce, l'ouverture d'une procédure collective suspend les poursuites individuelles, la commission de surendettement des particuliers peut décider de l'effacement partiel ou total des dettes et enfin, le créancier peut volontairement renoncer à son exercice (remise de dettes).
[244] E. PUTMANN, *L'accès à la justice* (sous la dir), Marseille, PUAM, 2007, p. 277 et s.
[245] P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Paris, l'Hermès, 4ème édition, 1998, p. 82.

application »[246] incite à rechercher un ancrage conceptuel ou matériel plus adéquat pour la contrainte. Le point commun à ces tentatives de rattachement catégoriel est l'existence d'une prérogative pour le créancier qui poursuit un intérêt socialement protégé. Elle est le fondement d'une action en justice du créancier qui elle-même sert de soubassement au droit subjectif de voir son droit se réaliser[247]. Aussi, pouvons-nous rejoindre l'analyse de COUTU lorsqu'il note « *dès que traduits sous forme de droits subjectifs, les axiomes jusnaturalistes revêtent en effet une importance pratique considérable, indissociable des intérêts économiques et politiques* »[248]. Cette affirmation trouve un écho favorable dans la remarque de L. DUGUIT « *on peut arriver à protéger socialement des situations qu'il est légitime de protéger, puisqu'il y a un intérêt social dans cette protection* »[249]. Poursuivant l'analyse entre le pouvoir de contraindre du créancier et son utilité sociale, J. DERRUPPE soutient que « *tout pouvoir de l'individu ne constitue pas un droit subjectif. Seront seuls des droits, les pouvoirs qui seront reconnus, sanctionnés, protégés par le législateur* »[250]. De sorte que la contrainte reste en définitive un centre d'intérêt socialement légitime et juridiquement protégé.

61. La nature juridique de la contrainte. La contrainte s'éloigne donc d'une prétention à l'autonomie exclusive pour s'incarner dans le rapport d'obligation sous la forme d'une prérogative accessoire. Mais de quelle sorte ? Est-ce un pouvoir d'ordre général ou un privilège spécial, dans ce sens où le privilège serait dérogatoire à l'intervention préalable du juge judiciaire pour sa mise en œuvre[251]. A la lecture des art. 1er et 28 de l'AUPSRVE, il appert que la saisine préalable du juge est obligatoire pour solliciter la procédure d'injonction ou procéder aux saisies. Par conséquent,

[246] G. WICKER, *Les fictions juridiques : contributions à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, Perpignan, 1994. Voir également, D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratifs*, Paris, LGDJ, 2000.
[247] Sur la dialectique entre droit subjectif et action voir, H. MOTULSKY, *Ecrits : études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 85 et s.
[248] M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, op. cit., p. 182.
[249] L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique* (présentation S GILBERT), Paris, Editions la mémoire du droit, 2008, p. 163.
[250] J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, Dalloz, 1952, p. 283 : l'auteur estime que « *la reconnaissance et la protection légale des pouvoirs individuels est une des raisons d'être de l'organisation juridique* ». Même si son analyse semble rejoindre les thèses du droit naturel, elle a le mérite d'insister sur la légalité de la contrainte.
[251] X. DUPRE de BOULOIS. Op cit. p. 9 et s. L'exemple le plus topique de cette distinction est fourni par la distinction qui existe entre la possibilité pour les personnes publiques de se délivrer des titres exécutoires pour la liquidation et le recouvrement de leurs créances et l'obligation pour le créancier de recourir au juge pour mettre en œuvre l'exécution forcée.

nous pouvons préjuger du caractère ordinaire de la contrainte dans le recouvrement. Seulement, l'hypothèse d'un recouvrement amiable en dehors de la sphère judiciaire vient apporter une certaine nuance et prolonge le questionnement sur la portée véritable de la contrainte[252]. Car nous avons d'un côté, une contrainte soumise à l'autorité du juge, et de l'autre une contrainte à la discrétion du créancier principalement. Cette ambivalence est source d'insécurité juridique pour les acteurs du recouvrement des créances et pose la question de la fonction dévolue à la contrainte.

62. Nous pouvons avancer l'idée d'une fonction de garantie de l'exécution pour justifier la contrainte dans le champ contractuel. Cette fonction utilitariste de la contrainte peut même jouer en faveur du débiteur dans le cas de la propriété-garantie, car comme le soutient P. CROCQ « *la propriété n'étant laissée ou transférée au créancier que pour garantir le paiement de la créance, l'exécution intégrale de l'obligation de payer doit toujours avoir pour conséquence un transfert de propriété du bien au profit du débiteur* »[253]. Ainsi, la contrainte s'attache à l'exécution, même à titre subsidiaire, comme critère d'existence du paiement[254] qui est l'essence du recouvrement. Aujourd'hui, la doctrine s'accorde à trouver un fondement légal au droit subjectif de contraindre dans l'article 96 du COCC ou l'article 1134 du Code civil. Raison pour laquelle, le créancier est fondé à invoquer la défaillance du débiteur devant le juge pour obtenir l'exécution de la prestation due. Alors est-il juste de conclure avec le juge J. P. COSTA que « *la protection juridictionnelle, par sa solennité, son autorité et sa valeur contraignante, est certainement le mode le plus efficace de protection* »[255]. Par conséquent, la fonction de la contrainte ne saurait être mise en évidence sans parallèle avec l'exercice du droit de poursuite.

---

[252] Sous cet angle, la notion de contrainte s'apparente à la notion de « *libre disponibilité* » dans la mesure où « *elle détermine l'étendue de l'office du juge ainsi que l'ampleur du pouvoir des parties* », voir B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits des lois*, Paris, LGDJ, p. 17.

[253] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, p. 15. Dans son analyse, l'auteur montre l'influence de la propriété-garantie sur la conception traditionnelle des sûretés et de manière plus générale sur le droit du crédit. Il en tire une conclusion nuancée en admettant un bouleversement théorique sur la matière des garanties et une amélioration prudente de la protection des créanciers et des débiteurs.

[254] Voir article 162 du COCC.

[255] J. P. COSTA, « vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 151.

Si la coercition est indissociable du recouvrement des créances par l'exercice des procédures individuelles ou collectives d'exécution, il doit être possible de s'interroger sur la légitimité de son fondement sur la base de la dissociation entre la contrainte juridique et la contrainte matérielle.

Dans un souci d'opérationnalisation de notre analyse, nous allons esquisser les fondements d'une fonction de garantie contractuelle de la contrainte[256]. Est-ce la force obligatoire des conventions légalement conclues, donc l'autonomie de la volonté ou la cause de la prestation, telle que théorisée par E. PUTMANN ?

B. La licéité de la contrainte

63. La justification du contrôle de la contrainte. L'article 1er du COCC indique que l'obligation, qui est un lien de droit, accorde au créancier « *le droit d'exiger une prestation ou une abstention* » du débiteur. La question qui se pose ici est de délimiter les contours de la coercition exercée par un particulier sur un autre particulier[257], c'est-à-dire faire produire à une contrainte d'origine privée des effets juridiques. La conception d'une justice privée dans les rapports contractuels est ancienne[258], mais elle a toujours fait l'objet d'une méfiance voire d'un rejet systématique en droit civil[259]. Cependant, il persiste des dérogations telle que

[256] Cette acceptation des phénomènes juridiques remonte à l'origine de l'Etat, qui est vu comme un contrat social qui transfère un pouvoir dans un but d'intérêt général en échange d'une conception absolutiste des libertés « naturelles » dangereuse en soi. Voir, E. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne : contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999, p. 43.

[257] Traditionnellement, la contrainte est l'apanage des pouvoirs publics qui en disposent à travers les forces armées ou la police administrative qui est l'un des moyens d'action de l'administration. Dans la matières du recouvrement des créances, il est prévu, pour mettre en échec la justice privée, l'intervention « d'un auxiliaire de justice ayant une compétence particulière plutôt qu'au créancier recourant à la justice privée », voir S. KUATE TAMEGHE, *Jalons d'une habilitation à diriger des recherches : une expérience à partir du droit issu du traité OHADA*, Paris, l'Harmattan, 2007, p. 31.

[258] P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 399 : à propos d'une fonction sociale assignée aux prérogatives individuelles, l'auteur indique que « *les « pouvoirs » sont de véritables fonctions pour l'exercice desquelles l'individu se voit reconnaitre une contrainte sur autrui* ». Il s'intéresse à l'hypothèse de Josserand où la liberté contractuelle est utilisée pour causer un tort à son cocontractant. Voir l'excellente thèse de C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : étude comparative*, Thèse, LGDJ, 2008 : l'auteur considère avec intérêt l'usage des techniques contractuelles par le créancier soit pour inciter le débiteur à s'exécuter, soit pour rompre le contrat si son économie générale est irrémédiablement compromise ; toutefois, elle souligne l'intervention nécessaire du juge en cas d'abus de la part du créancier. Voir aussi la brillante thèse de D. MAZEAUD, *La clause pénale*, LGDJ, 1992 : parlant de la clause pénale, l'auteur montre que « *le créancier victime est le bénéficiaire de la peine : la peine a été stipulée à son intention en cas d'inexécution et s'exécute donc, tout naturellement, à son profit.* »

[259] Voir sur la question, J. M. E. PORTALIS, *discours préliminaire du Code civil*, Paris, Editions confluences, coll. voix de la cité, 1999.

l'exception d'inexécution, une technique classique[260] qui confère à l'une des parties dans un rapport synallagmatique, la possibilité de s'abstenir d'accomplir sa propre prestation en vue d'amener l'autre à s'exécuter. Une telle attitude est contractuellement prévisible et ne va pas de manière péremptoire à l'encontre de la sécurité juridique[261]. Toutefois, son utilisation peut s'avérer dangereuse pour le créancier s'il est constaté un abus dans sa mise en œuvre. En réalité, l'intérêt d'un tel rapprochement est de rechercher les procédés de contraintes organisés par le droit positif et qui s'adaptent à l'environnement prévisible du rapport contractuel. Autrement, comment l'exigence de sécurité juridique à travers la théorie de l'abus de droit[262] arrive à équilibrer une prérogative légitimement admise aux besoins d'une procédure finalisée ?

64. Les modalités du contrôle de la contrainte. Le contrôle juridictionnel de la contrainte entre particuliers[263] n'est en principe effectif qu'à partir de l'exigibilité de la créance. En effet, des techniques de nature substantielle ou procédurale permettent de neutraliser la contrainte ab initio. Il en est ainsi des créances affectées d'une modalité qui ne peuvent faire l'objet de recouvrement qu'une fois celle-ci réalisée. Dans cette hypothèse, le créancier dispose d'un « *droit sans action* »[264], c'est-à-dire

[260] L'article 104 du COCC indique que « dans les contrats synallagmatiques, chacun des contractants peut refuser de remplir son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne ». Sur le plan doctrinal, l'exception d'inexécution a fait l'objet de nombreux développements tant sur sa nature, que sur ses fonctions dans les relations contractuelles, voir N CUZACQ, La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution, in *LPA*, 07 mai 2003 n°91, p. 4 et s ; C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, Thèse, LGDJ, 1999.

[261] Au-delà de l'exception d'inexécution, la doctrine s'accorde à voir une pluralité de solutions visant l'exercice d'un pouvoir unilatéral par l'un des contractants. Dans une pertinente analyse, cette faculté est recensée sous le vocable synthétique et suggestif de « droit de rupture » et met l'accent sur une recherche plus accrue de la sécurité juridique avec une attention particulière à la notion de prévisibilité, voir S. Le GAC-PECH, *Rompre son contrat*, RTD Civ, 2005, p. 223 et s.

[262] La notion d'abus dans les rapports contractuels a fait l'objet d'une pluralité d'approches tant par les privatistes que par les publicistes. Pour notre part, la conception de l'abus dans le recouvrement des créances se réfère à celle retenue par STOFFEL-MUNCK, op cit, p. 17 : L'auteur montre dans son analyse l'existence ce « *deux grands types d'abus relevant d'une problématique spécifique : en un cas, juger de l'attitude d'un homme et non de la force de ses droits ; dans l'autre, juger de la force de ses droits et non de son attitude* » il en tire une conclusion simple « *ici l'abus désigne la faute de comportement ; là, il est une limite à la force obligatoire d'une clause* ».

[263] C. ANDRE, *Le fait du créancier contractuel*, Thèse, LGDJ, 2002, p. 64 et s: l'auteur relate la nécessité de garantir un contrôle juridictionnel de la contrainte, en montrant qu' « *une intervention judiciaire permet une moralisation des procédures d'exécution* » et en soulignant aussitôt que « *cette intervention du juge en la matière a fait l'objet d'une controverse entre les partisans d'un contrôle systématique protégeant le débiteur et les tenants d'une vérification ponctuelle à l'initiative des parties, propre à garantir la célérité des procédures de recouvrement* ».

[264] Sur la théorie des « droits sans action » voir, N. CAYROL, « Action en justice », *Rép. Pr. Civ. Dalloz*, septembre 2004, p. 12 et s. l'auteur évoque un ensemble de situations juridiques reposant sur

que la contrainte existe mais elle est inefficace. De ce fait, l'on pourrait dire avec X. DAVERAT que « *le seul but de nuire au débiteur demeure le cas typique d'un tel abus* »[265]. A ce niveau, il faut remarquer que le contrôle n'opère qu'à posteriori[266], alors est-il possible d'envisager un contrôle préventif en dehors des cas où l'exercice de la contrainte s'avère impossible ou retardé. La nature hybride de la contrainte, qui peut revêtir la forme d'un acte ou d'un fait juridique, incite à l'aborder sous ces deux aspects. Nous essayerons de voir l'expression d'une contrainte licite et suffisamment prévisible dans et en dehors de l'engagement contractuel.

65. Théoriquement, tous les contrats sont concernés par la contrainte abusive si l'on tient compte du principe de la force obligatoire de l'article 1134 du Code civil ou 96 du COCC[267]. Dans la pratique, il en est des catégories de contrats pour lesquelles le législateur a montré une plus grande sollicitude pour la partie faible. Ainsi, à titre illustratif, nous allons aborder les clauses abusives et la situation de la caution pour étudier la contrainte licite dans l'engagement contractuel. L'analyse de la théorie des clauses abusives à l'épreuve du recouvrement est typique de l'équilibrage juridique de la contrainte dans l'engagement contractuel, mais de manière préventive. Cependant, il faut admettre la mise en garde de P. STOFFEL-MUNCK contre une approche dogmatique du rôle de la volonté du débiteur, lorsqu'il constate « *selon cette conception, le créancier abuse de son droit dès qu'il invoque la clause dans un sens que le débiteur prouve n'avoir pas envisagé* »[268]. Dans l'optique de la sécurité juridique des transactions, le juge s'offre en garant de l'intelligence des contractants quant à l'esprit qui anime leur convention au moment de sa naissance jusqu'à son extinction[269]. Ce pouvoir interprétatif[270] du magistrat s'accompagne d'une prérogative

---

l'existence d'un droit substantiel dont certaines prétentions y afférentes sont sous certaines conditions irrecevables. Il cite notamment, les obligations naturelles, la répétition de l'indu.

[265] X. DAVERAT, « Saisie : protection du débiteur », *Rép. Pr. Civ. Dalloz*, septembre 2004, p. 21 et s. A cet effet, il donne comme fondement, l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991 qui dispose que le créancier « *ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation* ».

[266] C. ANDRE, op cit, p. 65 : l'auteur remarque que « *les droits du créancier sont toutefois limités, en amont par les règles classiques d'insaisissabilité de certains biens et le système de l'autorisation judiciaire préalable, en aval par un contrôle a posteriori des initiatives du créancier poursuivant, qui relève de la compétence exclusive du juge de l'exécution*. ».

[267] D. ALLAND, S RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 279 : les auteurs proposent de tirer comme principe subordonné à l'utilité du contrat, la sécurité juridique. Sur cette base, ils identifient la force obligatoire du contrat à la confiance légitime que le créancier peut placer dans la garantie que l'engagement du débiteur sera exécuté.

[268] P. STOFFEL-MUNCK, op cit., p. 473.

[269] P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *Recueil Dalloz* 2007 n°5, p. 325 : l'auteur estime que « bien que l'interprétation soit en droit français fondée sur la commune intention

de censure directement tributaire de l'ordre public contractuel. N'est-il pas juste alors de constater à la suite de D. MAZEAUD qu' « *on ne compte plus désormais les interventions du législateur et du juge pour libérer les contractants engagés dans un lien trop contraignant* »[271] ? Ici, le contrôle de la licéité de la contrainte va s'opérer à travers celui de la cause de l'obligation qui va fonder le pouvoir du créancier à réclamer au débiteur une prestation[272]. Si l'obligation essentielle du créancier est sans cause, il s'en suit une altération de la force obligatoire de l'engagement contractuel et de son principe actif accessoire, la contrainte. L'affaire Chronopost (Com. 22 octobre 1996) est symptomatique de la prise en charge judiciaire de l'équilibre des prestations contractuelles et de l'utilité du contrat. Ainsi, la mise en échec des clauses inutiles ou injustes permet en amont d'anticiper sur la licéité du droit à l'exécution, donc de la contrainte. C'est une logique similaire qui avait conduit à l'interdiction de la clause de voie parée ou du pacte commissoire, avant les changements opérés par l'ordonnance du 23 mars 2006, s'il s'avère que leur conclusion visait expressément à contourner leur prohibition de principe[273]. Il est vrai qu'une lecture combinée des dispositions des articles 58 et 61 du COCC ou 1109 du Code civil permet de censurer pour vices du consentement un contrat[274]. Cependant, l'inégalité économique des parties, qui n'est pas fondamentalement injuste, peut déboucher sur une inégalité juridique, qui peut être intolérable sauf cause légitime de préférence. Aussi, la théorie des clauses abusives procède de cet esprit et sanctionne la contrainte, certes future, excessive voire inacceptable. Dans ce sens, l'exigence de sécurité juridique n'instaure pas une *favor debitoris* attentatoire aux droits des créanciers, mais restaure l'ordre public contractuel troublé. E. PUTMANN

---

des parties contractantes, ses évolutions en font également un précieux vecteur des attentes des contractants ».

[270] Ibid. p. 326.

[271] D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur le nouveau monde contractuel », op cit. p. 47.

[272] G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 15 et s. F. JULIENNE, « L'office du juge en droit des contrats », *RRJ* 2088-4, p. 1925 et s.

[273] La clause de voie parée vise la vente de la chose donnée en gage, tandis que le pacte commissoire tend à l'appropriation par le créancier du bien gagé. Dans les deux cas, il était prévu une interdiction de principe posée par l'article 2078 du Code civil. Pour les aspects théoriques, voir N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 106-115.

[274] F. ROUVIERE, « L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique », *Cahiers de méthodologie juridique* n°22 – *L'analyse économique du droit autour d'Ejan MACKAAY* (numéro spécial) - PUAM, 2008, p. 2485 et s. L'auteur montre qu'avec le test de Wittman on peut proposer une solution qui soit moins coûteuse que le problème. Ici l'admission des vices du consentement serait moindre par rapport à l'altération de la confiance légitime que les contractants pourront placer dans l'environnement normatif de leur relation d'affaires.

a pu ainsi écrire qu' « *une référence substantialiste n'annonce pas forcément l'intention du juge de prendre le pouvoir dans la sphère contractuelle* »[275].

66. La situation de la caution met en relief, un mécanisme de transfert de la contrainte du débiteur principal vers le garant. Le contrat de cautionnement étant accessoire au contrat primitif qui lui sert de base, l'on pourrait s'interroger sur l'étendue de la contrainte que peut subir la caution dans le recouvrement des créances. L'article 7 de l'AUS ou l'article L. 310-10 du Code de la consommation en France pose un principe général de proportionnalité qui laisse penser à une identité de la contrainte subie entre le débiteur principal et la caution. Ainsi, en cas de défaillance du débiteur principal, la caution sera sollicitée dans les termes du contrat qui le lie au créancier. Mieux, le droit OHADA prévoit une extension de la garantie fournie par la caution aux besoins du recouvrement[276]. Un premier constat viendrait alors de l'absence d'influence du caractère tripartite de la relation contractuelle sur la contrainte. Jugement hâtif sans doute, si l'on considère le cas particulier du débiteur surendetté[277]. En effet, même si la caution peut solliciter une réduction de sa garantie en raison d'un fait du créancier[278], elle ne peut prétendre au bénéfice des arrangements résultant du concordat entre le débiteur principal et ses créanciers[279]. D'ailleurs, la jurisprudence française adopte une position similaire depuis longtemps et son arrêt du 13 novembre 1996 est assez illustratif[280]. Il faudrait y voir une volonté de conserver l'efficacité des sûretés personnelles comme garantie de l'exécution[281]. C'est d'ailleurs dans un souci d'équilibre qu'un formalisme informatif, dont le principe

[275] E. PUTMANN, « L'introuvable contrat complet », *RRJ* 2008-5 – Cahiers de méthodologie juridique, p. 2481.

[276] L'article 8 de l'AUS dispose que « Le cautionnement d'une obligation peut s'étendre, outre le principal, et dans la limite de la somme maximale garantie, aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance ».

[277] N. GERARDIN, Le créancier, la caution et le débiteur surendetté, LPA, 31 mars 2000 n°65, p. 5 et s. Au terme d'une analyse de la situation d'une caution en cas de surendettement du débiteur principal, l'auteur estime que la conciliation des intérêts des divers acteurs est inaboutie car il y'a une prise en charge insuffisante par le droit du surendettement « du recours personnel de la caution ».

[278] L'article 18 de l'AUS dispose que « La caution simple ou solidaire est déchargée quant la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer, en sa faveur, par le fait du créancier. Toute clause contraire est réputée non écrite. ».

[279] L'article 93 de l'AUPCAP précise que « nonobstant le concordat », les créanciers conservent leur droit de poursuite contre tous les coobligés du débiteur.

[280] Cass. Civ. 1ère, 13 novembre 1996, obs. D MAZEAUD, JCP 1997 II – 22780.

[281] Cette décision de principe ne semble pas faire l'unanimité au sein de la doctrine. Le primat de la fonction de garantie du cautionnement sur caractéristiques juridiques intrinsèques pose problème. Voir, C FIORI-KHAYAT, Cautionnement et surendettement des personnes physiques, Gazette du Palais, 2 avril 2005 n°92, p. 2.

est posé par l'article 14 de l'AUS, agit à titre préventif pour permettre à la caution d'anticiper sur la contrainte qui va peser sur elle et son étendue. Dès lors, l'exigence de sécurité juridique va consolider la contrainte, qui permet au créancier de garder intact son droit à l'exécution tout en aménageant son exercice par une obligation renforcée d'information[282] et le maintien des causes contractuelles d'extinction qui offre à la caution des moyens de défense appropriés[283].

En somme, la licéité de la contrainte dans le champ contractuel est assurée par l'exigence de sécurité juridique au moyen d'une modulation de la contrainte en fonction de l'utilité de la contrainte ou de sa proportionnalité[284]. Elle se prolonge dans les dispositions de l'article 22 de la Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 sur l'exécution forcée. Ces notions sont certes relatives mais, envisagées de manière fonctionnelle, elles offrent les outils nécessaires à un rééquilibrage des prérogatives des contractants.

67. Hors de l'engagement contractuel, il est possible de réguler la contrainte, entre autre, sur le fondement de la responsabilité civile[285]. Sans être exclusif, nous allons nous appuyer sur la responsabilité qui pèse sur les agents de recouvrement des créances telle que stipulée par l'article 2 al. 2 du Décret n°96-1112 du 18 décembre 1996. Selon ce texte, un préjudice né à l'occasion de l'activité professionnelle de l'agent de recouvrement peut entrainer l'allocation au profit du débiteur de dommages et intérêts au titre du principe de la responsabilité civile de l'article 118 du COCC ou 1382 du Code civil. C'est un exemple de délimitation de la coercition exercée sur le débiteur et prenant sa source d'un mandat accessoire à l'acte contractuel initial[286]. L'effet comminatoire d'une éventuelle responsabilité délictuelle de l'agent de recouvrement prolonge la recherche d'équilibre par le droit positif dans

[282] M. GRIMALDI, P. DUPICHOT, Durée et sûretés, RDC – janvier 2004, p. 95 et s.
[283] Les articles 24 à 27 de l'AUS organisent les modalités d'exercice des recours de la caution contre le débiteur principal et les causes d'extinction de l'engagement de la caution.
[284] P. CROCQ, « sûretés et proportionnalité », in *Mél. SIMLER*, Paris, Litec, 2006, p. 291 et s : L'auteur démontre avec une certaine pertinence que la proportionnalité est un « *instrument d'adéquation de la sûreté au montant de la créance qu'elle garantit, qu'un instrument de sanction d'un comportement abusif* ».
[285] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 3ème édition, 2006 : les auteurs montrent qu'une tendance à l'extension de la responsabilité civile est tirée de l'imprécision de la notion d'intérêt lésé qui lui sert de fondement.
[286] Cette technique peut être rapprochée de l'abus des pouvoirs en matière civile, surtout dans les sociétés commerciales. Les agissements du mandataire ne sont ni profitables au mandant ni à lui-même. Voir, P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2004-2005, Dalloz, 2004.

l'exercice de la contrainte par le créancier directement ou par l'intermédiaire d'un tiers[287]. La jurisprudence s'est montrée plus hardie dans la protection du débiteur en reconnaissant le caractère abusif de certains agissements des agents de recouvrement, lorsque le Décret de 1996 n'a pas donné une réponse explicite[288]. Aussi, la réglementation inspirée de l'article 32 de la Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 a permis de constater un phénomène d'autorégulation chez les professionnels du recouvrement avec les codes de déontologie[289]. L'exigence de sécurité juridique se traduit par le passage d'une légalité imposée à une légalité assumée avec un niveau de certitude appréciable de la protection des acteurs du recouvrement amiable des créances.

§2 – Les droits fondamentaux, contrainte matérielle dans l'exécution

68. La contrainte est vécue différemment selon qu'elle s'applique sur la personne du débiteur ou sur ces biens. Sur la personne, elle est considérée comme « attentatoire à la liberté individuelle »[290], tandis que sur les biens, il serait « logique que l'inexécution d'une obligation puisse être sanctionnée par une atteinte aux biens »[291]. De là à assurer une exclusivité au second, il y a lieu d'observer une petite prudence. D'une part, la méfiance vis-à-vis de la contrainte sur la personne est en voie d'être dissipée avec la normalisation de l'expulsion du débiteur défaillant ; d'autre part, l'on peut noter une évolution jurisprudentielle dans la contrainte affectant les obligations contractuelles de faire à caractère personnel[292]. Cette dernière manifestation de l'assouplissement de la contrainte indique la direction de la prévisibilité dans les rapports entre sujets du recouvrement des créances.

---

[287] L'analyse économique du droit appliquée à la responsabilité civile permet de mesurer l'intensité de la prévention du dommage causal par l'agent responsable. Elle permet de compléter les théories classiques basées sur la faute, le risque, la garantie ou encore le principe de précaution. Voir, G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005.

[288] A. CROSIO, « Les habits neufs des recouvreurs de créances », in LPA 5 février 1997 n°16, p. 12 et s.

[289] Les agences de recouvrement de créances à travers l'ANCR ont adopté une Charte de déontologie devant permettre de mieux gérer leurs relations avec les clients et les débiteurs. Voir, http://www.ancr.fr.

[290] C. HUGON, « Le droit au paiement », in *Doits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 4ème édition, 1997, p. 543.

[291] Ibid., p. 544.

[292] A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », in *JCP/la semaine juridique*, édition générale, n°47, 19 novembre 2008, p. 13 et s. L'auteur propose d'adopter une approche casuistique pour déterminer lesquelles des obligations de faire à caractère personnel peuvent tomber sous le coup de la contrainte.

L'objet de l'exercice de la contrainte s'avère être d'une étude complexe, car il rend compte d'une tension permanente entre des valeurs non marchandes[293] et un droit fondamental du créancier : celui d'être payé. Ce conflit entre droits fondamentaux est porté à son maximum quand il touche l'intimité du débiteur, son domicile (A). Autrement, la propriété peut servir plus facilement à rapprocher les positions des parties en tenant compte des contradictions inévitables qui naissent entre leurs prétentions (B).

A. Pacta sunt servanda et dignité humaine : la problématique de l'expulsion

69. Les termes du problème. Le formalisme qui accompagne l'expulsion des personnes physiques ou morales constitue une illustration de l'interpénétration entre les droits fondamentaux et l'exigence de sécurité juridique[294]. Il s'agit d'une amélioration des garanties de nature procédurale qui entourent l'atteinte licite au corps humain ou plus exactement à un attribut de la personnalité juridique qui abrite le corps. Dans ce contexte, l'impératif de sécurité juridique agit comme un facteur de prévisibilité dans la procédure d'expulsion au niveau formel et matériel. Cette prévisibilité est une valeur commune à tous les systèmes juridiques contemporains[295]. A ce propos, S. GUINCHARD estime que les « exigences communes doivent permettre la mise en œuvre de la prééminence du droit et coïncider avec les valeurs d'une société démocratique »[296]. Toutefois, la question des droits fondamentaux transcende la seule matière de l'expulsion dans la mise en

[293] M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel : Tome 1*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004.

[294] La jurisprudence est abondante sur les exigences qui entourent les mesures d'expulsion des personnes physiques et morales. La Cour de cassation a par exemple annuler une décision d'expulsion (cass. civ. 2e , 4 juillet 2007) mettant en jeu un couple en instance de divorce pour non respect des procédures prévues par le code de la construction et de l'habitation, de la loi du 9 juillet 1991 et de son Décret d'application. Dans sa motivation, le juge retient la qualification d'habitation principale afin de préserver l'intérêt de l'épouse dans la procédure d'expulsion (voir. N. RANDOUX, « L'expulsion du conjoint en instance de divorce », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 décembre 2008 n°21, p. 2405 et s.).

[295] L. AZOULAI, « La valeur normative de la sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., pp. 25-42. En rappelant le célèbre arrêt *Marckx* (CEDH, 13 juin 1979, Marckx/Belgique), l'auteur rappelle que « la Cour européenne des droits de l'homme qualifie la sécurité juridique de principe nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire ». Ceci pour illustrer son caractère transversal et obligatoire pour les pouvoirs publics dans leurs procédures normatives et judiciaires.

[296] S. GUINCHARD (sous la dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 6e édition, 2009, p.

œuvre des voies d'exécution. Il faudrait définir la rationalité[297] qui prévaut dans le processus d'intégration des droits humains quand une procédure d'expulsion est envisagée.

70. Premièrement, il faut s'interroger sur le conflit entre le droit du créancier et la dignité du débiteur, qui cristallise l'ensemble des droits subjectifs de ce dernier. Le modèle de lecture du conflit est complexe[298] car il oppose deux droits fondamentaux. Donc, seule une appréciation dynamique de type casuistique semble offrir une certaine prévisibilité dans l'attitude du juge qui est amené à prononcer la mesure. Dans cet arbitrage entre des prétentions « légitimes » et contradictoires, le juge est d'autant plus contrarié que son office met en jeu des textes d'une intensité normative variable. En effet, la motivation de la décision qui sera prise exige un choix entre des intérêts supérieurs qui individuellement garantissent la sécurité juridique pour chaque acteur, mais ensemble provoque une certaine insécurité juridique[299]. Dans cette perspective, la méthodologie retenue par le droit positif actuel[300] est de poser une série d'interdictions empêchant à l'une des parties d'exercer son droit en laissant une

[297] La question de la rationalité est très importante en droit, elle est d'intensité macro et micro-juridique. La rationalité est souvent utilisée pour appréhender le fondement d'une décision ou l'importance systémique d'un comportement régulatoire. Dans ce contexte précis, il sera surtout question de cette dernière perspective. Pour plus d'éléments théorique sur la notion, v. F. OST, M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 100 et s.

[298] La complexité est un thème très actuel en droit. De nombreuses études s'y sont intéressées en tentant de cerner ses contours théoriques et les voies d'une compréhension de sa logique opératoire. Dans notre réflexion, cette complexité masque une aporie tant il est difficile de choisir entre deux droits fondamentaux. Sur le rapport entre la complexité du droit et la sécurité juridique, voir. J de CLAUSADE, « Sécurité juridique et complexité du droit : le développement des lois techniciennes », in *Petites Affiches*, 05 juillet 2007 n°134, p. 4 et s.

[299] Dans le domaine spécial des baux à usage d'habitation, la hiérarchie entre les droits du bailleur et ceux du preneur peut donner lieu à des solutions très surprenantes et souvent au détriment de la sécurité juridique. Voir. G. LARDEUX, « La liberté contractuelle du bailleur et les libertés fondamentales du preneur », in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 348 et s. L'auteur indique qu' « *il faut également se garder de tomber dans cet autre piège, ce autre extrême qu'est l'énonciation de seuls grands principes – évidemment supérieurs à la « vulgaire » technique juridique – qui permettent de tout justifier au détriment non seulement de la sécurité juridique mais également de l'égalité de tous devant la loi* ».

[300] Le législateur sénégalais a posé le principe de l'expulsion dans l'article 571 COCC en transférant une compétence quasi-exclusive au juge des référés. L'une des limites prévues expressément est la contestation relative au montant des loyers, une décision de la Cour d'Appel de Dakar est venue rappeler ce principe (CA Dakar, 29 mars 1984). D'un autre côté, le législateur français de 1991 a enfermé la question de l'expulsion dans les articles 61 et s. de la loi du 9 juillet et dans les articles 194 et s. du décret du 31 juillet 1992, en plus de quelques dispositions du Code de la construction et de l'habitation.

certaine marge d'appréciation[301] au juge quand l'applicabilité devient possible. C'est un compromis en sursis.

71. Deuxièmement, le problème concerne les instruments qui seront envisagés pour tenter de résoudre le conflit de droit et leur conformité à l'exigence de sécurité juridique. Parmi ces instruments, il est important de relever le rôle fondamental joué par la notion de vulnérabilité[302]. En effet, c'est un outil déduit de l'analyse substantielle qui permet au juge de légitimer son intervention. Ainsi, la vulnérabilité renferme un élément moral, la dignité de la personne humaine, et un élément matériel autour du respect de la vie privée symbolisé par la notion de domicile. Elle tient compte également de l'origine de l'occupation physique[303] du local et des circonstances factuelles[304] de l'expulsion envisagée. Au final, la vulnérabilité facilite l'équilibrage prétorien entre les intérêts contradictoires des parties, mais entretient un rapport ambivalent avec l'exigence de sécurité juridique en raison de l'incertitude sur sa consistance.

72. Le second instrument est de type procédural et permet un contrôle plus direct de l'expulsion. Ce sont les titres qui rendent formaliste la mise en œuvre de la voie d'exécution[305]. Pour la sécurité juridique, l'exigence de titres tendant à provoquer l'expulsion des occupants d'un local est doublement déterminante. D'abord, elle permet de vérifier la stabilité de la situation juridique qui a conduit à l'occupation, le cas échéant, la prévisibilité de son issue. Ensuite, elle autorise une intervention

[301] C'est un concept surtout utilisé à propos de l'application du droit européen des droits de l'homme, notamment l'interprétation de la Convention européenne. Dans ce contexte, il est possible que le juge recoure à cet instrument pour décider entre les droits fondamentaux en jeu au niveau strictement interne. Voir. B. de LAMY, P. DEUMIER, « La hiérarchie des normes » : une pyramide à géométrie variable », in *P.A*, 09 octobre 2000 n°201, p. 8 et s.

[302] La vulnérabilité est un concept classique en droit qui aujourd'hui a pris certaines proportions, en témoigne les études récentes menées par les Hautes juridictions (rapport Cour de cassation sur la vulnérabilité). A ce effet, X. LAGARDE (avant-propos) a pu souligner en évoquant les dimensions de celle-ci qu' « *est personnelle la vulnérabilité dont la cause est liée à la personne ou à son patrimoine et dont les conséquences affectent de manière générale les droits et libertés de l'intéressé* ».

[303] Cette origine est très diverses, elle s'appuie généralement sur un contrat à titre principal ou à titre accessoire (contrat de travail, de mariage, bail à usage professionnel ou d'habitation). L'on choisira d'exclure les hypothèses où l'administration met à la disposition de ses agents des locaux liés à leur statut. Voir *Lamy droit de l'exécution forcée*, Paris, Lamy SA, 2005, n°500-10.

[304] C'est surtout la question de la trêve hivernale (1er novembre au 15 mars) qui expressément prévue en droit positif français.

[305] E. PUTMANN, « La réforme des procédures civiles d'exécution et l'expulsion des occupants d'immeubles », in *P.A*, 21 septembre 1994 n°113. Il faut rappeler que l'absence de certaines formalités prévues par les textes qui organisent l'expulsion est sanctionnée par la nullité de ces actes de procédure.

judiciaire et administrative[306] propre à garantir les droits des parties à l'exécution. Toutefois, le législateur de 1991 par souci de sécurité juridique opère une discrimination entre les titres exécutoires admis pour exercer les voies d'exécution[307]. Au sens de l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991, seuls une décision de justice ou un procès-verbal de conciliation exécutoire suivi du commandement à quitter les locaux sont pertinents. Dans le même ordre d'idées, la doctrine moderne s'accorde à reconnaitre à propos du commandement qu' « *il ne peut en aucune façon être substitué à ce préalable obligatoire et spécifique à la seule mesure qu'il engage par un autre acte de procédure* »[308]. Autrement, la nullité de la procédure est encourue. Au Sénégal, l'ordonnance du juge des référés est le titre exécutoire par excellence et l'exigence d'une signification de la mesure au débiteur est maintenue surtout avec la législation OHADA.

La solution proposée par le droit positif actuel pour surmonter le conflit de droits fondamentaux est assez classique dans son expression. Elle consiste à déduire un intérêt supérieur d'un droit fondamental et l'opposer à un droit fondamental directement. La méthode est critiquable du point de vue de la dogmatique juridique[309], mais elle peut être opportune dans certaines conditions. C'est une voie possible, si l'on admet que l'exigence de sécurité juridique tolère un droit adapté. Cette hypothèse se vérifie plus amplement avec l'appréciation de l'équilibre trouvé entre le droit du créancier et la protection de la personne menacée d'une expulsion.

73. Les termes du compromis. Le fragile point d'accord entre le créancier et le débiteur sur la question de l'expulsion semble être la nécessité de la mesure. Cette tendance est illustrée par la position du juge sénégalais en la matière. Il ressort d'une décision rendue le 07 novembre 2007[310] qu' « *une telle mesure exige que la*

[306] Elle concerne principalement l'autorité préfectorale, la loi de 1991 et le décret de 1992 prévoient son information, son intervention dans le processus de relogement et le recours à la force publique. Une telle procédure de semble pas exister en droit positif sénégalais.

[307] Voir. S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2009, p. 160. L'auteur précise que « *l'un des particularismes de la procédure d'expulsion tient au fait que tous les titres exécutoires ne peuvent pas servir de fondement à cette mesure* ».

[308] S. GUINCHARD, T. MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 5e édition, 2007, p. 356.

[309] Sur les présupposés de la dogmatique juridique, voir. G FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », in *RIDE*, 1986, n°0, p. 9 et s.

[310] TRHC Dakar, 07 novembre 2007 (jugement n°1917). Dans cette décision, le juge devait se prononcer sur l'application d'une clause de réserve de propriété comme fondement de l'expulsion de

nécessité soit caractérisée, laquelle mesure n'est du reste ordonnée qu'en cas d'urgence et de péril ». Cette solution est corroborée par l'article 571 COCC qui donne une compétence exclusive au juge des référés pour connaitre de la résiliation du bail à usage d'habitation. Le juge l'a encore rappelé dans une décision en date du 03 juin 2008[311] en visant les dispositions d'ordre public qui organisent la compétence rationae materiae du juge des référés concernant les baux à usage d'habitation. La situation n'est guère différente en France, même si l'affirmation de la compétence du juge des référés est moins péremptoire. E. PUTMANN a pu dire de la délivrance du titre d'expulsion, qu'il est « *le royaume des référés* »[312].

74. L'intervention du juge des référés en la matière est très conforme avec l'esprit qui anime les voies d'exécution. Ainsi, l'ordonnance de référé est accompagnée d'un effet comminatoire qui se prolonge dans l'astreinte pouvant s'y adjoindre. En outre, l'ordonnance de référé exécutoire par provision permet d'exercer les différentes voies d'exécution. A ce titre, le référé offre au créancier une certaine assurance dans la poursuite du recouvrement de sa créance. C'est un instrument qui permet au créancier de préserver une réactivité face à la menace d'un impayé[313]. Son point faible serait la possible contrariété avec la décision du juge saisi du fond de l'affaire. C'est le sens à donner aux dispositions de l'article 250 CPC. Aussi, cette hypothèse n'inhibe pas l'action en expulsion du créancier. En termes d'exigence de sécurité juridique, l'effet incitatif de l'ordonnance de référé est intéressant eu égard à la procédure d'expulsion et son contrôle par voie d'appel ce qui garantit les droits du débiteur[314]. Ce rôle est à rapprocher de la technique du référé-liberté[315] visant la

---

l'occupant des locaux. Après avoir reconnu le bien fondé de la prétention du créancier, le juge refuse l'exécution provisoire au motif que la mesure n'était pas nécessaire.

311 TRHC Dakar, 03 juin 2008 (jugement n°1166).

312 E. PUTMANN, « La réforme des procédures civiles d'exécution et l'expulsion des occupants d'immeubles », op. cit., n°113.

313 Le péril qui pèse sur le recouvrement est l'une des conditions de saisine du juge des référés, il est aussi un indicateur du besoin d'adaptation de l'exigence de sécurité juridique aux changements brusques de circonstances dans la relation qui unit le créancier à son débiteur. Voir sur la question de la sécurité juridique, P. REIS, *Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique*, op. cit., p. 198. Pour la pratique judiciaire, cf. TRHC Dakar, 07 novembre 2007 (jugement n°1917).

314 La possibilité d'introduire un appel n'est pas la seule garantie offerte par la procédure du référé. En effet, la technique respecte le principe du contradictoire malgré l'urgence et la célérité qui la caractérise. Ainsi, c'est l'une de ses principales distinctions avec l'injonction, dans laquelle le juge se prononce sur la seule initiative du créancier et au vu des documents fournis par ce dernier. Pour plus de précisions, voir. N. CAYROL, « Référé civil », in *Répertoire procédure civile*, Paris, Dalloz, 2006, n°8, p. 5.

315 Voir. Article L.521-2 du Code de justice administrative (Loi du 30 juin 2000).

garantie des libertés fondamentales. Car de ce cas, c'est l'atteinte grave et illégale à une liberté fondamentale qui est paralysée pour la préservation des droits de l'administré. Ainsi, la technique du référé est un outil de sauvegarde, de stabilisation des situations juridiques qui cherche avant tout à maintenir un équilibre entre les droits des parties au recouvrement. Il répond au souci de protection des parties dans l'exécution. L'objectif étant de concilier souplesse et formalisme dans l'expulsion.

75. L'expulsion en matière commerciale est tout aussi complexe que pour les baux à usage d'habitation. L'analyse de la jurisprudence permet de voir une interprétation de la qualité de professionnelle adaptée au régime dérogatoire de droit commun. Une illustration en est fournie par une décision rendue par la Cour de cassation, qui admet l'exercice par un débiteur dessaisi des actions attachées à sa personne, telle que la contestation d'une ordonnance d'expulsion[316]. La décision est acceptable dans la mesure où le juge opère une distinction entre la finalité de la procédure collective et la portée de la mesure d'expulsion qui vise l'habitation du débiteur en difficulté.

76. Au Sénégal, le juge sacrifie à l'exigence de prévisibilité de sa solution en essayant d'articuler les diverses normes qui constituent son office. Ce cheminement conduit parfois à des résultats critiquables où les parties sont maintenues en l'état, nonobstant l'existence de conditions favorables à l'acceptation de leurs prétentions sur l'expulsion envisagée. Ainsi, dans une décision en date du 09 avril 2008, le juge admet la modification unilatérale de la destination contractuelle du bail commercial par le preneur sans en tirer les conséquences sur l'expulsion demandée par le bailleur[317]. Par contre, cette démarche permet de s'abriter derrière certaines constructions juridiques générales telles que la théorie de l'apparence[318] pour

[316] Cass. Com., 12 mai 2009 (pourvoi n°08-12053). L'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif ne doit pas priver le débiteur de l'exercice des actions strictement attachées à sa personne.

[317] TRHC Dakar, 09 avril 2008 (jugement n°762). Le juge admet dans sa motivation l'existence d'un acte extrajudiciaire sommant le preneur à se conformer à la destination contractuelle du bail, le refus explicite du preneur d'y pourvoir, mais refuse l'existence d'un préjudice au motif que le demandeur ne l'aurait pas allégué. Cette interprétation, si elle semble respecter formellement la lettre de l'article 81 de l'AUDCG, n'en perçoit pas l'esprit. Le juge aurait du tirer les conséquences nécessaires de la mise en demeure restée infructueuse.

[318] TRHC Dakar, 05 septembre 2007 (jugement n°1614). Le juge a fondé sa motivation sur l'absence de signification à l'une des parties au bail de la délibération qui mettait fin au mandat de représentation de son cocontractant. Au visa de l'article 472 COCC, le juge rappelle que les

préserver la sécurité juridique des transactions, la méconnaissance par le preneur de ses obligations contractuelles[319], l'existence d'un titre de propriété fondant la demande d'expulsion[320].

77. Si la nature juridique de l'expulsion reste sujette à discussion[321], il va sans dire que la finalité poursuivie par le créancier est seulement le résultat obtenu au moyen de la contrainte légitime. C'est d'ailleurs, l'une des causes de requalification de la réinstallation du débiteur expulsé d'un local de voie de fait[322]. C'est encore la réalisation de la force obligatoire du droit du créancier en tenant compte de la protection de l'occupant d'un local. En effet, le local occupé fait partie du patrimoine du créancier, et à ce titre, le défaut d'expulsion du débiteur est une atteinte à la jouissance d'un droit fondamental qu'est la propriété et une source d'insécurité juridique manifeste. L'on pourra toujours arguer du droit à la dignité du débiteur qui est également fondamental, mais l'interaction entre ces deux doit reposer sur des conditions matérielles objectives tenant à la régularité du droit dont on se prévaut. L'impératif de sécurité juridique est un moyen d'accomplir un équilibre les droits des parties sans jamais être une contrainte paralysante. Il est présumé atteint dès que les acteurs du recouvrement des créances s'approprient légitimement la stabilité créée par la nouvelle situation et en assument l'effectivité. Ainsi en est-il du droit de propriété qui est un puissant révélateur de l'insécurité juridique s'il est troublé de manière illicite.

B. Nemo plus juris… et propriété : l'effectivité de l'effet incitatif contractuel

78. Prolégomènes. La propriété est un droit absolu, fondamental et à valeur constitutionnelle[323]. Elle confère à son titulaire une exclusivité[324] sur la chose objet de

conventions conclues avec un mandataire dont les fonctions sont expirées sont opposables au mandant lorsque les tiers ont contractés de bonne foi et en vertu de l'apparence.

[319] TRHC Dakar, 04 mars 2008 (jugement n°449). L'expulsion est ordonnée pour non paiement des loyers malgré un commandement servi à cette fin. Dans la même logique, TDSL, 10 juin 2009 (ordonnance n°18), TRSL, 02 mai 2006 (ordonnance référé n°26), TRSL, 22 mars 2005 (jugement n°28, Commune de Saint-Louis/Mobil OIL SENEGAL SA).

[320] TR Saint-Louis, 25 juillet 2006 (jugement n°68).

[321] Voir. M. DONNIER, J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, Litec, 8e édition, 2008, p. 208. Selon les auteurs de l'ouvrage, l'expulsion « n'est orientée ni vers la vente d'un bien ni vers son attribution au créancier ni vers sa conservation », on peut raisonnablement l'envisager comme « une sorte d'exécution en nature sous la forme d'une voie d'exécution personnelle contraignant une personne à faire directement ce qu'elle est tenue de faire ».

[322] Ibid., p. 207.

[323] Le Conseil constitutionnel dans sa décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998 précise que la propriété est un droit « *inviolable et sacré* ». En outre, l'article 15 de la Constitution sénégalaise de 2001

la propriété. Dans notre réflexion, c'est la relation juridique qui se noue autour de la créance objet du recouvrement qu'il importe d'analyser, ainsi que son impact sur le processus d'extinction de la dette. En effet, réduite à sa plus simple expression, la protection de la propriété du créancier consiste en la garantie d'un transfert dans son patrimoine de la valeur correspondante à sa créance. Cependant, cette opération dépend d'autres variables tenant aux personnes concernées par le paiement ou à la créance devant être recouvrée. Ces variables, incluent la titularité de la créance au moment du paiement, sa disponibilité ou encore l'étendue de l'effet du paiement. Pour ce faire, nous allons opérer une distinction entre le titre et la valeur qui ensemble donnent une existence matérielle à la créance. Car, le titre se prête davantage à une conception juridique de la propriété et permet de circonscrire les moyens de sa protection, tandis que la valeur influe sur une acception économique plus flexible. Toutefois, l'intérêt de cette distinction est purement théorique, dans la pratique, l'exigence de sécurité juridique fait appel à la dimension juridique et économique de la propriété pour préserver l'équilibre des droits entre les parties au recouvrement des créances.

79. La protection de l'efficacité juridique de la propriété. La formule de l'article 200 COCC « *le débiteur répond de sa dette sur tous ses biens présents et à venir* »[325] est explicite de la volonté du législateur de protéger le droit du créancier. Ce dernier est fondé sur un titre régulier qui confère au créancier le droit d'exiger un paiement. Le titre s'assimile à l'origine et surtout la validité du titre qui constate la créance. Globalement, le droit de créance est présenté comme un droit personnel, car il permet au créancier de prétendre à une prestation[326]. En atteste l'importance que la Cour de cassation attache à l'existence d'un titre régulier pour entamer toute

reprend la motivation du juge constitutionnel français pour garantir et renforcer la protection du droit de propriété comme étant un objectif prioritaire de nature constitutionnel. En droit communautaire européen, la CJCE a dans sa décision du 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz* (aff. 44/79) admis son importance dans l'architecture normative.

[324] Suivant l'analyse du Doyen J. Carbonnier (*Droit civil : les biens – les obligations*, Paris, PUF, coll. Quadrige manuels, volume II, 2004, p. 1641) sur la définition de la propriété donnée par l'article 544 C. civ. « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* », le concept d'exclusivité est contenu dans le terme de « propriété ». Tout est question de perception conceptuelle.

[325] L'article 2092 C. civ. dispose également « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* ».

[326] En droit des procédures collectives, il a été démontré que droit de créance et droit réel entretiennent une certaine autonomie en raison de la prééminence du droit des biens sur le droit des procédures collectives de paiement. Voir P-M. LECORRE, « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », in *Petites Affiches*, 19 mai 1999 n°99, p. 4 et s.

action en recouvrement d'une créance même devenue liquide et exigible[327]. C'est une donnée essentielle dans l'exercice du droit à l'exécution. Autrement, le droit positif laisse le créancier agir à ses risques et périls[328].

80. La propriété est d'abord une relation de pouvoir entre un sujet de droit et une chose qui en est l'objet. C'est un pouvoir effectif pouvant seulement être accompagné de modalités dans l'acte d'appropriation en soi ou lors de sa circulation[329]. Pour le recouvrement des créances, ces deux dimensions sont très importantes, le débiteur ne pouvant s'exécuter que sur ses biens propres et dans la mesure de leur disponibilité. Cette relation de pouvoir se fait ressentir sur la faculté pour le créancier d'accéder immédiatement au patrimoine du débiteur. En effet, l'on peut noter une discontinuité virtuelle entre l'exigibilité de la créance et l'exécution proprement dite[330]. Ce phénomène est très récurrent lorsque le juge interfère dans la relation entre le créancier et le débiteur. En effet, comme le constate la doctrine « il y a des cas où malgré l'échéance du terme, l'exécution forcée de la créance exigible est paralysée. Il apparait donc bien que le droit de poursuite, c'est-à-dire le droit à l'exécution forcée, présente une certaine autonomie par rapport au droit substantiel lui-même »[331]. La pratique judiciaire récente est allée même plus loin, en décidant de la suspension de l'exigibilité de la créance pour les cas de surendettement des

[327] Cass. com. 09 mars 2010 (pourvoi n°09-13964).

[328] C'est le cas, lorsque le créancier agit sur la base d'un titre provisoire constatant l'existence d'une créance à son profit et l'éventualité d'une poursuite de l'exécution sur la patrimoine du débiteur.

[329] J. Carbonnier, Droit civil : les biens – les obligations, op. cit., p. 1697 et s. Dans son analyse de la relation entre les sujets de droit et la chose susceptible d'appropriation, l'auteur indique que « la propriété d'un bien n'est pas fixée une fois pour toutes dans un patrimoine : il se produit des changements de propriétaires et des mutations de propriétés ». Cette dynamique est pertinente dans notre étude car elle est au cœur du recouvrement des créances.

[330] Une même démarche avait pu fixer une certaine dissociation entre la date de naissance des créances et l'exigibilité des créances en matière de procédures collectives d'apurement du passif. Voir Cass. Com. 27 février 2007 (pourvoi n°06.11.5000) et aussi le commentaire de L-C HENRY, in *Gazette du Palais*, 21 juillet 2007 n°202, p. 37. Dans le cadre du recouvrement des créances des personnes morales de droit public, le contentieux relatif à l'exigibilité de la créance est transféré au juge administratif ou au juge judiciaire compétent au fond suivant la nature de la créance. Cette attribution étant différente lorsqu'il s'agit du contentieux de l'opposition à poursuite qui relève du juge de l'exécution. Cependant, dans les deux cas, des réserves existent en raison de la présence d'une personne publique. Sur ce point, voir C. BRENNER, note sous arrêt C. cass. 2e. 10 juin 2004, in *Gazette du Palais*, 13 septembre 2005 n°256, p. 14.

[331] Ce constat ressort d'une systématisation de la doctrine contemporaine sur la perception conceptuelle des notions telles que la « prétention » et la « prestation » dans le cadre de l'exécution. Pour plus d'éléments théoriques, voir S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », in *RTD Civ*. 2008, p. 401, note n°71.

particuliers[332]. Cette sollicitude du droit positif à l'endroit du débiteur est temporaire. C'est un répit laissé à un débiteur aux abois, seule la gestion de la transition entre l'épuisement des effets de la mesure et l'action en recouvrement du créancier permettra de mesure son efficacité et de l'apprécier à l'aune de l'exigence de la sécurité juridique.

81. Le droit commun de la propriété est fondé sur une philosophie libérale qui n'a comme limite que la volonté de son titulaire d'en faire un usage conforme au droit. Or, dans le recouvrement des créances existe la prétention du créancier à exercer son droit de propriété sur le patrimoine du débiteur en vertu d'un titre régulier. L'on note une confrontation entre le droit commun de la propriété et un droit spécial de propriété sur un même patrimoine[333]. Le droit de jouissance exclusive du débiteur sur les éléments de son patrimoine et le droit de créance d'autrui dont l'art. 200 COCC ou 2092 C. civ. garantie le recouvrement sur ces derniers. Pourtant, en s'intéressant à la notion de patrimoine, le conflit parait moins insurmontable, voire inexistant. En effet, dans la conception moderne du patrimoine, l'actif et le passif sont indissociables et servent à appréhender le concept[334]. Mieux, le patrimoine renverrait directement à l'idée de biens saisissables[335] renforçant sa fonction de garantie en faveur du créancier. La perspective fonctionnelle de la notion de patrimoine en permet une lecture flexible adaptée à la protection des parties dans le recouvrement des créances. Pour le créancier, le gage général offert par le droit positif est une source prévisible de réalisation de son droit de créance. Pour le débiteur, la saisissabilité des éléments de son patrimoine induit la possibilité d'un traitement préférentiel de certains biens devant l'exécution. Sans perturber la jouissance de l'un, ni l'appropriation légitime d'un bien affecté à la garantie du droit de l'autre,

[332] C. cass. 2e civ. 23 octobre 2003, *URSAFF de Sainte-et-Marne/époux Chauvet et autres* (pourvoi n°02.04.113 N). La Cour décide que « *Les créances autres qu'alimentaires ou fiscales peuvent faire l'objet d'une suspension de l'exigibilité des créances dans les conditions prévues par l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la loi du 1er août 2003* ».

[333] Ce postulat est emprunté à C. CARON (Les virtualités dangereuses du droit de propriété, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 1999 n°17, p. 897 et s.) dans son étude sur le droit de propriété appliqué à l'image d'un bien.

[334] Déjà le Doyen Carbonnier (*Droit civil : les biens – les obligations*, op. cit., p. 1625) remarquait que le patrimoine « comporte un passif en même temps qu'un actif, tous deux en réciproque dépendance, le passif naissant de la gestion de l'actif, l'actif affecté au paiement du passif ». plus récemment, l'avant-projet de réforme du droit des biens (Association Henri Capitant) prévoit un art. 519 C. civ. comme suit « le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif ».

[335] B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens : examen critique », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 mars 2009 n°5, p. 504 et s.

l'aménagement du patrimoine en phase avec la régularité de l'exécution constitue un facteur de sécurité juridique. Comme à l'accoutumée, le contrôle de l'agencement entre le patrimoine et l'exécution s'opère au moyen de l'abus de droit.

82. La thématique de l'abus de droit[336] est pertinente dans le cadre du contrôle de l'exécution, car le pouvoir que détient le créancier sur le patrimoine du débiteur est potentiellement dangereux. En effet, le créancier dispose d'une prérogative juridique qui lui permet de contraindre de débiteur sur ses biens, théoriquement jusqu'à la réalisation de son attente[337]. Quoique légitime dans son inspiration, cette contrainte peut se révéler abusive lorsqu'elle poursuit une finalité inutile au strict recouvrement de la créance. C'est dans le champ de la justice contractuelle que la notion d'abus de droit est sanctionnée en cas d'incitation illicite du débiteur au paiement. Pour cela, il faudrait établir la malveillance du créancier ou son intention de nuire. Ces critères d'application de la théorie de l'abus ont fait l'objet d'une appréciation prétorienne diverse. Ainsi, la Cour de cassation a refusé l'application de la « *théorie de l'abus de concours financiers* » en retenant que la Banque face à un emprunteur averti n'était pas débitrice d'une obligation de mise en garde[338]. De même, la Haute Cour a récemment caractérisé le détournement de finalité dans l'exercice d'un droit comme étant source d'abus[339]. En cas de mauvaise foi avérée de l'une des parties, les sanctions sont généralement à rechercher dans la mise en œuvre de la responsabilité civile sur le fondement de l'article 118 COCC ou 1382 C. civ. avec l'allocation de dommages et intérêts. Toutefois, une tendance doctrinale moderne milite pour une sanction plus efficace touchant directement la prérogative contractuelle mise en jeu sans porter une atteinte excessive au droit fondamental du

[336] C'est l'une des théories majeures de la science juridique qui permet de réguler l'exercice d'un droit ou d'une liberté par les particuliers ou l'administration. Les développements théoriques en droit privé sont surtout perceptibles en matière fiscale et en affaires (sociétés commerciales). Pour une généralisation, voir P. R. GALLE, « L'abus en droit des affaires : brève introduction historique », in *Gazette du Palais*, 19 décembre 2009 n°356, p. 6 et s.

[337] C'est surtout à la condition que l'exécution de son obligation par le débiteur soit toujours possible et présente une certaine utilité pour le créancier. Autrement, les divers systèmes juridiques présentent des correctifs inspirées par leur tradition surtout prétorienne, voir P. ANCEL et R. WINTGEN, « La théorie du « fondement contractuel » et son intérêt pour le droit français », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n°3, p. 897 et s.

[338] Cass. Com. 22 septembre 2009 (pourvoi n°08.11962).

[339] Cass. Com. 24 novembre 2009 (pourvoi n°08.21630), la Cour de cassation retient que « les sociétés en cause ont, par malice et calcul de pure opportunité, fait dégénérer en abus leur droit d'agir en justice contre les sociétés défenderesses ».

créancier à l'exécution[340]. Au surplus, la protection du droit commun de la propriété peut s'accorder à la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle à titre incitatif tant que l'objectif poursuivi est légitime et la procédure régulière. D'un autre côté, il permet de vaincre la résistance fautive du débiteur par la menace de réalisation du droit de gage général dont dispose le créancier. L'équilibre recherché par l'exigence de sécurité juridique est atteinte si chaque partie consciente de ses prérogatives évite l'aléa d'un rapport conflictuel. L'évitement d'une stratégie incitative inopérante et préjudiciable à son initiateur est particulièrement prégnant dans la conception économique de la propriété.

83. La préservation de l'efficience économique de la propriété. L'essence de la conception économique du droit de propriété repose sur la fonctionnalité du patrimoine dans les échanges, notamment la valeur de la créance. L'intégration de l'analyse économique dans les catégories juridiques classiques[341] est devenue une donnée fondamentale de l'évaluation de la performance des systèmes normatifs[342] et un alibi de l'élargissement de l'office du juge[343]. Aussi, appréhender le droit de propriété sous l'angle économique et par rapport aux droits fondamentaux permettra de vérifier si la rationalité de l'efficience peut supplanter celle fondée sur la dogmatique juridique dans le recouvrement[344].

84. La première niche d'intérêt se trouve dans la circulation de la créance notamment avec sa cession. Certains éminents auteurs ont su insister sur l'attractivité du mécanisme en parlant de « transport de dettes » par le biais de

[340] E. SAVAUX, note sous arrêt Cass. com. 10 juillet 2007 (pourvoi n°06.14768), in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2007 n°20, p. 1454.
[341] G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 23 et s.
[342] Voir les rapports « Doing business » sur la performance économique des systèmes normatifs par leur mise en concurrence.
[343] A. LECOURT, *Le juge et l'economie*, Thèse, Université de PAU, 2001 ; J-M BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, Thèse, Université Bordeaux 4, 1998.
[344] Voir M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », in *Revue Droit des contrats*, 01 juillet 2006 n°3, p. 679 et s. L'auteur illustre la protection constitutionnelle d'une liberté relative à la gestion du patrimoine d'un créancier poursuivant (« *(...) contraindre le créancier poursuivant à devenir propriétaire d'un bien immobilier sans qu'il ait entendu acquérir ce bien au prix fixé par le juge (...) est contraire au principe du libre consentement qui doit présider à l'acquisition de la propriété, indissociable de l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine ; que ce dernier est lui-même un attribut essentiel du droit de propriété* » Cons. const., 27 juill. 1998, déc. n° 98-403).

l'indépendance qu'acquiert l'obligation par rapport à la personnalité de ses sujets[345]. Le principe est posé en droit positif sénégalais par l'art. 241 COCC qui dispose que « dans une obligation qui n'est pas encore exécutée, un tiers peut se substituer à l'une des parties par cession de créance ou de contrat ». Les formalités de validité de la cession de créance ou de contrat sont assez souples pour rendre l'opération réalisable. La publicité y est expressément prévue pour les besoins de l'opposabilité de la transaction[346]. L'utilité du modèle de la transaction sur les créances est de garantir la solvabilité de la personne sur qui incombe l'exécution de l'obligation à son échéance. Cette finalité tend à rapprocher la fonction de garantie du patrimoine tant dans son approche juridique qu'économique. Elle traduit aussi la liberté des parties à organiser la gestion de leur patrimoine sans heurter le droit fondamental du créancier à l'exécution, ni porter atteinte à la liberté contractuelle du débiteur. Dans ce sens, la Cour de cassation a retenu que « l'omission, dans le bordereau de renouvellement, de la mention en marge relative à la modification intervenue dans la personne du créancier n'emporte pas la nullité de ce renouvellement dès lors qu'elle n'a pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur principal ou du tiers détenteur, la modification portant sur le titulaire de la créance et non la créance elle-même »[347]. C'est une position favorable à l'efficacité de la circulation des créances sur l'analyse formelle et stricte des exigences de régularité d'un titre constatant une créance. L'attrait de la cession de créance comme garantie a été souligné par un auteur averti qui estime que « cette garantie est particulièrement avantageuse pour un créancier, puisque le droit de propriété qui lui est octroyé lui évite d'avoir à concourir avec les autres créanciers »[348]. Cette évolution dans le traitement juridique de la circulation des créances montre un besoin d'adaptation de la rationalité économique à l'exigence de sécurité juridique en protégeant le droit de propriété. Il s'inscrit dans un mouvement similaire à celui du recouvrement amiable des créances effectué par des personnes de droit privé à titre professionnel.

---

[345] E. GAUDEMET reconnaissait que « *La notion de l'obligation (…) s'est dégagée de la conception primitive d'un lien purement personnel entre deux individus, pour devenir une valeur économique, indépendante de la personnalité du titulaire ou du grevé* », in F. CHENEDE, « Eugène Gaudemet, le transport de dettes », in *Revue droit des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 363 et s.

[346] Art. 241 COCC pour la cession de créance et art. 244 COCC pour la cession de contrat.

[347] Cass. civ. 3e, 27 janvier 2010 (pourvoi n°08-21324, 08-21325).

[348] S. PIEDELIEVRE, note sous arrêt Cass. com. 19 décembre 2006, in *Gazette du Palais*, 24 mai 2007 n°144, p. 11.

85. L'activité de recouvrement amiable des créances fait l'objet d'une réglementation précise en France[349], tandis qu'au Sénégal elle n'est pas clairement codifiée[350]. Elle est intéressante dans la mesure où le créancier transfère un attribut de son droit de propriété à un tiers qui y trouve une motivation économique. En outre, le recouvrement amiable peut concerner les droits fondamentaux du créancier, plus généralement du débiteur. En l'espèce, c'est le pouvoir qui est conféré par le créancier à son représentant pour contraindre le débiteur sur son patrimoine qu'il importe d'envisager. Dans son principe, l'existence du mandat entre le créancier et son mandataire ne présente guère de difficulté, elle répond des exigences de la théorie du mandat[351]. Seulement, dans le cadre du recouvrement des créances, le législateur a prévu un formalisme assez contraignant qui affecte les conditions d'exercice de la profession d'agent de recouvrement[352]. C'est surtout par souci de garantie de la protection des droits des parties dans le rapport d'obligation. En effet, les méthodes de recouvrement amiable ont été souvent décriées comme attentatoires aux droits et libertés du débiteur[353]. En général, l'effet comminatoire recherché à travers l'usage de certaines techniques de recouvrement démontre plus un acharnement sur le débiteur qu'une réelle incitation au paiement. Dans ce cas, des sanctions sont prévues contre les agents de recouvrement au titre de la responsabilité civile ou du droit pénal[354]. Plus précisément, c'est au nom de la vie privée que la protection est surtout affirmée. Ainsi, ce sont les risques d'atteinte à la vie privée que le législateur cherche à décourager[355]. En même temps, c'est le droit

[349] Sont actuellement applicables à l'activité de recouvrement amiables des créances, la Loi 91-650 du 9 juillet 1991 et le Décret n°96-1112 du 18 décembre 1996.

[350] Les auteurs s'accordent à recourir explicitement à la théorie du mandat pour envisager le recouvrement amiable des créances. Voir, N. DIOUF, *Le recouvrement des créances et les voies d'exécution*, Programme de formation en ligne au Droit OHADA, http://www.ohada.com/ , p. 10.

[351] Pour une appréciation prétorienne de l'étendue du mandat, voir Cass. civ. 2e, 28 mars 1996 (pourvoi n°94-14608). Dans cette décision, le créancier n'avait pas demandé à la SCP mandaté de procéder à un recouvrement amiable des créances.

[352] La loi de 1991, notamment en son article 32 et le Décret de 1996 imposent à l'agent de recouvrement un formalisme de validité, informatif et probatoire tant dans ses rapports avec le créancier qu'avec le débiteur, en sus des obligations propres telles que l'assurance responsabilité civile professionnelle et l'ouverture d'un compte dans les établissements financiers désignés.

[353] Voir sur cette question, A. CROSIO, « Les habits neufs des recouvreurs de créances », in *Petites Affiches*, 05 février 1997 n°16, p. 12.

[354] M-H RENAUT, « l'huissier de justice face au droit pénal », in *Gazette du Palais*, 12 octobre 2002 n°285, p. 3.

[355] M. VERPEAUX, B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°22, juillet 1999 », in *Petites Affiches*, 20 octobre 1999 n°209, p. 20. Les auteurs indiquent qu'il « *est ainsi possible de considérer que, sans être reconnu comme un principe constitutionnel autonome, le droit au respect de la vie privée bénéficie d'une entière protection constitutionnelle* ».

de propriété du débiteur qui est préservé, s'il entend contester l'effectivité des conditions requises pour recouvrer la créance. Le recouvrement amiable présente des résultats satisfaisants mettant en exergue l'efficacité d'une vision économique de la créance. Aujourd'hui l'externalisation du recouvrement des créances est une pratique éprouvée dans le monde des affaires. Toutefois, on ne peut nier que le risque pour les droits fondamentaux est appréciable. Aussi, l'intégration de l'exigence de sécurité juridique dans la sphère de l'analyse économique propice aux transactions sur les créances à titre de garantie ou de propriété est possible. C'est seulement à la condition d'asseoir une éthique professionnelle qui rassure le débiteur, réconforte le créancier et satisfait l'agent de recouvrement. C'est dire une démarche négociée et planifiée.

86. Le traitement amiable du risque d'impayé par le créancier postule l'idée d'un paiement volontaire issu de la mise en œuvre de prérogatives contractuelles légitimes. Cette tendance est généralement plus courante que ne laisse supposer le contentieux du recouvrement. Des motivations d'ordre affectives, psychologiques ou seulement lucratives peuvent décider les parties à privilégier la voie extrajudiciaire. Il nous semble que cette méthode épouse parfaitement les contours de l'exigence de sécurité juridique, si l'on admet que ce principe agit comme un régulateur des contraintes émanant de la stratégie des parties au recouvrement. Au final ce qui est visé, c'est la confiance par la négociation et la préservation des droits du créancier et du débiteur. Cette finalité peut entièrement reposer sur les principes classiques du droit des obligations, telles que la liberté contractuelle, la bonne foi et la force obligatoire des conventions. Il en est ainsi car la sécurité juridique participe même de l'essence de ces principes et sert à leur donner un contenu intelligible. Cependant, si une incertitude persiste, le juge peut être l'instrument de la sécurité juridique en se posant comme arbitre entre les prétentions des parties.

Conclusion chapitre premier :

87. Le premier palier de l'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances peut être synthétisé à partir de l'autonomie de la volonté et son corollaire, la liberté contractuelle. Il s'agit pour le créancier et son débiteur d'aménager les mesures incitatives au paiement dès la formation du contrat. Cette démarche présente l'avantage d'articuler la sécurité juridique à la force obligatoire du contrat.

Autrement, le recours aux prérogatives contractuelles permet aux parties de rechercher l'exécution du contrat en évitant de tomber dans l'abus de droit. Cependant, en cas de conflit entre les droits des parties, la seule liberté contractuelle ne suffit plus, il faut explorer d'autres facettes de la sécurité juridique pour surmonter cette difficulté dans le recouvrement des créances.

88. L'exigence de sécurité juridique joue un rôle transcendantal dans la résolution des conflits de droits subjectifs. En effet, elle s'appuie sur la logique d'hiérarchisation des intérêts particuliers par les droits fondamentaux pour protéger chaque partie dans le recouvrement. C'est la dimension axiologique qui prime sur la dimension technique de l'autonomie de la volonté. Ainsi, la liberté et la propriété sont des valeurs qui renseignent sur la légitimité de l'intervention du juge dans l'incitation d'origine contractuelle.

La flexibilité de l'incitation conventionnelle pourrait se suffire dans le recouvrement des créances. Seulement, l'aléa inhérent au comportement de la partie qui s'oblige ou l'évolution de sa situation économique mettant en péril le recouvrement justifie le recours au juge pour préserver l'attente légitime de chaque partie et garantir la sécurité juridique. La réflexion ne pouvait ignorer le rôle incitatif joué par l'institution judiciaire dans la poursuite du paiement volontaire (Chapitre 2).

CHAPITRE 2 – LA FLEXIBILITE DU POUVOIR INCITATIF JUDICIAIRE

89. La figure du juge est importante dans le recouvrement des créances. En dehors d'une exécution spontanée ou d'un abandon volontaire et intégrale de sa créance par son titulaire, le juge devient un élément essentiel de la stratégie des parties. Les conceptions traditionnelles sur le rôle du juge constituent autant d'obstacles épistémologiques que de justifications d'une méfiance vis-à-vis de son pouvoir. Pourtant, à travers diverses évolutions, le juge retrouve des habits « fréquentables » surtout dans le recouvrement des créances. Du juge des référés au juge de proximité en passant par le juge de l'exécution, le magistrat séduit et rassure le créancier, le débiteur aussi. Toutefois, c'est de son talent de modérateur que l'incitation au paiement à besoin. C'est-à-dire un juge protecteur mais autoritaire si les circonstances l'exigent[356].

Le droit positif met à la disposition du juge les instruments nécessaires à l'exercice de son pouvoir modérateur et incitatif dans l'exécution des obligations. Seulement leur légitimité dépend largement de leur conformité à l'impératif de sécurité juridique. En effet, il peut éprouver la patience du créancier (section 1) ou vaincre la résistance du débiteur (section 2).

Section 1 – L'incitation judiciaire à l'exécution par la suspension de la contrainte

90. Sans revenir sur les polémiques autour de la légitimité de l'intervention du juge dans le champ contractuel, nous allons tester les obstacles matériels et juridiques qui affectent la suspension de la contrainte face au droit à l'exécution. La première contrainte tient aux modalités d'existence de la suspension et surtout à l'absence d'un canevas précis d'immixtion du juge dans le processus de paiement (A). La seconde contrainte est relative au sort du paiement suspendu et à sa transposition à des procédures spécifiques d'apurement du passif (B).

[356] De nombreuses études sont consacrées à la relation qui unit la loi au juge, à son indépendance vis-à-vis du texte à appliquer, son pouvoir créateur et les dangers liés à son exercice. Dans notre étude, il s'agit de rechercher un équilibre entre le pouvoir d'interprétation du juge et la sécurité juridique qui postule une confiance légitime des parties et la réalisation des attentes de chacune d'elle. Sur la question voir, F. OST et M. van der KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987 ; G. TMSIT, *Gouverner ou juger : les blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995.

La clarification de ces préalables d'ordre technique parait utile à une étude du pouvoir incitatif du juge fondé sur la paralysie des pouvoirs que le créancier tire de son droit fondamental à l'exécution.

§ 1 – L'applicabilité de la suspension de la contrainte : Les délais de grâce

91. L'exigibilité de la créance commande son paiement. Ce principe élémentaire est le principal gage de sécurité juridique offert par le principe de l'effet obligatoire des conventions légalement conclues. Pourtant le législateur trouve la motivation nécessaire à l'insertion d'un mécanisme de retardement entre l'exigibilité et le paiement. Il en fait même un élément du droit commun du paiement[357]. Le raisonnement du législateur semble tenir sur la volonté du débiteur de s'acquitter de son obligation, car il inclut la suspension de la contrainte propre au droit à l'exécution du créancier dans la partie du code traitant de « l'exécution volontaire » (A). Cependant, cette règle qui peut sembler paradoxale n'est qu'une faculté laissée à la discrétion du juge. C'est d'ailleurs l'une des principales incertitudes qui affecte la réception de la suspension de la contrainte par le droit à l'exécution (B).

A. L'appréciation de la situation des parties dans la suspension de la contrainte

92. **La position du problème.** Aux termes de l'article 173 COCC « en dehors de la volonté du créancier et quelque soit la nature de l'obligation, le débiteur peut bénéficier de délais de paiement par suite d'un moratoire légal ou d'un délai de grâce que lui accorde le juge »[358]. La lettre de l'article 173 comporte deux notions qui peuvent relever du paradoxe lorsque leur interprétation est corrélée à l'article 96 COCC qui porte sur la force obligatoire de l'obligation et au droit fondamental à l'exécution qui en dérive. En effet, « en dehors » et « grâce » supposent l'une comme l'autre une entorse au droit du créancier d'exiger un paiement ou d'en poursuivre l'exécution. Eu égard à l'analyse formelle du principe de la sécurité juridique, il est des questions légitimes à se poser. Comment envisager cette atteinte, quelles sont

[357] Les « délais de grâce et moratoire » sont contenus dans la Section 1 relative au « Droit commun du paiement » du Titre premier sur « L'extinction des obligations » du COCC.

[358] L'article 1244-1 C. civ. dispose en son premier alinéa « *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues* ». Cette nouvelle rédaction fait écho à la réforme des procédures civiles d'exécution initiée par la loi du 9 juillet 1991.

ses conditions d'application et ses limites, enfin sa recevabilité par l'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances.

Si la politique législative permet d'avancer une raison explicative pour la première question, l'intervention du juge conditionne la réponse aux autres questions et l'application du principe des « délais de grâce ». Or le texte, de par sa généralité, nous incite à voir individuellement la condition des parties dans l'applicabilité des délais de grâce afin d'en contourner l'incertitude.

93. La régularité des conditions de suspension de la contrainte. Le débiteur est recevable à demander au juge le report de la date du paiement de ses dettes. Cette faculté est ouverte à tous les débiteurs, à l'exception du recouvrement des dettes fiscales[359]. Cette limitation expresse pose la question de la situation du créancier d'une obligation d'aliments. Le droit positif sénégalais semble l'assimiler aux autres créanciers. Le Code de la famille[360] et le Code de procédure civile admettent un régime dérogatoire aux créances d'aliments relativement à leur insaisissabilité mais ne résolvent pas directement la question liée à l'applicabilité de l'article 173 COCC à ces dernières[361]. L'article 9 de l'AUPCAP ne semble pas également viser les créances d'aliments dans les exceptions prévues à l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur. Cependant, la flexibilité du pouvoir d'appréciation reconnu au juge à travers l'al. 2 de l'article 173 COCC laisse entrevoir la possibilité d'un traitement différencié[362] de la créance d'aliments en raison de son fondement[363] et de sa destination. Autrement, le créancier d'aliments peut subir le concours d'autres créanciers en l'absence d'une préférence explicite. C'est l'un des problèmes en suspens dans la détermination des créances entrant dans le champ d'application de l'article 173 COCC. En France, la jurisprudence s'est prononcée en

[359] Art. 173 al. 2 COCC.
[360] Les articles 267 à 272 du CF traitent de l'exécution des obligations alimentaires.
[361] L'al. 4 de l'article 1244-1 C. civ. est davantage précis en retenant que les dispositions de l'article 1244 ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments.
[362] La situation des créances d'aliments en France est assez différente et la jurisprudence actuelle tend à confirmer le régime dérogatoire reconnue à celles-ci. Sur ce point particulier voir, A. FLASAQUIER, « Le nouveau statut des créances alimentaires dans les procédures collectives », in *Petites Affiches*, 07 juillet 2004 n°135, p. 15.
[363] Voir l'étude de F. EUDIER, « Le recouvrement forcé des créances d'aliments », in *Petites Affiches*, 24 juin 2010 n°25, p. 141.

faveur d'une inapplicabilité de l'art. 1244-1 du Code civil pour les prestations compensatoires en raison de leur caractère mixte[364].

94. La seconde modalité de neutralisation de l'exercice par le créancier de son action en paiement est la situation du débiteur. De prime abord, cette notion renforce l'incertitude quant à l'octroi d'un délai de grâce. D'abord c'est un concept à contenu variable[365], c'est-à-dire un facteur d'élargissement du pouvoir du juge et, par voie de conséquence, d'interprétation restrictive des prérogatives du créancier. Ensuite c'est un standard susceptible de provoquer une situation d'insécurité juridique. En effet, il faut une certaine rigueur dans le raisonnement judiciaire pour déterminer objectivement « la situation du débiteur ». Celle-ci pouvant aller de la difficulté passagère à l'insolvabilité avérée du débiteur[366]. L'insécurité provient de l'impossibilité technique d'une définition d'un critère d'admission de la difficulté sous forme de dénominateur commun à tous les débiteurs. L'on conviendra que chaque situation présente une particularité qui se prête à l'appréciation in concreto du cas, mais il ne serait pas inutile de rechercher un invariant. Un premier pas serait de considérer que l'obligation soit toujours exécutable et un second, la bonne foi du débiteur qui sollicite le report du paiement. Cependant, la critique principale serait de se baser sur un élément d'ordre psychologique pour résoudre un problème logique. Un rapport entre la situation future et objective d'un patrimoine et la promesse d'un débiteur déjà défaillant. Toutefois, une première solution est offerte par l'al. 3 de l'article 1244-1 C. civ. qui dispose que « il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette ». En outre, à l'instar de la théorie générale du contrat, il ne faut pas oublier que le fondement moral de la force obligatoire, donc de la confiance du créancier, est basé sur le respect de la parole donnée. Par conséquent, l'adjonction de l'engagement du débiteur aux actes garantissant une exécution future peut assurer un premier palier de sécurité juridique : la prédictibilité. Le second niveau est

[364] A. BATTEUR, « Exclusion du délai de grâce pour le débiteur d'une prestation compensatoire », note sous arrêt cass. civ. 1ère, 29 juin 2011 (pourvoi n°10-16096) in *l'ESSENTIEL du droit de la famille et des personnes*, 15 octobre 2011 n°9, p. 2.

[365] C. PERELMAN, R. vander ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

[366] Voir l'étude de N. LAUGIER-TAILLARD (L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 18 décembre 2008, in *Petites Affiches*, 15 septembre 2009 n°184, p. 3) qui propose un inventaire des mesures incitatives à la gestion négociée des difficultés d'entreprises.

d'ordre temporel, car l'effet suspensif de la décision du juge est destiné à l'acquisition de la certitude voire à l'efficacité du délai de grâce dans le processus d'exécution volontaire des obligations.

95. La dernière modalité concerne la compétence du juge et le moment de sollicitation du délai de grâce. Aux termes de l'article 173 al. 3 « Le délai de grâce peut être accordé par le juge lorsqu'il prononce la condamnation, et par le juge des référés même après la condamnation ». Pour le débiteur, c'est un élément de sa stratégie dans le recouvrement des créances. En effet, il peut solliciter le délai de grâce à titre subsidiaire si sa motivation au principal ne le dispense pas d'un paiement imminent[367]. Par ailleurs, il peut le demander au principal devant le juge des référés comme un moyen de défense à exécution. Ce système ne pose pas de contrainte majeure pour la sécurité juridique du moment que le créancier est averti. Le souci viendrait plutôt de l'usage du délai de grâce comme manœuvre dilatoire destinée à éviter le paiement ou à le retarder de manière abusive. D'où la pertinence de voir la situation du créancier par rapport aux délais de grâce.

96. Dérogation ou mesure de clémence. Si les conditions d'octroi du délai de grâce sont réunies, il n'en demeure pas moins que la détermination de sa nature juridique peut aider à comprendre son positionnement par rapport à l'exigence de sécurité juridique. Cette démarche commande de l'apprécier du point de vue du juge et des parties pour isoler des constantes et le ranger dans une catégorie juridique préétablie.

97. Pour le juge, la loi se borne à lui reconnaitre un pouvoir d'appréciation de l'octroi des délais de grâce sans forcément y attacher une obligation de motivation. Il lui appartient dans chaque cas de vérifier si le débiteur est digne de la suspension sollicitée. S'agit-il alors d'une interprétation des termes du contrat ? Ce qui laisse croire que le juge déroge à l'obligation de neutralité principielle ; ou s'agit-il d'une appréciation contextuelle détachée de la lettre du contrat ? Ce qui suppose une faveur. En tout état de cause, le juge semble exercer un pouvoir autonome dans l'exercice de cette faculté. Mais comme l'observe D. MAZEAUD « *les juges du fond dans l'exercice de leur pouvoir qui, pour être désormais autonome, n'en est pas*

[367] N. FRICERO, « note sous arrêt Cass. Ass. Plén. 29 mai 2009 », in *Gazette du Palais*, 04 août 2009 n°216, p. 12.

souverain pour autant »[368], donc cette autonomie admet des limites qui sont consubstantielles à l'organisation judiciaire. De ce point de vue, le dilemme auquel on est confronté est de voir d'un côté un pouvoir de révision du contrat[369] et de l'autre le pouvoir d'ignorer le contenu obligationnel du contrat en le suspendant. L'analyse du *modus operandi* du délai de grâce permet d'opter pour la seconde solution. En effet, en aménageant le délai de paiement, le juge ne remet pas en cause la prestation qui est due par le débiteur, il n'oblige pas le créancier à accepter un équivalent au paiement en nature non plus. Il contraint ce dernier à surseoir à son droit d'exiger l'exécution de la prestation pour un temps déterminé. D'ailleurs, le jugement condamne bien le débiteur mais en diffère la réalisation matérielle. La révision du contrat aurait nécessité une modification substantielle de la nature ou du contenu de la prestation du débiteur ou des droits du créancier. Or, dans notre cas, la suspension n'est pas la négation du droit fondamental à l'exécution. Au total, ce pouvoir se rapproche plus d'une mesure de clémence dont dispose le juge. Pour la sécurité juridique, cette alternative est plus tolérable qu'un pouvoir de révision incertain.

98. Il faut d'abord souligner que le délai de grâce, du côté du débiteur, est une opportunité d'alléger la pression qui pèse sur lui en vertu d'un engagement devenu exigible et non exécuté. Pour en bénéficier, il doit porter à la connaissance du juge les difficultés qui l'empêchent d'honorer sa promesse et les motiver. Sa requête ne consiste pas à demander l'effacement de la dette mais le report ou le rééchelonnement du paiement. Dans cette perspective, le recours au dispositif de l'article 173 COCC ou 1244-1 C. civ. se comprend comme une volonté de contrôler le risque d'une aggravation de sa situation patrimoniale déficitaire. Mais, au-delà, il appert de la demande du débiteur une transposition de la vulnérabilité économique

[368] D. MAZEAUD, « note sous arrêt Cass. civ. 1e, 26 mai 1993 », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 mars 1994 n°5, p. 351. En l'occurrence, il s'agit du contrôle par le juge des clauses abusives et surtout de la faculté qu'il dispose de l'exclure du contrat en se fondant sur son appréciation du caractère abusif de la clause.

[369] B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n°1, p. 76 ; D. MAZEAUD, « La révision du contrat », in Petites Affiches, 30 juin 2005 n°129, p. 4. Cependant, il faut observer que pour ces auteurs la révision judiciaire du contrat pourrait présenter quelques vertus dans le cadre contractuel. Aussi, l'un d'eux estime que « *la révision du contrat n'apparaît plus nécessairement comme une injure à la foi jurée, une entrave à la liberté contractuelle ou une arme contre la sécurité juridique. Elle se présente comme l'instrument de la pérennité contractuelle, le remède contre la précarité économique et même, parfois, comme la garantie de la paix sociale. Autant de raisons pour faire preuve aujourd'hui de bienveillance à l'égard de la révision du contrat...* »

vers une valeur fondamentale dans la théorie du contrat : la justice contractuelle. Il demande au juge de se porter garant de sa bonne foi à s'exécuter si une tolérance est acquise. Cette interpénétration d'un référent social avec la logique implacable de l'intangibilité des contrats est plus accentuée encore dans le surendettement des particuliers. De fait, cette tendance ne fait que confirmer l'appartenance des délais de grâce à l'univers des mesures de clémence. Celles-ci ne sont pas exclusives du droit des obligations, elles sont aussi connues en droit de la concurrence où les mesures de clémence visent à permettre la réalisation d'ententes prohibées mais bénéfique pour le marché[370].

99. Le créancier dispose d'un sort peu enviable dans la mise en œuvre des délais de grâce. La loi lui retire d'emblée toute capacité d'appréciation quant à leur opportunité. De son point de vue, la mesure a une portée aléatoire très prononcée. Ce choix du législateur peut se comprendre, tant la rationalité du créancier est dominée par l'urgence du paiement. Manifestement, les délais de grâce épousent les contours d'une mesure de clémence où le compromis entre les droits du créancier et ceux du débiteur a une constance fortement tendancieuse. Mais, l'action du juge est influencée par des impératifs socio-économiques que seule une éthique professionnelle permet de surmonter. Si les délais de grâce sont indexés par les créanciers, c'est à cause des insuffisances d'une motivation qui doit emporter leur conviction et faire de ce qui ressemble à une spoliation de leurs intérêts un instrument de justice contractuelle favorable aux deux parties.

---

[370] Le droit communautaire UEMOA de la concurrence prévoit la clémence à l'article 7 de son Règlement n°02/2002/CM/UEMOA qui dispose qu' « *En application de l'article 89 alinéa 3 du Traité de l'UEMOA, la Commission peut déclarer les articles 88(a) du Traité de l'UEMOA et 3 du présent Règlement inapplicables,*
- à tout accord ou catégorie d'accords,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises,
- et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées,
qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans
a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. A titre de droit comparé voir, P. ARHEL, « Les procédures de clémence dans les droits européens de la concurrence », in *Petites Affiches*, 22 février 2002 n°39, p. 6. L'auteur y définit la politique de la clémence comme le fait pour les contrevenants de « *dénoncer eux-mêmes ces pratiques, en contrepartie de la promesse d'une réduction sensible de la sanction encourue* ».

100. La légitimité de la restriction des droits du créancier. Pour le créancier, il s'agit ni plus ni moins de la restriction de l'exercice d'un droit fondamental. L'explication de cette intervention est fécondée par la notion d'intérêt. Mais c'est plutôt dans son acceptation conceptuelle plus que fonctionnelle[371]. Cette approche a, au moins, le mérite de conserver une certaine neutralité dans la justification d'une limite apportée à l'exercice d'un droit fondamental. Le créancier part sur la base d'une constante, le droit à l'exécution tout comme le droit de créance n'est pas absolu. Les nombreuses atténuations introduites par le droit du surendettement et le droit des procédures collectives ont fini par asseoir une certitude dans ce sens[372]. Toutefois, concernant les délais de grâce, c'est encore le régime commun des conventions qui s'applique et les parties sont encore sous l'emprise des piliers séculaires du contrat. Aussi, le sens de cette atteinte devra se conformer aux exigences de légitimité et de nécessité. A ces deux préalables, le droit positif répond par la combinaison d'une compétence et d'une situation de vulnérabilité. C'est la lecture que l'on peut donner à l'article 173 COCC. Pourtant les intérêts du créancier doivent être préservés dans l'application de la technique suspensive. Ainsi, dans la procédure, le créancier compte en particulier sur le principe du contradictoire pour écarter les allégations du débiteur[373] et sur la qualification des faits par le juge qui peut lui profiter[374]. Dans ce contexte ce qui parait comme incertitude à priori peut profiter aux deux parties. En effet, l'article 1244-1 demande au juge d'inclure « les

[371] M-T. CALAIS-AULOY, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et notions conceptuelles), in *Petites Affiches*, 09 août 1999 n°157, p. 4. Afin d'opérer une distinction entre les deux catégories, l'auteur précise qu' « *apparaît comme fonctionnelle toute notion qui se définit par sa fonction, ou, ce qui revient au même, dont le contenu détermine la fonction, dans la discipline considérée (…) est au contraire conceptuelle une notion qui se définit en elle-même et que donc l'on peut retrouver dans toutes les disciplines car elle est issue d'un langage général* ».

[372] Les différentes réformes du droit des procédures collectives montrent la tendance du législateur a privilégier l'activité de l'entreprise notamment avec un élargissement des effets des plans de continuation amiables. Voir, P-M LE CORRE, « Présentation générale du projet de réforme des entreprises en difficulté : de l'avant-projet au projet de loi de sauvegarde des entreprises », in *Gazette du Palais*, 26 février 2004 n°56, p. 4. En parlant de la procédure de conciliation, l'auteur souligne que « *l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, cependant que ces derniers peuvent continuer à se voir imposer par le tribunal les délais de grâce de l'article 1244-1 à 1244-3 du Code civil* ».

[373] Dans une décision rendue par le TDSL, 29 avril 2009 (ordonnance n°14 TD/SL), le juge statuant en référé motive son refus d'accorder un délai de grâce au débiteur au motif que le requérant « *qui a introduit la procédure de référé sur difficulté, et assigné en conséquence son créancier, n'a pas comparu au jour fixé pour faire valoir ses moyens de défense, cela attestant qu'il n'a pas de difficultés à exposer* ».

[374] Cass. civ. 2e, 24 juin 2010 (pourvoi n°09-16069). Dans cette décision, le juge refuse l'octroi de délais de grâce en se fondant sur l'inapplication des finalités de l'article 542 CPC par l'appelant. En l'espèce, la demande en appel ne visait ni l'annulation, ni la réformation de la décision attaquée, mais se borner à solliciter un délai de grâce sur le fondement de l'article 1244-1 C. civ.

besoins du créancier » dans la motivation de sa décision d'accorder ou non un délai de grâce au débiteur. C'est la passerelle qui permet de mesurer la fiabilité de la décision judiciaire par sa mise en balance avec la situation du débiteur. A l'instar de la théorie du bilan en droit administratif, cette manière de procéder n'est pas sans danger pour l'impératif de sécurité juridique[375]. L'équilibre entre la situation du débiteur et les besoins du créancier est justement la trame de fond de la validité d'un raisonnement judiciaire.

B. L'appréciation du pouvoir du juge dans la suspension de la contrainte

101. Les données du problème. Il appartient au juge d'établir une hiérarchie entre la prétention du débiteur et le droit du créancier à une exécution immédiate de l'obligation. Cette fonction de modération assignée à la juridiction compétente pourra faire apparaitre l'exigence de sécurité juridique attendue dans le recouvrement des créances comme elle pourra en constituer la négation. Ce risque judiciaire est assumé, en, partie par le législateur qui accorde au magistrat un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation des attentes de chaque partie dans l'exécution. C'est l'occasion de voir si le besoin de sécurité dans les délais de grâce est une contrainte structurelle pour le juge ou juste un moyen de vérifier la cohérence de sa méthode.

102. Dans le premier cas, il peut exister une auto-limitation a priori dictée au juge par une exigence externe à sa rationalité, dans le second cas, c'est un auto-contrôle a posteriori qui n'affecte pas nécessairement la décision finale. Cette incertitude sur le statut de la sécurité juridique dans la décision du juge de suspendre la contrainte est une variable non négligeable dans le recouvrement des créances. En effet, son importance est d'ordre méthodologique dans le pouvoir d'appréciation du juge et axiologique quant à son résultat. Ainsi, la faible prédictibilité de la décision judiciaire est une contrainte majeure dans les stratégies individuelles des parties et dans l'utilité sociale des délais de grâce. Par conséquent, la stabilité dans la lecture de la position du juge devant un problème de suspension de la contrainte liée à des intérêts contradictoires est essentielle dans un ordre juridique assis sur le principe de

[375] P-P DANNA, G. MONDELLO, « De l'impératif de légalité au risque d'insécurité juridique : réflexion sur le devenir de la théorie du bilan coût/avantage », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 355-362.

légalité. Nous allons tenter de poser les prémices d'un modèle de hiérarchisation des intérêts plus conforme avec la prévisibilité de l'intervention du juge.

103. La hiérarchisation des intérêts en jeu par le juge. La proposition est basée sur la théorie des jeux[376]. Les préalables théoriques du raisonnement supposent la définition du modèle de base qui sert à l'argumentation. Les invariants du modèle seront les parties (créancier et débiteur) et le juge (en tant qu'élément structurel du jeu). Les variables sont les stratégies individuelles de chaque partie et la décision du juge. Ce modèle poursuit la finalité d'un paiement volontaire à l'issue de la période suspensive. Cependant, les joueurs doivent prendre connaissance des consignes du jeu comme autant de contraintes dans la mise en œuvre de leurs stratégies. Pour le débiteur, un résultat compte – le report ou rééchelonnement du paiement des dettes – mais la contrainte réside dans la prédiction de la décision du juge selon la motivation présentée. Concernant le créancier, le paiement de la dette est l'ultime objectif et la poursuite de l'exécution sera sa motivation. Les deux protagonistes auront à faire face au risque constitué par le procès[377] en raison de l'incertitude sur son issue. Par conséquent, tous attendent la neutralité du juge dans le choix d'une stratégie de hiérarchisation des intérêts en jeu. C'est-à-dire l'objectivité[378] de sa décision par rapport aux faits qui sont étudiés. Le juge doit aboutir à un point d'équilibre qui profite au débiteur sans léser le créancier tout en respectant l'esprit de la loi qui lui confère ce pouvoir. A cette fin, la décision du juge, en se fondant sur une norme préétablie, s'impose aux parties quelque soit l'équilibre qu'il trouve. En même

[376] K. BINMORE ; F. BISMANS, *Jeux et théorie des jeux*, Bruxelles, De Boeck, 1999. La théorie des jeux est surtout connue en mathématique et en économie, toutefois, sa méthode basée sur l'étude des stratégies et la recherche d'un équilibre entre celles-ci permet de l'appliquer à toutes les situations où une décision doit être prise sur la base d'intérêts divergents. Dans le cadre de notre étude, la théorie des jeux nous sert de modèle d'interprétation de la position du juge dans l'application de l'article 173 COCC. Pour son application en droit public, L. VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

[377] La théorie des jeux est souvent rattachée à l'analyse économique du droit pour justifier l'existence de risque juridique et économique dans l'engagement d'un procès. Cette approche contient une part de pertinence relativement à l'opportunité d'un traitement judiciaire des conflits d'affaires. Voir, D. CHOLET, « L'assureur et le procès, présentation générale », in *Revue générale du droit des assurances*, 01 avril 2010 n°2010-02, p. 537.

[378] H. HELFRE, « Peut-on juger avec objectivité ? », in *Gazette du Palais*, 16 juin 2005 n°167, p. 2. Dans un article très dense, l'auteur souligne toutes les difficultés liées à une décision objective du juge lors d'un procès. L'auteur met en garde contre le piège d'un jugement d'équilibre qui n'est pas rationnellement motivé « *l'objectivité ce n'est pas la pratique du juste milieu car rien ne légitime que celui-ci soit vrai. Le compromis, la transaction, la conciliation sont une preuve de diplomatie, mais ne sont pas une norme de vérité* ».

temps elle devra emporter la conviction des parties de sorte que le résultat de sa décision puisse être accepté comme juste et équitable.

104. Cette démarche admet trois solutions possibles : la décision de suspendre avec la durée maximale prévue, la décision de suspendre à des conditions inférieures à la prétention du débiteur et la poursuite de l'exécution. La matrice, en réalité, confère deux stratégies au juge dans sa prise de décision. Il a la possibilité d'aider le débiteur que sa décision rencontre les prétentions de ce dernier ou pas. Il a aussi la possibilité d'opter pour l'application du contrat, donc pour une solution favorable au créancier. Ainsi, c'est, soit le retrait temporaire de la contrainte, soit une expansion de la contrainte malgré les difficultés avouées par le débiteur. Pour autant, la méthode d'hiérarchisation commande une proportionnalité dans le résultat final. Aussi, un équilibre optimal doit être proposé aux parties dans chaque cas d'espèce. Fondamentalement, l'optimum de Pareto ne pourra être atteint que par un déplacement de l'équilibre des sujets vers l'objet du jeu. En effet, la décision formelle qui sera prise selon les possibilités offertes par la matrice risque de compromettre les attentes de l'une des parties par rapport seulement à sa prétention : obtenir des délais ou pas. Mais si le juge prend une décision en considération du caractère recouvrable ou non de la créance immédiatement ou à l'échéance du terme, il procure une satisfaction conforme à l'objectif de sécurité dans les transactions. Ce cas de figure échappe aux inconvénients de l'analyse économique axée sur l'utilité du contrat pour se focaliser sur la réalisation du droit du créancier en fonction des capacités réelles du débiteur. C'est une sorte de rapprochement entre l'analyse économique et la sécurité des transactions à partir de l'utilité des délais de grâce. Néanmoins, il dépend du degré de coopération des parties dans la compréhension mutuelle de la position de l'autre et l'échange d'informations. Le côté axiologique de l'équilibre tourné vers l'objet de la contrainte épouse quelque peu les contours du principe de la solidarité contractuelle. Poussé à son extrême, cette solution évince le juge pour rejoindre l'incitation contractuelle au paiement, avec le juge, c'est simplement la restauration du consentement du créancier qui est visée. En effet, aucune des parties ne se trouve privilégiée et chacune en retire un avantage

particulier. C'est un exemple d'application par le juge de la théorie des jeux dans une perspective combinant la coopération et la négociation[379].

105. La garantie judiciaire de la sécurité juridique. Afin de garantir la sécurité juridique, le législateur recommande au juge d'user de ce « pouvoir avec une grande réserve ». Cette référence à la prudence du juge pose le problème de sa marge de manœuvre dans la prise de décision relative à la suspension des poursuites. Si l'on admet une tendance au déterminisme dans le raisonnement judiciaire, le magistrat sera tenté de s'appuyer sur les précédents pour motiver sa décision[380]. Or cette pratique n'est pas admise explicitement en droit positif. Aussi, cette prudence doit s'apprécier suivant chaque espèce présentée devant le juge. Ainsi, le juge se pose en interprète du principe de la sécurité juridique. Néanmoins, il doit le faire dans les limites du contrat de base qui lui sert de référentiel. Ceci est plus conforme avec les règles de procédure individuelles dans le traitement des difficultés du débiteur. En effet, s'il prenait en compte la situation globale du débiteur, sa position pourrait porter atteinte aux droits des autres créanciers. Il se doit de décider que par rapport au contentieux dont il est saisi, c'est l'une des différences avec le juge de l'exécution dans le cas du surendettement ou du juge compétent dans une procédure de conciliation[381]. D'autant qu'au Sénégal, il semble qu'il n'existe pas de procédure autorisant explicitement le juge à y recourir. En outre, le législateur est resté muet sur la pluralité de saisine du juge par le débiteur aux fins de délais de grâce. C'est à l'évidence le signal d'un surendettement, mais l'offre de sécurité juridique actuelle ne répond pas exactement à l'attente du débiteur. C'est une limite de l'article 173 COCC

[379] L'application de la théorie des jeux ne doit pas se confondre avec les autres mécanismes de décisions propres aux différentes magistratures (M-A. FRSION-ROCHE, « Régulation et contrat : 11ème forum de la régulation », in *Petites Affiches*, 03 mai 2005 n°87, p. 3), ces derniers dépendent largement de la politique législatives à l'origine de leur création ou des textes qui organisent la compétence des juridictions compétentes.

[380] L-X. SIMONEL, « Le juge et son précédent », in *Gazette du Palais*, 11 décembre 1999 n°345, p. 2. L'auteur estime qu' « *une insertion plus explicite, plus volontaire, mieux reconnue du juge français dans son passé jurisprudentiel, c'est-à-dire l'acceptation par ce juge qu'il s'assume objectivement dans un temps juridictionnel, peut contribuer à renforcer ce principe de sécurité juridique dont la nécessité s'impose d'autant plus que les droits modernes, en particulier le droit français, sont tous caractérisés par une inflation critiquable de la production normative, législative ou réglementaire, généralement dans des conditions de maigre intelligibilité et de foisonnement rédactionnel confus, voire contradictoire* ».

[381] I. ROHART-MESSAGER, « L'amélioration de la prévention », in *Gazette du Palais*, 07 mars 2009 n°66, p. 5. Selon l'auteur, la procédure des délais de grâce doit assurer une certaine égalité entre les créanciers à tous les niveaux de la procédure, aussi « *il conviendrait que les juges qui accordent des délais de grâce, prévoient systématiquement une déchéance du terme en cas d'absence d'accord, et ce afin de ne pas pénaliser de façon excessive le créancier* ».

et du pouvoir qu'il donne au juge dans l'octroi des délais de grâce. Par ailleurs, la jurisprudence sénégalaise a eu l'occasion de rappeler l'autonomie de la procédure d'injonction de payer à la demande de délai. Dans une décision (TRHC Dakar, 24 novembre 2004, jugement n°2533), le juge soutient que « *le fait de former opposition à une ordonnance d'injonction de payer uniquement pour demander un délai est abusif lorsque la créance est reconnue ou incontestable et que la demande de délai n'est pas justifiée* ». Mieux, le tribunal condamne le débiteur au versement de dommages et intérêts pour manœuvres dilatoires[382]. Cette solution est aujourd'hui à reconsidérer tant elle méconnait « la lettre et l'esprit des textes modernes »[383]. Reste que pour cette harmonisation entre l'AUPSRVE et l'article 173 COCC, le juge devra privilégier une position flexible de sorte à provoquer la réaction du législateur.

106. Les délais de grâce sont à intégrer dans un environnement juridique que subit le juge et qui dicte généralement le sens de sa décision. A l'évidence, l'existence d'une loi précise aurait été d'une grande facilité. Or, la ratio legis est rarement explicite avec les changements de circonstances depuis l'adoption d'un texte de portée générale. C'est le sens qu'il faut prêter à l'intention du législateur de rendre flexible l'octroi des mesures de clémence. Il en est probablement ainsi, car comme le souligne une doctrine inspirée « *la volonté du législateur est également loin de constituer une contrainte absolue, dans la mesure où celle-ci se trouve nécessairement limitée sur un triple plan matériel (information et prévision limitées des situations à réglementer), psychologique (dépendance de la volonté d'un ensemble de mécanismes inconscients) et institutionnel (caractère collectif des assemblées ; fréquence de compromis […] source d'incertitudes et de contradictions)* »[384]. Il faudrait, par conséquent, que le juge se transforme, en usant de sa réserve, en garant de « l'adaptation des transactions (…) et la protection de la

[382] Dans son commentaire de la décision, N. DIOUF (Répertoire de jurisprudence : procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution 1998-2004, Dakar, CREDILA) pose la question de savoir de la pertinence de cette sanction « *le tribunal n'ayant pas relevé de faute caractérisée imputable au demandeur à l'opposition* ».

[383] R. PERROT, « Injonction de payer et délai de grâce », in *Gazette du Palais*, 13 janvier 2001 n°13, p. 2.

[384] F. OST, M. van der KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 441. Les auteurs conclut la situation précitée en affirmant qu' « *il en résulte que l'interprétation judiciaire n'est pas seulement un jeu réglé, mais encore ouvert à une certaine liberté de l'interprète où la subjectivité, la fantaisie, voire l'arbitraire, à priori, ne sont pas nécessairement absents* ».

confiance en leur fiabilité »[385]. Ainsi, le juge détient en dernier ressort la prérogative d'évaluer la conformité de la situation contentieuse dont il est saisi à l'impératif de sécurité juridique. C'est ce que rappelle la Cour de cassation en appuyant une ordonnance de référé qui accordait un répit au débiteur en décidant que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le premier président, après avoir relevé que les époux Y... avaient sollicité du juge de l'exécution la suspension des poursuites, a retenu, par décision motivée, l'existence de moyens sérieux de réformation »[386].

107. Par ailleurs, l'office du juge interfère avec deux dimensions essentielles dans le recouvrement des créances. Les droits fondamentaux et l'ordre public[387] s'affirment comme des contraintes particulières au juge. D'un côté, la dignité du débiteur en filigrane ; de l'autre, le droit fondamental du créancier. Et encore, la confrontation entre la force obligatoire du contrat et le pouvoir du juge d'en suspendre l'exécution. Ce dilemme pose la question de l'intérêt général dans la mise en œuvre de l'article 173 COCC ou 1244-1 C. civ., le juge est appelé à trancher entre des impératifs qui ne sont pas forcement traités dans une logique univoque. Pour la protection du contrat, la remarque de J-B SEUBE qui consiste à « *éviter que la digue contractuelle ne rompe sous les assauts des flots tumultueux des droits fondamentaux* »[388] est un défi à surmonter. Pour autant, il ne s'agit pas de choisir entre les droits fondamentaux et l'ordre public, mais plutôt de concilier les nécessités de l'ordre public contractuel aux exigences de sauvegarde des droits fondamentaux. Cette opération interpelle seulement le juge dans la phase terminale de la prise de

[385] H. ULLRICH, « La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 85.
[386] Cass. civ. 2e, 20 décembre 2001 (pourvoi n°00-14851).
[387] L'ordre public est une notion assez complexe dans le périmètre du droit privé. Si l'on s'accorde qu'il fait référence à des valeurs à protéger dans la société, son application fait apparaitre une distinction incertaine dans sa déclinaison ordre public de protection et ordre public de direction (D. MAZEAUD, « L'ordre public consumériste et la liberté contractuelle », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 1997, n°17, p. 1014 ; M-A. FRISON-ROCHE, « La portée de la réglementation de l'ordre public dans le domaine de la construction et du bâtiment », in *Gazette du Palais*, 26 juin 2001 n°177, p. 2 ; J-B SEUBE, « La loi du 06 juillet 1989 : ordre public de protection ou ordre public de direction ? », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2009, n°1, p. 165).
[388] J-B. SEUBE, « Le contrat de bail, les droits fondamentaux et l'ordre public », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2006 n°4, p. 1149. Cette étude à propos d'un arrêt rendu par la Cour de cassation (civ. 3e, 22 mars 2006) permet d'aborder le thème de l'interaction entre les droits fondamentaux et l'ordre public dans une perspective assez intéressante ou la volonté individuelle serait le vecteur de la prise en charge d'un mouvement de contractualisation des droits fondamentaux. Notre réflexion n'a pas encore cette prétention, mais c'est à prendre en compte dans les mutations qui pourraient affecter le droit au paiement.

décision. Au stade initial, la qualification des prétentions ne doit pas interférer avec sa position officielle. En effet, les circonstances qui entourent la formation et l'exécution des conventions relèvent de l'ordre public du contrat[389]. Nul ne conteste la position difficile du juge, car son ingérence dans l'exécution du contrat poursuit normalement la protection des intérêts des parties. Ainsi, la légitimité de son ingérence dans la recherche de sécurité juridique, par delà le texte qui lui accorde cette compétence, sera observée par rapport à sa nécessité dans l'exécution sollicitée. Seulement, au-delà du modus operandi, cet objectif peut être vérifié en recourant à l'étude des effets de la décision du juge sur le sort de l'exécution.

§ 2 – L'incidence de la suspension de la contrainte sur l'exécution

108. Le principe est établi que la suspension des poursuites n'éteint pas l'action en recouvrement du créancier, mais entraîne sa paralysie pour une durée déterminée[390]. Cette situation n'est pas sans un certain nombre de conséquences quant au droit à l'exécution. En effet, le créancier court un risque lié à l'évolution du patrimoine de son débiteur et à ses chances de recouvrement (A).

Par ailleurs, la suspension des poursuites présente une particularité dans le cadre des procédures collectives destinées à l'apurement du passif (B).

A. L'influence de la suspension sur le droit à l'exécution du créancier

109. L'altération de la force obligatoire du contrat. Un constat s'impose dès que l'on analyse l'effet de la suspension sur le droit du créancier à l'exécution, c'est l'altération de la force obligatoire qui garantissait fondamentalement l'accomplissement de l'obligation du débiteur. Or la force obligatoire est le « cœur du contrat »[391]. Pourtant depuis la jurisprudence Canal de Craponne[392], il n'est pas admis de revenir sur les engagements des parties tant que l'impossibilité d'exécution

[389] M. BURGARD, « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », in *Petites Affiches*, 22 septembre 2010 n°189, p. 7. L'auteur y définit l'ordre public du contrat comme « *l'ensemble des dispositions législatives impératives qui s'imposent entre les parties et dont le juge vérifie l'exacte application en exerçant un contrôle a posteriori au niveau de la formation et de l'exécution du contrat* ».

[390] L'al. 2 de l'art. 173 COCC dispose d'un délai d'une année, tandis que l'art. 1244-1 C. civ. l'étend à 2 ans.

[391] P. MALAURIE, « Mutations du droit des contrats », Rapport de synthèse du colloque : les mutations du droit des contrats organisé à l'Université de Tunis III le 12 avril 2008, in *Petites Affiches*, 28 août 2008 n°173, p. 4.

[392] Cass. civ. 6 mars 1876, D. 76, I, 193. En l'espèce, il s'agissait d'une demande en révision des termes d'un contrat d'assainissement d'un canal devenu très onéreux pour le débiteur. Le juge en refuse l'éventualité sur le fondement de la force obligatoire des conventions.

n'est pas devenue définitive. C'est à la même conclusion que conduit l'observation de N. MOLFESSIS, selon laquelle « *Il s'agit en effet d'assurer sans partage l'exécution du contrat et de mobiliser le juge pour assurer, par son imperium, le respect d'un engagement, par hypothèse inexécuté (…) l'essor d'un droit à l'exécution forcée, lié au principe de la force obligatoire du contrat, signifie le respect impératif de l'obligation, quelles que puissent être les conséquences de l'exécution forcée* »[393]. Seulement, c'est en considérant la fonction assignée à la suspension de l'exécution que la différence avec les mécanismes correcteurs ou résolutoires[394] des contrats est manifeste. En effet, la prétention du juge à intervenir dans l'exécution du contrat tient sa validité d'une habilitation législative et n'est pas d'application immédiate[395]. Aussi, la suspension de la contrainte a une efficacité graduelle selon la périodicité retenue par le juge, et par voie de conséquence, une restauration inversement proportionnelle de la force obligatoire. En droit positif sénégalais, l'aménagement de la dette du débiteur ne peut jamais excéder une année, c'est ce qui ressort de l'art. 173 al.2. A titre de comparaison, le législateur français est plus souple en allant jusqu'à 24 mois. La brièveté du délai, en droit sénégalais, laisse douter de son efficacité. Les chances de succès de la suspension dépendraient alors de la situation d'endettement du débiteur et de la valeur de son patrimoine. Un délai court ne suffira certainement pas à épurer les dettes les plus significatives. Et il n'est pas exclu que l'octroi de ce délai ne cause plus de préjudice qu'il n'aide le débiteur en difficulté. Dans ce sens, l'influence du temps sur la satisfaction que le créancier peut tirer de l'exécution d'une obligation[396] doit être retenue comme indicateur de sécurité dans les transactions. Une réforme est souhaitable pour mettre le texte en conformité avec

[393] N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 37. Toutefois, l'auteur invite à une prudence dans le recours à la force obligatoire du contrat comme fondement explicatif de toutes les actions entreprises devant une obligation inexécutée. En effet, il souligne que « *imposer l'exécution d'une obligation à laquelle il (le débiteur) ne s'était pas engagé n'est pas servir le principe de la force obligatoire du contrat : c'est en permettre le détournement, sans doute pour punir l'inexécution* ».

[394] G. PIETTE, *La correction du contrat, thèse*, PUAM, 2004. Parlant des procédés utilisés pour traiter les difficultés financières dans l'exécution des contrats, l'auteur les oppose à la correction en retenant que « *l'objet de ces mécanismes n'est pas de rééquilibrer le contrat, puisque celui-ci ne souffre d'aucun déséquilibre […] les délais de grâce ont essentiellement pour objet d'aménager le dette du débiteur en difficulté, […] afin de lui permettre de tenter de faire face à ses engagements* ». p. 31.

[395] Une controverse doctrinale existe sur l'orientation à donnée au pouvoir du juge relativement à l'obligation de motiver les décisions. Une partie de la doctrine voit la nécessité d'une motivation quand la demande de délai de grâce est exercée à titre principal. Voir, D. MAZEAUD, note sous arrêt Cass. civ. 24 octobre 2006 (pourvoi n°05-16517), in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 263.

[396] A. ETIENNEY, « La durée de la prestation, ou le temps dans la satisfaction du créancier », in *Petites Affiches*, 01 mars 2007 n°44, p. 4.

les réalités économiques actuelles surtout en l'absence d'un véritable droit de la consommation. Sinon, la paralysie de la force obligatoire du contrat atteindra l'effet symbolique recherché à travers la clémence du juge, mais elle se heurte à sa pertinence technique si elle se destine à améliorer l'exécution volontaire de l'obligation par le débiteur en difficulté. Des observations précédentes, l'on peut tirer deux séries de conséquences de la mesure de suspension sur le droit à l'exécution :

- L'assouplissement de la force obligatoire du contrat est un procédé qui cherche à garantir une meilleure exécution de ses obligations par le débiteur. Le recours à l'autorité du juge pour y parvenir est un instrument de légitimité qui permet également l'exercice d'un pouvoir de contrôle a posteriori de l'utilité de la décision[397]. C'est une manifestation du réalisme judiciaire devant les difficultés financières affectant l'exécution des obligations. D'autant que la double atteinte portée aux droits du créancier – la force obligatoire du contrat et le droit d'agir aux fins d'exécution de sa créance – peut se révéler d'une efficacité probante avec un paiement à l'issue de la suspension. Certes, cette dernière proposition n'exclut pas le risque d'insolvabilité du débiteur à terme. Mais à considérer les actes du débiteur garantissant une exécution future, c'est déjà un élément prédictif favorable à la confiance.

- La suspension du contrat née souvent d'une situation d'urgence qui oblige le juge à prendre les dispositions nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la partie faible. Cependant, la mesure d'urgence n'est admise qu'à titre de défense devant la volonté du créancier de poursuivre le recouvrement de la créance. En tant que telle, son efficacité pour le débiteur est très limitée car la créance est toujours exigible et il lui est interdit d'organiser son insolvabilité. Par conséquent, l'altération in favor debitoris de la force obligatoire est très relative[398]. Surtout, si l'on sait que l'appréciation de l'urgence laissée au pouvoir souverain du juge des

[397] Cass. civ. 3e, 10 décembre 2008 (pourvoi n°07-19899). La Haute Cour de justice refuse l'application de la suspension des poursuites car au moment où la Cour d'appel l'accordait au débiteur en difficulté la clause résolutoire était déjà acquise.

[398] D. MAZEAUD, note sous arrêt Cass. civ. 2e, 07 janvier 1998, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 juin 1998 n°11, p. 737. Dans son attendu de principe le juge indique clairement qu'il faut préciser la durée de la suspension sous peine de violer l'article 1244-1. L'auteur du commentaire conclut en admettant que « *même si cette mesure était la seule susceptible d'assurer « la survie économique du débiteur », et en définitive la satisfaction, même tardive, du créancier, elle heurtait de façon par trop frontale l'idée que la fonction de prévisibilité du contrat suppose son intangibilité et ne supporte que des tempéraments « modérés » à ce principe* ».

référés en cas de demande à titre principal de la suspension de l'exécution est contingente[399].

110. L'acte conservatoire déroge à la suspension. Par ailleurs, les délais de grâce ne privent pas le créancier de l'accomplissement d'actes de nature à préserver son droit à l'exécution. Cette faculté est admise dans presque toutes les situations de la vie d'un engagement contractuel. Ainsi, avant la réalisation de la condition devant donner naissance ou éteindre une obligation, le législateur permet au créancier d'accomplir tous les actes conservatoires préservant ses droits (art. 68 al. 4). Le droit positif, en dehors des situations où les délais ne peuvent être accordés[400], prévoit la possibilité d'actions conservatoires[401]. L'acte conservatoire est un acte finalisé qui permet la conservation ou l'acquisition d'un droit. Pour l'exigence de sécurité juridique c'est consolider la stabilité du lien qui unit le créancier à son débiteur. En effet, point de contrainte sans droit encore moins d'action en justice. L'acte conservatoire permettra même en cas de suspension de l'exercice de la contrainte de retrouver cette aptitude après l'écoulement du délai. La technique est ainsi différente de la perte d'un droit qui serait le résultat du jeu de la prescription. Mais, ici encore, c'est l'urgence qui commande la dérogation. D'ailleurs, c'est ce que souligne un auteur « c'est, à y regarder de plus près, sur le terrain de l'acte conservatoire que se traduit l'urgence dans la gestion du patrimoine de la personne protégée »[402]. A coté de l'urgence, un autre impératif s'ajoute au fondement de l'action du créancier,

[399] L'urgence de manière générale tend à s'affirmer comme une notion ambivalente en matière de recouvrement. C'est à la fois une condition de protection des droits des parties et un facteur d'imprévisibilité dans la procédure judiciaire. En effet, la multiplication des juges spécialisés et la force attachée à leur décision bouleversent les certitudes acquises avec la procédure de droit commun. Comme le soutient justement J. CHAPRON « *L'intérêt sociétal a changé de camp. La satisfaction (rapide) des intérêts des créanciers a cédé (en partie) la place, chez le législateur et chez les juges, à une plus grande prise en considération des besoins des débiteurs. Ainsi les juges, et en particulier le Jex tout spécialement dans les situations de surendettement, passent une bonne partie de leur temps à rendre des décisions dont l'objet est uniquement de paralyser, en tout ou en partie, temporairement ou définitivement, ce qu'ont auparavant décidé d'autres juges. L'objectif n'est plus alors d'exécuter, mais de différer ou de supprimer toute exécution et ces décisions « paralysantes » doivent souvent elles-mêmes être rendues en urgence* », in Les stratégies de l'urgence et la réponse juridictionnelle, *Petites Affiches*, 14 mars 2001 n°52, p. 18.

[400] L'article 94 CPC dispose que « *Le débiteur ne peut obtenir un délai ni jouir du délai qui lui a été accordé si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ni lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, ni enfin lorsque la loi interdit tous délais* ».

[401] Art. 95 CPC.

[402] N. PETERKA, « La gestion de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence », in *Gazette du Palais*, 30 janvier 2010 n°30, p. 25.

c'est la nécessité de contourner le péril qui menace son recouvrement[403]. Toutefois, urgence et nécessité ne sont que des présomptions de légitimité de la prétention du créancier. Le juge aura à vérifier la validité de l'acte conservatoire s'il est contesté par le débiteur. Un exemple est fourni pour la pratique des saisies conservatoires par la Cour de cassation qui décide que « *le titre exécutoire fondant les saisies ne permettait (…) de saisir que les créances de Mme Z..., et non celles des débiteurs de cette dernière* »[404]. Elle contrôle aussi l'exacte qualification de l'acte conservatoire surtout quand ce dernier intéresse l'ouverture d'une procédure collective[405]. C'est rarement le cas, le jugement condamnant le débiteur au paiement et prescrivant le délai de grâce ou l'ordonnance de référé auront déjà réglé le problème des caractères certain, liquide et exigible de la créance.

111. Le maintien de l'exercice des actes conservatoires démontre la plasticité du principe de sécurité juridique en ce qu'il s'accorde généralement aux autres principes de droit commun. Certains actes conservatoires sont organisés autour d'un formalisme contraignant et emporte des conséquences sur la portée du droit d'agir du créancier. C'est souvent le cas des inscriptions d'hypothèques[406]. Ainsi, l'exigence de sécurité juridique associe la régularité de situations juridiques particulières à l'objectif d'une sécurisation du paiement à l'échéance du délai de grâce. Cette approche globale de la sécurité juridique s'inscrit dans une logique de cohérence entre deux situations juridiques interdépendantes. La même inspiration dicte la vivacité des instruments normatifs affectés à la conservation du gage des créanciers.

112. La résurgence des prérogatives de conservation du gage des créanciers. Une autre conséquence favorable au droit à l'exécution est l'exercice des prérogatives de droit commun visant la protection du gage des créanciers. En effet, la suspension du contrat n'empêche pas au créancier de recourir à l'action

[403] Cass. civ. 1e, 25 novembre 2003. Le juge retient à l'appui de sa motivation « qu'il ne résultait pas de ses constatations que la mesure sollicitée était urgente et nécessaire afin de soustraire le bien indivis à un péril qui en aurait menacé la conservation juridique ou matérielle ». (*Gazette du Palais*, 25 mai 2004 n°146, p. 12).

[404] Cass. civ. 2e, 6 mai 2010 (pourvoi n°09-13469).

[405] La Cour de cassation a censurée une décision qui avait retenue que « *qu'une saisie conservatoire, simple mesure conservatoire, ne saurait s'analyser en une voie d'exécution, qu'en effet, une saisie-vente ou une saisie-attribution emporte appréhension des meubles ou des fonds saisis, ce qui n'est pas le cas d'une saisie conservatoire et que dès lors l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 est inapplicable aux saisies conservatoires litigieuses* », Cass. com. 15 octobre 2002 (pourvoi n°99-17954).

[406] Y. AVRIL, « La responsabilité civile de l'avocat », in *Gazette du Palais*, 14 décembre 2002 n°348, p. 2.

oblique ou à l'action paulienne pour préserver son droit de gage général. Il est interdit au débiteur d'organiser son insolvabilité quel que soit le régime de protection auquel il est soumis. De plus le recours à la fraude paulienne ne fait que confirmer l'adage fraus omnia corrumpit. Le débiteur ne pouvant plus se prévaloir de sa turpitude pour réclamer la protection du juge. Il ne faut pas perdre de vue que la sécurité juridique repose sur la confiance, donc la bonne foi. Aussi, la sanction de la fraude ne touche pas uniquement le débiteur de mauvaise foi, mais également, les créanciers du débiteur qui l'auront aidé en échange de garanties supplémentaires[407]. Pour ce faire, l'une des conséquences attachées à l'action paulienne est l'inopposabilité de l'acte frauduleux aux créanciers de bonne foi[408]. A l'instar de l'action paulienne, l'action oblique permet aussi de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur. Son usage connait un spectre très varié de créances dont les dettes de famille[409]. Elles permettent de renforcer ses chances de paiement, même si le résultat de l'action n'accorde pas une préférence particulière au créancier agissant. C'est l'un des reproches qui est justement fait à ses techniques de droit commun[410]. Mais ces actions sont souvent préparatoires à une mesure d'exécution comme la saisie. Aussi, c'est dans la diligence du créancier que se trouve la garantie de la sécurité de sa créance. A ce stade, le juge ne fait que rapprocher deux techniques de recouvrement de la créance qui se renforcent. D'une part, l'aménagement de la dette poursuit l'objectif d'une exécution future, d'autre part les actions oblique ou paulienne constituent des palliatifs aux manquements du débiteur défavorables à l'exécution. On retiendra que l'altération de la force obligatoire s'est faite dans un climat de confiance, si celle-ci venait à faire défaut, il est normal que le créancier retrouve la plénitude de ses moyens d'action. La sécurité juridique, dans cette hypothèse, est assumée par le juge et les parties. Le contrat reprend ses droits sur la mesure de

[407] P. DUTILLEUL-FRANCOEUR, « note sous arrêt Cass. civ. 1e, 13 décembre 2005 », in *Gazette du Palais*, 11 novembre 2006 n°315, p. 18.

[408] B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 avril 2005 n°8, p. 655. Pour répondre à sa question, l'auteur conclut que « *L'action paulienne n'en constitue pas moins une véritable action en inopposabilité, nature qui lui permet de lutter efficacement contre la fraude paulienne, donc de protéger les intérêts du créancier concerné, sans porter atteinte aux droits des tiers* ». Dans notre étude, c'est l'inopposabilité qui nous intéresse en tant que mécanisme de préservation du gage des créanciers.

[409] H. HAMADI, « Doit-on payer ses dettes familiales ? », in *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 44.

[410] A. CERMOLACCE, « Etats des lieux des actions oblique et paulienne », in *Petites Affiches*, 25 janvier 2008 n°19, p. 5. A juste titre, l'auteur estime que la saisie-attribution est plus efficace dans le cadre du recouvrement des créances, mais abordant la suspension des poursuites nous préférons écarter cette mesure d'exécution pour y revenir plus tard.

clémence et réaffirme les limites de la thérapie de choc administrée au débiteur confronté à l'impécuniosité. Dans cet ordre d'idées, il faut admettre le rôle subsidiaire joué par la sécurité contractuelle par rapport à la sécurité procédurale dont bénéficié le débiteur. Si l'on s'empresse de conclure que l'intervention incitative du juge par les délais de paiement, il convient également d'accepter que ce soit à la condition que le débiteur montre des prédispositions à une sécurité négociée. C'est déjà l'ébauche d'une contractualisation de la sécurité juridique dans le paiement. Cependant, il faut nuancer la portée des pouvoirs dormants (actions oblique et paulienne) du créancier, car leur application dépend largement du comportement du débiteur (comme la bonne foi se présume…). Toutefois, cette relation de la force obligatoire du contrat au phénomène de la suspension opère sur une double base propice à la sécurité juridique. C'est la combinaison entre la légitimité de la mesure et la confiance dans son efficacité qui offre au retrait temporaire de la force obligatoire son attractivité dans les procédures individuelles. Cependant, la sécurité juridique peut être également évaluée si la suspension est le fait d'une procédure non pas individuelle mais collective.

B. L'interaction de la suspension avec les procédures collectives

113. Position du problème. L'esprit qui anime les procédures collectives d'apurement du passif est de permettre au débiteur de s'acquitter de ses dettes sans compromettre ses chances de reprendre une activité normale génératrice de revenus. Ce n'est ni une amnistie ni une amnésie. Mais une discipline collective négociée ou imposée aux créanciers du débiteur. Elle varie d'intensité en fonction du type d'accord conclu et de l'état du patrimoine du débiteur. Parmi ses modèles opératoires, peut figurer la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur. Cependant, la portée de la suspension dépend de la situation du débiteur qui l'invoque : particulier surendetté ou entreprise en difficulté. Un autre problème réside également dans l'influence que la mesure de suspension aura sur le droit à l'exécution du créancier.

114. L'assimilation de principe du débiteur surendetté au débiteur de droit commun. Le droit positif sénégalais ne fait pas a priori de distinction entre le simple retard dans le paiement et le surendettement du débiteur qui rend sa situation assez particulière. Il traite le surendettement des particuliers à travers les dispositions

générales applicables à l'ensemble des débiteurs. En effet, l'article 173 COCC sert de base à la décision d'octroi des délais de grâce et de suspension des poursuites individuelles contre le débiteur très endetté. Cette lacune dans le dispositif de protection des personnes endettées est la conséquence d'un défaut de droit de la consommation. L'une des références les plus pertinentes sur le consommateur est à chercher dans la loi sur la concurrence et le contentieux économique[411]. Le vide juridique est tel que la situation de surendettement est souvent appréhendée en dehors de la logique juridico-juridictionnelle[412]. Ainsi, l'exigence de sécurité juridique est intégrée d'une manière identique pour tous les débiteurs. Cette solution pourrait avoir le mérite de la prévisibilité, mais perd de son efficacité par une généralisation excessive. C'est-à-dire, une dynamique d'adaptation de la sécurité n'est possible qu'avec la variation de la durée suspensive des poursuites, mais pas dans un traitement global du problème d'endettement. Le risque est une saisine en cascade du juge et la disparité des mesures qui affectent un même patrimoine. Aussi, le gain tiré dans une espèce peut être compromis par l'acceptation d'une mesure d'exécution sur une partie substantielle de la valeur du patrimoine. C'est l'absence d'une approche inclusive dans le traitement de la situation de l'endetté qui est en soi une contrainte de sécurité juridique. Mais si le questionnement se déplace vers le droit comparé, une logique explicative peut être trouvée à l'articulation entre les délais de paiement et le surendettement des particuliers.

115. L'approche sélective de la suspension dans le traitement du surendettement. Le droit positif français donne une définition du surendettement des particuliers[413]. C'est déjà une première étape dans une prise en charge globale

[411] Le titre II de la Loi du 22 août 1994 (JOS du 27 août 1994) sur les prix, la concurrence et le contentieux économique porte sur « l'information commerciale » et se soucie davantage de la transparence tarifaire que de la protection du débiteur surendetté.

[412] Dans une perspective d'analyse systémale (M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992), c'est le réseau médico-social qui est privilégié dans cette situation. Des facteurs psychologiques et sociologiques (la religion essentiellement) tendent à infléchir la pression sur le débiteur. Par ailleurs, les établissements de crédits dans leur processus de recouvrement tente de concilier la voie judiciaire avec la négociation plus conforme aux réalités sociales. D'ailleurs, le problème du surendettement des ménages est souvent évoqué au plus haut niveau, http://www.gouv.sn/IMG/article_PDF/article_216.pdf.

[413] L'article L330-1 du Code de la consommation dispose que « *La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement* ».

du phénomène. Cependant, les problèmes restent nombreux vis-à-vis de la suspension des poursuites qui nous intéresse. D'abord, la philosophie de la procédure devant la commission de surendettement est conciliatoire. Elle cherche surtout à établir un plan[414], c'est-à-dire un contrat, entre le débiteur et ses créanciers qui permet de gérer le retard dans le paiement des dettes. Le contenu possible du plan s'apparente aux dispositions de l'article 1244-1 C. civ. C'est donc une sécurité d'inspiration contractuelle qui est poursuivie et rapproche le mécanisme au droit commun des délais de grâce. Dans ce contexte, seule la bonne foi du débiteur est un principe actif de maintien de la confiance des créanciers. D'ailleurs, la Cour de cassation est attachée au respect de la présomption de bonne foi du débiteur comme le montre sa motivation pour casser une décision qui « retient que le débiteur qui avait omis de déclarer deux créances lors de sa première demande de traitement de sa situation de surendettement n'était pas de bonne foi »[415]. Autrement, la commission dispose de prérogatives lui permettant d'imposer l'aménagement du paiement des dettes[416]. Elle partage cette faculté avec le juge de l'exécution lors de la procédure de rétablissement personnel. C'est à la manifestation de ce pouvoir que l'exigence de la sécurité juridique doit être confrontée pour juger de son impact dans l'exécution. On ne peut s'empêcher de considérer les demandes de réforme du droit du surendettement des particuliers tendant à sa rationalisation[417]. Mais c'est l'intervention autoritaire dans l'octroi des délais dans le paiement qui nous interpelle. L'on pourra toujours justifier cette immixtion au nom du solidarisme contractuel ou d'autres fondements incertains qui légitiment une coopération forcée entre les parties, n'empêche qu'une telle action plonge la sécurité juridique dans une crise. Ce qui se pose comme une situation transitoire est en réalité une incertitude dans l'exécution. Le créancier se trouve dans une situation où son droit peut être anéanti dans la tension qui oppose la sécurité contractuelle à la formalisation du

[414] Art. L.331-6 al. 1 C. cons.
[415] Cass. civ. 2e, 23 juin 2005 (pourvoi n°03-04072).
[416] Art. L. 331-7 C. cons.
[417] S. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 janvier 2004 n°1, p. 14. L'excellente analyse est conclue par une remarque pessimiste, ainsi « *L'effacement des dettes du débiteur surendetté apparaît comme l'aboutissement de la politique de solidarité sociale tendant à protéger les plus faibles, qui irradie de plus en plus l'ensemble du droit des contrats. Il en résulte nécessairement une mise à l'écart des principes du droit des obligations. On sacrifie alors les intérêts des créanciers au nom d'un rééquilibrage. On peut, toutefois, douter que cette dernière (du moins en date) réforme du surendettement ait pris la bonne voie. La législation consumériste n'a plus pour but d'aider le consommateur à faire face à ses obligations. Elle préfère faire du passé table rase* ».

surendettement. Cette mise entre parenthèse de la sécurité des transactions concerne également l'exigibilité des créances nonobstant les principes contractuels qui interdisent même au juge d'agir. A l'inverse de la situation au Sénégal, ce sont les dérives du traitement global du surendettement qu'il faut dénoncer. Poussé à son extrême, le système débouche sur un risque d'inexécution presque totalement assumé par le créancier[418]. La modulation des délais, les avantages fiscaux liés aux créances admises et l'obligation de motivation dans l'effacement des dettes sont autant de mesures attractives qui tendent vers l'égalité des parties, mais elles n'ôtent pas la prééminence d'une sécurité juridique à deux vitesses dans le cas du surendettement. Deux systèmes juridiques, deux logiques de traitement du surendettement, un même problème de sécurité juridique. Pour faire bref, la sécurité juridique s'accommode mal d'une application sélective. Reste à l'éprouver dans les procédures proprement collectives.

116. La recherche d'une sécurité plurielle dans les procédures collectives d'apurement du passif. L'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif est également un moyen de garantir le paiement des créanciers. Elle s'organise autour de règles de fond et de compétence souvent dérogatoires au droit commun, ce qui ne manque pas de provoquer certains conflits avec les principes contractuels et les voies d'exécution. Afin d'éviter leur récurrence, le législateur OHADA s'est voulu très pragmatique sur la question des délais de paiement en matière de procédures collectives d'apurement du passif[419]. Il règle à travers les dispositions des articles 9 et 75 de l'AUPCAP les problèmes liés à la suspension des poursuites individuelles et à son domaine d'application[420]. Les délais accordés au

[418] J-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », in *Petites Affiches*, 29 mars 2006, n°63, p. 37.

[419] Sur ce point, la tendance actuelle montre un contraste entre la recherche de précision au nom d'une meilleure application de la loi et l'intérêt qui résidait dans la souplesse de l'interprétation des critères usuels de la cessation des paiements. Ainsi, la preuve de délais de paiement ou d'un moratoire par le débiteur peut permettre d'écarter la cessation des paiements (voir, V. Martineau-Bourgninaud, note sous Cass. com. 15 février 2011 (pourvoi n°10-13625) in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 juillet 2011 n°3, p. 176.

[420] Au sens de l'article 9 de l'AUPCAP, l'ouverture d'une procédure de règlement préventif « suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision ». De même, l'article 75 AUPCAP dispose que « *la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur ». Il existe bien sûr des exceptions comme les « créanciers de salaires (…) actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées ni aux actions cambiaires dirigées contre les*

débiteur dépendent largement des propositions du plan de continuation des activités de l'entreprise[421] (à titre d'exemple, les délais consentis par les divers créanciers à l'exception des salariés ne peuvent excéder trois années dans le cadre du règlement préventif). Tandis que l'exigibilité des créances non échues à la date d'ouverture dépend de la procédure enclenchée et de leurs origines (art. 72 et 10 de l'AUPCAP). Seulement en pratique, l'effectivité de ces mesures est tributaire de la situation patrimoniale du débiteur, notamment de son évolution. Ainsi, la juridiction compétente pourra être saisie pour interrompre les plans de continuation (art. 139, 140 et 141 AUPCAP).

117. Les différentes techniques de suspension de l'exigibilité des créances ou des poursuites individuelles éprouvent leur efficacité devant le besoin de sécurité des créanciers dans la masse et des créanciers de la masse dans la réalisation de leurs droits. En effet, l'égalité imposée aux créanciers malgré la diversité de leur situation individuelle doit être compensée par un traitement équitable au vue de leurs prérogatives respectives avant l'ouverture de la procédure. Cependant, le principe d'ordre public de l'égalité des créanciers suscite de sérieuses réserves[422] en raison de sa porosité au particularisme contractuel ou économique[423]. Aussi, la réflexion de M. SENECHAL « *le principe d'égalité a muté d'une égalité de traitement à une méta-égalité fondée seulement sur l'accès de tous les créanciers, sans exception, au patrimoine du débiteur en procédure collective. L'égalité n'est plus substantielle, elle est devenue procédurale, celle de toute procédure de distribution* »[424] est révélatrice de la complexité systémique de l'impératif de sécurité juridique dans les procédures collectives. Si l'un des principes directeurs de la sécurité juridique est la prédictibilité du sort des parties, celle du créancier dans les procédures collectives est devenue un véritable casse-tête. Il faut admettre que la trilogie poursuite de l'activité, maintien

---

signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles »

[421] Art. 15 et 18 AUPCAP pour le règlement préventif.

[422] C. LEGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », in *Gazette du Palais*, 06 août 2002, n°218, p. 2. ; J-M CALENDINI, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », in *Petites Affiches*, 30 septembre 1998, n°117, p. 51. ;

[423] Dans cette optique, les variations sur la situation des créanciers postérieurs est assez illustrative de la recherche de sécurité juridique par le législateur. Voir, F. PEROCHON, « Le sort des créanciers postérieurs », in *Petites Affiches*, 02 juin 2004 n°116, p. 16 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », in *Petites Affiches*, 14 juin 2007 n°119, p. 70 ; P-M. LECORRE, « Les déclarations de créances », in *Petites Affiches*, 14 juin 2007 n°119, p. 64.

[424] M. SENECHAL, « note sous arrêt Cass. com. 12 mai 2009 (pourvoi n°08-11421) », in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 juillet 2009 n° 4, p. 3.

de l'emploi et paiement des créanciers s'articule difficilement au binôme crédits et nouvelles garanties. Il existe une sorte d'aporie que la sécurité juridique doit surmonter du moment que les difficultés de paiement doivent être traitées par de nouveaux paiements. La question serait de voir comment concilier deux impératifs de paiement (créanciers antérieurs et postérieurs) qui reposent sur un rapport horizontal avec le sauvetage de l'entreprise qui associe des dimensions verticales (économique, juridique, social et parfois politique).

118. Des solutions sont proposées par les divers systèmes juridiques, à titre illustratif le droit américain (Chapter 11, Bankruptcy Code) est considéré comme trop favorable aux entreprises en difficulté. Le chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites privilégie nettement les mesures conservatoires de nature à paralyser le droit d'agir des créanciers du débiteur et des plans de redressement expéditifs. Pour cette raison, des critiques sur l'efficacité de cette procédure sont émises surtout si l'on s'intéresse au sort des « executory contracts »[425]. Selon certains auteurs, c'est une conséquence des insuffisances de l'analyse économique du droit qui prédomine dans la pensée américaine[426]. En droit positif français, une première piste semble être proposée pour la règle de l'interdiction des paiements[427]. La Cour de cassation suffisamment méthodique dans l'application de la règle pour refuser une action en paiement au motif que « *L'action en paiement exercée par le vendeur initial bénéficiaire d'une réserve de propriété à l'encontre du sous-acquéreur des biens vendus, s'analyse en une action personnelle et non en une action réelle. Dès lors qu'elle tend au paiement d'une créance antérieure, elle ne peut aboutir lorsque le sous-acquéreur est soumis à une procédure collective* »[428]. Elle l'a également appliquée en matière de retrait litigieux dans le cadre d'une procédure collective[429].

[425] Les executory contratcts désignent les contrats conclus par le débiteur en faillite et qui n'ont pas encore reçus exécution. Le débiteur dispose d'une option quant à leur acceptation ou leur rejet. Dans le dernier cas, le créancier peut bénéficier de dommages et intérêts et rejoint la masse des créanciers sans une garantie particulière.

[426] L. GRYNBAUM, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n°4, p. 1383.

[427] P-M LE CORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », in *Gazette du Palais*, 10 mars 2009 n°69, p. 25.

[428] Cass. com. 6 octobre 2009 (pourvoi n°08-15048), note F. PEROCHON, in *Gazette du Palais*, 03 novembre 2009, p. 42.

[429] Cass. com. 12 janvier 2010 (pourvoi n°08-21370), le juge retient que « *le jugement de redressement judiciaire, emportant de plein droit interdiction de payer toute créance née*

Toutefois, l'exigence de sécurité juridique doit reprendre son importance transcendantale pour s'incarner en objectif de cohérence assigné au système normatif et non plus un objectif singulier pourvu à la consolidation des ajustements successifs du droit des procédures collectives. L'hypothèse des entreprises en difficultés montre la coexistence de plusieurs niveaux de perception de la sécurité juridique. C'est à la fois la cohérence, la stabilité, la transparence et la prévisibilité entre et de tous les éléments du système qui sont requises. Chaque exigence prise isolément est un facteur de confiance légitime dans l'univers du crédit. Il ne s'agit guère de sacrifier les intérêts d'une catégorie, mais de prouver l'efficacité juridique et sociale des mesures qui sont prises.

Section 2 – L'incitation judiciaire à l'exécution par le renforcement de la contrainte

119. L'incitation à l'exécution est susceptible de degrés variables en fonction de la résistance du débiteur à l'offre volontaire d'accomplir sa prestation. Si la compassion du juge à travers les mesures de clémence en sa faveur ne suffit point, le changement du procédé incitatif est perceptible à travers les termes qui seront employés : Enjoindre, astreindre. En effet, c'est principalement la portée comminatoire des décisions prises qui prime. Le juge incarne à la fois la subtilité que cache les actes préparatoires au recouvrement forcé des créances et la persuasion attachée à leur impact psychologique chez le débiteur. Le créancier peut de manière unilatérale saisir le juge aux fins d'une injonction de payer (A), ou une astreinte peut être décidée même d'office par le juge (B).

§ 1 – Le renforcement direct de la contrainte par l'injonction

120. La vocation incitative reconnue à l'injonction de payer permet au créancier d'agir rapidement pour préserver ses chances d'être payé. Pour accroitre son utilisation, le législateur OHADA a assoupli les formalités qui l'accompagne. Cependant, la procédure n'ignore pas les intérêts du débiteur dans la mise en œuvre de l'injonction. Une importance particulière est accordée à la signification de la décision judiciaire au débiteur. C'est une précaution qui permet d'évaluer la sécurité juridique dans l'injonction de payer.

antérieurement à ce jugement, proscrit l'exercice du retrait litigieux par le débiteur soumis à la procédure collective ».

D'abord, une approche critique sur la technique même de l'injonction est nécessaire pour fixer sa place dans les stratégies de recouvrement, notamment les raisons qui doivent justifier son attractivité pour le créancier (A). Ensuite, la confrontation de l'effet comminatoire de la procédure d'injonction au risque d'impayé permettra de vérifier son adaptation aux objectifs assignés à cette dernière (B). Au total, nous allons essayer de démontrer comment l'injonction de payer participe au renforcement direct de la contrainte sur le débiteur dans le recouvrement des créances par voie judiciaire.

A. L'attractivité de l'injonction de payer

121. L'incidence du formalisme sur l'attractivité de l'injonction de payer pour le créancier. L'injonction de payer est présentée comme un instrument de sécurité dans le recouvrement des créances en raison de son mécanisme simple et rapide. Elle peut être utilisée généralement par tous les créanciers pourvu que la créance ait une cause contractuelle ou qu'un effet de commerce soit en jeu[430]. Ainsi, la célérité et la simplicité seraient aptes à répondre au besoin de sécurité des parties dans le recouvrement des créances. Toutefois, cette présentation ne laisse pas entrevoir les subtilités qui gèrent l'exercice de la contrainte sur le débiteur au plan procédural. En effet, le créancier ne peut pas s'affranchir de certaines formalités qui s'impose au dépôt de la requête, à la compétence de la juridiction saisie, au montant de la créance et à la signification de l'ordonnance portant injonction si décidée[431]. Cette obligation de conformité aux art. 1 à 4 AUPSRVE est constamment rappelée par la jurisprudence. Elle existait déjà sous l'empire de l'ancienne loi sénégalaise sur le recouvrement des créances[432]. Aussi, le juge sénégalais motive sa décision de rejeter une ordonnance portant injonction de payer en retenant que « la procédure

[430] Art. 2 AUPSRVE

[431] L'art. 4 AUPSRVE dispose que « *la requête doit être déposée ou adressée par le demandeur, ou par son mandataire autorisé par la loi de chaque État partie à le représenter en justice, au greffe de la juridiction compétente.*
Elle contient, à peine d'irrecevabilité :
1) les noms, prénoms, profession et domiciles des parties ou, pour les personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social ;
2) l'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance ainsi que le fondement de celle-ci.
Elle est accompagnée des documents justificatifs en originaux ou en copies certifiées conformes.
Lorsque la requête émane d'une personne non domiciliée dans l'État de la juridiction compétente saisie, elle doit contenir sous la même sanction, élection de domicile dans le ressort de cette juridiction ».

[432] Les articles 776 à 786 CPC (Décret 64-572 du 30 juillet 1964) régissaient l'injonction de payer avant d'être abrogés par l'art. 336 AUPSRVE.

d'injonction de payer est ouverte pour les seules créances incontestables, la créance de M. X est contestée dans son montant (…) c'est à bon tort que l'injonction de payer a été ordonnée et qu'il échet de rétracter l'ordonnance »[433]. Dans le même ordre d'idées, les règles concernant la charge de la preuve font également l'objet d'une application assez stricte[434]. Cette démarche est assez classique dans la mesure où elle fait référence aux règles de preuve posée par l'art. 9 COCC, c'est-à-dire actori incumbit probatio. De manière symétrique, en cas d'opposition, il appartiendra au débiteur d'apporter la preuve de sa prétention. Ceci est d'autant plus acceptable, que l'initiative du créancier réside dans sa seule volonté en dehors de toute connaissance préalable du débiteur. C'est une procédure dans son principe non contradictoire. Au surplus, elle dérive de l'art. 4 al. 3 AUPSRVE. Cette position prétorienne est un pas important en termes de sécurité juridique, surtout dans la prise en charge des intérêts du débiteur. Seulement, il semble que ce formalisme ne soit pas un instrument absolu de sécurité juridique et que l'instrumentalisation de la preuve puisse être contournée par son absence dans la phase initiale ou précontentieuse[435]. La Cour de cassation ne semble pas partagée cette vision en reprochant à un arrêt dans une décision récente, de n'avoir pas « analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve de l'obligation produits par le demandeur »[436]. Néanmoins, dans ce cas de figure, l'attractivité souhaitée est amoindrie par le niveau élevé des risques de contestation et finalement une forte judiciarisation de la procédure[437]. En plus, la protection du débiteur pose problème dans un système qui donne sa préférence à l'efficacité économique du recours, mais uniquement envisagée du côté du créancier.

---

[433] TRHC Dakar, 12 mai 2004 (jugement n°1210).

[434] TRHC Dakar, 15 décembre 2004 (jugement n°2753), dans son commentaire de la décision Nd. DIOUF estime que « *la précision et la rigueur de cette décision du tribunal régional de Dakar méritent d'être saluées. Avec cette décision, le tribunal régional fait une saine application des principes régissant l'injonction de payer* ».

[435] E. GUINCHARD, « Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne », in *Petites Affiches*, 17 mai 2006 n°98, p. 4. L'auteur dans son analyse montre les clivages entre les systèmes juridiques de l'Europe en concluant que « *les différences essentielles entre les droits ont trait à l'existence ou non d'un contrôle préalable par le juge et corrélativement à l'exigence ou non pour le demandeur de produire des documents justificatifs ». c'est surtout le modèle allemand qui est cité en exemple comme étant « non documentaire* » au sens technique du terme.

[436] Cass. civ. 2^{e}, 25 mars 2010 (pourvoi n°09-10601).

[437] Z. AMRI-TOUCHENT, « L'injonction de payer européenne », in *Petites Affiches*, 22 août 2007 n°168, p. 3. En adoptant cette injonction, le Règlement n°1896/2006 (JOUE 30 décembre 2006) multiplie les recours qui sont offert au débiteur afin de pouvoir présenter une défense utile face à l'injonction de payer. C'est une conséquence de l'absence d'un contrôle régulier des éléments de preuve dans la déclaration du créancier. Il est à prévoir une multiplication des saisines par voie d'opposition dans ces circonstances.

122. Par ailleurs, une insistance particulière est faite au sujet de la notification de l'ordonnance au débiteur. Cette formalité est régie par l'article 7 AUPSRVE qui dispose que « la décision portant injonction de payer est non avenue si elle n'a pas été signifiée dans les trois mois de sa date ». La signification doit être faite par acte extra-judiciaire. C'est une double exigence qui se pose au créancier, une contrainte de délai et une autre relative au formalisme de la signification. Si la première difficulté n'en est pas une en réalité, c'est que le délai oblige le créancier à la célérité souhaitée (le CPC n'était pas explicite sur ce point). En revanche, la notification de l'ordonnance au débiteur met en exergue le régime juridique des actes de procédure. En effet, les créanciers s'appuient presque exclusivement sur les huissiers de justice pour signifier au débiteur l'ordonnance d'injonction de payer[438]. Avec le droit OHADA, la signification au débiteur est centralisée. Car sous l'ancien droit elle se faisait par lettre recommandée du greffier ou par exploit d'huissier en fonction du montant de la créance, ce qui correspondait à peu près au seuil de compétence entre le tribunal départemental et le tribunal régional[439]. Au-delà de l'identification de l'autorité qui délivre l'ordonnance d'injonction de payer, c'est la sanction du formalisme qui renseigne sur l'importance de la sécurité juridique dans cette opération de recouvrement. A cet effet, l'art. 8 AUPSRVE indique les mentions obligatoires qui doivent figurer dans l'acte extrajudiciaire. L'appréciation de la sécurité juridique doit se faire en tenant compte du double objectif poursuivi par la signification. D'une part, informer le débiteur de l'intention du créancier de recouvrer sa créance ; d'autre part, informer le débiteur sur les moyens de droit dont il dispose pour assurer sa défense. Dans le premier cas, la notification joue le même rôle qu'une mise en demeure, si elle n'était déjà faite. Mais c'est la seconde fonction qui illustre mieux la protection des parties. En effet, c'est l'occasion de confirmer la certitude de la créance et de prévoir l'issue du recouvrement suivant le comportement du débiteur. Sur ce point précis, l'attractivité de l'injonction de payer s'est opérée par une réduction du délai octroyé au débiteur pour former opposition. L'art. 780 CPC donnait un mois au débiteur contre 15 jours pour l'art. 10 AUPSRVE. Par contre, la nullité qui frappe les

[438] G. DEHARO, « La nature des actes d'huissiers de justice », in *Gazette du Palais*, 30 janvier 2007 n°30, p. 2. Cependant, la définition d'actes de procédure étant peu évidente, il serait commode de retenir celle proposée par l'auteur à savoir « *un acte soumis à certaines formes, effectué par un auxiliaire de justice ou un plaideur et destiné à entamer, alimenter, suspendre ou arrêter une instance* ».

[439] Art. 780 CPC (abrogé par l'art. 336 AUPSRVE).

actes de procédure irréguliers n'a pas varié avec les différentes législations. Globalement, le juge se conforme au texte particulier qui prévoit la nullité pour l'étendue et les conditions de recevabilité lorsqu'une telle exception est soulevée. Cette pratique est héritée de l'art. 826 CPC qui traite de la nullité des actes de procédure. L'autre sanction typique est la caducité de l'ordonnance si la signification est intervenue après le délai de trois mois fixé par la loi. L'absence de signification peut recevoir des explications très diverses, dès lors, la caducité pourrait avoir pour origine une négligence du créancier, un renoncement à son droit ou l'exécution volontaire du débiteur en cours d'instance. Même si elle procède d'un contrôle du formalisme de la procédure d'injonction, la caducité est d'interprétation complexe. Ainsi, le formalisme de l'injonction de payer présente un rapport ambivalent par rapport à l'objectif de réponse aux attentes des investisseurs. Il peut fonder une décision fort incitative dans le paiement, mais peut aussi contrarier un créancier impatient. L'art. 5 al. 2 n'offre pas de voies de recours au créancier en cas de rejet de sa requête, et le contredit formé par le débiteur risque d'être le début d'une longue procédure étant donné la possibilité d'interjeter appel contre la décision portant injonction[440]. Autrement, le formalisme protège les intérêts du débiteur qui n'est pas à l'abri du risque de la preuve[441]. La recherche de sécurité se prolonge dans l'injonction de payer perçue du côté du débiteur.

123. L'aléa de l'opposition à l'ordonnance portant injonction de payer pour le débiteur. La participation du débiteur à la construction de la sécurité juridique dans la procédure d'injonction de payer est visible à travers l'opposition contre la décision du juge. On retrouve derrière ce recours un système d'inversion du contentieux. En effet, comme le dit S. AMRANI-MEKKI « *le contentieux inversé est une technique ancienne utilisée pour le recouvrement des créances qui consiste à donner l'imperium avant la juridictio. Autrement dit, le juge donne une injonction de payer ou de faire avant qu'une procédure soit menée. Ce n'est qu'en cas de contestation par le défendeur qui reçoit l'injonction qu'une procédure contradictoire sera menée. La décision précède une éventuelle procédure* »[442]. Pourtant l'application de cette

[440] Art. 15 AUPSRVE.
[441] Nd. DIOUF, Répertoire de jurisprudence, op. cit. p. 37, il note à propos d'un jugement (TRHC Dakar, 15 décembre 2004 n°2740) qu' « *il ne parait pas équitable (…) de faire perdre son procès au débiteur au seul motif que le juge n'a pas pu se forger une conviction* ».
[442] S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », in *Gazette du Palais*, 05 juin 2008 n°157, p. 2.

procédure n'est pas sans influence sur la compétence du juge qui sera saisi. Si l'art. 9 AUPSRVE semble préciser les règles de compétence, la jurisprudence donne parfois des exemples d'hésitations[443]. Cette tendance n'est pas pour garantir la prévisibilité dans les éléments d'ordre processuel. Sur ce point, la législation n'a guère variée, car l'art. 781 CPC indiquait clairement que le tribunal compétent est celui saisi de l'injonction. En dehors, de la règle de compétence, la forme de la saisine est assez simple pour faciliter son exercice par le débiteur. Comme pour le créancier, un acte extra-judiciaire suffit. Seul le formalisme prévu par l'art. 11 AUPSRVE répond à celui auquel était astreint le créancier. Il vise l'information de toutes les parties au recouvrement des créances et le respect des délais de procédure dans le mois de l'opposition. Le délai dans ce cas de figure peut constituer un facteur d'aggravation du risque de la preuve pour le débiteur[444]. En effet, dans un environnement dominé par le système légal de la preuve (art. 12 COCC), le débiteur n'ayant pas satisfait aux exigences corollées des art. 14 (Préconstitution de la preuve) 179 et 180 COCC (preuve du paiement) augmente sensiblement ses chances de succomber en l'absence d'une conviction du juge. La conviction du juge reste dans cette logique une source d'incertitude appréciable, un aléa qui gêne la protection du débiteur au plan substantiel et procédural. Une illustration en ait donnée par la jurisprudence en décidant que « *l'ordonnance querellée et l'exploit portant signification de ladite décision n'ayant pas été produits, le tribunal est mis dans l'impossibilité d'apprécier le bien fondé des prétentions ou de faire jouer la règle de l'article 13 AU/RVE* »[445]. Implicitement, le juge renverse la charge de la preuve et prive le débiteur de la sécurité qu'il était en droit d'attendre de son opposition. De ce fait, il n'est pas surprenant que ce problème soit plus ressenti par les non

[443] Nd. DIOUF, Répertoire de jurisprudence, op. cit. p. 23-24, sur une décision du Tribunal régional de Dakar (12 mai 2004, jugement n°1210), l'auteur dit que « *le tribunal a laissé passer une bonne occasion de se prononcer sur la question de la compétence d'attribution en matière d'injonction de payer (…) un examen de cette question par le tribunal aurait permis de savoir si le Président du tribunal régional peut être saisi d'une requête tendant à obtenir une injonction de payer dans une hypothèse où le litige relève, au fond, de la compétence du tribunal départemental* ».

[444] M. MEKKI « Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats, 1ère partie », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2008 n°3, p. 681. Ainsi, le risque de preuve serait « *le résultat d'un équilibre entre une attribution du risque par le juge et une gestion de ce risque, lorsqu'elle est envisageable, par les parties* » ou encore *« dans une perspective dynamique, à celui qui, en cas de doute, doit succomber et perdre le procès engagé* ». P. PUIG, « Dépôt d'une chose détériorée : une nouvelle illustration du risque de la preuve, note sous Cass. civ. 1ère, 5 mars 2009 (pourvoi n°07-21519)», in *Revue des contrats*, 01 juillet 2009 n°3, p. 1135. X. LAGARDE, « D'une vérité l'autre : brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », in *Gazette du Palais*, 22 juillet 2010 n°203, p. 6.

[445] TRHC Dakar, 15 décembre 2004, op. cit.

professionnels. Le formalisme qui entoure l'opposition est, en définitive, aussi incertain dans son interprétation que celui qui imprègne la saisine du juge aux fins d'injonction. Pourtant son assouplissement est l'une des garanties de sécurité juridique offerte lors de la réforme du droit des voies d'exécution et du recouvrement des créances. Toutefois, l'opposition n'est pas que formalisme, elle est aussi porteuse d'une autre garantie procédurale : le principe du contradictoire.

124. Le principe du contradictoire est l'instrument par lequel, les parties vont faire valoir leurs moyens de défense et obtenir une décision sur le fond de l'affaire. C'est l'occasion pour le débiteur de rééquilibrer une procédure qui était jusqu'à l'opposition, l'apanage du seul créancier. En effet, le principe du contradictoire est un facteur essentiel de sécurité juridique dans toutes les procédures contentieuse. Comme le suggère d'ailleurs O. GOHIN « *la contradiction est le principe directeur du droit processuel par excellence* »[446]. En l'espèce, la contradiction ne pourrait prospérer en l'absence de documents justificatifs des prétentions des parties. C'est ce qu'il faut retenir de la décision rendue par le tribunal régional de Dakar le 12 juin 2001[447]. L'exigence de sécurité juridique est observée dans la communication des documents qui permettent de contester la revendication du créancier ou de renforcer le droit du créancier à l'exécution. La crédibilité de l'injonction de payer réside dans la confiance que le juge peut inspirer aux parties en rendant une décision au fond qui va se substituer à l'ordonnance querellée. Cette subtilité dans l'évolution de la procédure contentieuse de l'injonction a souvent échappé à la vigilance du juge qui a vu dans sa décision une occasion de confirmer ou de rétracter l'ordonnance contestée[448]. En revanche, dans la qualification des faits le juge se montre extrêmement fidèle à la lettre des textes qui légitiment son intervention. C'est une précaution dictée en partie par la nature spécifique de l'injonction de payer et en partie par l'infléchissement des règles de procédure.

---

[446] O. GOHIN, « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », in *RDP* 2005, n°1, p. 171.

[447] Dans sa motivation le juge déboute le créancier de sa demande de paiement « *dès lors qu'il n'a fait valoir aucun moyen de défense ni produit une pièce à l'appui de la créance dont il se prévaut* », Répertoire de jurisprudence sur les voies d'exécution, op. cit., p. 11.

[448] TRHC Dakar, 18 mars 2003 (jugement n°472), TRHC Dakar, 12 mai 2004 (jugement n°1209), N. DIOUF en commentant ces décisions soutient que « *le tribunal doit, à l'image d'un juge saisi d'une contestation ordinaire, statuer directement sur le fond et rendre un jugement qui a autorité de la chose jugée et force obligatoire à l'égard des parties* », ibid. p. 22. Il nous semble que l'art. 14 AUPSRVE est très clair sur le glissement conceptuel qu'il faille opérer entre l'ordonnance contestée et la qualité de la décision qui sera rendu. Ainsi, c'est une partie souvent surabondante de la motivation du juge.

125. Le succès prédit à l'injonction de payer dans le recouvrement des créances est victime des arcanes qui jalonnent sa mise en œuvre. En essayant un bilan du formalisme de l'injonction et de son opposition, il semble que cette option de recouvrement soit plus efficace en ce qu'elle permet une transition vers un véritable acte d'exécution. C'est également, une dernière chance offerte au débiteur d'arriver à un compromis avec le créancier en évitant la réalisation de la contrainte sur ses biens. L'injonction étendrait son effet comminatoire durant toute l'instance avant de se muer en force exécutoire.

B. La réalisation de l'effet comminatoire de l'injonction de payer

126. Le procès-verbal de conciliation. La technique de conciliation est largement utilisée dans la résolution de divers contentieux. Elle sert généralement à éviter que le contentieux n'atteigne son paroxysme avec le recours à l'impérium du juge. Cependant, la procédure de conciliation bien que suivant une finalité identique connait différentes déclinaisons selon la matière juridique abordée[449]. Il existe, au surplus, une pléthore de moyens d'envisager la conciliation entre les parties. Elle peut être d'origine conventionnelle lorsque les parties ont entendu procéder à un règlement amiable et préalable à la saisine du juge[450]. Elle peut aussi découler d'une prérogative que le législateur confère au juge dans un esprit de rationalisation des procédures judiciaires[451]. Aussi, l'art. 12 AUPSRVE dispose que « *la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès verbal de conciliation signé par les parties* ». C'est une stratégie classique à chaque fois que la contradiction des intérêts des parties peut être surmontée pour préserver un intérêt général jugé supérieur (l'art. 169 CF institue une

[449] La Cour de cassation, qui rappelle le caractère obligatoire de la conciliation avant de l'instance prud'homale, rejette un pourvoi au motif que le procès-verbal de conciliation était nul car étant « *un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles, qu'en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs, et que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud'homale peut être valablement saisie* », in *Gazette du Palais*, 08 juillet 2000 n°190, p. 9.

[450] L. CADIET, « L'effet processuel des clauses de conciliation », in *Revue des contrats*, 01 décembre 2003 n°1, p. 182. Dans ce cas de figure, c'est la combinaison des modes alternatifs de résolution des conflits qu'il convient de souligner. Elle peut résulter de la volonté des parties qui entendent faire d'une clause, un préalable obligatoire de sorte à sanctionner tout recours en violation de la clause par une fin de non recevoir. Il va sans dire que l'instance de L. CADIET sur la licéité de la clause est un moyen d'assurer la sécurité juridique dans un domaine qui touche au droit fondamental d'accès à la justice et au procès équitable.

[451] C-P BARRIERE, « Le juge de proximité et le conciliateur de justice, partenaires ou concurrents », in *Gazette du Palais*, 26 novembre 2002 n°330, p. 3.

audience de conciliation permettant au juge d'éviter de mettre fin à un lien matrimonial et préserver ainsi l'unité de la famille[452]). Dans le contexte de l'injonction, il peut s'agir de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur ou d'un point de vue théorique le caractère volontaire de l'exécution qui est la voie normale d'extinction des obligations. C'est une démarche très usitée en droit des affaires, où le juge intervient pour interpréter positivement certaines situations contentieuses dans l'optique d'une pérennisation des relations entre professionnels[453]. Loin de constituer une contrainte de plus pour le créancier dans la réalisation de son droit à l'exécution, la conciliation est une proposition de sécurité négociée qui protège les intérêts des parties à deux niveaux. D'abord, le créancier n'est pas obligé d'accepter toute offre du débiteur, et particulièrement les manœuvres dilatoires. Ensuite, le procès-verbal de conciliation est revêtu de la formule exécutoire[454], qui au plan procédural est une garantie d'opérationnalisation de la contrainte inévitablement. Enfin, le débiteur voit ses intérêts protégés par l'intermédiation du juge qui évite une pression supplémentaire.

127. L'efficacité de la conciliation. Elle est principalement fondée sur la coopération des parties et surtout la bonne foi d'un débiteur défaillant. C'est justement ce qui risque de mettre un bémol au déploiement de l'effet comminatoire obtenu à l'amiable. Il est vrai que la présence du juge puisse éviter que la conciliation soit une planche de salut pour les débiteurs de mauvaise foi. Mais l'on n'exclut pas le risque attaché au comportement psychologique du juge par rapport à la situation du débiteur. C'est à juste titre que D. MARTIN observe que l' « *on peut douter de la bonne foi même qu'il y aurait à prétendre compenser une inexécution initiale par une exécution subséquente hors délai ! À distendre ainsi l'élastique de la complaisance envers les mauvais débiteurs, c'est la foi contractuelle qu'on saborde* »[455]. En effet, avec la conciliation, on cherche à éviter une procédure longue dans laquelle le débiteur peut organiser son insolvabilité. Il peut interjeter appel contre la décision rendue par le juge et allonger le temps de la procédure en augmentant le risque d'impayé pour le créancier. Le créancier cherchera sa sécurité dans la célérité du

[452] M. NICOLETTI, « La médiation familiale et le juge », in *Petites Affiches*, 30 juin 2009 n°129, p. 4.
[453] J. ROCHFELD, « La rupture des relations contractuelles en temps de crise », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 499 et s.
[454] Art. 12 AUPSRVE.
[455] D. MARTIN, « Mosaïque contractuelle », in *Petites Affiches*, 24 novembre 2004 n°235, p. 9.

paiement et la procédure de conciliation pourrait dissiper une incertitude qui menace sa créance. De ce point de vue, l'injonction fait partie d'une tactique de gestion du temps que le créancier utilise pour accélérer son paiement, mais la durée peut faire sensiblement varier l'avantage qu'il aurait pu tirer de cette solution rapide[456]. C'est un état d'esprit semblable qui anime la procédure de conciliation dans les procédures collectives, lorsqu'on cherche un traitement efficace des difficultés financières du débiteur dès les premiers symptômes[457]. De manière identique, la connaissance de la situation patrimoniale du débiteur peut être l'événement déclencheur de la procédure d'injonction de payer. En pareilles circonstances, le créancier plus que la conciliation, qui a une vertu procédurale indéniable, considère la matérialité d'une contrainte qui le prémunit du concours des autres créanciers d'un débiteur aux abois. Aussi, le contentieux de l'opposition serait un facteur relatif de sécurité voué à l'établissement d'une certitude quant aux conditions d'exercice de la contrainte en cas d'échec de la conciliation. C'est une hypothèse qui paralyse le succès de la conciliation devant le juge, car les engagements du débiteur à moins de présenter des garanties suffisantes et immédiates seront irrecevables pour le créancier. En outre, le créancier sait qu'en cas d'absence d'opposition sérieuse, la décision obtenue pourra lui permettre de réaliser une contrainte directe sur le patrimoine ou conserver ses droits en vue d'une appropriation définitive subséquente. En définitive, la conciliation est une incitation procédurale qui rend l'effet comminatoire symboliquement opérationnel. Elle ne rend pas le résultat de l'injonction de payer prévisible, mais permet d'anticiper sur la suite de la procédure judiciaire.

128. En considération de la sécurité juridique, le rapport entre l'effet comminatoire de l'injonction de payer et la conciliation met en avant la survivance des mécanismes contractuels dans la procédure. L'autonomie de la volonté des parties ressurgit pour résoudre deux difficultés dont serait saisi le juge compétent. Premièrement, elle règle les contestations affectant le titre qui fonde l'action du créancier quant à sa validité et au montant de la créance. Deuxièmement, elle permet d'aménager le paiement d'une dette échue en écartant de manière amiable l'incident que constitue l'inexécution initiale. C'est un rôle de pacification qui touche au fond et à la forme du

[456] C. MARTELO, « La stratégie procédurale et le paiement des dettes », *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 56.
[457] C. LEBEL, « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », *Gazette du Palais*, 08 septembre 2005 n°251, p. 14 et s.

recouvrement. Ainsi, le juge qui appose la formule exécutoire ne fait qu'avaliser la contractualisation de la sécurité juridique entre le créancier et le débiteur. Son intervention se résume à vérifier le respect de la licéité du consensus en opérant un rapprochement entre l'exigence de sécurité juridique et le principe de légalité, c'est le sens pratique du procès-verbal de conciliation. Toutefois, en cas d'échec de la conciliation, l'injonction de payer donne lieu aux effets attendus d'une procédure judiciaire ordinaire.

129. Les garanties procédurales de la décision rendue sur opposition. En vertu de l'art. 12 al. 2 AUPSRVE « si la tentative de conciliation échoue, la juridiction statue immédiatement sur la demande en recouvrement, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, par une décision qui aura les effets d'une décision contradictoire ». La règle ainsi posée indique l'une des issues possibles de la procédure d'injonction, l'autre, la plus simple étant l'absence d'opposition ou le désistement du débiteur[458]. Au plan strictement national, la procédure n'a pas beaucoup évolué, le droit OHADA reconnait au juge ordinaire saisi du litige les mêmes prérogatives que l'ancien art. 781 CPC[459]. La phase contentieuse dans la procédure d'injonction de payer montre une dualité dans le glissement de l'instance d'une demande unilatérale à un véritable procès. La variation est d'abord d'ordre processuel. En effet, la requête aux fins d'ordonnance portant injonction de payer disparait au profit d'une saisine directe du juge ordinaire compétent en matière de recouvrement des créances. Ce changement implique deux conséquences principalement. D'abord la compétence du juge s'étend sur la forme et le fond de la contestation. Ensuite le principe du contradictoire permettra aux parties de prendre en charge directement leurs intérêts respectifs. En termes de sécurité juridique, ces évolutions ont une signification très particulière quant à la prévisibilité de l'issue du contentieux. La vérification du fondement juridique de la contrainte est le premier défi lancé au juge. En effet, il avait rendu son ordonnance sur la base d'une apparence, il

[458] Art. 16 AUPSRVE.

[459] Le texte cité disposait que « *Le tribunal saisi d'un contredit statue, même d'office, après avoir constaté le retour de l'avis de réception, par un jugement qui aura les effets d'un jugement contradictoire. En cas de rejet pur et simple du contredit ou de radiation du contredit par suite de désistement, l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire par le greffier sortira son plein et entier effet* ».

est désormais requis qu'il se prononce en toute transparence[460]. L'acquisition d'une certitude dans la régularité du titre du créancier est important pour la fiabilité de la procédure contentieuse et sera très utile dans la mise en œuvre du principe du contradictoire. Ensuite, le droit de créance fait écho à une valeur économique faisant partie du patrimoine du créancier, le juge doit en fixer le montant pour déterminer l'étendue de la contrainte sur le patrimoine du débiteur. Cette préoccupation aura beaucoup de sens dans les procédures de saisies et dans l'application du principe de proportionnalité dans l'appréciation des mesures d'exécution. La réaction du juge à ses deux questions ne va seulement dans l'intérêt du créancier, mais protège aussi le débiteur qui succomberait au procès. Elle vise aussi à clarifier l'articulation entre les diverses procédures de recouvrement des créances au cas où une formalité nécessaire à l'instance serait méconnue[461]. L'autonomie procédurale de l'instance destinée à rendre une décision qui se substitue à l'ordonnance répond ainsi aux exigences classiques d'une juridiction : Le droit d'accès au juge et un procès équitable[462].

130. L'importance de la contradiction dans la phase contentieuse est à la fois substantielle et technique. Au plan substantiel, le principe du contradictoire est une émanation du respect des droits fondamentaux des parties au procès. Il peut renforcer le droit à l'exécution du créancier comme il peut libérer le débiteur d'une contrainte illégitime et renforcer la confiance dans l'institution judiciaire. Au plan technique, il s'agit de la confrontation entre la prétention du créancier portée par son action et les moyens de défense soulevés par le débiteur[463]. C'est souvent l'occasion

[460] Aux termes de l'art. 5 al. 1 AUPSRVE « *si, au vu des documents produits, la demande lui paraît fondée en tout ou partie, le président de la juridiction compétente rend une décision portant injonction de payer pour la somme qu'il fixe* ».

[461] S. MORNET, « Note sous arrêt Cass. civ. 2e, 21 septembre 2000 (pourvoi n°99-10011 B) », *Gazette du Palais*, 05 janvier 2002 n°5, p. 4. L'auteur précise que l'arrêt de la Cour d'Appel est cassé « au motif que la procédure d'injonction de payer s'étant trouvée caduque faute de consignation des frais, la créancière avait recouvré la faculté d'agir selon le droit commun ». Au Sénégal, le juge a ainsi annulé l'acte de signification d'une ordonnance portant injonction de payer pour non respect des formalités prévues à l'art. 8 AUPSRVE (TRHC Dakar, 18 mars 2003, jugement n°472).

[462] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010. A. A DUPRE, « La violation du droit processuel est-elle constitutive d'un déni de justice », *Petites Affiches*, 27 septembre 2010 n°192, p.7.

[463] C. JUBLAUT, « Les exceptions dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond : 1ère partie », *Petites Affiches*, 15 janvier 2003 n°11, p. 4.

d'opposer à la demande en paiement du créancier les exceptions de nullité ou de prescription qui permettent d'éteindre l'action en recouvrement[464].

Les garanties procédurales offertes par le jugement sur opposition à une ordonnance portant injonction de payer sont nécessaires à la protection des parties et à la sécurité juridique. C'est l'une des attentes dans l'existence d'un environnement judiciaire de confiance propice au recouvrement des créances. Il devra aussi en être ainsi de la décision rendue.

131. La force exécutoire de la décision rendue sur injonction. Selon l'art. 16 AUPSRVE « *en l'absence d'opposition dans les quinze jours de la signification de la décision portant injonction de payer ou, en cas de désistement du débiteur qui a formé opposition, le créancier peut demander l'apposition de la formule exécutoire sur cette décision* ». La faculté offerte au créancier de solliciter la formule exécutoire obéit à une condition de délai (art. 17) et à une condition de procédure : l'absence d'un contentieux sur opposition[465]. Si elles sont remplies, le créancier peut obtenir un titre exécutoire lui permettant de mettre en œuvre les voies d'exécution propres à réaliser la contrainte sur le patrimoine du débiteur. La force exécutoire du jugement est sans équivoque, car n'étant plus susceptible d'appel et présumé contradictoire par effet de la loi (art. 16 al. 2 AUPSRVE)[466]. La procédure est similaire pour les injonctions de délivrer ou de restituer prévues par l'AUPSRVE (art. 19-27).

132. L'analyse critique de la procédure d'injonction de payer et son effet comminatoire ont fait ressortir des incertitudes qui peuvent rejaillir sur la sécurité juridique attendue de ce mécanisme simple et rapide de recouvrement des créances. Le formalisme est d'une simplicité attractive, mais l'étude de son interprétation prétorienne conduit à la présence d'un risque d'instrumentalisation des délais par le débiteur et au détournement de la finalité assignée à la procédure par les créanciers peu scrupuleux. La rapidité suggérée de l'injonction peut se confondre dans les exigences d'une procédure judiciaire ordinaire et prendre le temps nécessaire à

[464] Y-M SERINET, « Spécificités du contentieux contractuel : 3ème partie », *Revue des contrats*, 01 octobre 2009 n°4, p. 1516.

[465] Le tribunal régional de Dakar (15 décembre 2004, jugement n°2734) au motif que « *la demande d'apposition de la formule exécutoire ne peut, en cas d'opposition, prospérer en raison des dispositions de l'article 14 AU/RE qui prévoit que la décision de la juridiction saisie se substitue à la décision d'injonction de payer* » précise cette condition.

[466] Sur la distinction entre titre exécutoire et force exécutoire, voir note sous arrêt Cass. civ. 2e, 14 septembre 2006 (pourvoi n°04-18178), *Gazette du Palais*, 09 octobre 2007 n°282, p. 18.

n'importe quelle décision contradictoire. Son principal atout est aussi le risque majeur qui se pose à l'injonction de payer. C'est-à-dire son rapport avec la sécurité juridique est illustré par une temporalité ambivalente. La sécurité présuppose certitude et prévisibilité, or l'injonction postule la souplesse et la célérité. Cette contradiction, sans pour autant être insurmontable, risque d'alimenter la concurrence avec les autres procédures rapides de recouvrement. Les créanciers ne seront-ils pas tentés d'agir par voie de référé-provision, d'assignation en paiement. Une autre facette de l'incitation judiciaire au paiement est le recours à l'astreinte.

§ 2 – Le renforcement indirect de la contrainte par l'astreinte

133. Le législateur a entendu donner au juge les moyens de vaincre la résistance du débiteur dans l'exécution des décisions rendues aux fins d'exécution (Art. 195 COCC). Ainsi, aux termes de l'art. 196 COCC « *l'exécution de toute obligation peut être obtenue par une astreinte prononcée par le juge compétent pour constater l'existence de l'obligation* ». De simple faculté à inciter au paiement, l'astreinte peut devenir un véritable instrument de contrainte aux mains du juge. C'est une fonction qui est étroitement liée à son apparition dans l'arsenal judicaire et son fondement juridique[467].

Pour être originale, l'astreinte n'en doit pas moins réaliser les effets qui sont attendus d'elle. Son usage par le juge doit amener normalement le débiteur à s'exécuter, si tel n'est pas le cas, le mécanisme devra être appréhendé sous l'angle de son efficacité. Nous allons nous situer dans les deux hypothèses pour voir l'adaptabilité de la structure de l'astreinte à l'incitation (A) et l'efficacité de son mécanisme incitatif dans l'exécution (B).

A. L'adaptabilité de la structure de l'astreinte à l'incitation

134. Une propriété accessoire statique de l'astreinte. Nul doute que l'astreinte est prononcée sur la base d'une décision de justice exécutoire (Art. 196 COCC). L'essentiel des propriétés de l'astreinte est contenu dans cette prescription

[467] F. CHABAS, S. DEIS-BEAUQUESNE, « Astreinte », *Rép. Civ.*, Paris, Dalloz, Avril 2005, p. 3 n°6. Selon ces auteurs « on peut dire que l'astreinte a été créée ex nihilo par la jurisprudence car les justifications qui lui ont été cherchées à l'époque (tel l'article 1036 de l'ancien code de procédure civile) étaient artificielles. En réalité, les juges ont compris que leur rôle ne se limitait pas à dire le droit (jurisdictio), mais qu'ils disposaient aussi d'un pouvoir de contrainte (imperium) ». Au sans remonter aux considérations historiques, l'astreinte a été formalisée avec la loi 63-62 du 10 juillet 1963 portant COCC (partie générale) en ses articles 196-199.

législative. Elle fait de l'astreinte un accessoire du jugement condamnant le débiteur au paiement d'une créance échue. Mais ce n'est pas la seule condition d'existence de l'astreinte. Pour des raisons de sécurité juridique, la créance doit être incontestable, c'est-à-dire intégralement acquise au créancier. Ensuite, il appartient au juge de décider de l'utilité de prononcer une astreinte ou de la refuser. Cette seconde condition est très déterminante dans la mise en œuvre de l'incitation au paiement. En réalité, l'astreinte n'est pas une mesure d'exécution forcée, c'est seulement une voie de droit abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. Elle est de fait perçue comme un prolongement de l'impérium du juge, qui n'est envisagé que dans la phase de l'exécution des décisions de justice. Par conséquent, c'est un outil déjà finalisé dans sa conception[468].

135. Pour la simplicité de la procédure et surtout la cohérence de l'instance condamnant le débiteur au paiement, le juge qui prononce l'exécution est également juge de l'astreinte. Cependant, la législation française rajoute une particularité liée à l'institution d'un juge de l'exécution[469]. Il peut obliger le débiteur déjà condamné à s'exécuter en ayant recours à l'astreinte. Toutefois, cette dérogation au profit du juge de l'exécution est justifiée par sa mission. La Cour de cassation est d'ailleurs intervenue pour clarifier le pouvoir souverain du juge de l'exécution dans l'appréciation des circonstances devant conduire au prononcé de l'astreinte en cas de saisine[470]. La règle de compétence est désormais classique et souligne l'interdépendance entre l'astreinte et la décision de fond qui lui sert de fondement juridique[471]. Au plan de la sécurité juridique, c'est l'absence de motivation de la décision du juge qui risque de poser problème. En effet, le COCC ne mentionne pas explicitement une telle obligation, de sorte que la différence entre une mesure utile et nécessaire avec une mesure arbitraire est très ténue. Pour le débiteur, l'astreinte peut être une incertitude, mais seulement si les conditions de son refus d'exécuter ne

[468] C'est une question très discutée en droit des procédures civiles d'exécution, la majeure partie de la doctrine considère l'astreinte comme une mesure de contrainte indirecte et à caractère personnel. Certains par contre y voient une peine privée destinée à exercer une contrainte directe sur le débiteur en vue de son exécution (P-Y GAUTIER, « Les procédures civiles d'exécution à l'appui du contrat », in *Revue des contrats*, 01 avril 2006 n°2, p. 583). Toutefois, en l'état actuel de la législation son existence est attachée exclusivement à l'intervention du juge qui est tiers au paiement.

[469] L'art. 33 de la loi 91-650 du 09 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution dispose que « Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité ».

[470] Cass. civ. 20 décembre 2001, BICC, 01 mars 2002 n°51.

[471] Ibid. p. 6 n°35.

laissent pas prévoir la mesure. Dans le cas du JEX, il semble que la motivation de sa décision soit une contrepartie du pouvoir souverain qui lui ai reconnu dans l'appréciation des circonstances[472]. Il reste que l'incertitude demeure pour le traitement du retard dans l'exécution de l'obligation. En effet, le JEX a le pouvoir de prononcer l'astreinte pour surmonter la difficulté d'exécution, en même temps, il dispose de la prérogative d'accorder des délais de grâce au débiteur. Certainement une balance entre le caractère dommageable de l'inexécution et la situation personnelle du débiteur va déterminer sa solution. De ce point de vue, la variation de rationalité entre sa fonction de juge du surendettement et de juge de l'astreinte risque d'être faible. La compassion n'est jamais loin…

136. Relativement à sa nature, une autre caractéristique de l'astreinte réside dans le fait qu'elle soit une mesure de contrainte à caractère personnel. Les effets de la contrainte ne s'exercent, en principe, que sur la personne du débiteur. La Cour de cassation a récemment fait une application fonctionnelle du principe en matière successorale. Le caractère personnel de l'astreinte se prolongeant dans la liquidation du patrimoine du de cujus. A l'appui d'une jurisprudence assez constante, elle a pris position en affirmant la possibilité de sa transmission pour cause de mort[473]. L'autre préoccupation majeure se rapporte au recours en garantie qui est parfois invoqué en matière d'astreinte. La Haute Cour est également intervenue pour dissocier la fonction de l'astreinte des autres mécanismes de circulation de l'obligation qui ont servi de fondement à la décision de condamnation du débiteur. Elle s'est déterminée en faveur de son caractère accessoire au jugement[474]. C'est surtout une manière pour la Cour de rappeler que l'astreinte, n'est ni une mesure d'exécution forcée, ni une sanction encore moins un moyen de réparation du préjudice du créancier qui viendrait concurrencer la responsabilité civile.

---

[472] BICC, 15 avril 2008 n°680, p. 10.

[473] Voir rubrique Procédure civiles d'exécution, note sous arrêt Cass. civ. 2e, 21 février 2008 (pourvoi n°0643046 P), in *Gazette du Palais*, 30 septembre 2008 n°274, p. 17.

[474] C. BRENNER, « Note sous arrêt Cass. com. 3 mars 2009 (pourvoi n°08-10923 P), in *Gazette du Palais*, 06 octobre 2009 n°279, p. 13. « L'astreinte étant elle-même l'accessoire de la condamnation judiciaire dont elle tend à favoriser l'exécution, et l'instance en liquidation n'étant que la continuation et le développement de l'instance ayant prononcé l'astreinte, il s'ensuit logiquement que l'ayant cause à titre particulier ne peut en principe recueillir le bénéfice des astreintes prononcées au profit de son auteur », telle est la justification de la décision du juge dans cette affaire par l'auteur. Elle ne fait que renforcer le caractère personnel de l'astreinte en évitant que des tiers puissent être appelés à contribution dans le paiement de l'astreinte. Ceci est d'autant plus logique que le moyen de pression ne doit pas se transformer en une garantie autonome susceptible de détourner la finalité première de l'astreinte.

137. L'impact de la structure de l'astreinte sur la nature de l'obligation. Traditionnellement, les obligations sont classifiées suivait une trilogie contenue dans l'art. 3 COCC entre celle de donner, de faire ou de ne pas faire. Néanmoins, la doctrine contemporaine s'est enrichie de propositions tendant à affiner la distinction entre les sortes d'obligations[475]. La flexibilité de la classification l'a rendue assez relative. Mais ce qui nous intéresse est plutôt l'incidence de la nature de l'obligation sur l'efficacité de l'astreinte. De manière plus précise, l'adaptabilité de la structure de l'astreinte sur le contenu d'une obligation considérée. Le contenu de l'obligation pouvant affecter ses modalités d'exécution et les rapports entre les parties dans le temps[476]. L'art. 196 COCC ne fait pas de distinction entre les obligations dans l'application de l'astreinte. Cette solution parait la plus simple pour le juge et plus opportune pour le créancier. Sauf que l'art. 1142 C. civ. fait de l'allocation de dommages et intérêts la sanction par principe de l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Ceci relance l'intérêt technique de notre question, mais qui doit être modéré par la recevabilité de l'exécution forcée en nature de l'obligation de faire ou de ne pas faire[477]. L'inexécution d'une obligation de donner admet d'autres solutions telles que l'injonction de délivrer ou de restituer, qui risquent d'atténuer son attractivité. Elle devient un instrument incitatif comme un autre et sa survenance dépendra de la stratégie adoptée par le créancier ou de la perception judiciaire du préjudice que pose l'inexécution. Tandis que pour les obligations de faire ou de ne pas faire, la loi sénégalaise autorise le juge à supporter les frais d'exécution de son obligation si sa personnalité n'a pas été déterminante (Art. 195 COCC). En droit français, si l'on se situe dans la perspective où celle-ci est déterminante[478], l'astreinte peut revêtir une importance particulière. En tant que condamnation financière destinée à faciliter l'exécution d'une décision de justice, l'astreinte sera à même d'inciter le débiteur à réaliser sa promesse. Son efficacité relative sera tributaire de la forme d'astreinte adoptée par le juge. Certes, la distinction présente un intérêt

[475] J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°1, p. 89.
[476] J. ROCHFELD, « les modes temporels d'exécution du contrat », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n°1, p. 47.
[477] G. VINEY, « L'exécution forcée en nature d'une obligation de faire ou de ne pas faire préférée aux dommages et intérêts », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2007 n°3, p. 741.
[478] S. LEGAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », in *Petites Affiches*, 04 décembre 2007 n°242, p. 7. L'auteur systématise les différences de traitement en retenant que « si les dommages et intérêts tendent à réparer un dommage causé par l'inexécution, seule l'exécution en nature s'identifie à l'exécution ».

théorique en l'état actuel du droit français, mais avec la poussée communautaire, un pari sur la simplicité peut être engagé. Ainsi, l'objectif de prévisibilité du droit sera adossé à la possibilité d'unifier l'impact de la structure de l'astreinte sur la nature de l'obligation. Sous cet angle, le droit sénégalais est déjà en phase avec la prédictibilité de l'entendue de l'astreinte. Quid de son intensité ?

138. L'intensité de l'astreinte et la stabilité de sa structure. L'évolution de la situation économique du débiteur depuis la défaillance initiale et ses prédispositions à honorer ses engagements sont des critères dont le juge peut tenir compte pour la forme d'astreinte à appliquer[479]. Ce sont certes des indications très relatives mais qui dans un sens pratique aide le juge à trouver la motivation interne nécessaire à sa décision. C'est à cette condition que la construction de la sécurité juridique par le juge peut rencontrer la légitimité requise et inspirer la confiance des parties dans son office. Faut-il le rappeler, l'absence d'un débat contradictoire sur son opportunité suspend les parties à la sagesse du juge[480]. De manière spécifique, le juge peut choisir entre une astreinte provisoire ou définitive. L'impératif de sécurité juridique vis-à-vis de l'attitude du juge pose la question de la pertinence du critère du choix. C'est directement s'interroger sur la légitimité de la forme d'astreinte qui sera prise dans chaque situation individualisée. La question de la validité est dépendante du principe de légalité, donc de la compétence d'attribution du juge en termes d'astreinte. De ce point de vue, nul doute que la remise en cause du choix opéré par le juge s'analyse en une lacune du système dans son ensemble. Nous n'allons pas pour le moment remonter à ce débat qui ne manque pas d'intérêt[481] pour nous intéresser sur les options et leurs implications.

139. L'astreinte provisoire est la forme la plus commune dans la mise en œuvre de la contrainte indirecte par le juge. Aux termes de l'art. 197 COCC « *le juge peut prononcer une astreinte provisoire en condamnant le débiteur au paiement d'une somme d'argent pour chaque jour de retard jusqu'à l'exécution ou pour une période dont il fixe la durée* ». Cette disposition a une portée importante à la fois sur la nature du pouvoir du juge et sur l'intensité de la pression exercée sur le débiteur. C'est dire

[479] S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, op. cit., p. 184.
[480] C. PELLETIER, « Astreinte, ordonnance sur requête et principe du contradictoire », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 160.
[481] P-Y GAUTIER, op. cit., p. 583 et s.

que le juge dispose d'un pouvoir d'adaptation de la contrainte à l'obligation qui est méconnue. C'est demander au juge d'apprécier la gravité et l'urgence dans l'inexécution. En effet, l'intérêt de l'astreinte dans la recherche de diligence chez les débiteurs d'une obligation de faire est parfois éprouvé pour la protection de l'intérêt collectif[482]. Dans le cas d'un intérêt particulier, la protection vise d'abord la gravité de l'inexécution[483] pour déterminer si la menace d'une sanction pécuniaire est opportune. Ensuite, l'urgence pour se prononcer sur l'intensité de l'astreinte qui sera prononcée. L'astreinte provisoire, sans méconnaitre le critère de gravité, semble porter la temporalité comme signe distinctif. Ce temps concerne t-il l'astreinte en elle-même ou est-ce une référence à la promptitude dans l'exécution. La nuance est selon l'angle de vue, mais la question soulève deux problèmes : la date de départ de l'astreinte et le moment de l'intervention secondaire du juge.

140. L'interprétation de l'art. 51 du Décret 92-755 du 31 juillet 1992 par la Cour de cassation a donné l'occasion d'harmoniser les positions sur le point de départ de l'astreinte. Dans une affaire en date du 16 mars 2000, la Haute Cour enseigne que « A violé les art. 51 du décret 92-755 du 31 juillet 1992 et l'art. 1034, second alinéa nouv. C. pr. civ. la Cour d'appel qui, pour fixer le point de départ de l'astreinte prononcée à l'expiration d'un mois à compter de la signification du jugement rendu en premier ressort, a retenu qu'à cette date, ce jugement n'ayant pas été infirmé, il a acquis force de chose jugée, alors que cette décision n'est devenue exécutoire qu'à l'expiration du délai de saisine de la juridiction de renvoi après cassation »[484]. Parallèlement, l'art. 197 COCC doit fixer la date de départ des effets de l'astreinte au jour où le débiteur a reçu notification de la décision du juge. La fixation de cette date signifie que le débiteur pourra adopter un comportement qui va influer sur la réponse

[482] S. PIEDELIEVRE, « L'Entreprise individuelle à responsabilité limitée », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 juillet 2010 n°13, p. 1417. Toutefois, ce sont souvent des situations où le débiteur de l'obligation de faire est aussi créancier des avantages tirés de son action. L'exécution des formalités de création de l'Entreprise permet de réaliser l'objet social. Il y a une confusion des qualités de créancier et de débiteur sur la tête du dirigeant et dans son intérêt.

[483] La gravité de l'inexécution est fonction de l'obligation à laquelle le débiteur s'était astreint et son utilité pour la créancier. C'est la violation de la cause déterminante du consentement du cocontractant. Sa dimension matérielle renvoie à la prestation caractéristique dans l'engagement litigieux, tandis qu'une approche substantielle va intégrer la durée où la prestation est requise pour fixer son utilité. Certains auteur y voient l'obligation essentielle dans le contrat (X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », in Mélanges offerts à Marcel Fontaine, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 521-542. N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, Paris, l'Harmattan, 2008.).

[484] Cass. civ. 2^{e}, 16 mars 2000 (pourvoi n°98-13128) note F. GHILAIN, in *Gazette du Palais*, 08 juillet 2000 n°190, p. 9.

à la seconde question. S'il s'exécute, la satisfaction du créancier va coïncider avec la cessation des effets de l'astreinte, c'est-à-dire son efficacité comme moyen de pression. S'il ne s'exécute pas, le juge devra se prononcer en constatant l'échec de sa première tentative. Dans pareille situation, le provisoire affecte l'astreinte sans réaliser son objectif. Le provisoire conditionne seulement le moment de son intervention et non plus celle de l'exécution. Pour la sécurité juridique, l'inaction du débiteur remet en cause la stabilité du lien contractuel au sens de l'égalité des parties devant leur propre loi. Et même si c'est à titre symbolique, c'est l'autorité du juge qui est également atteint. C'est pourquoi le législateur prévoit une phase de transition qui va mettre fin à cette situation[485].

141. Le juge sénégalais a le choix entre prononcer une astreinte définitive ou provisoire, dès qu'il est saisi de l'action en recouvrement de créance. En effet, l'art. 198 al. 2 COCC dispose que « *le juge peut aussi prononcer l'astreinte définitive sans recourir au préalable à l'astreinte provisoire* ». Encore, il restera le risque de voir une disparité judiciaire dans le choix des deux formes d'astreinte. D'une part entre les juges saisis d'une instance ordinaire au fond, et entre ces derniers et le juge des référés. L'enjeu est plus théorique pour nous que pratique. Certainement, le créancier se contentera d'une astreinte avec l'espoir de sa liquidation à son profit, tandis que le juge peut varier l'intensité de l'emprise sur le patrimoine du débiteur. Alors que, l'absence d'une harmonisation dans le choix de la forme d'astreinte peut dévoyer son utilité. L'appréciation des « circonstances de l'espèce » comme l'indique la loi n'est qu'un standard fuyant qui donne une vague indication sur ce que sera la motivation du juge au moment de liquider l'astreinte. L'autre souci qui n'est pas directement réglé par la loi est le rapport entre le montant de l'astreinte et le montant de la créance à recouvrer. L'équilibre entre la sanction infligée au débiteur et le montant de la créance reste peu probable si le juge ne passe pas par l'astreinte provisoire. De ce fait, le risque d'abus ne s'estompe pas et la rigueur envers le débiteur n'est pas toujours justifiée, ni d'ailleurs la mansuétude envers le débiteur. La sécurité juridique s'articule assez mal avec cette incertitude et les inconvénients de la démarche sont logiquement subis par les parties. Encore que si c'est une décision du

[485] L'art. 198 al. 1 COCC dispose que « *Après l'exécution de l'obligation ou expiration du temps précédemment fixé, le juge qui a prononcé l'astreinte provisoire, la liquide en tenant compte des circonstances de l'espèce* ».

juge des référés, il est possible que le juge compétent au fond corrige les éventuels excès dans la fixation de l'astreinte. Ailleurs, la Cour de cassation a montré la voie à suivre dans l'exercice de l'option par le juge[486]. Du reste, le législateur avait déjà tranché la question en faveur d'une astreinte provisoire d'abord[487]. Cette solution est plus conforme à l'équilibre des intérêts des parties.

142. Provisoire ou définitive, l'astreinte peut disparaître du fait du débiteur ou du fait du juge qui estime que les circonstances ne sont plus favorables à son maintien. C'est pourquoi, la trajectoire persuasive de l'astreinte n'est pas linéaire, elle suit les contingences psychologiques et matérielles du débiteur en prouvant son efficacité ou ses limites à donner un résultat satisfaisant. Ainsi, l'analyse intrinsèque de l'effet comminatoire de l'astreinte permettra d'opérationnaliser la proposition.

B. L'adaptation de la trajectoire de l'astreinte à l'incitation

143. La finalité comminatoire formelle de l'astreinte. L'astreinte apparait comme une forme de pouvoir orientée d'abord vers l'exécution de jugement condamnant le débiteur au paiement de sa dette. C'est à se demander si le juge se décide à renforcer le droit à l'exécution du créancier ou à préserver l'autorité de son intervention dans l'instance. De sorte que la solution à ce problème sera une réponse à l'interprétation de l'attitude du juge dans l'incitation au paiement. Cette hypothèse, faut-il le rappeler, ne s'inscrit pas dans les représentations classiques sur l'autorité des décisions judiciaires de manière générale[488]. Spécifiquement, c'est le recours à l'astreinte qui nous intéresse. Une première observation est relative à l'attitude primaire du juge sur la demande initiale du créancier. Celle-ci est guidée par les impératifs qui gouvernent tout procès. Donc, il s'agira d'établir au nom de la sécurité juridique, la régularité de la prétention du créancier. Ainsi, c'est encore le principe de légalité qui répond de la protection des parties et s'articule avec l'exigence de sécurité juridique[489]. Dans une seconde phase, le juge procède à une vérification interne des conditions d'applicabilité de l'astreinte. Cette opération n'entretient avec

[486] Cass. soc. 28 mai 2008 (pourvoi n°06-10839), note C. BRENNER, in *Gazette du Palais*, 06 octobre 2009 n°279, p. 14.
[487] Art. 34 al. 3 Loi du 9 juillet 1991.
[488] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 2010.
[489] F. CHALTIEL, « Le principe de sécurité juridique et l'office du juge : à propos de l'arrêt Techna », in Petites Affiches, 02 janvier 2007 n°2, p. 3. Sans porter une atteinte excessive à la cohérence du droit communautaire, cette jurisprudence illustre l'adaptation de l'office du juge à la protection d'intérêts particuliers. Ainsi, l'exigence de sécurité juridique, comme dans notre hypothèse, peut se conformer au principe de légalité et rencontrer la confiance légitime de toutes les parties.

le principe de légalité qu'un rapport de validité voire de légitimité. En effet, c'est la loi qui l'autorise à exercer la contrainte, à rechercher l'effet comminatoire. Reste la question de l'opportunité et de son rapport avec la sécurité juridique.

144. La démarche consiste à évaluer la rationalité qui pousse à la décision et l'anticipation raisonnable de son effet sur la psychologie du débiteur. Comme le notent, avec une rare précision, F. OST et M. van der KERCHOVE « *à la légalité de la règle correspond la compétence du pouvoir, à l'effectivité de la règle répond la force du pouvoir, tandis que la légitimité de la règle s'apparente à l'autorité du pouvoir* »[490], le juge décide par une synthèse de ces trois dimensions. C'est surtout la dernière qui illustre le mieux l'objectif d'inciter le débiteur au paiement. La conduite du juge vise à faire respecter l'autorité de sa décision. C'est a priori ce qui peut ressortir de l'art. 196 COCC. L'explication peut être recherchée sur l'existence d'une forte présomption de défaillance du débiteur. Celle-ci ne peut résulter que des circonstances qui entourent l'inexécution primaire, surtout si le juge prononce une astreinte définitive dès sa saisine. Dans cet ordre d'idées, le juge fait jouer à l'astreinte une fonction préventive substantielle. En effet, la menace est alliée à une précaution quant au comportement futur du débiteur[491]. L'application du principe de précaution par le juge se fera par une estimation relative du risque d'impayé en fonction de la résistance opposée par le débiteur défaillant. La mesure de la variabilité du comportement du débiteur (résistance ou coopération) est juste une projection dans un avenir proche qui épouse la modulation du temps de l'astreinte. En effet, le juge peut décider d'une condamnation par jour de retard ou dans une limite de temps donnée. La première variante laisse supposer que le risque sans renseigner sur un ordre de grandeur, donne une échelle d'importance de l'atteinte au droit du créancier. La seconde variante semble indiquer une gradation moins importante que la première.

145. Mais c'est le raisonnement du juge qui imprime son sens à la trajectoire de la contrainte peu importe qu'il s'agisse d'une procédure en référé ou ordinaire. La trajectoire est linéaire pour la décision de contraindre et ascendante pour l'impact

[490] F. OST, M. van der KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 289.
[491] P. KOURILSKY, G. VINEY, Le principe de précaution, Paris, *La Documentation française*, 2000. G. VINEY « Le point de vue d'un juriste : Droit de l'environnement », in *Petites Affiches*, 30 novembre 2000 n°239, p. 66.

pécuniaire de la contrainte. Jusqu'à l'intervention définitive du juge sur le contentieux, c'est l'augmentation progressive de la pression sur le patrimoine du débiteur qui porte efficacement la menace. Toutefois, cette corrélation entre l'augmentation de la contrainte pécuniaire et l'efficacité de la menace est relative. Si la situation patrimoniale du débiteur évolue très négativement, l'issue peut être autre. Ainsi, ce n'est pas la trajectoire linéaire de la contrainte qui est modifiée, mais les conditions de stabilité de l'incitation judiciaire faussées. En interprétant cette occurrence, l'on note un résultat explicite et un résultat implicite. D'un point de vue explicite, l'astreinte garde toujours son effet comminatoire au plan formel et l'exécution de la décision du juge n'est contrariée que par un évènement extérieur insurmontable pour le débiteur[492]. La sécurité juridique, dans son sens technique, est opérationnel (la procédure de recouvrement contentieuse est diligentée à la fois par le créancier et le juge), mais eu égard à la situation individuelle des parties, le créancier n'obtient pas satisfaction. D'un point de vue implicite, l'effet comminatoire de l'astreinte est proportionnel à la probabilité d'un comportement positif ou négatif du débiteur. La trajectoire de l'astreinte est continue si le débiteur cède, discontinue s'il résiste. En réalité, ce sont les circonstances qui affectent le débiteur qui décident de l'effectivité du succès de la menace. Si le juge n'est pas affecté au plan personnel de l'inaction du débiteur, le droit à l'exécution du créancier est fragilisé.

146. Par ailleurs, la trajectoire de l'effet comminatoire peut être mesurée dans son autonomie procédurale. Etant accessoire au jugement qu'elle accompagne, l'astreinte rend compte d'une certaine autonomie dans son existence. Autrement, sa présence n'est pas formellement liée à l'existence d'une créance, mais à celle d'une décision de condamnation. C'est pourquoi l'exécution dont il s'agit est plus celle de la décision du juge que de la créance. Cependant, il y a une sorte d'interdépendance entre la décision du juge et la créance, si le créancier obtient la condamnation du débiteur. Mais cette liaison est seulement de nature procédurale, car la créance permet à l'une des parties d'introduire l'instance[493]. C'est-à-dire, que l'astreinte est

[492] En fonction de la nature de l'obligation, l'on pourrait citer des exemples d'évènements insurmontables pour le débiteur. Pour une obligation de faire par exemple, le débiteur peut être victime d'un accident qui le prive durablement des moyens d'exécuter sa prestation. La survenance d'une procédure spéciale (surendettement des particuliers) est également à prendre en compte.

[493] L'autonomie de l'astreinte par rapport à la créance est marquée notamment par deux évènements qui permettent de se prononcer sur cette dernière sans en arriver à la menace. L'art. 105 COCC permet eu débiteur d'exécuter le contrat en cours d'instance, cette action aura pour conséquence

détachable de la créance[494]. En effet, le contentieux de l'astreinte suffit à souligner la particularité de ses règles de fixation, de liquidation et de recouvrement[495]. D'ailleurs, c'est après sa liquidation que l'astreinte manifeste encore son autonomie : être une créance spécifique. Ainsi, elle est susceptible de produire des intérêts légaux et provoquer la mise en œuvre des voies d'exécution. L'astreinte change d'orientation après sa liquidation pour redevenir une créance ordinaire avec d'éventuelles difficultés de recouvrement pour le créancier. Aussi, si la créance primitive n'est pas encore éteinte, le sort du créancier n'aura pas évolué par rapport à la fonction première assignée à l'astreinte. Il acquiert deux créances autonomes et autant de recouvrements en instance. C'est suffisant pour se demander si l'astreinte pourrait avoir une autre vocation que comminatoire devant l'exigence de sécurité juridique.

147. La finalité exécutoire substantielle de l'astreinte. La phase de liquidation de l'astreinte révèle une double nature du mécanisme. Si la liquidation est consécutive à une exécution, l'effet comminatoire de l'astreinte renforce son instrumentalisation comme menace à l'encontre des débiteurs récalcitrants. Par contre, si la liquidation intervient dans un contexte de refus d'exécution, l'astreinte peut revêtir une autre signification qu'il faut chercher à qualifier. Ainsi, aux termes de l'art. 199 COCC « *L'astreinte définitive est une pénalité infligée au débiteur, elle est allouée au créancier indépendamment de tous dommages et intérêts compensatoires ou moratoires* ». A la lecture de cette disposition, on se demande quel est le fondement de la pénalité infligée au débiteur et surtout sa fonction dans le droit à l'exécution. En effet, suivant une acception commune, l'astreinte serait une peine privée[496]. Seulement, les autres peines privées connues dans les transactions sont arrimées à l'autonomie de la volonté des parties et s'expriment sous forme de

d'éteindre la créance sans passer par l'astreinte. En outre, en cas d'impossibilité légitime d'exécuter son obligation, une pression supplémentaire ne sera pas exercée sur le débiteur. L'astreinte conserve donc une propriété éventuelle.

[494] M-C ROUAULT, « Contrats et recours pour excès de pouvoir », in *Petites Affiches*, 31 mars 1999 n°64, p. 6. S. BRACONNIER, « Brèves observations sur l'impact de l'arrêt – Sociétés Tropic travaux signalisation – sur le droit et le contentieux de la commande publique », in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 599. Un rapprochement peut être opéré entre les larges pouvoirs reconnus au juge de l'excès de pouvoir et le juge civil dans la détermination de l'astreinte.

[495] F. CHABAS, S. DEIS-BEAUQUESNE, « Astreinte », *Rép. Civ.*, op. cit., p. 12 et s, n°81 et s. la Cour de cassation est maintes fois intervenue pour clarifier les règles gouvernant le contentieux en matière d'astreinte, notamment les compétences de la Cour d'appel, les spécificités entre les pouvoirs des juges du fond et ceux du juge de l'exécution.

[496] Ibid. p. 9-10, n°64-66. Les auteurs s'appuient sur deux critères principalement, les fonctions de l'astreinte (menace et sanction) et l'exclusivité de son bénéfice au créancier pour en faire une peine privée.

clauses comminatoires ou indemnitaires[497]. Tandis que l'astreinte procède du pouvoir d'un détenteur de l'autorité publique et la loi n'en fait pas expressément une peine privée. L'assimilation va difficilement résister aux critiques de la qualification formelle de l'astreinte en peine privée.

148. Cependant, l'analyse économique du droit pourrait permettre de comprendre la rationalité du juge dans ce phénomène[498]. Il s'agirait d'un mouvement de compensation du risque lié à l'inexécution du contrat par un transfert du coût vers le débiteur. En effet, devant l'inexécution primitive, le créancier fait face à deux risques majeurs. D'une part, un risque temporel consécutif à l'utilité de l'exécution au moment où le débiteur s'exécuterait. D'autre part, un risque matériel s'apparentant à l'insolvabilité du débiteur. Dans les deux cas, le coût supporté par le créancier est important et le préjudice proportionnel à l'évolution du facteur temps. En adoptant l'astreinte, le juge transfère la compensation du risque vers le débiteur, qui en supporte la charge financière. La différence avec l'indemnisation connue en matière de responsabilité civile est l'absence formelle de préjudice au moment de la prise de décision[499]. Ainsi, l'astreinte judiciaire n'est pas le résultat de la réparation d'un préjudice déterminé par le comportement fautif du débiteur. Toutefois, il persiste une petite ressemblance dans leur finalité entre l'astreinte judiciaire et les dommages et intérêts. C'est ce qu'exprime G. VINEY en disant que « *les dommages et intérêts punitifs ont donc essentiellement un but comminatoire, tout à fait analogue à celui que remplissent (…) l'astreinte et la clause pénale. Il s'agit d'inciter et même d'obliger le sujet, par une contrainte financière quasiment irrésistible, à respecter la règle légale ou la norme contractuelle* »[500]. Dans notre analyse, c'est l'obligation d'exécuter que provoque l'astreinte qui nous amène à y voir une fonction exécutoire même latente. L'incitation n'étant que la face visible du procédé et un moyen de

[497] P. DELEBECQUE, « L'exécution forcée », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°01, p. 99.
[498] E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2008.
[499] S. CARVAL, « Paiement de la clause pénale en l'absence du préjudice », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2007 n°3, p. 749.
[500] G. VINEY, « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage », in *Petites Affiches*, 20 novembre 2002 n°232, p. 66. L'analyse de l'auteur est importante dans le sens où, elle indique le contexte normatif d'une modération des pouvoirs du créancier en matière d'indemnisation des préjudices nés d'une inexécution contractuelle. Cela montre encore la nécessité d'un contrôle judiciaire de cette pratique qui peut vider la force obligatoire du contrat et l'autonomie de la volonté dans leur conception équilibrée entre les parties.

renforcer la légitimité de son utilisation. Cependant, dans l'optique de faire respecter la décision du juge, c'est la vocation exécutoire de l'astreinte qui est sollicitée.

149. La clause pénale entretient un rapport complexe avec l'exécution du contrat, tenant à une dualité de rôle, tantôt indemnitaire tantôt comminatoire[501]. La doctrine contemporaine a souligné la difficulté à établir la distinction des fonctions indemnitaire et comminatoire de la clause pénale[502]. On pourrait encore soulever d'autres difficultés relatives à la clause pénale[503], mais c'est sa comparaison avec l'astreinte judiciaire qui nous intéresse. La première différence tient dans le fait générateur de la contrainte, d'une part la volonté individuelle et de l'autre, l'impérium du juge. Pourtant, la distinction est relativisée par la possibilité d'une révision de leur montant, voire une exclusion du mécanisme de contrainte. Cette modération de l'intensité de ces leviers d'exécution laisse juste percevoir une propriété conditionnelle commune dans leur principe. L'astreinte judiciaire étant plus pragmatique dans la procédure contentieuse de l'exécution. En effet, en cas d'inexécution du contrat, la réalisation de l'option du créancier entre le paiement de l'indemnité et l'exécution forcée passe par un recours au juge. Ce dernier dispose d'un pouvoir de modération de la clause pénale et de l'opportunité de la neutraliser de façon irrémédiable. La seconde différence est relative à l'objet de la garantie. La clause pénale tend à garantir l'exécution du contrat conclu entre les parties, tandis que l'astreinte doit garantir l'exécution de la décision du juge qui condamne le débiteur. Là encore, la particularité de l'une face à l'autre devra être relativisée en raison des similitudes sur la finalité. La clause pénale insérée au moment de la formation du contrat a comme objectif primordial d'assurer l'exécution du contrat par le débiteur. L'astreinte prononcée poursuit aussi le dessein de provoquer l'exécution de la prestation du débiteur[504]. Ce n'est qu'en cas d'échec que la mesure de

[501] P. MOUSSERON, « Où il est question de renonciation et d'astreinte conventionnelle », note sous Cass. com. 30 novembre 2004 (pourvoi n°02-10286), in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 mars 2005 n°3, p. 379.
[502] J-B SEUBE, « Clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire », note sous Cass. civ. 3e, 21 mai 2008 (pourvoi n°07-12848), in *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n°4, p. 1257.
[503] D. MAZEAUD, « Clause pénale », op. cit., p. 930. L'auteur, en soulignant le besoin de sécurité juridique de la Cour de cassation dans ses qualifications, donne des critères qui permettent de conclure à l'existence d'une telle clause. Il s'agit « *d'une part, la clause stipulée doit avoir une origine contractuelle et garantir l'exécution d'une obligation ; d'autre part, la peine prévue doit sanctionner l'inexécution illicite de l'obligation garantie* ».
[504] M. SEYFRITZ, « Précisions sur la compétence du judiciaire pour astreindre l'Etat », in *RDP* 2008 n°1, p. 293.

contrainte fait naître une créance autonome sans remettre en cause la poursuite de l'exécution de la prestation initiale. On retrouve la vocation exécutoire de l'astreinte par delà l'incitation. Donc ce qui semble être un instrument comminatoire comme un autre est en réalité une continuité de l'impérium du juge. L'astreinte est une manifestation de la force exécutoire de la parole du juge, mais atténuée en raison de son caractère discrétionnaire.

150. L'insécurité juridique provient dans le refus de s'exécuter du débiteur dès l'exigibilité de la créance. Le juge est chargé d'apporter sa sagesse dans la recherche d'une solution qui préserve les intérêts des parties en tenant compte des circonstances de chaque espèce. L'astreinte trouve un terreau d'épanouissement dans ce dialogue entre la force obligatoire du contrat et l'impérium du juge. Or, la résistance du débiteur constitue un risque qui fragilise l'astreinte et prolonge l'incertitude sur le paiement. Ce conflit se répercute sur la structure et la fonction de l'astreinte, et sur le droit à l'exécution du créancier. Une meilleure définition du cadre d'intervention de l'astreinte serait un facteur de prévisibilité supplémentaire pour son usage. Un autre moyen d'assurer sa stabilité dans l'exécution renverrait à une meilleure considération de la situation patrimoniale du débiteur.

Conclusion chapitre 2 :

151. L'intervention du juge dans la sphère de l'exécution n'a rien de pathologique. C'est plutôt le rôle qu'il est appelé à jouer dans l'incitation à l'exécution volontaire qui est complexe. La procédure de l'injonction à payer montre un visage conciliateur du juge. Il s'agit d'éviter que le recouvrement ne s'inscrive dans une dynamique contentieuse. L'offre d'exécution faite au débiteur permet à ce dernier d'éviter, en théorie, les conséquences d'une sanction par une mesure réputée simple.

A défaut, le juge pourra brandir la menace d'une sanction pécuniaire qui risque d'aggraver la situation du débiteur. L'effet comminatoire de l'astreinte ne vise en réalité que l'exécution de sa décision et indirectement la satisfaction du créancier. L'astreinte révèle un visage plus classique du juge saisissant le privilège de son impérium.

152. Le caractère provisoire de l'incitation judiciaire peut être un atout dans l'incitation à l'exécution volontaire du débiteur. Sa transposition à la réalité du

paiement n'est pas toujours opérationnelle, elle permet de déceler des ajustements ponctuels à faire. C'est l'incomplétude qui guette toute théorie.

Conclusion titre premier de la première partie :

153. Le besoin de sécurité juridique exprimé dans les relations contractuelles dénote d'une incertitude consubstantielle à la trajectoire de la créance. En effet, de sa naissance à son extinction, des évènements peuvent en bouleverser l'exécution normale. Pour se prémunir contre ce risque, les parties ont recours à des solutions variées, mais très proches du modèle contractuel.

L'application de cette méthode a fait de l'incitation un thème de prédilection dans le recouvrement des créances. Les techniques contractuelles et le juge, mis à contribution, témoignent d'une souplesse dans l'adaptation de la sécurité juridique aux circonstances affectant le recouvrement. Souvent mis en avant, la prévisibilité et la stabilité de la situation entre les parties peuvent s'accommoder des principes classiques du droit des contrats. C'est une approche qui renforce la légitimité du rôle de la volonté dans l'exécution. En contrepartie, le respect des droits fondamentaux intègre une dimension éthique dans l'exécution des obligations. Ensemble, ils contribuent à la construction d'un modèle de sécurité juridique inclusif et pondéré. C'est une manifestation toujours négociée de la sécurité juridique. Sinon, la protection du droit à l'exécution peut marquer un retour à des solutions radicales à l'instar des voies d'exécution.

TITRE II – LE REEQUILIBRAGE DES PREROGATIVES DANS LA CONTRAINTE DIRECTE

154. La confiance légitime[505] des parties dans le bon fonctionnement du système normatif et procédural de l'exécution est la condition nécessaire à l'effectivité de la sécurité juridique. Elle n'est jamais acquise en raison de la dimension fortement subjective des stratégies d'exécution du créancier ou de défense du débiteur. Aussi, l'incertitude demeure consubstantielle au comportement des parties tout au long du processus. Elle se manifeste d'une part, par les prévisions procédurales du créancier cherchant à sauvegarder la stabilité d'une situation juridique légalement acquise mais non exécutée ; et d'autre part, par le jeu des règles protectrices ou des moyens dilatoires brandit par le débiteur. Entre ces deux temps de la procédure, la contrainte légale assure la continuité juridique. En effet, elle transforme l'état d'impayé en une situation transitoire où le besoin de sécurité juridique est très présent tout autant que l'incertitude sur la stabilité de la contrainte. Cet état de fait s'explique par la coexistence du provisoire et du définitif dans la légitimation de la contrainte[506]. Pour ordonner ce désordre[507], les logiques des acteurs doivent s'inscrire dans la dynamique voulue par le législateur et dont la cohérence est maintenue par le juge, voire les auxiliaires de justice.

155. L'inscription de la contrainte dans l'impératif de sécurité juridique s'est faite en deux temps et au moyen de principes actuels qui dérivent de la théorie générale des contrats[508]. Dans son élan initial, le législateur OHADA s'est appesanti sur un renouveau du formalisme des actes de procédure avec l'objectif avoué de renforcer la sécurité juridique dans l'espace normatif de référence[509]. Mais de cette déclaration

---

[505] V. MICHEL, « Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime », in *Gazette du Palais*, 12 février 2009 n°43, p. 43.

[506] Suivant l'AUPSRVE, le créancier peut agir à ses risques et périls, sauf en matière d'adjudication d'immeuble, en vertu d'un titre exécutoire par provision (art. 32).

[507] M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2011.

[508] S. LE GAC-PECH, « Principes généraux et droit prospectif », in *Petites Affiches*, 24 juin 2011 n°125, p. 4. Il s'agit des principes directeurs des contrats dont ceux qui nous intéressent directement : la bonne foi, la cohérence et la transparence.

[509] Cette préoccupation est l'une des constantes de la légistique, en 1964 déjà Y. NDIAYE faisait remarquer que « *la méthode employée devait conduire à réduire le coût des procédures et à accélérer la marche, par la suppression des intermédiaires, l'abréviation des délais, la simplification des actes et de leur notification, et enfin, la généralisation de certaines procédures spéciales dont l'efficacité a été reconnue* », in *Revue ASERJ*, op. cit., p. 76.

s'évince une valeur transversale qui innerve l'ordre juridique actuel : la transparence. Ainsi, pour atteindre la sécurité juridique par le droit, le législateur soumet la contrainte à l'obligation de transparence (Chapitre 1). Dans un second temps, la contrainte a un caractère individuel dans les procédures civiles d'exécution, c'est-à-dire, reconnue à un créancier spécifique dans le cadre d'un processus de recouvrement spécifique. Cette caractéristique s'accompagne d'une certaine liberté dans la mise en oeuvre de la contrainte. Afin d'éviter tout abus, le législateur s'est approprié le principe de cohérence en encadrant la liberté du créancier et en sanctionnant les écarts préjudiciables dans le déroulement de l'exécution. Aussi, pour que la contrainte soit efficacement diffusée dans l'exécution, faudrait-il que les opérations de saisies répondent à la forme de cohérence souhaitée par le législateur (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LA TRANSPARENCE DE LA SAISIE

156. L'encadrement de la contrainte dans l'exécution est un défi majeur pour la sécurité juridique dans ses dimensions matérielle et intellectuelle. Il est vrai que l'exécution est plus simplement vue comme un enchainement mécanique d'opérations réalisant le gage des créanciers. Mais cette vision de l'exécution soustrait au sens commun les conflits d'intérêts, la subtilité des stratégies individuelles des acteurs et l'ambivalence du rôle des agents d'exécution dans le processus de recouvrement des créances. En effet, la légitimité du droit de l'exécution dépendra de l'équilibre qui sera trouvé entre ces prétentions souvent contradictoires. Pour y arriver, l'impératif de sécurité juridique se devait de surmonter les contradictions inhérentes au système actuel d'exécution des créances. La principale contrainte réside en réalité dans la confrontation entre une approche formaliste propice à la sécurité juridique par le droit et une approche substantialiste plus favorable aux préoccupations des parties. La réponse à cette question est loin d'être purement technique, voire juridique, elle englobe également des choix politiques quant aux valeurs qui sous-tendent le droit de l'exécution. Cependant, une approche paradigmatique ou même systémique du problème permet d'isoler l'exigence de transparence[510] comme dénominateur intellectuel de la démarche du législateur.

157. La transparence dans la saisie se manifeste à deux niveaux pour les besoins de sécurité juridique. Au niveau matériel d'abord, car les opérations de saisies ne sont que la traduction d'un ensemble de règles destinées à protéger les droits respectifs des parties. Elles correspondent à des actes à rédiger et à signifier ainsi que des délais à observer. Par conséquent, la transparence doit rencontrer l'objectif de prévisibilité de la saisie (Section 2). Au niveau intellectuel, les prérogatives juridiques des uns et des autres tirent leur légitimité du respect des exigences légales y afférentes et de la compréhension mutuelle du processus d'exécution. Pour ce faire, l'exigence de transparence doit coïncider avec l'intelligibilité de la saisie (Section 1).

[510] Pour plus d'informations sur l'exigence de transparence voir le rapport 2010 (le droit de savoir) de la Cour de cassation, in http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_annuel_CC_2010.pdf. Voir, O. DUFOUR, « Des sanctions déterminées dans la transparence », in *Petites Affiches*, 31 mai 2011 n°107, p. 4.

Section 1 – La transparence et l'intelligibilité de la saisie

158. L'exécution forcée, il est vrai, a les attributs de la légitimité. Cependant, le législateur entoure la procédure de précautions destinées à garantir l'équilibre des droits entre les parties sans méconnaitre sa finalité. Il s'agit de préserver l'intérêt du système normatif qui régit les transactions en permettant au créancier muni d'un titre exécutoire de mener jusqu'à son terme la procédure de paiement. Pour y parvenir, le législateur fait jouer au juge un rôle essentiel de régulation de la contrainte exercée sur le patrimoine du débiteur et diversifie les titres qui en permettent la mise en œuvre. C'est un aménagement assez pragmatique des actes préparatoires à l'exécution forcée **(§1**). Par ailleurs, l'efficacité des saisies est subordonnée à une bonne connaissance de la situation patrimoniale du débiteur. Cette démarche a fait naitre un besoin d'informations auquel le créancier peut légitimement prétendre. Dans le même temps, le débiteur doit être en mesure d'appréhender les actions du créancier pour organiser une défense utile de ses intérêts. Aussi, le législateur élargi les obligations d'informations dans les deux sens comme des garanties à dimension individuelle **(§2**). Le respect des préalables aux différentes saisies s'impose comme une condition de réalisation de la sécurité juridique dans l'exécution forcée des créances.

§ 1 – L'effectivité de la simplification procédurale

159. La loi sur les mesures d'exécution impose généralement deux séries de règles concernant les saisies. La première se rapporte à la créance qui est la cause de l'exécution poursuivie, tandis que la seconde renseigne sur le rôle joué par le juge dans la procédure[511]. Cependant, ces principes communs connaissent quelques infléchissements que le législateur assujetti à la particularité d'un certains nombre de créances ou à des situations précises. Ainsi, le besoin de sécurité propre au droit des affaires et l'urgence dans le recouvrement nécessitent une plus grande prévisibilité dans la sauvegarde des droits des créanciers.

Ici, la loi cherche à assurer la protection du créancier en maintenant les prérogatives coercitives dérivées du droit à l'exécution, mais aménage les voies d'une intervention du débiteur injustement bousculé. Aussi, la sécurité juridique

[511] Une lecture combinée des art. 33 et 54 AUPSRVE renvoie à ces conditions en indiquant la créance et le titre exécutoire comme conditions préalables à toute saisie. Les art. 1er et 2 de la Loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution énoncent également les principes applicables aux saisies.

s'exprime dans le maintien d'un contrôle judiciaire de la procédure (**A**) et du titre qui permet de pratiquer la mesure d'exécution (**B**).

A. L'intervention préalable du juge

160. Position du problème. L'intervention du juge dans les voies d'exécution est une constante de la procédure civile de manière générale[512]. Dans le droit OHADA de l'exécution des créances, la question du juge compétent est réglèe par les dispositons de l'art. 49 al. 1er AUPSRVE[513]. Analysant le texte, F. ONANA ETOUNDI estime que « *la profonde mutation opérée par le législateur communautaire qui fait de ce juge, non plus un juge statuant provisoirement sur les difficultés d'exécution, mais plutôt un juge trachant définitivement les litiges nés du contentieux de l'exécution* »[514]. C'est à ce propos que J. DJOGBENOU parle d'une juridiction aux pouvoirs étendus et exclusifs[515]. Selon l'organisation judiciaire de chaque Etat membre, le juge de l'exécution sera plus simplement désigné et ses conditions d'intervention plus prévisibles.

161. Les conditions de l'intervention préalable dans l'environnement contractuel ont toujours fait l'objet d'une controverse surtout en matière de résolution sanctionnant le manquement grave du débiteur à ses obligations[516]. Cette possibilité de sanction unilatérale que le créancier détient en vertu d'une prérogative contractuelle[517] souffre d'une contradiction avec le caractère d'ordre public des voies d'exécution pour une parfaite transposition[518]. Ainsi, la mise en œuvre des voies d'exécution requiert l'intervention du juge, reste à déterminer le moment et la finalité assignée à celle-ci.

---

[512] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 2010. F. OST,« Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, trois modèles de justices », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Ph. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (sous la dir.), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 45 et s. S. GUINCHARD, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Mélanges G. Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p.139-173.

[513] Art. 49 al. 1er AUPSRVE « *La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* ».

[514] F. ONANA ETOUNDI, *Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA, ERSUMA*, OHADA, édition spéciale octobre 2011, p. 188.

[515] J. DJOGBENOU, *Le juge institué par l'article 49 alinéa 1er de l'AUPSRVE à la lumière de la jurisprudence de la CCJA*, in formation des magistrats et autres personnels de la justice du Bénin, 24-28 janvier 2011, ERSUMA, OHADA, pp. 1-18.

[516] C. JAMIN, « Que répondre à Eric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à répondre à un économiste) », in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 54.

[517] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, LGDJ, 2007.

[518] C. BRENNER, *Les voies d'exécution*, Paris, Dalloz, 5e édition, 2009.

Au vu de la sécurité juridique, ces questions soulignent l'importance que revêt l'activité du juge sur l'équilibre à conserver entre les droits des parties à l'exécution.

162. D'un point de vue procédurale, l'on note la prégnance du thème de la déjudiciarisation[519] dans le contexte de l'exécution comme manifestation d'une efficacité de la prétention du créancier. En même temps, une certaine méfiance vis-à-vis de cette liberté, qui en réalité est très conditionnelle[520]. L'action du créancier va porter une atteinte directe au patrimoine du débiteur. Or, le patrimoine dans le cas de l'exécution forcée est l'objet d'une double attention judiciaire. C'est un attribut de la personnalité juridique qui mérite une protection équivalente à celle reconnue aux autres éléments qui en garnissent le support. C'est aussi le gage général des créanciers, en tant que telle, l'exécution est légitimement poursuivie sur le patrimoine. Les évolutions actuelles de la théorie du patrimoine permettent d'opérer des distinctions artificielles[521] en phase avec une conception fonctionnelle de l'*homo economicus*. Mais, la sécurité juridique exige une stabilité, même flexible, de l'idée que l'on se fait d'une atteinte légitime au patrimoine d'autrui. Ainsi, la logique de la compréhension du principe de l'intervention préalable du juge dans l'exécution tourne autour de la justification des exceptions apportées et de l'efficacité attendue dans sa mise en œuvre[522].

163. La justification des exceptions au principe de l'intervention préalable du juge. Il semble que la politique législative ait fait de la certitude formelle de quelques

[519] S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », in *Gazette du Palais*, 05 juin 2008 n°157, p. 2. L'auteur s'interroge admirablement sur la relation entre le temps et la déjudiciarisation en ces termes : « *C'est toute la valeur symbolique de la justice qui est ainsi jetée aux orties. Le règne de l'individu permet une certaine privatisation de la justice là où la protection nécessaire du juge est essentielle. Passerait-on de la justice providence à la justice libérale ?* ». C'est une question dont les répercussions sur la sécurité juridique dépassent le cadre de la réflexion présente et interpelle la légitimité du système judiciaire actuel.

[520] D. MAZEAUD, « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 octobre 1998 n°19, p. 1137.

[521] R. LIBCHABER, « Eclairage. Feu la théorie du patrimoine », in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2010 n°4, p. 316.

[522] Cette problématique ressort également d'une opposition traditionnelle entre magistrats et huissiers au moment de tirer un premier bilan du Code de procédure civile, v. D. DIAS, « communication sur le Code de procédure civile », in *Revue ASERJ*, op. cit., pp. 99-103. A ce propos, Maitre DIAS note que « *pour la sauvegarde des intérêts de ceux-ci, et dans l'intérêt même de la justice, pour sa bonne marche et sa diligence, il n'est pas souhaitable qu'un créancier, muni d'un titre, doive éprouver le besoin de soumettre son titre au juge pour obtenir de lui l'autorisation de faire procéder à une saisie-arrêt, à l'encontre de son débiteur* », p. 101.

titres, un motif de dispense dans la saisine préalable du juge[523]. Cette technique de contournement préalable du juge ne concerne en l'état actuel du droit positif que les titres exécutoires[524], les effets de commerce[525] et le contrat de bail. Les titres exécutoires doivent leur régime dérogatoire à l'autorité dont elles sont investies. Elles sont bénéficiaires du sceau de l'authenticité en raison de l'intervention d'une personne revêtue de l'autorité publique. C'est pourquoi, l'application de la règle équivaut à un double contrôle du titre permettant au créancier d'agir. Ceci étant inutile en l'occurrence.

164. Les titres cambiaires par contre tirent leur spécificité de leur nature spéciale en droit du paiement[526]. En effet, la remise du titre cambiaire n'éteint pas en principe la dette dont elle constate en revanche l'existence. De même, il importe d'y voir un élément déterminant de la stabilité des situations juridiques. Le titre cambiaire réduit les contestations qui pourraient s'élever quant à la certitude de la créance. Ainsi, le créancier dispose d'un instrument qui facilite la preuve de son droit surtout en matière commerciale. C'est le privilège que la loi accorde à l'apparence extérieure du titre en matière cambiaire[527]. Celle-ci est en partie justifiée par les formalités de validité des titres cambiaires et les modalités de transmission. Le caractère abstrait du titre, qui permet de le dissocier du rapport fondamental à son origine, permet de mettre en évidence les techniques de garantie de la provision pour le dernier bénéficiaire. Au-delà de l'existence de la créance qui fait l'objet d'une exécution, c'est la prévisibilité du paiement qui en est l'enjeu. Aussi, le tireur d'une lettre de change est en principe garant de l'acceptation et du paiement envers le preneur initial et les porteurs successifs. La prévisibilité formelle du paiement est attachée à la signature que le tireur appose au titre lors de sa création, même si un titre exécutoire est émis

[523] Au sens de l'art. 55 AUPSRVE « *une autorisation préalable de la juridiction compétente n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire.*
Il en est de même en cas de défaut de paiement, dûment établi, d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque, ou d'un loyer impayé après commandement dès lors que celui-ci est dû en vertu d'un contrat de bail d'immeuble écrit ».
[524] Art. 33 AUPSRVE.
[525] Règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de L'UEMOA, Loi 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire (JOS n°6437 du 08 novembre 2008).
[526] J-L. COURTIER, « Recours à l'encontre du porteur de mauvaise foi de lettres de change », in *Petites Affiches*, 18 octobre 1996 n°126, p. 15.
[527] R. MARTY, « Recours cambiaire et responsabilité du banquier dispensateur de crédit », in *RFC 294*, novembre 1997, pp. 67-74.

à l'encontre du tiré-accepteur[528]. On peut observer les mêmes subtilités concernant le chèque[529]. C'est plutôt la prévisibilité matérielle qui va intéresser le dernier bénéficiaire en cas de non paiement à l'échéance. Le risque d'insolvabilité du tireur dans ce cas est l'incertitude principale à laquelle le créancier va se confronter.

C'est dans cette perspective, que le protêt[530] apparait comme l'instrument d'acquisition d'une certitude quant à la propriété de la provision et du refus du débiteur de s'exécuter[531]. En outre, au sens de l'art. 105 du Règlement 15/2002/CM/UEMOA la signification du protêt au tireur vaut commandement de payer. L'exigibilité et la mise en demeure étant réunies dans un même acte, les recours cambiaires tendront à garantir la prévisibilité du paiement (art. 93-101 Règlement 15/2002 pour les chèques et 185-209 Règlement 15/2002 pour la lettre de change et le billet à ordre). Pour nous en tenir à l'intervention du juge, nous dirons que le caractère authentique du titre constatant la créance litigieuse se suffit comme gage de certitude. Autrement, l'art. 123 Règlement 15/2002/CM/UEMOA permet d'obtenir rapidement un titre exécutoire sur la base d'un certificat de non-paiement délivré par le tiré. Outre sa rapidité, le certificat de non-paiement permet directement les voies d'exécution nécessaires au recouvrement de la créance. Dans le cas du chèque, l'existence de cette option entre le protêt et le certificat de non-paiement renforce la protection du porteur du titre, mais risque de rendre ineffective la procédure la moins diligente. On peut y voir une propriété d'ajustement de la sécurité juridique qui accomplit son objectif de cohérence par un mécanisme de sélection des garanties offertes par le système juridique. La rationalité du porteur sera simplement guidée par l'effet utile de la contraction du temps dans l'un des mécanismes.

[528] J-M DESPAQUIS, « 2007 – l'année du tireur », in *Petites Affiches*, 29 février 2008 n°44, p. 12.
[529] D. MARTIN, « Du dénouement d'un escompte de chèque », note sous Cass. com. 30 janvier 1996, in *Petites Affiches*, 13 mai 1996 n°58, p. 10. A propos du recours formé par un banquier en remboursement des avances consentis sur le paiement d'un chèque sans provision par la suite, l'auteur indique que « *la créance dont se prévalait la banque n'avait plus de lien ni avec le titre cambiaire ni avec l'opération d'escompte : il s'agissait d'une pure créance abstraite de solde ayant pour seul fondement la convention de compte conclue entre la banque et son client* ».
[530] L'art. 93 du Règlement 15 UEMOA fait du protêt, la preuve du refus de paiement (chèque) et lui confère la qualité d'un acte authentique.
[531] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Précisions utiles sur le formalisme du protêt », note sous Cass. com. 02 mars 2010 (pourvoi n°09-10723), in *Gazette du Palais*, 22 avril 2010 n°112, p. 9.

165. Le cas des loyers impayés pose un problème empirique de preuve sur les montants dus aux créanciers[532]. De plus, il est souvent associé à l'expulsion consécutive à la résiliation du contrat. Or, dans ces deux domaines la dispense de l'intervention préalable du juge ne semble pas se justifier. Il est probable que le législateur OHADA ait pu se fonder sur les arguments qui ont déterminés le législateur de 1991[533]. Il n'en reste pas moins, qu'en se déterminant ainsi le législateur ouvre la voie d'un contentieux judiciaire significatif contrairement à l'objectif de déjudiciarisation.

166. Déjudiciarisation et protection des parties. L'hypothèse d'un retrait du juge dans l'exécution forcée de certaines créances est un choix du mode de contrôle de l'exécution. Elle vise une décentralisation des mécanismes de traitement de l'impayé dans des secteurs où les arcanes de la procédure civile classique paraissent comme un facteur d'insécurité pour le créancier. Cette méthode répond à un souci d'autonomie du monde des affaires qui cherche à privatiser le contentieux de l'impayé[534]. Ainsi, la finalité de la déjudiciarisation serait d'offrir un cadre d'expression négociée de la sécurité juridique, mais pas indépendant. En effet, la réponse judiciaire serait seulement subsidiaire tant que les dispenses prévues prendront en compte suffisamment les préoccupations de chaque partie. L'initiative n'est pas en soi révolutionnaire, la politique criminelle donne des exemples de retrait de la sanction étatique classique contre le phénomène criminel en droit des affaires[535]. L'on pourra toujours discuter sur son efficacité, mais le mécanisme ne manque pas d'ambition[536]. Une contradiction est susceptible d'apparaitre entre un retrait partiel du juge et l'effectivité des droits du débiteur. Mais d'une part, le système maintient un formalisme plutôt contraignant (protêt, certificat de non-paiement, notification au débiteur, intervention d'un huissier ou d'un notaire), et d'autre part un recours devant

[532] T. MOUSSA, « chronique jurisprudence, note sous C.A Paris, 24 juin 1999 (R.G n°1998/0398) », in *Gazette du Palais*, 07 mars 2000 n°67, p. 2.
[533] S. PIEDELIEVRE, E. BRAMAT, « Saisies et mesures conservatoires », in *Rép. Proc. Civ.*, Paris, Dalloz, octobre 2002, p. 12 n°65-67.
[534] A. COURET, « La sécurité financière », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., pp. 363-379. L'auteur précise que « *le besoin de sécurité des investisseurs appelle sans doute aussi la recherche de solutions originales, dérogatoires au droit commun voire perturbatrices de celui-ci*. ».
[535] M. DOBKINE, « Quelques observations, à partir de l'examen d'un cas pratique, sur les méthodes de la justice pénale financière », in *Petites Affiches*, 03 décembre 1997 n°145, p. 4.
[536] P. MALAURIE, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation », in *Petites Affiches*, 18 janvier 2008 n°14, p. 9. En établissant le bilan des rapports parfois heurtés des libertés économiques et de la réglementation, l'auteur conclut par une boutade significative pour la sécurité juridique, « *Merveilleuse règle de droit qui trouve la vérité dans ses antagonismes !* ».

les juridictions ordinaires en cas de contestations sérieuses. Ainsi, le désencombrement de l'office du juge se répercute dans une stratégie de gestion du temps de la procédure sans oblitérer l'aléa d'un impayé définitif. Une telle conception de la sécurité des transactions reste dépendante de l'office du juge.

167. La portée de l'intervention préalable du juge dans l'exécution. En principe c'est le droit commun de l'exécution forcée[537]. En effet, les dispenses d'autorisation préalable du juge sont limitativement énumérées. Le recours au juge pose traditionnellement les questions de compétence. L'avènement du droit OHADA n'a pas profondément bouleversé les règles de compétences en matière d'exécution forcée ou de mesures conservatoires. Les art. 358 et 401 CPC insistent sur la nécessité du titre exécutoire et la compétence du juge du domicile du débiteur ou du lieu de situation des biens à saisir. En outre, pour les procédures internationales de recouvrement, les art. 787 et s. CPC fixent les règles en matière d'exéquatur. Le droit positif actuel reprend ces règles de compétence avec une plus ou moins grande simplification[538]. Ainsi, une compétence d'attribution est reconnue au juge compétent en matière d'urgence, tandis que pour les saisies conservatoires les règles classiques concernant le domicile du défendeur ou de situation du bien à saisir sont maintenues[539]. De même la saisie immobilière engage la compétence de la « *juridiction dans le ressort territorial où se trouvent les immeubles* » (art. 248 AUPSRVE). L'effort de rationalisation touche surtout la question de la compétence d'attribution et la circulation des jugements de la CCJA à l'intérieur de l'espace communautaire[540]. Il laisse en suspens la circulation des jugements nationaux dans l'espace OHADA et la renvoie aux techniques du droit international privé[541]. Aussi, la

[537] Art. 28 AUPRSVE.

[538] L'art. 49 AUPSRVE dispose que « *la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui* ». L'art. 54 AUPSRVE prévoit que « *toute personne dont la créance parait fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le débiteur, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement* ».

[539] En France, l'art. 211 du Décret de 1992 reconnait la compétence du juge de l'exécution et celle du président du tribunal de commerce.

[540] Sur la circulation des jugements rendus par la CCJA dans l'espace OHADA, voir l'art. 20 Traité OHADA.

541 P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », in *PENANT n°855*, avril-juin 2006, pp. 151-175. M. SANTA CROCE, « Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international », in *Gazette du Palais*, 02 mars 2000 n°62, p. 3. Pour systématiser la

question de la compétence est, aussi, partiellement résolue, ce qui laisse subsister un aléa qu'une meilleure sécurité juridique doit résoudre dans l'intérêt des créanciers prioritairement.

168. Matériellement, l'autorisation indique le titre en vertu duquel le créancier va procéder à l'exécution forcée ou à la conservation de sa créance. Son obtention est subordonnée à l'introduction d'une requête aux fins de saisies conservatoires ou exécutoires. Sur ce point, la procédure a été simplifiée afin de permettre au créancier d'agir plus efficacement dans la réalisation de l'exécution (certaines procédures prévues par l'art. 401 CPC n'existent plus : la validation de la saisie conservatoire, notamment). Ainsi, la juridiction saisie rendra une ordonnance approuvant ou rejetant la mesure sollicitée. Ici, c'est la preuve du péril dans le recouvrement qui constitue souvent l'argument décisif dans la conviction du juge ou le renforcement de la situation du créancier. En effet, l'art. 54 énonce que pour les saisies conservatoires, une créance fondée en son principe peut justifier une ordonnance sur requête. La stabilité de la situation de surprise crée par la saisie n'est maintenue que par une double preuve : celle de la créance et celle d'une menace qui pèse sur le recouvrement. Techniquement, les éléments de sécurité juridique doivent être recherchés dans la motivation du juge et dans le caractère contraignant de l'ordonnance relativement aux biens qui feront l'objet d'une saisie[542]. C'est incontestablement le moyen de faire peser la pression de la légitimité de l'exécution forcée sur le magistrat et le créancier. Le débat n'étant pas contradictoire, le juge est le garant de la protection des parties. L'urgence ne le dispense pas des attributs liés à sa fonction (impartialité, compétence). Le créancier devant montrer sa bonne foi dans l'adéquation de la mesure sollicitée à l'importance de la créance à recouvrer. L'intervention du juge réduit les risques liés à l'incertitude sur l'exécution dans le cadre d'une procédure contradictoire où la situation patrimoniale du débiteur est à même d'être appréciée. C'est le cas de délivrance d'un titre exécutoire.

B. Le titre exécutoire

169. Position du problème. L'habilitation de la contrainte sur le patrimoine du débiteur par une décision faisant autorité entre les parties et envers les tiers est la

situation qui prévaut dans l'espace européen, l'auteur retient que « la compétence du juge du principal est donc retenue, tout comme celle du juge du lieu de situation et d'exécution de la mesure ».

542 S. PIEDELIEVRE, E. BRAMAT, « Saisies et mesures conservatoires », *op. cit.*, p. 14 n°81-82.

problématique fondamentale du titre exécutoire. Les multiples définitions données du titre exécutoire[543] manifestent, si besoin en est, les difficultés à associer les dimensions procédurale et substantielle du procédé. La référence à la notion de titre transpose le problème à un double niveau en réalité. Il s'agit de l'appréhender comme le fondement de l'existence certaine du droit du créancier et le fondement de l'habilitation à contraindre.

170. Comme le soutient l'art. 31 AUPSRVE, seules les créances présentant les qualités de certitude, de liquidité et d'exigibilité peuvent en principe donner lieu à un titre exécutoire. Sur ce fondement, le titre est la translation du rapport fondamental qui unit le créancier au débiteur. Une telle conception suppose évidement l'épuisement des voies de recours ou l'acceptation pure et simple de la créance revendiquée par le débiteur. Le titre opère comme une reconnaissance de la propriété au créancier d'une portion de l'actif du patrimoine du débiteur. Ainsi, l'intégration des règles de preuve dans la procédure contradictoire permet de déterminer l'origine et le quantum de la créance et ses modalités de recouvrement[544]. De ce fait, la sécurité juridique parait comme la conséquence de la légitimité d'une possession continue de la qualité de créancier. C'est en quelque sorte une interprétation de la stabilité du lien contractuel sur lequel le juge s'est fondé pour délivrer le titre[545]. A l'analyse de l'instrumentum sur la volonté des parties correspond l'instrumentum sur la volonté du juge de faire respecter la loi contractuelle. Seulement il faut, comme l'observe justement R. LIBCHABER, que l'acte « *se suffise à lui-même, qu'il soit en conséquence autonome : à sa seule lecture, le débiteur ne*

[543] L'art. 33 nomme les titres exécutoires sans véritablement en proposer une définition homogène. Ainsi, la doctrine propose une pluralité de décisions selon que l'emphase est mise sur l'instrumentum, le contenu ou la fonction. Selon N. DIOUF, le titre exécutoire est « *un acte permettant à son bénéficiaire de poursuivre l'exécution forcée en recourant, au besoin, à la force publique* » (Le recouvrement des créances et les voies d'exécution, *op. cit.*, p. 12). D'après S. PIEDELIEVRE, « *le titre exécutoire peut être défini comme un acte écrit délivré au nom de l'Etat qui donne pouvoir à son titulaire de procéder à l'exécution forcée de la créance qu'il constate* » (*Droit de l'exécution*, op. cit., p. 62). M. et J-B. DONNIER considèrent que c'est « *un écrit constatant un acte juridique (…) le titre parfait permettant à son bénéficiaire aussi bien le recours à des mesures d'exécution forcée qu'à des mesures simplement conservatoires* » (*Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., pp. 62-63). Par ailleurs, le titre exécutoire européen propose un modèle simplifié de certification des décisions et transactions judiciaires ou des actes authentiques lorsque la créance à recouvrer est incontestée (Règlement n°805/2004). C'est toujours l'instance sur l'une des propriétés du titre exécutoire qui apparait.

[544] Y-M LAITHIER, « Les limites de l'unilatéralisme en matière de preuve », in *Revue des contrats*, 01 avril 2006 n°2, p. 319.

[545] C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 207.

doit pouvoir émettre aucune contestation »[546]. Il en résulte, par analogie, le même souci de précision quant au titre devant permettre l'exécution forcée ou les mesures conservatoires. C'est à ce prix que le titre s'illustre comme fondement d'un droit légitime du créancier à prétendre à la contrainte.

171. L'interdiction de principe d'une justice privée dans les rapports entre particuliers entraine la nécessité de l'intermédiation judiciaire quant il s'agit de contraindre[547]. La multiplication des juges intervenant dans la résolution du contentieux[548] a très tôt soulevé le problème de la force exécutoire attachée à leurs décisions. Ainsi, sous l'impulsion du droit économique, la mise en concurrence des modes de résolution du contentieux de l'exécution entre les autorités publiques classiques et les nouvelles magistratures prend une importance théorique et pratique considérable. La réponse procédurale (l'exequatur en l'occurence) à cette coexistence devait permettre une cohérence du système de traitement de l'impayé. Mais selon G. HORSMANS « *L'obligation de solliciter la force exécutoire des sentences arbitrales à la justice publique paraît ainsi relever, moins des mesures de protection et de sécurité, que du domaine des dogmes et des principes selon lesquels toute contrainte appartient à l'État sous le contrôle de ses juges. Ce monopole public se justifierait par la crainte des dérives et des abus auxquels pourraient conduire les initiatives privées dans l'exercice des mesures de contrainte* »[549]. Cependant, le nœud du problème réside dans la formule exécutoire qui coïncide avec l'habilitation à contraindre le débiteur au moyen de la force publique au besoin[550]. La formule exécutoire fait l'objet d'une réglementation pour ce qui est de son contenu[551] et indique explicitement la fonction dont le titre est investi.

---

[546] R. LIBCHABER « Acte sous seing privé, note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 13 mars 2008 (pourvoi n°06-17534) », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 juin 2008 n°12, p. 1345.

[547] E. BARADUC, « Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 143.

[548] F-K. CAMARA, A. CISSE, « Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », in *Revue de l'arbitrage 2009-n°2*, doctrine, pp. 286-316. A. CISSE, « La corruption en droit sénégalais », in Mireille DELMAS-MARTY (sous la dir.) *Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne, vol. 6*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1999, pp. 97 et s. M-A. FRISON–ROCHE, « Le juge et la régulation économique », *Annonces de la Seine n°36*, 22 mai 2000, p.2 et s.

[549] G. HORSMANS, « Propos insolites sur l'efficacité arbitrale », in *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p. 5.

[550] L'art. 29 AUPSRVE dispose que « *la formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique* ».

[551] En France, l'art. 1er du décret n°47-1047 du 12 juin 1947 relatif à la formule exécutoire indique les mentions qui doivent figurer sur le titre exécutoire, telle que « *la République française mande et*

Pour garantir la sécurité juridique des titres permettant le recouvrement forcé des créances, le législateur national continue de s'appuyer sur l'idée de la force probante de l'habilitation. En effet, l'on requiert un acte authentique délivré par une autorité investie d'une mission de service public[552]. Cette condition d'authenticité permet un contrôle direct des titres pouvant servir de fondement à l'exécution forcée. Il en résulte que le titre exécutoire peut être considéré comme étant à la fois un acte probatoire et un acte processuel dans l'intérêt des parties à l'exécution[553]. Cette dualité de nature à l'avantage de répondre à deux questions fondamentales dans l'exécution : l'objet et le sujet passif de l'exécution.

Ce faisant, le titre exécutoire, fait apparaitre les des problèmes de compétence et d'étendue de la contrainte permise. Mais c'est surtout le second aspect qui importe pour la sécurité individuelle des parties, la première étant partiellement réglée avec l'intervention préalable du juge.

172. Le cas du titre exécutoire par provision. L'exécution à titre provisoire est prévue par l'art. 32 AUPSRVE en des termes assez particuliers. Elle est enfermée entre une faculté et un risque pour le créancier poursuivant. La logique intermédiaire de ce mécanisme est le reflet de la précaution dont s'entoure le législateur quant il s'agit de manipuler les droits fondamentaux ou les libertés individuelles. D'une manière générale, il n'est pas inopportun qu'une décision de justice soit exécutée par provision. En effet, les règles de procédure civile n'ignorent pas l'incidence du temps sur la sauvegarde des droits de l'une des parties[554]. Le droit OHADA ne fait que réaffirmer la distinction entre l'exécution provisoire légale et l'exécution provisoire judiciaire qui est certes très encadrée (art. 87, 116-4 CPC). Ainsi, le juge peut assortir sa décision de l'exécution provisoire soit d'office, soit sur la demande du créancier. L'aléa tient au fait que la décision n'étant pas définitive, le créancier n'est

ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis ».

[552] D. FROGER, « Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 février 2004 n°3, p. 173. M. GRIMALDI, B. REYNIS, « L'acte authentique électronique », in *Petites Affiches*, 06 novembre 2003 n°222, p. 3.

[553] G. DEHARO, « La nature des actes d'huissier de justice », in *Gazette du Palais*, 30 janvier 2007 n°30, p. 2.

[554] L'art. 87 CPC dispose que « *l'exécution provisoire des jugements définitifs ou avant dire droit, contradictoires ou par défaut, peut être ordonnée si elle est demandée et seulement pour le cas d'urgence ou de péril en la demeure* ».

pas couvert du risque d'une infirmation du titre qui l'autorise à pratiquer l'exécution forcée. C'est le sens à donner à l'art. 32 al. 1 qui dispose que « *l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision* ». Seulement, le législateur ne manque pas de préciser que le créancier agit à ses risques et périls et met à sa charge une obligation de réparation[555]. La relation qui est établie entre la possibilité d'une exécution immédiate mais provisoire de la décision judiciaire et le droit à l'exécution du créancier n'est que partiellement certaine[556]. Le créancier qui procède à l'exécution immédiate de la décision provisoire semble inverser les rouages apparents de la sécurité juridique.

173. D'une part, l'on s'étonne qu'il supporte le risque d'une modification de la décision l'habilitant à contraindre son débiteur. Mais, la prévisibilité d'un recours du débiteur et l'issue probable de l'instance sont des paramètres que le créancier n'ignore pas et qui font partie de sa stratégie[557]. D'ailleurs, la Cour de cassation s'est prononcée sur la combinaison de la saisie conservatoire avec le référé-provision pour contourner la règle posée par l'art. 215 du décret du 31 juillet 1992[558]. Donc, un transfert intégral du risque vers le créancier n'est pas suffisamment établi. Il s'agit plutôt d'un aléa inhérent à ce type d'exécution forcée. Certes, il existe un léger avantage pour le débiteur qui n'est pas forcément la partie faible au début de la procédure. Mais n'est-ce pas la contrepartie d'un acte unilatéral basé sur une présomption de défaillance du débiteur et non contradictoire. D'autre part, l'indemnisation du préjudice du débiteur suscite quelques réticences quant à ses conditions d'application. Par un arrêt du 24 février 2006, L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a eu l'occasion de montrer l'influence de la coercition sur l'exécution du débiteur et son impact sur l'obligation de réparation[559]. C'est une

[555] Art. 32 al. 2 AUPSRVE.

[556] P. HOONAKKER, « L'exécution immédiate ou la protection renforcée du perdant », in *Petites Affiches*, 11 décembre 2002 n°247, p. 13. L'auteur donne une vision prospective de l'exécution immédiate des décisions en procédure civile en l'opposant à l'exécution provisoire en ces termes : « *il s'inspire utilement du régime actuel de l'exécution provisoire au niveau du bénéfice de l'exécution immédiate pour éviter tout automatisme absolu et ainsi laisser une marge d'appréciation au juge (…) et surtout, il ouvre beaucoup plus largement la possibilité pour le perdant d'obtenir, en cas d'appel ou d'opposition, l'arrêt de l'exécution immédiate* ».

[557] J-C. WOOG, M-C. SARI, S. WOOG, *Stratégie contentieuse du créancier*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2ème édition, 2006.

[558] C. MARTELLO, « La stratégie procédurale et le paiement des dettes », in *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 56.

[559] L. DUONG, « L'exécution d'une décision exécutoire à titre provisoire aux risques du créancier poursuivant » note sous arrêt Cass. Ass. Plé. 24 février 2006, in *Petites Affiches*, 23 février 2007 n°40,

obligation de réparation objective qui n'est pas basée sur la notion de faute ou d'abus de la part du créancier (art. 87, 88 CPC et art. 32 al. 2 AUPSRVE). Pour assurer à postériori la sécurité juridique du débiteur, le législateur s'appuie sur le risque comme fondement de la responsabilité du créancier. A ce propos, G. VINEY ajoute que « le risque est donc un dommage qui présente, certes, certaines particularités, mais qui suffit par lui-même à engager la responsabilité de celui qui l'a créé par un comportement illicite ou anormal vis-à-vis de celui qui y est exposé »[560]. Dans ce cas, le risque c'est l'appauvrissement injustifié du débiteur entre l'exécution de la mesure et la modification de la décision par le juge saisi au fond. Au total, l'exécution provisoire d'une décision exécutoire induit des conséquences assez équilibrées entre les parties en considération de l'exigence de sécurité juridique. La diligence du créancier peut être récompensée en cas d'existence d'un titre exécutoire définitif.

174. L'extension de la qualification de titres exécutoires. Le droit OHADA donne une meilleure lisibilité des titres exécutoires en procédant à une typologie indexée sur la source qui décide de l'exécution forcée d'une créance[561]. Il s'agit principalement, des décisions judiciaires exécutoires, des conventions entre les parties avalisées par le juge et des actes notariés revêtus de la formule exécutoire. Il semble que la volonté du législateur soit d'ouvrir la possibilité d'une exécution forcée à un maximum de situations juridiques possibles. Ce postulat d'efficacité de l'exécution n'est pas sans intérêt pour la sécurité juridique.

175. Il conviendrait de rappeler le problème de l'exequatur pour les décisions étrangères à exécuter sur le territoire national. L'art. 354 CPC en pose le principe sur les règles relatives à l'exécution forcée des jugements et l'art. 787 CPC énumère les

---

p. 10. L'auteur rappelle ainsi la motivation principale de la Cour, « *l'exécution d'une décision de justice exécutoire à titre provisoire n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit, à charge par lui, si le titre est ultérieurement modifié, d'en réparer les conséquences dommageables* ».

[560] G. VINEY, « Dommage et risque » note sous arrêt Cass. civ. 3e, 07 octobre 2009 (pourvoi n°08-17620), in *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 605.

[561] Aux termes de l'art. 33 AUPSRVE sont des titres exécutoires :

1) *Les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute ;*

2) Les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'État dans lequel ce titre est invoqué ;

3) Les procès verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;

4) Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;

5) Les décisions auxquelles la loi nationale de chaque État partie attache les effets d'une décision judiciaire.

qualités nécessaires à l'apposition de la formule exécutoire par la juridiction nationale compétente. Il s'agit pour l'essentiel, du respect des règles de validité de la décision au regard du droit international privé sénégalais (juridiction compétente, règle applicable, respect ordre public et lois de police). Aussi, le juge de l'exequatur ne semble disposer que d'un pouvoir de vérification de conformité de l'acte[562]. Dans ce cas de figure, la reconnaissance du titre ou le pouvoir réduit du juge peuvent être autant de facteurs d'insécurité pour le créancier ou le débiteur. Ce risque juridico-judiciaire peut trouver une réponse dans le droit international conventionnel ou matériel si le législateur OHADA ajuste sa politique de circulation des titres nationaux dans l'espace communautaire.

176. Si l'on s'intéresse à l'efficacité du titre, il faut bien distinguer entre sa validité formelle et l'étendue de l'exécution qu'il autorise. La première question est résolue par le jeu des contestations[563] et des recours contre les décisions n'ayant pas encore force de chose jugée. Il importe de souligner les cas des transactions et des actes notariés qui ont du mal à assumer leur place dans la hiérarchie des titres exécutoires[564]. L'effort de rationalisation des titres exécutoire manque de clarté eu égard à l'homogénéisation de la force exécutoire attachée aux différents titres. C'est un risque de voir une efficacité à deux vitesses dans le recouvrement forcé des créances. Justement, la sécurité juridique impose une certaine stabilité dans la perception formelle des titres ouvrant droit à l'exécution forcée. Sinon la complication procédurale pourrait desservir le modèle actuel d'exécution. Par ailleurs, l'attente du créancier peut être contrariée par le contenu du titre relativement à la désignation du débiteur ou des biens affectés au paiement de la dette. L'efficacité du titre reposerait sur son intelligibilité[565]. Ainsi, c'est au créancier d'assumer cette prévisibilité au moment de saisir le juge compétent, afin de garantir une meilleure effectivité de l'exécution souhaitée. Celle-ci s'inscrit dans un cadre plus large concernant l'importance de l'information dans l'exécution.

[562] C. MEININGER-BOTHOREL, « Introduction sur l'exequatur et l'exécution en France des décisions exequaturées », in *Gazette du Palais*, 13 novembre 2004 n°318, p. 3.
[563] Sur la nullité du titre exécutoire, voir S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, op. cit., p. 75.
[564] T. MOUSSA, « Débat : voies d'exécution », in *Petites Affiches*, 22 décembre 1999 n°254, p. 11. P-Y. GAUTIER, « Les procédures civiles d'exécution à l'appui du contrat », *op. cit.*, p. 583 et s.
[565] J-B. et M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 70.

§ 2 – Le renforcement du droit à l'information dans l'exécution

177. Exécuter, c'est décider en fonction des paramètres juridiques et factuels qui entourent la relation entre le créancier et le débiteur. L'exigibilité parait marquer le début de l'exécution de la créance par le débiteur, mais en dehors des contrats à exécution instantanée des événements peuvent modifier la certitude acquise sur le paiement. Cette occurrence est en train d'imposer un modèle de circulation des informations entre les contractants dès la formation de la convention en vue de faciliter son exécution[566]. Dans notre réflexion, l'information joue un rôle important dans la prévisibilité d'une exécution efficace et dans l'intelligibilité des actes de procédure. Ainsi, une asymétrie d'informations ou le silence du créancier sur l'intention de contraindre peuvent constituer un risque ou une faute selon leur manifestation dans l'exécution.

Le législateur OHADA a entendu renforcer la transparence dans l'exécution en organisant diverses obligations d'information entre les parties (A) et à l'égard des tiers (B).

A. L'information des parties dans l'exécution

178. Fondement de l'obligation d'information. La place qu'occupe l'information dans la procédure d'exécution des créances est sans doute révélatrice du respect du principe d'égalité des parties dans le système juridique. Il importe d'écarter toute prétention à l'absolutisme du principe d'égalité[567] et d'en retenir une conception fonctionnelle dans l'exécution. Il nous semble évident, l'information vue sous l'angle du créancier ou du débiteur individuellement poursuit un intérêt particulier d'importance stratégique[568]. Cette perspective est critiquable et risque de biaisée l'appréciation de l'information en tant qu'instrument de la sécurité juridique. Aussi, les caractéristiques de l'information seront étudiées de manière statique et dynamique

[566] P. MISTRETTA, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », in *Petites Affiches*, 05 juin 1998 n°67, p. 4 et s. Le fondement moral de cette obligation semble prendre ses sources sur la théorie du solidarisme contractuel. Cependant, c'est la perspective technique qui prédomine dans notre analyse. Il s'agit de mesurer l'impact de l'information dans l'efficacité des mesures d'exécution forcée de créances.

[567] Le thème de l'égalité a fait l'objet de considérations doctrinales et jurisprudentielles prolifiques. Voir, l'étude de la Cour de cassation sur la notion (Rapport 2003 : *L'égalité*, Paris, La Documentation française, 2004).

[568] Le Doyen Carbonnier soutient à juste titre que « *l'inégalité dans l'information* » est devenue un motif contemporain d'appréciation de l'ordre public de protection dans les contrats, donc de protection des parties dans la formation du contrat (*Jean Carbonnier, écrits*, textes rassemblés par Raymond Verdier, Paris, PUF, 2008).

dans la théorie de l'exécution puis appliquées aux diverses obligations prévues par le législateur ou imposées par le juge aux parties.

179. D'un point de vue statique, la question est de savoir si l'information est un élément structurel de l'exécution ? La réponse est d'une complexité sémantique déterminante dans la notion même d'exécution. En effet, c'est indirectement vérifier si l'exécution est un concept unitaire finalisé ou simplement une association de techniques et procédures autonomes et interdépendantes[569]. Si c'est la conception unitaire qui est retenue, l'information est alors un élément structurel de l'exécution dans la mesure où c'est le législateur qui en fait un procédé de communication sur l'état de la procédure et une source de responsabilité en cas de méconnaissance de l'obligation d'informer[570]. Elle assure d'une part, une fonction protectrice dans l'exécution en permettant l'exercice des voies de recours et l'observance des délais ; et d'autre part, une fonction communicationnelle dans l'intention de contraindre ou la collecte de données sur la situation patrimoniale du débiteur saisi. Par ailleurs, si l'exécution témoigne d'une certaine autonomie par rapport au droit à l'information des parties, il conviendrait de le situer dans le processus de paiement. Premièrement, si l'exécution est rattachée à son origine contractuelle, l'on peut voir un caractère accessoire à l'information visée. En effet, seule une pathologie dans le paiement permet de le mettre en œuvre. Deuxièmement, une considération processualiste mettrait l'information dans l'obligation d'exécuter de bonne foi qui survit à l'inexécution primaire. Donc, le droit à l'information serait un bloc autonome mais relié à l'exécution par les principes contractuels communs.

A ce stade, il est possible de rattacher les deux positions à travers le droit de créance qui est un droit subjectif personnel. Ainsi, l'exécution sert à la réalisation du droit de créance[571] qui à son tour englobe le rapport qui lui sert de base et ses

[569] La question de la définition en droit est souvent revenue comme une étape nécessaire mais jamais aboutie de la compréhension des phénomènes juridiques. Pour plus de considérations théoriques voir, F. OST et M. van der KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 137 et s. M-L. PAVIA, « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », in *Petites Affiches*, 06 mai 1994 n°54, communication au IIème Congrès français de droit constitutionnel (Bordeaux, 13, 14 et 15 mai 1993).

[570] Les art. 28 et s. AUPSRVE prévoient un ensemble d'obligations de notifier ou de transmettre des actes de procédure ou des informations à l'intention des acteurs de l'exécution sous peine de sanctions. Auparavant, c'est le législateur national qui imposait les mêmes obligations aux agents d'exécution (ex. art. 404, 412 et 430 CPC).

[571] T. REVET, note sous arrêt CEDH, 14 février 2006, Le Carpentier et autre/ France (req. n°67847/01), in *Revue des contrats*, 01 avril 2006 n°2, p. 289.

accessoires. En définitive, le droit à l'information comme élément structurel de l'exécution est justifié si on raisonne à partir de la protection du droit de créance[572].

180. D'un point de vue dynamique, l'existence du droit à l'information des parties est rattachée à une stratégie procédurale de protection de l'intérêt général. En effet, c'est un changement de postulat qui fait du service public de la justice le débiteur d'une obligation d'égalité dans le traitement de l'information[573]. D'abord, c'est le juge qui est directement garant de la bonne circulation de l'information dans l'exécution. Celle-ci n'est atteinte que dans la motivation de la décision exécutoire[574] et dans sa signification à la partie adverse pour les besoins de l'exécution. La motivation concerne surtout la validité interne de l'acte judiciaire[575], mais elle renseigne sur la légitimité de l'exécution. C'est une source d'information cruciale pour les autres créanciers du débiteur et parfois une garantie pour les créanciers chirographaires[576]. Ensuite, l'accessibilité de la bonne information aux parties en cause dans l'exécution incombe aux agents d'exécution. En réalité, la signification des actes de procédure est un prérequis à l'exécution[577]. A ce propos, le législateur semble en accorder le privilège à l'huissier de justice en sa qualité d'agent d'exécution principal (art. 356 CPC). De même, l'art. 74 AUPSRVE confère un rôle considérable à l'agent d'exécution en cas de pluralité de saisies, afin que les règles qui prévalent au paiement des dettes soient observées. A défaut d'une signification des actes dans les délais prescrits, certaines sanctions sont prévues pour renforcer la protection du

[572] P. GLAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », in *Petites Affiches*, 31 mars 2004 n°65, p. 3. Dans cette étude, c'est surtout la subjectivisation du droit civil qui correspond à notre réflexion. En effet, elle permet de voir les mutations affectant les droits subjectifs dans le souci d'adapter la protection offerte à chaque situation juridique individuelle.

[573] M. BARY, « L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information », in *Petites Affiches*, 30 septembre 2010 n°195, p. 15. L'article est intéressant dans la mesure où l'auteur invite à éviter une confusion entre un droit subjectif et un droit fondamental relativement à l'information. Ce qui est valable pour notre démonstration, afin de ne pas tomber dans une généralisation inopportune de la règle.

[574] T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 579.

[575] S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », in *Petites Affiches*, 26 mai 2004 n°105, p. 3.

[576] O. SALVAT, « La saisie-attribution d'une créance de sommes d'argent indisponible », in *Petites Affiches*, 19 avril 2001 n°78, p. 4.

[577] F. TERRE, « Le contexte et le texte : projet de loi de modernisation des professions judicaires et juridiques réglementées », in *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 762. Il s'agit surtout de souligner le contrôle effectué par les pouvoirs publics dans l'élargissement des titres exécutoires qui doivent être notifiés aux débiteurs. Dans le contexte français, le débat porte sur l'acte contresigné par un avocat. L'auteur rappelle les critères d'authenticité d'un acte et l'effet exécutoire qui y est attaché pour écarter les actes contresignés par avocat.

droit à l'information des parties[578]. Ainsi, l'art. 71 al. 2 AUPSRVE envisage une sanction pénale lorsque le refus d'information dissimule une infraction pénale. En outre, l'art. 356 CPC subordonne explicitement l'exécution des jugements et actes rendus à leur signification au débiteur saisi.

181. La stratégie procédurale du créancier peut poursuivre des objectifs qui de facto restreignent l'information du débiteur sur la portée de la contrainte qui pèse sur son patrimoine ou sa personne (expulsion). La recherche de la rapidité ou l'effet de surprise peuvent être déterminants à un moment, mais l'exigence de sécurité juridique s'accommode assez mal au jeu divinatoire. La transparence représente un puissant instrument de contrôle de la régularité de l'exécution. Elle est également un principe légitimant dans l'exercice de la contrainte aussi bien sur le débiteur que sur les tiers qui sont mis à contribution. En fait, la transparence permet le dépassement d'une perception négative de la contrainte en lui substituant une acceptation quasi volontaire de l'exécution. Bien que les effets de l'information ne remettent pas en cause l'exécution comme droit subjectif, ils peuvent néanmoins en diminuer l'efficacité s'ils sont mésestimés. Cependant, nous pensons que la subjectivisation du droit à l'information peut également contribuer à perturber la procédure d'exécution. Il en est ainsi de l'interférence entre le droit à l'information des parties et le respect des droits fondamentaux de manière générale. Aussi, la fixation du contenu de l'information devrait consacrer matériellement l'étendue de la transparence dans l'exécution comme instrument de sécurité juridique.

182. L'information du créancier sur la situation patrimoniale du débiteur. C'est une question très sensible à bien des égards. Mais c'est l'une des sources les plus fiables d'une bonne exécution. La situation patrimoniale du débiteur est doublement importante pour le créancier. Elle permet de mesurer le risque réel d'insolvabilité du débiteur et facilite l'intervention des agents d'exécution dans la localisation des biens ou du débiteur. Cependant, nous devons pour des raisons de sécurité juridique envisager l'information que peut ou doit avoir le créancier de manière transparente. Considérant l'existence de sources publiques d'informations, il

[578] C. LEFORT, « note sous arrêt Cass. civ. 2e, 06 mai 2004 », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 novembre 2004 n°22, p. 1549.

est possible de distinguer les informations accessibles en dehors du cadre de l'exécution et celles qui s'y rapportent directement.

183. Auparavant, il faut opérer une seconde distinction selon la qualité du débiteur. Pour les professionnels, les sources d'informations disponibles sont plus conséquentes[579]. On sait, le rôle prioritaire de la consultation du registre du commerce dans la prévention des difficultés d'exécution. La publicité de certains actes relatifs à la gestion du fonds de commerce constitue une information cruciale pour évaluer la solvabilité d'un partenaire ou la fiabilité des garanties offertes[580]. L'accès au registre du commerce concerne à la fois la sécurité du créancier et des tiers. Ces derniers pourront ainsi éviter d'aggraver la situation du débiteur ou devenir des créanciers sans réelle assurance d'un paiement effectif. Cette précaution s'explique par la visualisation de l'état d'endettement[581] des professionnels en difficulté grâce aux mises à jour récurrentes du registre du commerce. Dans le même ordre d'idées, l'information revêt un intérêt technique appréciable en cas d'interférence du régime matrimoniale dans la détermination du patrimoine faisant l'objet d'exécution[582]. Ainsi, l'art. 599 CPC autorise les créanciers du mari à intervenir dans la procédure de séparation des biens pour conserver leurs droits ou disposer de la requête introductive d'instance. Toutefois, la multiplication des techniques de gestion du patrimoine familiale n'est pas pour faciliter la collecte d'informations sûres avant la mise en œuvre de l'exécution[583]. Autrement, le créancier peut s'appuyer sur l'agent d'exécution pour obtenir les renseignements nécessaires au paiement de sa

[579] Suivant les objectifs poursuivis par les pouvoirs publics, on note une multiplication des obligations d'informations touchant à la situation patrimoniale des professionnels, à côté de l'information légale à laquelle les entreprises sont assujetties, sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (P. NEAU-LEDUC, « Lutte antiblanchiment et fraude fiscale », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 185).

[580] Les art. 63 et s. AUDCG organisent le régime des inscriptions des sûretés et privilèges relatifs au fonds de commerce. L'indication de fausses informations est particulièrement sanctionnée par les lois nationales des Etats membres (le droit pénal ne faisant pas partie des matières harmonisées par l'OHADA).

[581] M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2005 n°3, p. 782.

[582] S. LAMBERT-WIBER, « Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 novembre 1999 n°21, p. 1153.

[583] F-X. LUCAS, « La protection du conjoint d'un débiteur en difficulté », in *Petites Affiches*, 12 juillet 2002 n°139, p. 42. Comme le souligne l'auteur, l'ingénierie patrimoniale déplace le risque du débiteur au créancier qui est en proie à une incertitude sur la titularité des biens à saisir, aussi « *on devine le désarroi du mandataire-liquidateur chargé de réaliser un immeuble qu'il croit appartenir au débiteur qui découvre que ce bien est en réalité détenu par une fondation, un trustee ou encore un fiduciaire* ».

créance. L'article 39 de la loi du 09 juillet 1991 permet à l'huissier de justice d'adresser une demande d'informations à l'administration fiscale ou au procureur de la République. Cette faculté est très restreinte quant à son étendue. Au mieux, l'huissier pourrait obtenir l'adresse du débiteur ou la localisation de ses comptes bancaires (art. 39 L. 9 juil. 1991).

184. Mais, cette affirmation est plus théorique que réelle, davantage pour les débiteurs non professionnels. Il est remarquable de voir que le législateur OHADA part du postulat d'une information facilement disponible garantie par une série de menaces sur le débiteur ou les tiers saisis (art. 107 et s. AUPSRVE). Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Dakar a déclaré un tiers saisi personnellement débiteur des sommes dues pour violation des art. 187 et 188 AUPSRVE[584]. C'est une démarche qui peut être judicieuse si on n'élimine l'aléa du comportement légitime (secret professionnel) ou illicite (mauvaise foi du débiteur) des destinataires de cette contrainte. Or, la réalité est moins évidente quant à la coopération attendue des organismes sociaux, des établissements bancaires ou plus simplement du débiteur[585]. Aussi, il en résulte une forte privatisation de l'information relative à l'exécution et son impact très négatif sur la vie privée des débiteurs. L'existence d'une protection juridique des données personnelles dans la législation nationale[586] présente un intérêt pour la sécurité juridique à condition que son effectivité soit assurée. Un autre souci sur la privatisation de l'information sur le débiteur réside souvent dans l'impossibilité pour le débiteur de bonne foi d'établir la traçabilité de la collecte.

185. Le modèle de recensement des informations sur la situation patrimoniale du débiteur ne semble pas propice à la transparence inhérente au principe de sécurité juridique. Nous pensons que le législateur dresse une présentation trop simplifiée de l'exécution au point de ne prévoir l'adaptation spontanée du marché de l'exécution aux contraintes réelles observées. En effet, les agents classiques d'exécution subissent la concurrence du secteur privé avec toutes les souplesses qui y sont

[584] CA. Dakar, 16 février 2001 (arrêt n°124), *Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution*, op. cit., p. 94.
[585] J-C. BELOT, « Le portrait de l'huissier de justice de demain », in *Petites Affiches*, 02 avril 2002 n°66, p. 3. C'est sans ambages que l'auteur remarque « tout d'abord, le développement des sociétés spécialisées dans la recherche d'informations est indéniable. Ensuite, plus grave est l'augmentation des exécutions sauvages ».
[586] Art. 1er Loi n°2008-12 du 25 janvier 2008 sur la protection des données à caractère personnel.

afférentes[587]. Ainsi, l'objectif de transparence de l'information cède devant l'impératif du résultat et fragilise le besoin de sécurité du débiteur. La réponse est certainement à rechercher dans l'adaptabilité de l'exigence de sécurité juridique par une amélioration de la relation entre les dépositaires d'informations, les agents d'exécution et la nécessaire prise en compte de la vie privée du débiteur. Il serait bon de valoriser le droit à l'information du débiteur afin de l'inciter à collaborer volontairement dans le cadre de l'exécution forcée.

186. L'information du débiteur sur la procédure. Le débiteur n'est pas une victime dans le processus de l'exécution des créances. L'action en paiement du créancier a un fondement légitime et emprunte les voies de droit consacrées. Il n'est pas non plus un « paria » dans le droit du paiement. L'origine de ses difficultés de paiement peut au contraire provoquer une sollicitude parfois coupable envers le débiteur. C'est bien pourquoi le législateur a prévu un dispositif d'information du débiteur qui regroupe des aspects de droit commun et d'autres spécifiques à l'exécution forcée.

187. La première obligation d'information découle des exigences d'une procédure judiciaire contradictoire. Ainsi, les actes de procédure doivent être portés à la connaissance de la partie adverse selon les modalités précisées par la nature de l'instance[588]. Cette communication a plusieurs fonctions, notamment l'information sur la nature de l'action, les prétentions du demandeur et l'orientation de la stratégie de défense du débiteur. Par ailleurs, l'échange d'information permet de gérer le temps de la procédure et l'effet utile de l'exécution des jugements[589]. Cependant, nous pensons que cette dimension de l'information fait partie de la cohérence d'ensemble du système judiciaire avec une portée structurelle. A cet égard, la protection du débiteur est équivalente à celle du créancier, car en cas de recours, les rôles vont

[587] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, p. 405 et s. l'auteur résume la situation par une indication sur la pluralité des sources d'informations qui peuvent être concurrentes ou complémentaires en fonction du choix du créancier, ainsi estime t-il « *qu'en dehors de ces hypothèses où le créancier se renseigne par lui-même, la connaissance de la solvabilité du débiteur peut aussi reposer sur des renseignements fournis par un tiers au créancier, ce tiers pouvant être le débiteur lui-même, une banque ou une agence spécialisée* ».

[588] Les art. 33 et 821 CPC fixent les règles applicables en matière d'assignation dans la procédure civile.

[589] R. BONNEFONT, « Délai raisonnable de jugement et d'exécution : mieux vaut prévenir que guérir », in *Petites Affiches*, 15 octobre 2010 n°206, p. 5.

changer. Par ailleurs, c'est l'information relative à la procédure spécifique d'exécution qui présente plus d'enjeux.

188. Le droit de créance étant un droit personnel, il ne permet de demander l'exécution qu'au débiteur légalement tenu d'y pourvoir. Lorsque le débiteur est une personne morale, certaines difficultés peuvent surgir au sujet du destinataire de la mesure d'exécution. Dans un arrêt du 30 avril 2009, la Cour de cassation a estimé que la notification d'un acte de procédure au domicile du gérant valait remise au siège de l'entreprise[590]. Certes, la fiction juridique sert au rattachement technique de l'entité débitrice à la personne de son gérant. C'est une application extensive de la réception de l'information par le débiteur grâce à la transposition des principes du droit des sociétés dans l'exécution. L'art. 39 al. 5 CPC le prévoit expressément pour les assignations faites aux sociétés de commerce. Toutefois, une telle liberté n'est pas toujours possible surtout si l'exécution est confrontée au droit international. Par un arrêt du 28 mars 2006, le Haute Cour montre l'incidence du droit international conventionnel sur les règles de notification des actes de procédure en décidant que la voie postale n'est pas un moyen indiqué en Allemagne[591]. Au Sénégal, l'art. 39 al. 8 CPC prévoit que « ceux qui habitent à l'étranger peuvent être assignés au parquet du Procureur de la République près le tribunal régional dans le ressort duquel la demande est portée ; celui-ci vise l'original et envoie la copie au ministre de la Justice ou à toute autre autorité déterminée par les conventions diplomatiques ». Le législateur ajuste les délais de notification suivant les distances qui séparent le Sénégal du domicile du défendeur (art. 40-41 CPC) tout en admettant des procédures d'urgence pouvant abréger le temps de l'assignation (art. 40 al. 5 CPC). Les instances communautaires s'investissent dans l'harmonisation des procédures de notification des actes de procédure pour relever le défi de l'efficacité de l'exécution transfrontalière[592].

189. En dehors des éléments de procédure, l'enjeu de l'information du débiteur intéresse directement la régularité de l'exécution. C'est toujours la problématique

[590] Cass. civ. 2e, 30 avril 2009 (pourvoi n°07-15582).
[591] Cass. civ. 1ère, 28 mars 2006 (pourvoi n°03-18284), in *Gazette du Palais*, 10 août 2006 n°222, p. 18.
[592] J. RICATTE, « Signification et notification des actes en matière civile et commerciale dans l'Union européenne : une nouvelle ère pour les auxiliaires de justice ? », in *Gazette du Palais*, 09 avril 2002 n°99, p. 3.

d'une justice équitable qui se pose, dès que l'une des parties invoque le principe du contradictoire pour vérifier l'intégrité des informations[593]. Seulement, le principe du contradictoire ne sert pas à justifier l'accès à toutes les informations par la partie adverse[594]. Seules les informations utiles[595] aux prétentions exprimées par les parties sont concernées. A cette fin, le débiteur pourra résoudre les problèmes de preuve qui se posent ou opposer les exceptions opportunes. Aussi, la Cour de cassation a pu décider que « *si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds* »[596]. En outre, l'accès à l'information du débiteur permet au juge d'améliorer la motivation de sa décision. Dans les procédures de référés, le caractère unilatéral de l'instance introductive est surmonté par la notification de la mesure et le principe du contradictoire pourra conférer une plus grande stabilité à l'exécution.

Le droit à l'information des parties doit être interprété a priori comme un instrument à vocation préventif dans la réalisation de l'exécution. Son office est de légitimer l'interprétation que le juge et les parties font des situations juridiques entourant la créance à recouvrer. Ainsi, en fonction de la particularité de chaque espèce, d'autres acteurs peuvent intervenir pour asseoir l'effectivité de l'exécution forcée.

B. L'information des tiers dans l'exécution

190. Justification de l'information des tiers. De prime abord, l'exécution semble se limiter aux seules parties : le créancier et le débiteur. Cependant, l'agent juridique est toujours saisi dans un complexe de relations qui fait de lui un créancier et un débiteur à la fois. En fonction des situations juridiques qui appréhendent son patrimoine, la personne juridique peut devoir solliciter l'intervention de tiers pour

[593] A. MOURRE, P. PEDONE, « note sous arrêt CA. Paris, 1ère Ch. 12 juin 2003 », in *Gazette du Palais*, 08 novembre 2003 n°312, p. 45.
[594] P. VERON, B. FINAS-TRONEL, « Expertise, principe du contradictoire et secret des affaires », in *Experts n°87*, Décembre 2009, pp. 4-6.
[595] F. RENEAUD, « Le principe du contradictoire dans la procédure administrative de licenciement des salariés protégés », in *Petites Affiches*, 07 juin 2007 n°114, p. 12. L'auteur souligne l'importance de la protection des intérêts particuliers dans le respect du principe du contradictoire afin d'éviter des atteintes graves.
[596] C. BERLAUD, « note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 14 janvier 2010 (pourvoi n°08-13160) », in *Gazette du Palais*, 04 février 2010 n°35, p. 27.

garantir l'accomplissement d'une prestation due. Ici encore, les techniques contractuelles trouvent à s'appliquer pour assurer la sécurité juridique. Le droit des sûretés offre une diversité de techniques destinées à « *améliorer la situation juridique du créancier en remédiant aux insuffisances de son droit général sur les biens du débiteur* »[597]. Aussi, qu'elle soit accessoire ou autonome la garantie participe à la réduction de l'incertitude sur la solvabilité du débiteur à l'échéance. En échange, il est imposé au créancier de tenir le garant informé de l'évolution de la dette[598]. Cette contrainte vise à introduire une plus grande transparence dans l'exécution. C'est une mesure pleinement admissible dans la mesure où le créancier bénéficie d'un instrument qui renforce la prévisibilité du paiement.

191. Dans une autre perspective, le législateur cherche la sécurité juridique en interprétant de manière dynamique le principe de l'effet relatif du contrat[599]. Ainsi, l'autonomie de la créance cause de saisie est toujours soumis à l'effet relatif, tandis que l'exécution profite de l'interdépendance fonctionnelle entre le patrimoine du débiteur et d'un tiers. Alors, les sommes affectées à l'exécution de la créance sont directement prélevées auprès du tiers ou remises par lui aux agents d'exécution. Cette démarche n'est pas exclusive dans le droit de l'exécution, la théorie des groupes de contrats a aussi servi de fondement de la responsabilité délictuelle en cas d'inexécution dommageable[600]. Il en résulte que des outils d'exécution, tels que l'avis à tiers détenteur nécessitent une information préalable de la personne tenue à exécuter la mesure prescrite[601]. C'est sous cet angle que l'obligation de transparence aspire à faciliter l'égalité de tous devant les risques consécutifs à l'exécution différée.

Au final, l'extension de la relation contractuelle à d'autres sujets peut justifier une obligation d'information qui légitime l'accès à leur patrimoine. Au demeurant, les difficultés d'exécution peuvent également justifier l'intervention de l'autorité publique

[597] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, LGDJ, 1995, préf. M. GOBERT, n°264 cité par Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2008, p. 4. Selon ces auteurs, cette fonction de garantie qui constitue la finalité d'une sûreté est un des critères de distinction entre les notions de garantie et sûreté. Pour notre part, c'est la création du lien juridique qui importe avec les obligations d'information qu'elle fait naitre.

[598] D. HOUTCIEFF, « Des cautions à qui l'on cache tout et de celles à qui on ne dit rien », in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 421.

[599] D. MAZEAUD, « Les groupes de contrats », in *Petites Affiches*, 05 mai 2000 n°90, p. 64.

[600] J-B. SEUBE, « Le contrat, source de responsabilité envers les tiers », in *Petites Affiches*, 23 septembre 2003 n°190, p. 3.

[601] Les anciens articles 371 et s. et 453-2 et s. CPC sont repris par les art. 224 et s. AUPSRVE pour régir la sollicitation des tiers dans l'exécution directe des créances.

pour renforcer la force exécutoire attachée aux décisions de justice. Dans ce cas, il convient de légitimer la contrainte qui sera exercée sur le débiteur ou son obligé par la régularité des conditions d'exécution[602].

192. L'information de la puissance publique ? La situation de la puissance publique dans l'exécution est assez complexe en raison d'une dualité de rôle. Elle peut sous certaine condition être le dernier rempart des difficultés d'exécution[603] ou être en position de créancier demandant l'exécution forcée[604]. Mais ce qui nous intéresse, c'est le recours à la force publique dans l'exécution forcée. Il ressort du droit OHADA que l'Etat soit soumis à une obligation de résultat quant à son intervention dans l'exécution forcée[605]. En effet, l'art. 29 al. 3 affirme de manière péremptoire que la responsabilité de l'Etat est engagée en cas de refus ou de carence. Cependant, cet état des choses ne met pas en exergue le rôle de l'information dans l'attitude de l'administration. Ainsi, l'art. 50 du décret 92-755 du 31 juillet 1992 sur les procédures d'exécution est plus explicite. Au sens de ce texte, l'administration dispose d'un délai de deux mois pour faire connaître sa position avec une obligation de motiver en cas de refus. En plus, les agents d'exécution devront démontrer l'inefficacité des actions engagées. De sorte, qu'il existe un échange d'informations entre l'administration et les agents d'exécution pour légitimer les atteintes à certains droits subjectifs des débiteurs.

193. L'exemple de l'expulsion est assez symptomatique d'un besoin de transparence dans les conditions d'intervention de la puissance publique[606]. En effet, une lecture combinée des art. 16, 17 et 62 de la loi du 09 juillet 1991 permet de mesurer la complexité de l'obligation d'informer l'administration dans l'exécution forcée. D'une part, cette information est utile pour vérifier la nécessité du recours à la

[602] N. FRICERO, « Le droit à l'assistance effective d'un avocat dans la saisie immobilière : un nouveau droit de l'homme ! », note sous arrêt Cass. civ. 2e, 24 juin 2010 (pourvoi n°08-19974), in *Gazette du Palais*, 19 octobre 2010 n°292, p. 20.

[603] L'art. 29 al. 2 AUPSRVE pose le principe selon lequel, la formule exécutoire vaut réquisition de la force publique.

[604] Y. GAUDEMET, « Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 133.

[605] N. DIOUF, *Le recouvrement des créances et les voies d'exécution*, op. cit., p. 17.

[606] D. DESURVIRE, « L'expulsion », in *Petites Affiches*, 23 juin 1995 n°75, p. 15. G. DAIEFF, « Le juge des loyers et la prévention des expulsions », in *Gazette du Palais*, 18 juin 2002 n°169, p. 5. L'auteur montre comment une bonne information dans la phase administrative précontentieuse peut aider à résoudre les difficultés de paiement et propose une déjudiciarisation du contentieux des loyers afin d'en assurer l'efficacité.

force publique, d'autre part c'est l'une des conditions d'ouverture du droit à réparation[607] pour le créancier ou de protection des intérêts du débiteur[608]. C'est pourquoi nous pensons que le recours à la force publique ne doit pas être rattaché au renforcement de l'impérium du juge, mais aménager en fonction des besoins de l'exécution. La négation d'une bonne information de la puissance publique peut conduire à une exécution aveugle où en vertu de l'égalité on sacrifie l'équité voire la proportionnalité. Or, l'intervention de la force publique dans la sphère de l'exécution entre particuliers doit toujours obéir au principe de nécessité et de régularité. Par ailleurs, l'inertie de l'administration risque de créer soit l'abandon de cette voie ou un déplacement du contentieux sur le terrain administratif. Dans ce dernier cas, le créancier court le risque de fragiliser ses chances d'être satisfait par ses deux débiteurs. En définitive, si la force publique doit être requise, elle doit être un bras informé et légitime de justice sociale. C'est une transparence identique qui interpelle les obligés du débiteur.

194. L'opposabilité de l'exécution et l'information des tiers. La nature des rapports entre l'exécution et les tiers est résumée par l'art. 38 AUPSRVE qui dispose que « les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Ils doivent apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis ». Si l'affirmation semble sans ambigüité, elle ne permet pas de voir comment la circulation de l'information profite à l'exécution ou pourvoit à la protection des intérêts des tiers.

195. D'abord, les tiers étant par principe extérieurs à la phase initiale du recouvrement (obtention du titre exécutoire), il est parfaitement concevable qu'ils soient renseignés sur la nature et l'étendue de leurs obligations dans la phase d'exécution (saisie). Au plan de la sécurité juridique, cette information tend à la protection du tiers doublement. D'une part, son patrimoine est à protéger dans le prolongement de sa personnalité juridique ; d'autre part, on accorde au tiers sollicité la possibilité d'intenter les recours qu'il estime nécessaires. En même temps, la sécurité juridique du créancier requiert célérité. Donc l'équilibre doit être trouvé entre

[607] P. GRAVELEAU, « Responsabilité de la puissance publique, note sous arrêt CE. 27 janvier 2010 Ministre de l'intérieur c/ Société d'HLM résidence urbaine de France », in *Gazette du Palais*, 25 février 2010 n°56, p. 32.
[608] E. PUTMANN, « La réforme des procédures civiles d'exécution et l'expulsion des occupants d'immeubles », op. cit., p. 113 et s.

la teneur de l'information donnée au tiers et celle qu'il doit transmettre[609], le tout dans un délai raisonnable[610]. En réalité, l'on note un transfert de risques à plusieurs niveaux. Entre le créancier et le tiers, deux risques se croisent. Le premier veut éviter une amplification de l'insolvabilité en disposant des informations les plus précises sur la consistance des biens à saisir (exercice droit de rétention). Le second évitera d'engager sa responsabilité en donnant la bonne information. Entre le tiers et le débiteur, un risque lié à la pérennité des relations d'affaires (la discrétion étant une vertu hautement appréciée dans le milieu des affaires, le secret professionnel continue également à être utilisé pour refuser la délivrance d'une information) et un autre sur l'efficacité du recours subrogatoire (insolvabilité irrémédiable du débiteur). Entre le créancier et le débiteur, c'est le risque classique de l'insolvabilité réelle ou volontairement organisée qui persiste. Au surplus, l'on pourrait appréhender une complicité du tiers dans l'insolvabilité volontaire, mais le créancier disposerait d'instruments divers pour reconstituer le gage (action oblique, fraude paulienne). Ainsi, la transparence dans l'obligation d'information du tiers, au-delà de l'instrumentum (acte de saisie, signification), est une question d'intelligibilité de la finalité poursuivie. C'est-à-dire, la définition de l'information strictement utile à l'exécution et l'articulation des modalités d'acquisition avec les principes de proportionnalité et de cohérence (délai raisonnable).

196. Ensuite, l'information peut avoir un rôle régulateur en cas de pluralité de saisies (art. 74-77 AUPSRVE). En effet, le législateur exige de l'huissier de justice et du créancier saisissant d'informer les autres créanciers avec « avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite » (art. 75 al. 1) afin d'organiser la distribution des deniers après la vente. Cette information cherche à déterminer le montant des créances respectives et à sanctionner l'inertie de quelques créanciers (art. 75 al. 4 et 76 al. 2). Même si l'information requise parait avoir une finalité procédurale, l'on ne peut nier son impact substantiel sur l'exécution[611]. Le créancier négligent est atteint

[609] J-M. DELLECI, « Secret bancaire et procédure civile d'exécution », in *Gazette du Palais*, 29 juin 2004 n°181, p. 21. Cette étude est intéressante en ce qu'elle pose un principe de concordance entre les informations requises et celles pouvant être données. En outre, elle souligne la particularité de certains tiers, ce qui rend plus complexe l'existence d'un régime homogène de traitement des tiers dans l'exécution.

[610] M. DYMANT, « Procédures civiles d'exécution, obligation de réponse immédiate du tiers saisi », in *Gazette du Palais*, 09 décembre 2000 n°344, p. 10.

[611] J-P. SENECHAL, « Distribution par contribution », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 avril 1994 n°8, p. 568.

dans l'efficacité de son recouvrement, ne pouvant prétendre qu'à l'éventualité d'un solde. Ainsi, la circulation de l'information remplie un objectif informationnel et une finalité d'équité dans l'exécution (le principe d'égalité des créanciers dans l'exécution est ainsi réaffirmé dans sa dimension théorique.

L'information dans l'exécution est un critère de validité, de sélection et de légitimité dans tous les actes y relatifs. Elle fait circuler la sécurité juridique en associant à chaque fois un équilibre entre la finalité de l'exécution et les événements affectant sa mise en œuvre. Ainsi, son implémentation est fortement assurée par le formalisme qui préside à l'exécution forcée.

Section 2 – La transparence et la prévisibilité de la saisie

197. Le formalisme est un procédé qui indique un dépassement du contexte idéologique des techniques d'exécution pour s'attacher à la structure de l'exécution forcée. Il s'attarde sur le contenu de l'exécution, mais c'est plutôt sa mise en place et son maintien qui importent. C'est une expression assez singulière des fonctions de la saisie dans l'exécution. Celles-ci sont variables et déterminent souvent l'intensité de la contrainte ou la nature de l'atteinte qui sera faite sur le patrimoine du débiteur ou de son obligé. Nous essayerons de comprendre la prise en charge de la sécurité juridique par le législateur et le juge à travers les effets produits par les différentes saisies. Auparavant, il convient d'évaluer le rapport entre la transparence et les diverses saisies grâce au révélateur du formalisme[612]. Ainsi, il s'agira de l'apprécier à travers la summa divisio entre les saisies conservatoires (§1) et les saisies exécutoires (§2).

§ 1 – La variabilité des saisies à l'épreuve d'un formalisme protecteur

198. La saisie qu'elle soit conservatoire ou exécutoire est soumise à un ensemble de règles organisant la conformité entre l'instrumentum et le negotium[613] pour les besoins d'une sécurité juridique objective. Cette conformité est garantie par

[612] L'évolution de l'interface entre les acteurs de la vie juridique a conduit le législateur à admettre une équivalence fonctionnelle entre l'écrit classique et l'écrit électronique même pour les actes de procédure (Décret 10 août 2005 pour les actes des notaires et des huissiers de justice).

[613] C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 207. L'auteur indique que l'interprétation porte à priori sur l'instrumentum seul accessible, mais relève la prise en compte du negotium pour mieux appréhender le premier. Dans notre conception du droit de l'exécution, il y a une juxtaposition entre les deux, car l'intention de recouvrer la créance doit recouper avec les actes posés pour y arriver selon la forme d'exécution choisie. Autrement, l'erreur dans la procédure met en échec la tentative du créancier.

l'existence d'un formalisme strict, qui en plus de conditionné la validité des actes de procédure, a une vertu protectrice pour le débiteur. Ainsi, il s'étend à l'acte de saisie conservatoire à travers sa transparence (A) et à l'acte de saisie exécutoire pour accentuer la protection du débiteur (B).

A. L'acte de saisie conservatoire et la transparence du formalisme

199. Position du problème. Les saisies conservatoires constituent une réponse à l'existence d'un péril imminent sur le recouvrement, du moins c'est ce qui ressortait des dispositions de l'art. 401 CPC. Aujourd'hui cette finalité n'a pas disparu pour autant avec la réforme OHADA[614]. Les saisies conservatoires sont encore un moyen de préserver le gage général des créanciers. Toutefois, la législation communautaire a simplifié la catégorisation des saisies conservatoires et élargi son domaine aux biens incorporels[615]. Les principes de mise en œuvre des saisies conservatoires sont restés assez souples pour permettre une meilleure protection des intérêts du créancier[616]. Ainsi, la question qui nous préoccupe est de savoir comment le formalisme qui prévaut à la saisie conservatoire peut être interprété comme un instrument assurant la prévisibilité de l'exécution à travers l'objectif de transparence.

200. En considérant la régularité de la créance acquise, nous allons raisonner sur l'hypothèse de l'acte juridique signifiant au débiteur la mesure conservatoire (information et opération de saisie comprises) et l'assiette des biens pouvant être appréhendés. Sur le premier terme de notre hypothèse, le formalisme garanti la sécurité juridique des parties de manière simultanée. D'une part, la signification du titre au débiteur permet de l'informer sur l'exécution en l'invitant à éteindre volontairement la dette. D'autre part, le procès-verbal de saisie assure la traçabilité des biens saisis (pluralité de saisie, procédure d'exécution définitive sur un bien saisi) et dans certaines conditions offre l'opportunité au débiteur d'obtenir la mainlevée. Sur le second terme, l'assiette de la saisie est un indicateur de l'orientation de la politique législative et de son effectivité. Si la nouvelle législation

[614] N. DIOUF, *Le recouvrement des créances et les voies d'exécution*, op. cit., p. 19.

[615] Le chapitre V, titre II du second livre AUPSRVE intitulé « La saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières » contient les articles 85 et s. qui explicitent le principe et la procédure de saisie des biens incorporels dans le nouveau droit communautaire.

[616] Les conditions tenant aux parties, à la créance et à l'intervention préalable du juge sont définies aux art. 54 et s. AUPSRVE. Nous avons précédemment (section 1 du présent chapitre) évoqué l'incidence de la souplesse des conditions de mise en œuvre des saisies conservatoires sur la sécurité juridique.

promeut une meilleure sécurité juridique dans le monde des affaires, l'assiette de la saisie conservatoire devra suivre la tendance. C'est l'occasion de confronter les différentes dispositions de la loi pour vérifier la cohérence entre ce qui est dit et ce qui se pratique.

La transparence sera utilisée comme révélateur de la valeur du formalisme posé par le législateur et comme instrument de mesure de la cohérence du discours sur la sécurité juridique. Elle s'affirme, en effet, comme un postulat du contrôle de l'effectivité des moyens de protection de l'intérêt général et de ceux des parties dans l'exécution forcée.

201. Le contenu du formalisme de la saisie conservatoire. Il faut distinguer la notification de la mesure conservatoire au débiteur qui n'appelle pas un examen particulier, des actes se rapportant à l'opération matérielle. En effet, non seulement il est possible d'agir sans titre exécutoire mais le dispositif inclut l'incertitude sur la créance[617] ou son montant au moment de la saisine du juge. C'est donc les actes établis au moment de la saisie ou postérieurement (si le débiteur n'est pas présent au moment de la saisie par exemple) qui sont directement visés par le formalisme. L'art. 64 AUPSRVE (l'art. 77 AUPSRVE pour la saisie conservatoire de créance) énonce les mentions qui doivent figurer sur le procès-verbal sous peine de nullité[618].

[617] CA Dakar, 23 juin 2000 (arrêt n°282), publié au *Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution*, le juge n'est pas dans l'obligation de cherché « un principe certain de créance ».

[618] Après avoir rappelé au débiteur qu'il est tenu de lui indiquer les biens qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure et de lui en communiquer le procès verbal, l'huissier ou l'agent d'exécution dresse un procès-verbal de saisie qui contient, à peine de nullité :

1) *la mention de l'autorisation de la juridiction compétente ou du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée ; ces documents sont annexés à l'acte en original ou en copie certifiée conforme ;*

2) les noms, prénoms et domiciles du saisi et du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social ;

3) élection de domicile dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie si le créancier n'y demeure pas ; il peut être fait, à ce domicile élu, toute signification ou offre ;

4) la désignation détaillée des biens saisis ;

5) si le débiteur est présent, sa déclaration au sujet d'une éventuelle saisie antérieure sur les mêmes biens ;

6) la mention, en caractères très apparents, que les biens saisis sont indisponibles, qu'ils sont placés sous la garde du débiteur ou d'un tiers désigné d'accord parties ou, à défaut par la juridiction statuant en matière d'urgence, qu'ils ne peuvent être ni aliénés ni déplacés, si ce n'est dans le cas prévu par l'article 97 ci-dessous, sous peine de sanctions pénales, et que le débiteur est tenu de faire connaître la présente saisie à tout créancier qui procéderait à une nouvelle saisie sur les mêmes biens;

7) la mention, en caractères très apparents, du droit qui appartient au débiteur, si les conditions de validité de la saisie ne sont pas réunies, d'en demander la mainlevée à la juridiction compétente du lieu de son domicile ;

8) la désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les autres contestations, notamment celles relatives à l'exécution de la saisie ;

Toutefois, une lecture d'ensemble des articles organisant la saisie conservatoire exprime le souci du législateur d'accorder à certaines mentions une importance décisive pour la sécurité juridique. Partant de ce constat, deux séries de conséquences sont attendues du formalisme en termes de transparence dans la saisie conservatoire.

202. La première catégorie renvoie à un formalisme substantiel qui tient au contrôle de légalité de l'exécution demandée par le créancier. À vrai dire, il s'agit d'un contrôle minimal de légalité quant au fondement de l'exécution et d'un contrôle plus strict quant à l'acte de saisie en soi[619]. En effet, la disposition législative se focalise sur la régularité de la mesure de contrainte qui touche le patrimoine du débiteur. On peut le percevoir à deux moments au moins. D'abord, c'est la validité intrinsèque de l'acte de saisie qui ressort de la lecture de certaines mentions exigées (al. 1-4, 7-8 et 10 de l'art. 64 AUPSRVE). Le législateur impose à l'agent d'exécution d'indiquer au débiteur la cause de l'exécution, la créance et les actes de procédure. L'idée est que l'effet recherché limite la liberté du débiteur sur l'exploitation de l'intégrité de son patrimoine. Aussi, le rapport entre la protection du droit subjectif de l'une des parties avec le recours à l'*imperium* du juge doit se présenter sous des formes qui légitiment l'action en rendant prévisible l'enchaînement des conséquences attendues. La finalité du formalisme[620] de validité dans cette situation étant de rendre opérationnelle l'exécution forcée. L'intervention de l'huissier de justice dans la réalisation du procès-verbal de saisie conservatoire est, à cet égard, significative[621]. Il en résulte que la fonction première du formalisme est une volonté de contrôle de l'exécution. Aussi, la nullité qui sanctionne l'inobservation des conditions de validité du procès-verbal de

9) l'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles doivent apposer leur signature sur l'original et les copies ; en cas de refus, il en est fait mention dans le procès verbal ;
10) la reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournement d'objets saisis ainsi que de celles des articles 62 et 63 ci-dessus.

[619] A. GUEDJ, « Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence », in *Petites Affiches*, 27 avril 2000 n°84, p. 4. Même si l'article traite d'un problème de compétence par rapport aux actes d'une personne publique, c'est l'intervention du juge judicaire dans le contrôle de légalité qui nous intéresse.

[620] J-L. AUBERT, « Le formalisme : rapport de synthèse », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 août 2000 n°15-16, p. 931. L'auteur analyse le rôle du formalisme dans l'environnement contractuel actuel avec l'usage des plates-formes virtuelles et essaie de montrer une modulation des finalités assignées au formalisme avec les nouvelles techniques de transaction. On n'exclut pas que dans le cadre de l'exécution, que le législateur envisage la dématérialisation de certains actes.

[621] P. MALAURIE, « Regards sur le formalisme en droit privé », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 mars 2005 n°6, p. 481.

saisie reflète la valeur de ce formalisme particulier. Selon certains auteurs, la valeur de ce formalisme fait référence à un besoin de protection de la partie faible dans un rapport juridique[622]. Cette position est acceptable dans l'exécution, si et seulement si, la vulnérabilité devient le fondement de cette exigence. En effet, elle permet de renforcer ou d'assouplir la sanction du formalisme en tenant compte des circonstances propres à chaque situation juridique. Le traitement de l'endettement des particuliers requiert un formalisme plus rigoureux que celui d'un professionnel averti. Seulement, la politique législative joue un rôle interprétatif assez important dans l'intégration de la vulnérabilité économique ou sociale dans le recouvrement des créances. C'est à la fois, le caractère temporaire de la mesure et sa portée sociale qui paraissent justifier la rigueur du formalisme choisi par le législateur de l'OHADA.

203. Le tribunal régional de Dakar rappelle, par ordonnance de référé, que l'efficacité de la saisie conservatoire n'est pas subordonnée à la dépossession des biens[623]. Celle-ci est plutôt espérée de certaines mentions qui figurent sur le procès verbal de saisie (al. 5-7 et 9 de l'art. 64 AUPSRVE). Le législateur a le souci d'organiser la succession dans le temps des saisies conservatoires et la conservation des biens saisis. A cette fin, l'agent d'exécution met le débiteur face à ses responsabilités grâce à un formalisme oral/écrit interactif[624]. Dans ce cas, c'est le débiteur qui assume la stabilité de la situation créée par la nouvelle saisie en administrant la preuve des saisies antérieures. C'est l'une des modalités de mise en cohérence des poursuites individuelles dans le cadre d'une exécution non collective[625]. Si l'on considère l'oralité d'une partie du formalisme de la saisie, l'on ne peut s'empêcher d'en rechercher la raison et la fonction. Elles peuvent être utiles

[622] G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 août 2000 n°15-16, p. 880. Le formalisme de protection concerne surtout les contrats conclus par les professionnels avec les consommateurs. Il semble que cette présomption de déséquilibre initial entre les parties se prolonge dans l'exécution et tend à se généraliser à cause de la vulnérabilité du débiteur.

[623] TRHC Dakar, 06 mai 2002 (ord. Référé), in *Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution*, p. 72-74. Le juge décide d' « *ordonner la restitution sous astreinte de trente mille (30000) francs par jour de retard (…) des biens saisis (…) selon procès verbaux des 30 mai et 20 juillet, les effets de la saisie restant naturellement maintenus* ».

[624] Art. 65 al. 1 AUPSRVE.

[625] Dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif, cette question peut se poser pour les créanciers postérieurs dans l'exercice de leur droit de poursuite individuelle. Voir, M-B. EVA, « Créanciers postérieurs privilégiés : toujours le prix de la course », note sous arrêt Cass. com. 07 septembre 2010 (pourvoi n°09-66595), in *l'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 01 octobre 2010 n°9, p. 2.

dans un contexte particulier (analphabétisme de certains débiteurs), mais nous préférons envisager la fonction préventive de cette précaution. En effet, il s'agit d'insister sur le binôme protection/responsabilité du débiteur pour la garde des biens saisis et l'exercice des recours. Par ailleurs, les questions de preuve et surtout de transparence dans la saisie sont abordées. Dans cet ordre d'idées, le premier enjeu du formalisme est d'aménager les contestations susceptibles de s'élever afin de consolider la mesure conservatoire. Le principe du contradictoire (al. 7-8 art. 64 AUPSRVE) servant à atteindre les objectifs de légitimité, transparence et régularité de la saisie conservatoire.

204. Du point de vue de la preuve, les enjeux sont multiples. Si la mise en demeure n'avait pas précédée la saisie, l'intervention de l'agent d'exécution vaut invitation à l'exécution volontaire de la créance échue[626]. Cette phase de la saisie conservatoire réaffirme le caractère transitoire de la mesure entre sa vocation incitative au paiement volontaire et un préalable à l'exécution forcée des créances. Ici, le formalisme probatoire se rapporte à la certitude de la créance, l'acte de saisie conservatoire pourrait simplement s'assimiler à une mise en demeure quasi solennelle. En outre, la remise d'une copie du procès verbal aura un impact probatoire certain dans la course que se livrent les créanciers pour la distribution des deniers, en plus de son rôle probatoire spécifique à la procédure d'exécution en cours. Le formalisme est celui d'un acte de procédure utilisé comme preuve de réalisation de la saisie[627]. Il incombe à l'agent d'exécution de faire respecter le formalisme et d'assurer la sécurité juridique des deux parties. Le législateur lui confère la conduite des opérations de saisie (art. 41 et s. AUPSRVE) incluant l'établissement de certains actes de procédure et leur signification aux destinataires prévus. Cette conception de sa compétence traduit l'évolution du formalisme vers une dynamique adaptée à chaque type de recouvrement selon la finalité qui est poursuivit. Dans les saisies conservatoires, l'indisponibilité des biens sans dépossession nécessite une traçabilité accrue des éléments du patrimoine servant de garantie. Cette transparence ne peut être trouvée que dans ce formalisme probatoire qui indique les biens saisis (et leur situation juridique au moment de la

[626] L. DUONG, « L'exécution d'une décision exécutoire à titre provisoire aux risques du créancier poursuivant », op. cit., p. 10 et s.
[627] G. DEHARO, « La nature des actes d'huissier de justice », op. cit., p. 2 et s.

saisie) en déterminant les conditions de leur garde (risque). De même, si la saisie a lieu entre les mains d'un tiers, le formalisme de protection est étendu à ce dernier (art. 67 AUPSRVE).

205. Le procès verbal, en raison de la sécurité juridique des parties, sert également à la publicité de la mesure conservatoire (art. 64 al. 1 et art. 65 al. 2 AUPSRVE). Ainsi, le débiteur est tenu de le communiquer à tout nouveau saisissant par l'entremise de son agent d'exécution. Puisque la saisie conservatoire est une mesure temporaire, la publicité des actes de procédure[628] est nécessaire à la stabilité des situations issues de cette dernière. En effet, le jeu de course entre les créanciers suppose que les règles soient transparentes et que les informations touchant au gage général puissent être partagées. La publicité des saisies antérieures concernent l'opposabilité des situations créées et détermine l'efficacité de la saisie en cours. Ainsi, la prétention que chaque créancier fait valoir sur le patrimoine du débiteur est saisie par le formalisme probatoire de l'art. 64 al. 6 AUPSRVE. La publicité de la saisie conservatoire sert également de preuve d'une propriété sur la valeur des biens saisis[629]. Cet aspect particulier du formalisme vise spécialement l'égalité des créanciers dans l'exécution.

206. Au sens formel, les exigences de forme qui accompagnent les saisies conservatoires tendent à restaurer deux principes importants dans le droit de l'exécution : la transparence et l'égalité. Le législateur désigne les mentions qui doivent gérer les rapports entre la créance et ses sujets et la créance avec le temps. D'une part, le formalisme constitue un moyen de centraliser les informations utiles sur la régularité de la situation juridique et de l'acte dont il est le support. A ce stade, la fonction protectrice du formalisme s'affirme tant pour le créancier que pour le débiteur. D'autre part, le formalisme transcende la variabilité des circonstances de saisie (avec ou sans titre exécutoire, avec ou sans autorisation judiciaire) pour s'identifier en un instrument de contrôle de l'exécution. C'est la fonction régulatrice du

[628] J-M. DESPAQUIS, « Hypothèque judiciaire provisoire, répétition de l'indu et égalité des créanciers », note sous arrêt Cass. com. 12 mai 2009 (pourvoi n°08-11421), in *Petites Affiches*, 17 juin 2010 n°120, p. 20.

[629] A. RABAGNY, « Le transfert et la preuve de la propriété : aperçu historique », in *Petites Affiches*, 21 novembre 2002 n°233, p. 4. L'intérêt de ce survol historique est de situer l'importance du formalisme dans la preuve de la propriété. Aussi dans le domaine de l'exécution, outre la preuve de la créance contre le débiteur, le saisissant devra prouver aux autres créanciers ses prétentions pour augmenter ses chances de recouvrer son du.

formalisme qui émerge en permettant de sauvegarder les principes fondamentaux de l'exécution. Aussi, c'est l'opposabilité de la saisie qui techniquement servira à garantir la protection de chaque créancier. Le débiteur est le principal vecteur de la publicité des saisies intervenues. Cette position conforte la vocation unitaire du formalisme qui privilégie la facilitation de l'exécution objective des créances[630] ; les saisies exécutoires n'échappant pas à la règle.

B. Les actes de saisie exécutoire et la finalité protectrice du formalisme

207. Les données du problème. Les saisies exécutoires sont caractérisées par leur extrême diversité. Le législateur OHADA, tout en respectant la division traditionnelle entre les saisies mobilières et la saisie immobilière, a essayé de renforcer la transparence dans l'exécution en articulant la protection des créanciers et du débiteur autour du formalisme des opérations de saisie. La finalité étant de satisfaire le créancier à travers la mesure d'exécution, l'on constate une autre division possible qui favorise l'exécution en nature ou par équivalent (le cas de la saisie appréhension pouvant se prêter au deux). Au-delà du résultat, c'est le processus qui mène au paiement (vente ou délivrance du bien saisi) qui fait ressortir la problématique du formalisme. A cet effet, il convient de souligner que le développement des pratiques professionnelles dans le milieu du recouvrement des créances[631] pose incontestablement le problème de la valeur effective du formalisme dans les saisies exécutoires. A ce niveau, le législateur prend position en permettant au débiteur de soulever la nullité de toute procédure qui ne respecte pas les formes prévues. Ce qui permet d'évaluer l'intention du législateur par rapport à la finalité de transparence dans l'exécution comme une des modalités de la sécurité juridique. D'une part, les différentes saisies exécutoires ont une certaine identité en considération des mentions obligatoires. D'autre part, une finalité protectrice commune est perceptible dans les aspects spécifiques au formalisme de chaque saisie.

208. Par ailleurs, la régularité des opérations de saisies exécutoires exerce son influence sur les degrés du formalisme. Dans un premier temps, un formalisme

[630] B. ROLLAND, « La lenteur de la faillite rattrapée par la rapidité de la course : réflexions sur l'annulation de l'article 173 du décret 27 décembre 1985 », in *Petites Affiches*, 03 octobre 2000 n°197, p. 9.
[631] J-C et S. WOOG, M-C. SARI, *Stratégie contentieuse du créancier*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2006.

informatif strict est aménagé pour la protection du débiteur et des tiers saisis. C'est principalement la dénonciation de la saisie au débiteur ou sa signification au tiers. L'objectif est d'allier la transparence à l'efficacité de la saisie tout en favorisant une exécution amiable. Ensuite, que ce soit dans la vente ou la délivrance des objets saisis, le législateur prévoit un échelon supplémentaire dans le formalisme. Ce dernier assure une fonction de pacification des rapports entre les différents créanciers mais également une résurgence des attributs de la propriété pour le débiteur au moment de la cession. Enfin, un formalisme particulier aux contestations de fond affectant les saisies.

209. La relation entre le formalisme et la saisie immobilière est plus explicite. Le législateur l'a directement assujettie à l'ordre public. Ceci est sans doute expliqué par la situation juridique spéciale de l'immeuble par rapport au patrimoine du débiteur : la valeur pécuniaire et la fonction de domicile. Mais la dernière occurrence soulève plus le fondement moral du formalisme de la saisie immobilière. Ainsi, l'observance des formes prescrites est plus contraignante. La valeur du formalisme est éminemment protectrice et rejoint sur ce point précis la finalité globale qui gouverne les saisies exécutoires.

210. L'identité des saisies exécutoires quant au contenu des actes de procédure. La première manifestation de l'identité des saisies dans le cadre de l'exécution est la cause de la saisie exécutoire. Il s'agit d'appréhender le patrimoine du débiteur pour le recouvrement de la créance. Aussi, le formalisme de chaque type de saisie exécutoire est dirigé vers cet objectif qui poursuit la transparence dans l'action de l'agent d'exécution et la régularité dans l'atteinte des droits du débiteur sur son patrimoine. Ainsi, cette identité de cause[632] permet de réduire les spécificités des différentes saisies et d'évoquer directement la fonction du formalisme comme outil de sauvegarde de la sécurité juridique. Nous allons, principalement, nous appuyer sur la saisie-vente qui semble être l'archétype de la saisie exécutoire (art. 95 AUPSRVE). Ainsi, le législateur indique d'emblée l'importance de la notification de l'intention de contraindre le débiteur sur son patrimoine. Il y procède par une sorte de stratification des actions à mener par le créancier ou son représentant. Cependant, la succession

[632] S. FROMONT, M. VIVIANO, « La cause juridique dans le contentieux du recouvrement des créances de l'Etat : A propos de l'arrêt ARERS », in Petites Affiches, 05 juillet 1996 n°81, p. 24.

des actes, tout en paraissant simple, ne préfigure pas un déterminisme qui conduit vers une plus grande prévisibilité du paiement. Dans notre hypothèse d'analyse, c'est le cas de la procédure du commandement de payer qui est en soi formaliste[633]. A son sujet, la doctrine essaie de cerner son rôle dans le processus d'exécution et son influence sur la protection des droits de chaque partie au recouvrement[634]. Seulement, quand on observe le contenu du formalisme du commandement, il apparaît que son rôle protecteur s'exerce dans les deux sens. Le délai fixé permet au créancier d'envisager éventuellement une exécution en nature, tandis que le débiteur peut encore se soustraire à la contrainte. Sur la créance, en elle-même, le commandement s'assimile à une mise en demeure qui renvoie à la notion d'exigibilité de la créance. C'est en réalité la cause objective de la saisie exécutoire qui suppose qu'il existe une défaillance du débiteur.

211. Concernant le contenu de l'acte de saisie-vente, l'article 100 AUPSRVE indique les mentions obligatoires[635]. L'analyse de celles-ci montre la présence des

[633] Aux termes de l'art. 92 AUPSRVE : *La saisie est précédée d'un commandement de payer signifié au moins huit jours avant la saisie au débiteur, qui contient à peine de nullité:*
1) mention du titre exécutoire en vertu duquel les poursuites sont exercées avec le décompte distinct des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux des intérêts;
2) commandement d'avoir à payer la dette dans un délai de huit jours, faute de quoi il pourra y être contraint par la vente forcée de ses biens meubles.

[634] M. et J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédure de distribution*, op. cit., p. 244-245. Les auteurs considèrent que le commandement est un acte préparatoire de la saisie et n'en fait pas partie de manière substantielle.

[635] Ainsi, aux termes de l'art. 100 : L'huissier ou l'agent d'exécution dresse un inventaire des biens. L'acte de saisie contient, à peine de nullité:
1) *Les noms, prénoms et domiciles du saisi et du saisissant ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs forme, dénomination et siège social; l'élection éventuelle de domicile du saisissant ;*
2) La référence au titre exécutoire en vertu duquel la saisie est pratiquée ;
3) la mention de la personne à qui l'exploit est laissé ;
4) La désignation détaillée des objets saisis ;
5) Si le débiteur est présent, la déclaration de celui-ci au sujet d'une éventuelle saisie antérieure des mêmes biens ;
6) la mention, en caractères très apparents, que les biens saisis sont indisponibles, qu'ils sont placés sous la garde du débiteur, qu'ils ne peuvent être ni aliénés ni déplacés, si ce n'est dans le cas prévu par l'article 97 ci-dessus, sous peine de sanctions pénales, et que le débiteur est tenu de faire connaître la présente saisie à tout créancier qui procéderait à une nouvelle saisie des mêmes biens ;
7) l'indication, en caractères très apparents, que le débiteur dispose d'un délai d'un mois pour procéder à la vente amiable des biens saisis dans les conditions prévues par les articles 115 à 119 ci-après ;
8) La désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les contestations relatives à la saisie-vente ;
9) L'indication, le cas échéant, des noms, prénoms et qualités des personnes qui ont assisté aux opérations de saisie, lesquelles devront apposer leur signature sur l'original et les copies; en cas de refus, il en est fait mention dans le procès verbal ;
10) La reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournements d'objets saisis ainsi que de celle des articles 115 à 119 ci-après ;

trois fonctions classiques du formalisme : la validité de l'acte, sa publicité et son instrumentalisation comme moyen de preuve[636]. A chaque niveau d'exigence, le formalisme contribue à renforcer la transparence dans l'exécution. Aussi, l'intérêt de la réflexion est de vérifier si la transparence est un bon indicateur de sécurité juridique par le biais du formalisme.

212. Pour la validité de la saisie pratiquée, le législateur utilise la sanction traditionnelle des actes juridiques irréguliers (art. 100 al. 1 AUPSRVE). L'agent d'exécution est tenu, en tant que professionnel du droit, d'assumer en partie cette charge avec le créancier. Cette validité suppose établie la démonstration du lien juridique contraignant qui unit les sujets actif et passif du rapport d'exécution (elle souligne également l'importance du fondement de l'action en nullité du débiteur). Elle est doublement actée dans le processus de la saisie-vente. D'abord, la présence du titre exécutoire dans l'acte de saisie permet au plan formel de constater le fondement de la contrainte (art. 100. 2 AUPSRVE). Ensuite, l'agent d'exécution y procède oralement en invitant le débiteur à s'exécuter (art. 99 AUPSRVE). Le dédoublement du formalisme dans sa manifestation indique la solennité de la procédure dans sa symbolique sociale et la complexité pratique de l'exécution forcée sur les biens[637]. Sous l'angle de la sécurité juridique, c'est la combinaison d'un critère organique (la présence de l'agent d'exécution) et d'un critère matériel (les mentions obligatoires) qui garantit la transparence du processus ; la nullité des actes de procédure paraissant comme un instrument ultima ratio. D'ailleurs, dans une décision du 14 avril 2005, la Cour de cassation rappelle les conditions d'admissibilité de la nullité des actes de procédure[638]. Donc en dehors de tout contentieux, c'est surtout une question de pratique professionnelle qui assure la formalisation d'un besoin de transparence dans l'exécution. D'un point de vue axiologique, on pourra toujours voir

11) La reproduction des articles 143 à 146 ci-après.

[636] C. CASTETS-RENARD, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006 n°20, p. 1529.

[637] D. DESURVIRE, « Saisir parfois même l'insaisissable, piège ou gageure », in *Petites Affiches*, 19 décembre 1994 n° 151. L'auteur souligne à propos du formalisme que « le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 par son importance, suscita dès sa publication l'inquiétude parmi les professionnels et praticiens tant le formalisme procédurier du rédacteur est minutieux, voire déborde quelquefois du cadre législatif de la réforme du 9 juillet 1991 ».

[638] Cass. Civ. 2ème, 14 avril 2005, Macaire/ Compagnie de financement foncier (pourvoi n°03-16682), in *Gazette du Palais*, 08 novembre 2005 n°312, p. 17.

dans la pléthore de précautions formalistes une survivance de la philosophie humaniste du droit de l'exécution.

213. La publicité de la mesure d'exécution est acquise avec la remise d'une copie du procès-verbal de saisie au débiteur ou au tiers saisi (101-102, 110-111 AUPSRVE). La signification de l'acte de saisie est surtout une mesure d'opposabilité des opérations effectuées par l'agent d'exécution. Non seulement, elle permet d'indiquer les biens indisponibles dans le patrimoine du débiteur, mais encore d'avoir une connaissance de la situation juridique des biens en question. A cet effet, l'opposabilité de la saisie pratiquée aux futurs créanciers saisissants s'accorde avec l'impératif de transparence dans la prévisibilité du paiement. Ainsi, la Cour d'Appel de Dakar a décidé d' « ordonner la suspension de la procédure de saisie exécution jusqu'à l'intervention de la décision sur la demande en distraction d'objets saisis » dans une affaire tranchée le 04 janvier 2001[639]. Cette jurisprudence épouse la logique du législateur insistant sur l'articulation temporelle des saisies. De la sorte, l'agent d'exécution s'assure des saisies antérieures auprès du débiteur ou du tiers saisi. Cette position est fondamentalement en adéquation avec la règle coutumière qui veut que le paiement soit le prix de la course. En définitive, la publicité, de par son formalisme, joue un rôle actif dans la protection des intérêts des parties.

214. Dans un système probatoire dominé par l'écrit, l'établissement du procès-verbal de saisie exécution est, sans doute, la traduction d'une approche positiviste du problème. Dans un sens absolu, le formalisme probatoire qui est attaché à l'acte de l'agent d'exécution est une manifestation de l'effectivité du droit à l'exécution du créancier. En effet, il matérialise l'exercice de la contrainte (présence aussi du titre exécutoire qui lui sert de fondement) et la stabilité du lien d'exécution (le patrimoine du débiteur joue toujours son rôle de gage général des créanciers). Ainsi, la réalisation des droits du créancier à travers le formalisme probatoire du procès-verbal ne peut être contrariée qu'avec une preuve évidente. Le Tribunal régional hors classe de Dakar le rappelle dans une décision rendue le 03 juillet 2001 à propos d'une action en distraction[640]. La combinaison des al. 4 et 5 de l'art. 100 AUPSRVE permet de voir le système de gestion de la preuve dans la propriété des biens

[639] CA Dakar, 2 ch. 04 janvier 2001, in Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution, pp. 87-89.
[640] TRHC Dakar, 03 juillet 2001, Marcel Xavier VENN/ BICIS, in *Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution*, pp. 97-99.

saisissables. Il se fonde particulièrement sur une présomption de propriété en raison de leur présence dans le domicile du débiteur ou du tiers saisi, ce qui sied à l'adage « en matière de meuble, possession vaut titre ». Mieux encore, la transparence va jusqu'à interpréter et sanctionner le silence du tiers dans l'établissement du procès-verbal de saisie. Aux termes de l'art. 108 AUPSRVE, le tiers est « prévenu » des sanctions attachées à son silence. Ainsi, le tribunal régional hors classe de Dakar a condamné un employeur au paiement des causes de la saisie pour son refus de coopération avec l'agent d'exécution par une décision en date du 02 janvier 2002[641]. Au total, l'objectif de transparence même s'il n'est pas directement visé par le législateur contribue à l'efficacité de l'exécution autant sur l'exercice de la contrainte que sur la propriété des biens. Dans un climat de valorisation de l'assiette des saisies (biens matériels et immatériels), le formalisme probatoire renforce la fiabilité des actes de procédure quant à la consolidation du gage des créanciers. La propriété pose moins de problème pour les immeubles, pourtant le législateur est particulièrement insistant sur le formalisme de l'acte de saisie.

215. La spécificité de la saisie immobilière. Le législateur pose plusieurs conditions préalables à la saisie d'un immeuble. Celles-ci sont relatives aux règles de compétence[642] et à la situation juridique de l'immeuble à saisir[643]. Elles donnent un aperçu du formalisme complexe qui est celle de la saisie immobilière. La simplification du dispositif met en évidence deux moments qui rendent compte du besoin de sécurité dans l'aliénation de l'immeuble saisi ou à saisir. Il s'agit du formalisme du commandement d'une part et de celui du cahier des charges d'autre part. Pour comprendre le mécanisme, il suffit de considérer le contenu du commandement aux fins de saisie[644] et les méthodes préconisées pour réunir les

[641] TRHD, 02 janvier 2002, Mme Doris Vacherot/ Radio Nostalgie, in *Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution*, pp. 106-107.

[642] Globalement c'est la règle « lex rei sitae » qui est appliquée avec la possibilité d'une jonction des contentieux en présence d'un lien juridique ou économique évident ente les immeubles ciblés (art. 248-252 AUPSRVE). En France également, la Cour de cassation s'est assez nettement prononcée sur la question de la compétence en censurant la décision d'une Cour d'Appel de connaître du contentieux d'un incident de saisie (Cass. Civ. 3ème, 23 novembre 2005, pourvoi n°04-16422).

[643] L'art. 253 AUPSRVE prévoit que l'immatriculation de l'immeuble est obligatoire autant pour la signification du commandement (art. 254 AUPSRVE) que pour la vente de l'immeuble saisie (obtention du titre foncier) dans les pays qui rendent cette formalité nécessaire (tel est le cas du Sénégal).

[644] Aux termes de l'art. 254 AUPSRVE, le commandement aux fins de saisie immobilière doit contenir sous peine de nullité :

informations (art. 256 AUPSRVE). En effet, le législateur permet à l'agent d'exécution de mener une investigation avec la possibilité de recours à la force publique pour garantir l'intégrité du contenu de l'acte sollicité. A un double niveau, on constate la fonction protectrice du formalisme aussi bien pour le débiteur que pour le créancier. Concernant le débiteur, l'exigence du commandement est une garantie de la régularité du droit à l'exécution (la formalisation du mandat entre le créancier et l'agent d'exécution est très importante). Aussi, le TRHC, de Dakar dans sa décision rendue le 02 novembre 1999, exige que les conditions d'exercice d'une saisie exécutoire soient réunies pour que le commandement puisse prospérer[645]. La prérogative du créancier favorise l'exploitation du temps par le débiteur pour aboutir à une solution définitive ou ajuster sa stratégie de défense. Concernant le créancier, c'est la garantie d'appréhender un bien légitimement possédé par le débiteur ou de gérer les interférences entre paliers normatifs (art. 258 AUPSRVE pour les impenses effectuées sur un terrain affecté par décision administrative). A cette fin, la Cour de cassation précise dans un arrêt rendu le 01 juillet 2009 que la notion de bien possédé par un débiteur pour englober le cas d'une SCI non immatriculée[646]. Au total, la fonction principale du formalisme du commandement est la consolidation de l'assiette de la saisie et accessoirement la mise en demeure du débiteur défaillant. Dans cette circonstance, la spécificité de la saisie immobilière est moins visible étant donné que, globalement, toutes les saisies poursuivent le même objectif. Si l'on

---

1) *La reproduction ou la copie du titre exécutoire et le montant de la dette, ainsi que les noms, prénoms et adresses du créancier et du débiteur et, s'il s'agit d'une personne morale, ses forme, dénomination et siège social ;*
2) La copie du pouvoir spécial de saisir donné à l'huissier ou à l'agent d'exécution par le créancier poursuivant, à moins que le commandement ne contienne, sur l'original et la copie, le bon pour pouvoir signé de ce dernier ;
3) L'avertissement que, faute de payer dans les vingt jours, le commandement pourra être transcrit à la conservation foncière et vaudra saisie à partir de sa publication ;
4) L'indication de la juridiction où l'expropriation sera poursuivie ;
5) Le numéro du titre foncier et l'indication de la situation précise des immeubles faisant l'objet de la poursuite; s'il s'agit d'un immeuble non encore immatriculé, le numéro de la réquisition d'immatriculation; et, s'il s'agit d'impenses réalisées par le débiteur sur un terrain dont il n'est pas propriétaire, mais qui lui a été affecté par une décision d'une autorité administrative, sa désignation précise ainsi que la référence de la décision d'affectation ;
6) La constitution de l'avocat chez lequel le créancier poursuivant élit domicile et où devront être notifiés les actes d'opposition au commandement, offres réelles et toutes significations relatives à la saisie.

[645] TRHD, 02 novembre 1999 (jugement n°1631), in *Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution*, pp. 139-141.

[646] S. PIEDELIEVRE, « Une hypothèque peut être inscrite sur un bien d'une société civile non immatriculée », note sous arrêt Cass. Civ. 3ème, 01 juillet 2009 (pourvoi n°08-14762), in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 novembre 2009 n°19, p. 2069.

considère la fonction du formalisme de manière isolée, elle est identique dans tous les cas d'exécution où il existe. Autant dire que c'est la transparence de la contrainte judiciaire sur le patrimoine du débiteur qui est le gage de sécurité juridique par delà les pratiques qui peuvent différer d'un système juridique à l'autre[647].

216. Le second palier de formalisme dans la saisie immobilière concerne le cahier des charges qui accompagne la mise en vente du bien sous main de justice. Sa rédaction est sanctionnée à l'instar des actes de procédure par la nullité. Le contenu des mentions rappelle le processus de mise en œuvre de la contrainte et la voie choisie pour y mettre fin (la vente). Lorsqu'on analyse cette phase, il en ressort la même volonté protectrice du législateur à l'endroit des parties, mais également une complexité croissante de la procédure pour le créancier saisissant ou son agent d'exécution. En effet, le formalisme de validité du cahier des charges transfère formellement les risques d'échecs de l'exécution sur le créancier en exigeant une clarté rédactionnelle et une précision pointilleuse sur les détails de la saisie[648]. Les mêmes motifs guident également la publication du commandement.

§ 2 – L'extension des effets de l'acte de saisie sur le droit à l'exécution : les relations entre l'apparence et la transparence

217. Il existe un rapport certain entre le formalisme et l'apparence[649], entre la transparence et la stabilité des relations qui unissent le créancier et le débiteur autour de l'exécution. Les effets de la saisie qu'elle soit conservatoire ou exécutoire, permettent de mesurer la portée de l'objectivité[650] que le juge attache à

[647] Aux Etats-Unis par exemple il existe une multitude de règles concernant les saisies immobilières. Certaines sont plus soucieuses du formalisme protecteur des débiteurs que d'autres (Pennsylvanie, § 7.4 notice of intention to foreclose mortgage, PA Code). Les récentes affaires concernant la crise des « subprimes » (le foreclosure gate) est en train de promouvoir une réforme législative pour garantir une meilleure sécurité dans les saisies immobilières. Pour plus d'informations voir http://www.foreclosurelaw.org.

[648] Le décret du 27 juillet 2006 illustre bien la recherche de transparence dans la saisie immobilière comme l'un des axes de la refonte législative et comme principe unificateur du régime juridique de cette dernière (S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, op. cit., p. 344).

[649] La théorie juridique attache des effets à l'apparence qui peuvent parfois aboutir à la naissance d'une véritable prérogative individuelle (l'exemple de l'usucapion est assez illustrative de ce phénomène). Dans le domaine de l'exécution, le titre qui permet la mise en œuvre du droit à l'exécution est confronté à ce problème qui peut remettre en cause un droit que l'on pense acquis (titre provisoire), voir J-L BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 387 et s.

[650] L'objectivité invoquée est en réalité double, il s'agit de celle de la situation juridique litigieuse quant à la solution qui sera retenue et de celle liée au comportement du juge. Dans le premier cas, l'apparence de la prétention du créancier ne doit pas présager de l'issue du litige, dans le second cas, l'intervention du juge ne doit pas laisser subsister de doute sur son impartialité (sur ce dernier point,

l'appréhension du gage des créanciers. Cette recherche d'objectivité formelle et matérielle dans les effets de la saisie s'étend aussi bien à la saisie conservatoire (A) qu'aux saisies exécutoires (B).

A. L'effet de la saisie conservatoire sur l'exécution

218. Position du problème. Au-delà du contenu de l'acte de saisie, c'est l'effet juridique produit par la mesure conservatoire sur la situation patrimoniale du débiteur qu'il importe de considérer dans le processus d'exécution. Devant une saisie conservatoire, l'incertitude des qualifications juridiques offre des exemples de contraintes liées à la nature du bien saisi, ainsi en est t-il des navires[651], des bons de capitalisation[652]. Cependant, le droit commun pour l'essentiel tente d'organiser les conséquences pratiques de la saisie conservatoire autour de la situation juridique du bien et des suites à donner au droit à l'exécution. D'une part, la saisie conservatoire entraine une indisponibilité juridique du bien saisi et en trame de fond la question de la garde de ces derniers[653]. D'autre part, le droit à l'exécution du créancier reste attaché à la probabilité d'un paiement consécutif à la mesure conservatoire ou d'une conversion[654]. Toutefois, il serait opportun de s'intéresser à la situation assez particulière des immeubles, qui, virtuellement, peuvent renforcer la consistance du gage général des créanciers. D'emblée un principe d'exclusion des immeubles dans les saisies conservatoires s'impose[655]. Le juge sénégalais le rappelle dans une décision du 23 janvier 2001 en disqualifiant une saisie conservatoire d'impenses immobilières[656]. Mais c'est surtout l'éventualité d'une mesure judiciaire provisoire sur

---

voir P. FRAISSEIX, « L'apprentissage du droit à un procès équitable par les juges ordinaires français : le cas de l'obligation d'une apparence objective d'impartialité », in *PA* 22 juin 2000 n°124, pp. 12 et s.

[651] La saisie conservatoire de navire déroge au droit commun des saisies et l'apparence y joue un rôle assez important (les conditions liées à la créance ou au caractère urgent du recouvrement étant assouplies), voir sur cette question B. FAVAREL-VEIDIG, La saisie conservatoire de navire en droit français, in *Gazette du Palais*, 29 septembre 2005 n°272, p. 4 et s.

[652] A. REYGROBELLET, « Les bons de capitalisation : des créances dont on peut déterminer la propriété », in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 décembre 2008 n°12, p. 984.

[653] Les articles 64 et suivants de l'AUPSRVE posent le principe de l'indisponibilité des biens saisis et organisent l'information du débiteur ou du tiers saisi à cette fin.

[654] Les articles 69, 82 et 88 de l'AUPSRVE prévoient deux procédures de conversion : la saisie vente (les meubles, les droits d'associés et les valeurs mobilières) et la saisie attribution (les créances).

[655] M. DONNIER, J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 193.

[656] TRHC Dakar, jugement n°179 du 23 janvier 2001, in Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution, op. cit., pp. 66-68. Le juge tire sa motivation de l'abrogation de cette pratique par le droit uniforme OHADA et empêche une atteinte à l'exigence de sécurité juridique. Cette position jurisprudentielle règle formellement le risque de conflit qui existe entre la situation juridique réelle de l'immeuble et les droits apparents du débiteur sur celui-ci. Par ailleurs, la doctrine souligne de manière univoque la nature conservatoire d'une saisie immobilière pratiquée sur la base d'un titre exécutoire par provision (N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 196-197).

un immeuble comme garantie au paiement qui entretient un rapport pertinent avec l'exigence de sécurité juridique. Cette situation est illustrée par l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 mai 2009 à propos d'une hypothèque judiciaire provisoire[657]. Il ressort de l'analyse du juge que l'absence d'une inscription définitive de l'hypothèque justifiait l'action en répétition de l'indu introduite par le commissaire à l'exécution du plan[658]. Cette prise de position, bien qu'invoquant la règle de l'égalité des créanciers[659], met en exergue l'un des avantages de la plasticité du principe de sécurité juridique. Le formalisme qui accompagne la publicité définitive de l'hypothèque judiciaire provisoire permet d'établir la réalité des droits du créancier sur l'immeuble[660]. Ensuite, la sanction du défaut d'inscription définitive permet aux règles communes du droit de poursuite des créanciers de jouer. Pour l'essentiel, c'est la réaffirmation d'un encadrement du droit à l'exécution par un formalisme protecteur grâce à l'exigence de sécurité juridique. Sans méconnaître l'intérêt de l'évolution du droit des biens[661], le législateur a préféré se focaliser sur des considérations plus pragmatiques comme l'indisponibilité des biens saisis.

219. L'indisponibilité du bien saisi, garant de l'effectivité du droit provisoire à l'exécution ? La problématique de l'indisponibilité des biens saisis à titre conservatoire s'inscrit dans la recherche d'un équilibre entre l'incitation au paiement volontaire et la contrainte judiciaire[662]. Vis à vis de la sécurité juridique, l'indisponibilité suscite une réflexion sur sa portée juridique et technique dans l'arbitrage des intérêts du créancier et du débiteur.

---

[657] J-M. DESPAQUIS, « Hypothèque judiciaire provisoire, répétition de l'indu et égalité des créanciers » note sous arrêt C. cass. com. 12 mai 2009 (pourvoi n°08-11421), in *Petites Affiches*, 17 juin 2010 n°120, p. 20 et s.

[658] On aurait pu également envisager l'hypothèse d'une sanction par le juge de la négligence d'un professionnel du crédit. L'inexécution d'un acte conservatoire destiné à préserver un droit peut être considérée comme une faute inexcusable de la part du professionnel.

[659] J-E. KUNTZ, V. NURIT, « Le paiement des dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 mai 2011 n°2, p. 160.

[660] Le décret du 31 juillet 1992 prévoit un délai de deux mois pour y procéder. En outre, la publicité définitive permet de conférer à la créance une certitude définitive et fixe le rang dans l'ordre d'inscription.

[661] B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 mars 2009 n°5, p. 504.

[662] C'est en toute vraisemblance la position défendue par le droit OAHADA comme l'illustre la remarque de A-M. ESSI-ESSO « gêné par l'indisponibilité des biens qui résulte de la saisie conservatoire, le débiteur s'exécute volontairement » (in *Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 94.

220. Le concept d'indisponibilité doit être appréhendé afin d'éviter les difficultés inhérentes à son application dans la saisie conservatoire[663]. L'on peut avancer au moins deux critères dans la détermination du périmètre de l'indisponibilité. Un critère matériel se rapportant aux éléments du patrimoine qui font l'objet de la mesure d'indisponibilité et un critère personnel qui désigne les débiteurs d'une telle mesure[664]. La combinaison de ces critères, en occultant les aléas d'une approche conceptuelle univoque, traduit un souci de pragmatisme. Cette démarche est également justifiée par la hardiesse du juge dans le cantonnement des limites de l'indisponibilité[665]. Aussi, l'indisponibilité renvoie à une limitation temporaire des pouvoirs du débiteur sur ses biens.

221. L'indisponibilité apparaît comme une contrainte imposée au débiteur dans le souci de protéger le droit à l'exécution du créancier. Elle semble s'expliquer par le besoin de prévisibilité d'une exécution future en cas de confirmation de la situation apparente née de l'assouplissement des formalités de la saisie conservatoire[666]. En effet, il s'agit d'une technique de contrôle du temps juridique qui sépare le provisoire du définitif. En ce sens, l'exigence de sécurité juridique organise l'incidence technique de l'immobilisation du bien saisi sur la liberté du débiteur de gérer son patrimoine. Ce rapport s'effectue en deux temps, au sens de l'article 64 AUPSRVE, une interdiction d'aliéner ou de déplacer le bien saisi et la consécration d'un délit de détournement des biens saisis. L'on pourra observer une mise en cohérence du mécanisme de l'indisponibilité dans la saisie conservatoire. Dans un premier temps, le lien entre propriété[667] et indisponibilité est clarifié dans la mesure où, la disposition

[663] L'article 64 AUPSRVE ne donne pas une idée exacte de la notion d'indisponibilité et selon la matière en cause elle est susceptible de recevoir un contenu variable (voir O. SALVAT, « La saisie-attribution d'une créance de somme d'argent indisponible », in *PA*, 19 avril 2001 n°78, p. 4).

[664] Cette question est largement débattue en doctrine, elle permet de faire la distinction entre l'indisponibilité et l'insaisissabilité d'une part, et renseigne sur l'étendue des biens pouvant faire l'objet d'une saisie conservatoire (voir, P. Le Cannu « Saisies de valeurs mobilières : vers des techniques autonomes », in Bulletin Joly Sociétés, 01 septembre 1991 n°9, p. 779 ; A. CROSIO, « Les mesures conservatoires », in *PA*, 16 mai 1994 n°58 ; R. MARTY, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens », in *PA*, 21 novembre 2000 n°232, p. 4).

[665] P. GILLES, « Le nantissement consenti sur des valeurs mobilières indisponibles est valable si cette indisponibilité est temporaire », note sous Cass. com. 30 septembre 2008 (pourvoi n°07-12768), in *l'Essentiel Droit des contrats*, 01 novembre 2008 n°5, p. 6.

[666] Sur cette question, v. M. DONNIER, J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 176 et s.

[667] Cette précision s'explique également par la considération accordée à la propriété par tous les systèmes juridiques modernes. En effet, comme le soutient J-L. Bergel « elle est le symbole d'une protection juridique absolue » (Jean-Louis Bergel, une « approche » économique de la propriété en droit privé, in *RRJ 2008-5* : Cahiers de méthodologie juridique, p. 2506.).

des ses biens par le débiteur n'affecte pas significativement les intérêts du créancier. Ainsi, indisponibilité n'entraîne pas dépossession, c'est ce que rappelle l'ordonnance de référé du 6 mai 2002 dans laquelle le juge ordonne la restitution des biens enlevés par le créancier dans la mise en œuvre d'une saisie conservatoire[668].

222. Dans un second temps, le lien entre la garde de la chose saisie et la liberté de gestion du patrimoine est articulé autour d'un délit dont la sanction est un moyen de dissuasion pertinent[669]. Le pragmatisme de la sécurité juridique est basé sur la conciliation entre l'intérêt juridique du créancier dans la protection de son droit à l'exécution et l'intérêt économique du débiteur dans l'effet partiel de la saisie conservatoire sur son patrimoine. Cependant, l'équilibre reste précaire car comme le soulignent M. et J-B. DONNIER « *l'indisponibilité des meubles corporels ayant fait l'objet d'une saisie conservatoire ne protège pas totalement le créancier,…, il pourra se heurter aux prétentions légitimes du tiers acquéreur de bonne foi* »[670].

223. L'exigence de sécurité juridique s'est adaptée également à la saisie conservatoire des créances en raison de son caractère tripartite[671] et de la nature fongible de l'objet saisi[672]. La protection reconnue au créancier, dans ce sens, est révélatrice d'une coïncidence entre la technique juridique et la technique comptable. En effet, l'indisponibilité et la consignation des sommes saisies permettent d'éviter virtuellement la manipulation des sommes d'argents concernées[673]. Ainsi, les effets de l'indisponibilité peuvent se concilier avec le principe du nominalisme monétaire pour mettre le créancier à l'abri des fluctuations du taux de change[674]. Aussi la conversion de la saisie conservatoire de créances confirmera t-elle les garanties propres à l'indisponibilité des sommes saisies.

---

[668] TRHC Dakar, ordonnance de référé du 6 mai 2002, in Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution, op. cit., p. 72 et s.

[669] la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 13 octobre 2009 (pourvoi n°08-88242) étend la sanction dans les cas où le débiteur refuse de se reconnaître gardien de la chose (elle tire cette conséquence du rejet de la contestation du débiteur sur ce point du litige).

[670] Sur cette question, v. M. DONNIER, J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution,* op. cit., p. 176 et s.

[671] Art. 77 AUPSRVE.

[672] C'est la thèse défendue par le Doyen J. CARBONNIER dont les écrits sur la monnaie, l'argent et le patrimoine permettent de saisir les enjeux liés à cet instrument d'échange, v. « Le patrimoine, les biens et les obligations », in *Jean CARBONNIER, écrits*, op. cit., p. 376 et s.

[673] Art. 57 AUPSRVE.

[674] Cass. 2ème civ. 31 mars 2011 (pourvoi n°10-12269), obs. P. HOONAKKER, in *l'ESSENTIEL droit bancaire*, 01 juin 2011 n°6, p. 7.

224. Concours de saisies. Dans le contentieux de l'exécution, plusieurs situations de concours de titres[675] ou de droits[676] peuvent se poser. Toutefois, les situations prévues aux art. 74 à 76 AUPSRVE visent à coordonner la succession de prérogatives juridiques sur un bien considéré[677] dans le patrimoine du débiteur. Ici, le critère de référence est l'identité du bien indisponible. Pour garantir à chaque créancier la possibilité de recevoir une exécution de son droit légitime, le législateur prévoit la combinaison d'une obligation d'information et d'une participation au partage des deniers issus de la vente du bien visé. On peut noter que la fonction de rééquilibrage joué par l'exigence de sécurité juridique s'appuit sur la préservation des prérogatives de chaque créancier même en cas d'évolution différenciée de leur qualité par rapport à la procédure. En effet, de manière générale, la saisie conservatoire n'entraîne transfert de propriété de la chose objet de la saisie vers le créancier[678]. Il est donc concevable que les créanciers puissent se retrouver dans une situation similaire à celle des créanciers chirographaires, le patrimoine du débiteur continuant à jouer sa fonction de gage général de toutes les créances ordinaires. Le rôle joué par la sécurité juridique dans le concours de saisies s'apprécie eu égard au formalisme conçu comme instrument de prévisibilité des événements susceptibles d'influer sur la consistance du gage des créanciers. En conséquence, les art. 74 AUPSRVE et suivants insistent sur l'obligation faite à l'agent d'exécution d'informer les autres créanciers à chaque étape de la procédure. Il y'a lieu de souligner une certaine similitude avec la déclaration des créances connue dans les procédures collectives d'apurement du passif[679].

[675] Dans une décision rendue par la CA de Dakar en date du 20 mai 2010 (n°378), il est précisé que le juge des référés peut «*statuer sur une mesure d'expulsion…lorsque les titres en concours ne sont pas relatifs au même terrain* ». Ainsi, le concours pertinent vise l'identité d'objet pour les créanciers saisissants.

[676] C'est l'exemple des biens indivis qui font l'objet d'une saisie conservatoire. Il a été jugé que les sommes revenant à l'indivisaire débiteur ne pouvait faire l'objet d'une saisie conservatoire si le compte qui l'abrite est ouvert au nom de l'indivision (C. Paris, 8e ch. 4 mars 1999, obs. T. MOUSSA, in *Gazette du Palais*, 07 mars 2000 n°67, p. 2.).

[677] C'est un esprit similaire qui anime toute la pratique de la sécurisation du crédit. Il s'agit de « préserver la sécurité du créancier quant au recouvrement de sa créance » comme le souligne N. BORGA (*l'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Paris, Dalloz, 2009, p. 510).

[678] A propos des effets de la saisie conservatoire, S. PIEDELIEVRE rappelle qu' « elle ne confère donc aucun droit exclusif ou préférentiel ». (S. PIEDELIEVRE, « les saisies et mesures conservatoires », in *Rép. pr. Civ*. Dalloz octobre 2002, p. 24.

[679] L'article 75 AUPSRVE in fine empêche au créancier n'ayant pas fait la déclaration de sa créance de participer à la répartition des deniers issus de la vente sous réserve d'un solde éventuel.

225. Le législateur a établi, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, des obstacles matériels à l'existence de concours dans les saisies conservatoires. Principalement, le critère d'antériorité permet d'ordonner la succession des droits individuels sur le bien saisi. Seulement, ce critère doit être envisagé seulement dans la possibilité de le confronter à un élément de procédure de nature différente. La jurisprudence a très tôt rappelé que l'antériorité d'une saisie ne conférait pas un avantage particulier à son titulaire[680]. Cette règle semble devoir se comprendre en considération de la nature du bien saisi. En effet, il est généralement admis que la saisie conservatoire de créances donne une certaine importance à la règle de l'antériorité dans le concours[681]. Ainsi, le concours n'est envisageable que si la saisie considérée intervient en l'absence d'un droit exclusif de nature à sortir le bien, objet de la saisie, du patrimoine du débiteur[682]. Cette exigence neutralise les saisies qui pourraient survenir après la signification d'une saisie-vente pratiquée sur le bien du débiteur.

226. La gestion des variations induites par le facteur temps[683] relativement au concours de saisies conservatoires rend compte de la capacité de modulation du principe de sécurité juridique. Ici, il joue un rôle correcteur uniquement guidé par l'impératif de préservation du droit à l'exécution du créancier. Parfois, il s'incarne pleinement dans le principe d'égalité entre les créanciers ; d'autres fois, il donne une préférence au principe classique : le paiement est le prix de la course. Cette tendance se confirme avec les saisies exécutoires.

---

[680] Cass. 2e civ. 30 mai 2002 (pourvoi n°99-21.597, arrêt n°615) : le juge de cassation considère que l'indisponibilité interdit seulement au débiteur de conclure des actes sur les biens saisis et n'empêche nullement à un créancier ignorant l'existence d'une telle mesure de pratiquer une saisie conservatoire sur le bien en question.

[681] CA Agen, 1e, 18 février 2002 (n°00/01334), le juge estime qu'en raison du privilège qui résulte pour le premier saisissant de l'interprétation de l'art. 75 de la loi du 9 juillet 1991, l'établissement d'une chronologie dans la saisie conservatoire de créances conserve tout son sens.

[682] Le critère d'antériorité est plus fréquemment pris en compte qu'il n'y paraît surtout dans la perspective de la présomption de connaissance qui s'attache à la signification des actes de procédure. Voir, V. VIGNEAU, « Règles spécifiques à la saisie conservatoire des droits incorporels », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2010-2011, n°628.51, p. 584.

[683] L'incidence du temps dans la constitution des droits ou leur extinction est très importante dans la compréhension du caractère opératoire de la sécurité juridique. Sur la question, voir J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4e éd. 2003, p. 119 et s.

B. L'effectivité des saisies exécutoires

227. Les données du problème. C'est la réalisation du paiement au sens juridique du terme qui est au cœur de la problématique des effets de la saisie exécutoire. En effet, elle a pour vocation d'aboutir à la satisfaction du créancier saisissant au terme d'une procédure qui n'a pas pour finalité obligatoire l'exécution forcée[684]. Si l'on admet la simplicité du raisonnement qui conduit à penser que la mise en œuvre du titre exécutoire peut garantir le paiement effectif, alors le rôle du principe de sécurité juridique se limiterait à assurer un enchaînement strict des étapes de la procédure d'aliénation ou d'attribution du bien. Ce serait méconnaître toutes les subtilités liées aux incidences de procédure pouvant se nouer autour du patrimoine du débiteur[685]. Alors, il convient de démontrer comment l'exigence de sécurité juridique arrive à coordonner les différentes prétentions dans une même procédure ou à articuler des prétentions concurrentes dans des procédures qui s'entrecroisent. L'objectif est de comprendre l'adéquation du binôme stabilité-prévisibilité dans l'effectivité des saisies exécutoires.

228. Le législateur n'a pas procédé à une révolution pour trouver les réponses aux questions posées par les différentes saisies exécutoires. Il s'agit davantage d'une adaptation de la technique juridique[686] à l'évolution du concept de « valeur économique »[687] dans le patrimoine du débiteur. Ainsi, en respectant la suma divisio entre les meubles et les immeubles, le droit positif a essayé d'obtenir un équilibre

[684] L'on ne peut que partager l'avis de la doctrine récente sur l'utilité relative en pratique de la saisie-vente eu égard à la valeur économique des biens appréhendés. Ainsi, l'intérêt pratique de cette forme d'exécution est aujourd'hui intimement lié à la valeur des biens qui composent le patrimoine du débiteur et rend la poursuite de l'exécution forcée souvent aléatoire quant à la satisfaction escomptée par le créancier, voir R. LAUBA, « Domaine d'application de la saisie-vente », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2010-2011, n°710.04, p. 600 et s.

[685] L'interférence des procédures est souvent vécue comme une cause de perturbation attendue par rapport à la mise en œuvre d'une procédure donnée. Ainsi, la rencontre entre une procédure individuelle d'exécution et une procédure collective d'apurement du passif peut aboutir à des solutions inattendues. Une illustration en est offerte par la jurisprudence à propos de la signification d'une conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution antérieure au jugement d'ouverture d'une procédure collective (Cass. com. 2 mars 2010 : pourvoi n°08-19.898, arrêt n°247).

[686] P. Le CANNU, « Saisie des valeurs mobilières : vers des techniques autonomes ? », in *Bulletin Joly sociétés*, 01 septembre 1991 n°9, p. 779 et s.

[687] L'analyse économique du droit a permis de voir un léger changement de paradigme dans la considération du patrimoine. Il reste bien entendu un droit subjectif reconnu à toute personne humaine, mais du point de vue de l'exécution c'est sa traduction économique qui importe le plus. Ainsi, le concept de valeur permet d'évaluer de manière réaliste la capacité d'endettement des personnes juridique et celle de faire face à leurs obligations. Voir, A-S. BARTHEZ, « Crise économique et contrat : les remèdes », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 467 et s.

entre le droit à l'exécution du créancier et la protection du débiteur. Sous cet angle, les biens incorporels connaissent un traitement spécial où la sécurité juridique doit composer avec les aléas inhérents au monde de la finance[688]. Par contre, pour les meubles corporels et les immeubles, la sécurité juridique tend à se confondre avec le formalisme qui conduit à la vente des biens saisis. Son rôle protecteur se perçoit dans la recherche de transparence dans l'intervention de l'agent d'exécution. Enfin, pour ce qui est des interactions entre les procédures d'exécution, la jurisprudence semble privilégier le critère de l'antériorité pour décider du sort des prétentions de chaque partie[689]. A cette fin, les mécanismes de réfutation de la saisie (contestation ou opposition) permettent d'apporter les correctifs nécessaires au maintien de la sécurité juridique dans l'exécution.

229. Effet attributif de la saisie et extinction de la créance. La corrélation entre l'effet translatif provoqué par la réalisation d'une saisie et le paiement juridique englobe une variété de situations. Elle peut être illustrée à travers les exemples de la théorie de « l'effet attributif immédiat »[690] et la distribution du prix dans la saisie-vente. Dans ces deux cas, l'objectif visé par le législateur est d'assurer l'efficacité de la mesure d'exécution. Cependant, d'un point de vue pratique, il existe des sous-critères sur lesquels dépend l'efficacité de l'exécution. Il s'agit du montant de la créance et de la nature de l'objet saisi (meubles corporels ou incorporels). Ils peuvent être utilisés de manière cumulative ou alternative pour déterminer le mécanisme translatif de propriété le plus efficace dans l'exécution[691]. Ainsi, pour les petites créances, la saisie-attribution serait mieux indiquée. Toutefois, l'exigence de sécurité juridique commande de voir le sens du transfert d'un bien entre deux patrimoines techniquement liés par une obligation juridique et son incidence sur la finalité de l'exécution.

---

[688] Plusieurs contraintes existent dans le monde de la finance, outre la célérité et la mobilité qui caractérisent les mouvements de comptes, le secret bancaire représente aussi un obstacle majeur (voir, J-M. DELLCI, « Secret bancaire et procédures civiles d'exécution », in *Gazette du Palais*, 29 juin 2004 n°181, p. 21.

[689] J-P. VIGNAL, « Créance saisie », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2010-2011, n°812.71, p. 789 et s.

[690] F. GHELFI-TASTEVIN, «Le principe de l'effet attributif immédiat des saisies et le droit des entreprises en difficulté », in *Petites Affiches*, 18 octobre 1999 n°207, p. 6 et s.

[691] Il faut préciser que le recours à ces critères n'est pas systématique. Il s'agit tout au plus d'instruments techniques à la disposition du créancier qui conserve une liberté de choix quant à la voie d'exécution à mettre en œuvre. De plus, le législateur a bien tenté de définir un domaine d'application pertinent à chaque type de saisie (voir, J-M. CALENDINI, « La saisie-attribution de compte bancaire », in *Petites Affiches*, 09 octobre 1994 n°17).

230. L'effet attributif propre à la saisie des sommes d'argent constitue à première vue une garantie assez importante pour le créancier. D'abord, son domaine d'intervention assez limité réduit les incertitudes quant aux modalités de sa réalisation. En effet, il suppose une interaction entre deux situations juridiques unies par l'extension du gage des créanciers. Ce lien juridique est matérialisé par le titre exécutoire qui confère à la créance la certitude requise[692]. Ce formalisme semble être d'interprétation stricte en droit Ohada. C'est ainsi que le juge sénégalais affirme dans une décision de la Cour d'Appel du 20 mai 2010 qu' «une saisie-attribution ne peut être justifiée que par un titre exécutoire ». En outre, et c'est là où réside souvent l'aléa dans le recouvrement, il requiert l'existence de sommes disponibles et saisissables (art. 153 et s. AUPSRVE)[693]. Ensuite, le recours à la théorie de « l'effet attributif immédiat » assure quasiment au créancier la propriété des sommes saisies. En réalité, cette règle doit être lue en fonction des circonstances qui peuvent survenir entre la signification au tiers saisi de l'acte de saisie et le paiement au sens juridique du terme. Entre les deux, plusieurs hypothèses peuvent perturber la certitude « acquise » par le créancier en raison des qualités attachées à l'effet attributif de la saisie-attribution. Mis à part l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif qui entraîne des effets spécifiques (infra), les recours ordinaires découlant de la dénonciation et les concours entre saisissants peuvent contrarier la prévisibilité du paiement. A ce propos, la jurisprudence avait déjà indiqué l'interdépendance entre la validité du titre exécutoire et le sort de la saisie-attribution pratiquée[694]. Ainsi, la préoccupation fondamentale du créancier, premier saisissant, est d'améliorer la prévisibilité du paiement après avoir pratiqué la saisie entre les mains du tiers détenteur. Certes, c'est un raisonnement où la sécurité juridique est appréciée à un niveau individuel, mais il permet d'entrevoir les prémisses à sa généralisation.

231. Le droit à l'exécution dont le créancier saisissant est titulaire semble le prédisposer à la conservation définitive des sommes visées à la lecture de l'art. 160 in fine AUPSRVE. En effet, le débiteur peut décider de ne point contester la mesure d'exécution. Toutefois, le législateur exige aussi le respect d'un formalisme même

[692] J-P. VIGNAL, « Créance du saisissant », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), *op. cit.*, p. 776 et s.
[693] J-P. VIGNAL, « Créance saisie », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), *op. cit.*, p. 789 et s.
[694] Cass. 2e civ. 21 janvier 1998, Bull. civ. 1998, II n°24.

allégé pour valider le choix du débiteur. C'est une résurgence du paiement volontaire qui rend pratiquement subsidiaire la règle du paiement différé[695]. L'exigence de sécurité juridique dans ce cas de figure circonscrit l'incertitude doublement. Au plan formel, le caractère volontaire du paiement effectué facilite le transfert de la propriété des sommes saisies et évite les incidents de procédure (contestations, concours, etc.). Au plan matériel, la certitude provient de la disponibilité des fonds nécessaires à la satisfaction du créancier grâce à la collaboration du tiers saisi[696]. Cette collaboration, faut-il le rappeler, est obligatoire pour le tiers et constitue en cela une garantie supplémentaire à l'exécution[697].

232. Effet translatif de propriété et saisies de meubles corporels. Le transfert de propriété dans la saisie-vente de meubles corporels reflète une succession d'opérations juridiques très formalistes. Le législateur Ohada a prévu deux formes d'aliénation de la chose dans la saisie-vente : la vente amiable et la vente forcée[698]. Mais dans le cadre de notre réflexion, cette distinction revêt une importance relative. En effet, sans remettre en cause la pertinence de la voie choisie par les acteurs, nous préférons prendre en considération la finalité de la transaction et son effet sur l'obligation à éteindre. La relation avec l'exigence de sécurité juridique est plus évidente s'il est démontré le besoin de prévisibilité manifesté par les parties lors du transfert de propriété entre les mains de l'acquéreur et vers le créancier saisissant.

---

[695] L'art. 160 AUPSRVE fait de la signification de la saisie au débiteur une règle importante sanctionnée par la caducité. Une certaine interprétation pourrait laisser penser que l'écoulement du temps prévu est une formalité substantielle au même titre que les mentions exigées dans l'acte de dénonciation de la saisie. CA Dakar 01 juillet 2010 (arrêt n°480), Bull. CA Dakar, 2011-1, p. 362 : cependant, comme l'indique le droit positif sur la question, le formalisme insiste sur la faculté du débiteur à exercer un recours ou à abréger la procédure. Ce formalisme informatif redonne à l'art. 162 COCC toute sa vigueur en faisant du paiement volontaire le principe et de du paiement forcé l'exception.

[696] La certitude tirée de la collaboration du tiers saisi est très évolutive. Elle intègre principalement les principes de l'indisponibilité et du paiement immédiat possible. Toutefois, il convient de faire quelques précisions sur les variations pouvant affecter les sommes destinées à la satisfaction du créancier. Tout d'abord, elles peuvent évoluer tout en étant indisponibles « à l'avantage ou au préjudice du créancier » d'après l'art. 161 AUPSRVE. Là encore c'est la règle de l'antériorité qui va servir à arbitrer les conflits d'intérêts entre les divers protagonistes. Ensuite, en fonction de la consistance des sommes dues au débiteur par le tiers saisi, la situation du créancier saisissant peut être très incertaine. Enfin, l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif peut remettre en cause cette certitude pour les créances à exécution successive.

[697] La jurisprudence est à priori constante dans l'application de la sanction qui consiste à faire supporter au tiers les causes de la saisie (voir. CA Dakar, 08 févier 2010 (arrêt n°127), Bull. CA Dakar, 2011-1, p. 352).

[698] V. art. 91 et s. AUPSRVE.

233. Le premier degré de sécurité s'analyse dans le transfert de propriété qui existe entre l'acquéreur (acheteur ou adjudicataire) et le vendeur (débiteur ou agent d'exécution). La problématique pourrait être simple, s'il n'arrivait pas que le sort du bien ne soit considéré indépendamment de l'issue de la saisie[699] ou que des règles spécifiques ne permettent de déroger à des principes établis[700]. Dès lors, se pose une interaction entre la préoccupation de l'acquéreur de sécuriser sa transaction et celle du créancier de trouver un prix suffisant à sa satisfaction. Cet équilibre est géré de manière dynamique par le législateur. Soit le débiteur prend l'initiative et dans ce cas, il joue le rôle de régulateur dans ce conflit d'intérêt ; soit l'agent d'exécution est mandaté à cette fin. En appliquant la théorie des jeux[701] dans notre cas de figure, on s'aperçoit que le législateur mise sur une stratégie coopérative pour garantir l'équilibre entre les intérêts des acteurs. En cas de risque induit par un changement de comportement inopportun, l'exigence de sécurité juridique se traduit par l'invocation de la fraude ou la mise en œuvre de la responsabilité de l'agent d'exécution[702]. L'autre dimension de la sécurité juridique s'épuise dans le formalisme[703]. En effet, la consignation du prix[704] ou le procès-verbal de vente[705] opèrent techniquement le transfert de propriété de la chose à l'acquéreur. Par conséquent, bien que respectant de manière générale les conditions posées pour la vente à travers le principe du solo consensus[706], le transfert de propriété dans le cas

[699] R. LAUBA, « Opérations de vente forcée», in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), *op. cit.*, p. 667 : l'auteur précise que « l'annulation postérieure de la saisie n'a pas pour effet de remettre en question le transfert de propriété, le débiteur pouvant seulement réclamer la restitution du produit de la vente ».

[700] P. MALAURIE, « La rescision pour cause de lésion de la vente amiable d'un immeuble par un débiteur saisi », in *Defrénois*, 15 décembre 2008 n°19, p. 2176 : En reprenant une des sagesses de Portalis, l'auteur fait de l'intervention de l'autorité judiciaire dans la réalisation de la vente, le facteur de sécurité qui élimine les soupçons de fraude. Ainsi, la neutralisation du recours à la lésion se trouve justifié par le caractère contrôlé de la vente.

[701] T. PENARD, « La théorie des jeux et les outils d'analyse des comportements stratégiques », in http://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/biblio/manueljeux.pdf (consulté le 28 sept. 11).

[702] Le système juridique comporte des principes techniques ou fondamentaux qui permettent sa conservation au delà des contingences propres à chaque discipline, il en est ainsi de l'adage « fraus omnia… » (voir, J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4e édition, 2003).

[703] Le formalisme n'est pas uniquement destiné à régler la question de la destination du prix, il sert également à clarifier les rapports complexes entre les différents acteurs qui interviennent dans la procédure. L'exemple de l'organisme qui doit réceptionner le prix en l'absence de sa désignation dans le jugement en offre une illustration. (Sur cette question voir, D. TALON, «vente amiable et consignation du prix : le casse-tête », in *Gazette du Palais*, 19 juillet 2011 n°200, p. 21).

[704] Art. 118 AUPSRVE.

[705] Art. 127 AUPSRVE.

[706] En droit positif sénégalais, une polémique existe quant à l'interprétation de l'art. 5 COCC par rapport à la compréhension des conditions de validité de la vente. La question est à priori simple :

des saisies est adossé à des formalités qui permettent de renseigner les créanciers sur la transparence de la procédure et sur le montant des sommes à se partager. Cette particularité trouve son explication dans l'art. 236 AUDCG qui précise que le droit commun de la vente ne s'applique pas aux « ventes soumises à un régime particulier »[707]. Par ailleurs, la consignation et le procès-verbal permettent d'unifier le régime de la distribution du prix aussi bien dans la vente amiable que dans la vente forcée. C'est un moyen de contrôle des droits revendiqués par chaque créancier et un instrument de rééquilibrage des conflits d'intérêts entre eux[708].

234. Le second degré de sécurité concerne directement le transfert de propriété qui doit exister entre le débiteur ou l'agent d'exécution et les créanciers. De manière plus simple, c'est la réalisation du paiement qui éteint l'obligation en cause. Le besoin de sécurité juridique s'exprime dans des situations particulières où l'on constate une atteinte aux droits du débiteur ou du créancier dans le processus d'extinction de l'obligation. Dans la vente amiable, ce sont les hypothèses du créancier de mauvaise foi ou de l'acquéreur qui omet de faire la consignation[709]. Dans la vente forcée, c'est le plus souvent la légèreté de l'agent d'exécution lors du paiement du prix[710].

235. Effet translatif de propriété et saisie immobilière. L'exigence de sécurité juridique est dans la saisie immobilière intrinsèquement rattachée au contrôle judiciaire de la vente[711]. Ainsi, l'art. 246 AUPSRVE indique clairement la nature d'ordre public des dispositions qui régissent la vente d'un immeuble saisi. Il faut

---

l'obligation de délivrance est-elle une condition supplémentaire ou simplement un acte devant parfaire la vente déjà conclue. Si l'on s'en tient à la lecture combinée des art. 237 et 241 AUDCG, la question ne semble être réglée qu'à moitié car le législateur fait un renvoi aux législations nationales non contraires. Mais, il reste assez évident que l'absence de transfert immédiat de la propriété porte plus sur la gestion des risques attachés à la chose que sur la validité des volontés concordantes et non équivoques.

[707] Aux termes de l'art. 236 AUDCG, les ventes concernées sont notamment :
a) *les ventes aux enchères ;*
b) les ventes sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;
c) les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies ;
d) les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers ;
e) les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ;
f) les ventes d'électricité.

[708] D. COURET, « La CARPA face à la réforme de la saisie immobilière », in *Gazette du Palais*, 03 juin 2008 n°155, p. 32.

[709] R. LAUBA, « Opérations de vente amiable», in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), *op. cit.*, pp. 656-657.

[710] R. LAUBA, « Opérations de vente forcée», *ibid.*, p. 667.

[711] J-M. HOCQUARD, « Saisie immobilière : tout sur le décret », in *Gazette du Palais*, 23 novembre 2006 n°327, p. 11.

cependant noter que c'est une procédure assez complexe en raison de la nature bien en cause et surtout comme le soutient A. LEBORGNE « l'exécution immobilière est en effet l'occasion d'une rencontre entre les règles de la publicité foncière, le droit des sûretés et le droit de l'exécution »[712].

236. Le point de départ du transfert de propriété qui marque la perte de l'immeuble par le débiteur saisi est situé par rapport à l'adjudication[713]. En effet, l'art. 294 AUPSRVE commande à l'acquéreur de satisfaire aux formalités d'inscription à la conservation foncière dans les deux mois qui suivent l'adjudication, sous peine de fol enchère (art. 314 AUPSRVE). Cette étape marque techniquement le transfert définitif de propriété de l'immeuble[714]. Il faut, également, préciser qu'à l'égard des tiers, seule la publication de la vente permet de bénéficier de l'opposabilité (art. 296 AUPSRVE). Quant aux créanciers du débiteur saisi, les règles de la distribution du prix dépendent de deux critères : d'abord le nombre, ensuite l'ordre (art. 324 et s. AUPSRVE). Ainsi, tout est fonction du prix à distribuer. S'il couvre l'intégralité des sommes dues au titre de la procédure et des diverses créances, le débiteur est libéré et pourra même prétendre à un solde le cas échéant. A l'inverse, son patrimoine continue d'être le gage des créanciers et l'exécution peut être poursuivi sur ses autres biens. L'on peut noter, la propension de la sécurité juridique à revenir au droit commun afin de garantir l'exécution.

237. En cas de pluralité de saisies, la règle de l'antériorité est mise en évidence et le législateur tend à instaurer une discipline collective entre les créanciers (art. 302 et s. AUPSRVE) afin de mieux gérer la prévisibilité de l'exécution. Au niveau de la transparence, l'obligation d'informer est encore instrumentalisé en vue d'accroître la stabilité des situations juridiques individuelles[715]. De ce fait, tout comportement déviant est sanctionné par la subrogation. Le besoin de sécurité juridique est

[712] A. LEBORGNE, « Les saisies immobilières», in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), *op. cit.*, p. 1229.
[713] En raison du caractère spécifique de la vente, le législateur ohada précise que seuls la décision judiciaire ou le procès-verbal d'adjudication établi par le notaire (art. 293 AUPSRVE) autorisent l'inscription définitive à la conservation foncière. A. LEBORGNE l'a fort justement souligné en affirmant que « *l'effet translatif est acquis du jour de l'adjudication et l'immeuble est aux risques de l'adjudicataire à compter de ce même jour* » (A. LEBORGNE, « Les saisies immobilières», *op. cit.*, n°1341-132, p. 1438.).
[714] Cette formalité permet en outre d'évincer tous les droits éventuellement concurrents et laisse aux créanciers du débiteur la faculté de poursuivre l'exécution que sur le prix de la vente.
[715] Art. 305 al. 3 AUPSRVE.

également étendu aux droits des tiers de diverses manières. Par rapport à l'immeuble, objet de la saisie, le législateur a prévu une action en distraction pour éviter toute dépossession illégitime dans l'exécution[716].

238. Saisies exécutoires et procédures collectives. L'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif emporte des conséquences importantes sur la question du paiement. Afin de mieux les cerner, nous allons distinguer deux situations : celle où l'ouverture de la procédure collective est intervenue postérieurement à la saisie et avant sa réalisation définitive et celle où la saisie interpelle un débiteur soumis à la procédure collective.

239. Dans le premier cas et pour les saisies à fin d'attribution, la règle de l'antériorité permet de résoudre la question du paiement en cas de coexistence entre une saisie et l'ouverture de la procédure collective. La jurisprudence s'est surtout prononcée en faveur des créances à exécution successive en retenant le principe de leur paiement si la saisie a été signifiée antérieurement à l'ouverture de la procédure[717]. Concernant, les meubles corporels, il faut dissocier les actions qui tendent au paiement et celles qui ont pour objet la revendication d'un bien. Pour cette dernière catégorie, le critère de l'antériorité permet également de poursuivre la revendication en dépit de l'ouverture d'une procédure collective[718]. Pour les actions en paiement, la vente effective du bien saisi semble être la condition d'application du critère d'antériorité comme le souligne la Cour de cassation depuis une jurisprudence de 1998[719]. Aussi, comme l'illustre R. LAUBA « tant que la vente n'est pas consommée, la règle de la suspension des poursuites individuelles doit s'appliquer en cas de survenance d'une procédure collective »[720].

240. Dans la seconde hypothèse, la règle de la suspension des poursuites interdit, en principe, la recherche de l'exécution à titre individuel. Ainsi, le débiteur en redressement ou en liquidation est représenté par un mandataire judiciaire qui se charge de préserver les intérêts de chaque partie dans la procédure. C'est pour cette

[716] Art. 308 AUPSRVE.
[717] M. KEITA, « Effets de la saisie-attribution d'une créance de loyer à échoir en cas de procédure collective contre le bailleur », in *Petites Affiches*, 15 juillet 2003 n°140, p. 15.
[718] F. PEROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », in *Petites affiches*, 28 novembre 2008 n°239, p. 56.
[719] Cass. 2e civ. 19 mai 1988 (pourvoi n°96-12944).
[720] R. LAUBA, « Opérations de vente forcée», *op. cit.*, n°716-82, p. 667.

raison que la jurisprudence a censuré la continuation d'une saisie-vente après l'ouverture d'une procédure collective[721].

Le droit à l'exécution ne doit pas seulement obéir à l'exigence de transparence dans sa mise en œuvre, il doit aussi se faire de manière cohérente pour être efficace. La fonction de rééquilibrage des prérogatives jouée par l'exigence de sécurité juridique implique nécessairement cette dimension de prévisibilité.

Conclusion du chapitre premier

241. L'exigence de sécurité juridique semble exclusivement fondée sur la sécurité par le droit *a priori* dans la réalisation de l'objectif de transparence. Ce constat est légitimé, à notre sens, par la politique législative visant à améliorer le titre exécutoire d'une part, et le renforcement de la circulation de l'information, d'autre part. Cette approche de la sécurité juridique dans le recouvrement forcé des créances est accrue par le formalisme directeur voulu également par le législateur. Cependant, la démarche du législateur aboutit à une procédure techniciste, qui, même si elle est conforme à la loi, constitue une gêne pour les acteurs. En effet, le degré de précision recherché a fait naître un besoin d'intelligibilité plus grand des règles de l'exécution, de sorte que la formulation générale de certains textes reste troublante pour les uns et les autres (sur la compétence de la juridiction par exemple, le contenu des informations à fournir n'est pas toujours précis). Il serait bien indiqué que la clarté du dispositif normatif vienne appuyer l'objectif d'intelligibilité destiné à légitimer le recours à la contrainte.

242. La réalisation de la transparence dans l'exécution appelle aussi la bonne prévisibilité des intentions des acteurs. Sur ce point, les incertitudes dans la recherche d'un équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur risquent de compromettre la sécurité juridique. De manière statique, le risque est moindre car l'indisponibilité et l'effet attributif des saisies présentent quelques avantages. Mais dans une perspective dynamique, la question de la propriété se trouve au croisement de plusieurs droits spécifiques et leurs interactions ne garantissent pas au créancier saisissant une issue heureuse. C'est l'efficacité même de certaines saisies qui s'en trouve très relativisée.

[721] R. PASCAL, « Précisions procédurales sur l'arrêt des voies d'exécution », in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 novembre 2010 n°10, p. 3.

Pour que la contrainte puisse être totalement transparente, il faut que le rééquilibrage entre les aspects formels et substantiels des saisies se fasse au profit de l'exécution. C'est-à-dire de manière cohérente en articulant le droit commun de l'exécution et les droits spéciaux d'exécution des créances.

CHAPITRE 2 – LA COHERENCE DANS LA SAISIE

243. Le recours à la contrainte en plus d'être légitime doit être loyal. Cette obligation a non seulement une portée normative à travers les dispositions de l'art. 28 AUPSRVE, mais également une portée éthique si l'on se réfère au principe général de bonne foi[722].

244. La légitimité de l'exécution sous la forme de saisie tire sa source de la force exécutoire conférée par le juge au titre du créancier. Ainsi, son droit au recouvrement forcé pourra compter sur un large spectre de moyens allant de la sollicitation de l'huissier de justice au recours à la puissance publique. Seulement, dans un contexte de déséquilibre des forces, les prévisions du créancier doivent être conformes à l'impératif de prévisibilité utile à la sécurité juridique objective. Cette exigence se traduit par la recherche d'une cohérence de la saisie dans le sens de l'instrumentalisation de la liberté du créancier. En effet, c'est l'adéquation entre le privilège de choisir son mode d'exécution et le respect des contraintes procédurales qui est souhaitée. Celle-ci ne s'obtient que par la rationalisation de la saisie par le créancier (Section 1). Cette vision de l'exécution n'est cependant effective autant que la loi prévoit des dispositions efficaces visant à faire respecter ses prescriptions. C'est dire que la cohérence souhaitée ne sera effective qu'à travers l'existence d'une dissuasion prolongée par une sanction le cas échéant. Dans cette optique, la sécurité sera autant objective que subjective, en garantissant la sanction de tout comportement illicite dans l'exécution (Section 2).

Section 1 – La rationalisation de la saisie

245. La saisie comme moyen d'exécution forcée des créances est très séduisante car elle permet au créancier d'axer sa stratégie sur le patrimoine du débiteur. En effet, selon que sa stratégie est progressive ou immédiate, le créancier a le choix entre la conservation de la créance ou le paiement forcé par le débiteur. Cependant, il doit tenir compte des difficultés liées à la procédure judiciaire et du comportement

[722] Si l'on considère l'exécution forcée comme une certaine continuité de la force obligatoire du contrat, voir O. LANDO, « La contribution française au droit européen du contrat », in *Revue des contrats*, 01 avril 2009, n°2, p. 729.

du débiteur tout au long du processus[723]. Aussi, la prévisibilité du paiement exige une démarche adaptée à chaque nouvelle circonstance afin d'éviter les saisies inutiles. C'est pour dire, la condition nécessaire d'existence d'une meilleure sécurité juridique dans la saisie. Par ailleurs, l'effet de la loi sur l'exécution forcée est perceptible à travers l'organisation de la protection du débiteur qui rend les saisies beaucoup plus aléatoires que ne le laisse voir la simplicité du texte communautaire. En réalité, les saisies sont soumises à des conditions strictes qui ne sont déchiffrables que par les professionnels de l'exécution et là encore, l'incertitude demeure quant aux interactions entre les dimensions matérielles, intellectuelles et temporelles de ces dernières.

246. Afin d'organiser une stratégie efficace et soucieuse du respect des droits de chaque partie, un effort de rationalisation des saisies est nécessaire. Il répond à la question de l'équilibre entre le type de contrainte choisi, les éléments de la procédure y afférente et la durée d'exécution de celle-ci, sans omettre la protection du débiteur. Ainsi, la saisie ne pourra être possible (§2) qu'en étant opportune (§1).

§ 1 – L'opportunité de la saisie

247. Le paiement du créancier est un événement normalement prévisible dans le rapport d'obligation. Il renseigne sur la stabilité du lien juridique entre le créancier et le débiteur et sur la confiance que les acteurs témoignent au système juridique. A défaut de paiement volontaire, la loi permet au créancier de contraindre son débiteur à travers diverses techniques. Pour le créancier, se pose la question du meilleur choix possible eu égard à son objectif de paiement. Seulement, l'exigence de sécurité juridique impose au créancier d'opter pour une démarche conforme aux prévisions de la loi.

L'opportunité de la saisie à opérer devra alors être située entre le contrôle de la liberté de choix du créancier (A) et la hiérarchie des saisies (B).

[723] Voir E. PERRU, *L'impayé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 438, 2005, p. 195 et s. en parlant de la sauvegarde du droit au recouvrement forcé, l'auteur souligne que « *l'obtention d'un titre exécutoire, la reconnaissance du droit au recouvrement forcé du créancier, dépend pour une large part du comportement du débiteur. Ce dernier peut contester le bien-fondé de la prétention du créancier ou, si le débiteur se défend pied à pied, la procédure d'obtention du titre exécutoire et de recouvrement de l'impayé peut durer et se pose alors la question de savoir dans quelle mesure on peut garantir l'efficacité du titre que le créancier aura eu tant de mal à obtenir* ».

A. Le contrôle de la liberté de choix du créancier

248. Position du problème. La liberté de choix d'une voie d'exécution par le créancier est une condition fondamentale d'efficacité du recouvrement des créances[724]. Cette liberté est au cœur de l'expression d'un droit subjectif essentiel : le droit à l'exécution[725]. La liberté de choix traduit la volonté du créancier de mesurer l'opportunité de la meilleure combinaison de techniques propres à satisfaire sa prétention. Ainsi, il peut jouer sur l'effet comminatoire de certains procédés ou tout simplement opter pour une solution plus radicale comme l'expulsion. Eu égard à l'exigence de sécurité juridique dans l'exécution, c'est la problématique des droits fondamentaux qui sert de baromètre à son appréciation.

249. Le législateur doit garantir les conditions suffisantes d'exercice de la liberté de choix par le créancier tout en permettant au débiteur d'être protégé de l'arbitraire. Aussi, est-ce une rhétorique de la recherche d'un équilibre entre droits fondamentaux[726] ? Notre préoccupation n'est pas de déclarer une partie supérieure à une autre, c'est plus simplement de déterminer les modalités d'une conciliation légitime entre la liberté du créancier de choisir la voie d'exécution et l'aptitude du système juridique à guider la cohérence de sa démarche. Il va de soi que la protection de l'intérêt du débiteur est une donnée acquise du principe de cohérence.

---

[724] La question de la liberté dans la sanction d'une défaillance contractuelle est largement débattue en doctrine. Elle pose entre autres interrogations, la place du juge, du législateur, du créancier et du débiteur dans le traitement des difficultés d'exécution des contrats (v. C. LEFORT, « Choix d'une procédure », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), *op. cit.*, pp. 112 et s., S. LEGAC-PECH, « La direction de la sanction », in *Petites Affiches*, 09 mars 2009 n°48, p. 3, T. GENICON, « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option…mais jusqu'à quand ? », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2009 n°3, p. 1004, L. LAUVERGNAT, « Précisions sur la saisie-vente : du principe de subsidiarité à l'abus de saisie » note sous arrêt Cass. 2e civ, 18 juin 2009, in *Gazette du Palais*, 5 septembre 2009 n°248, p. 25).

[725] La nature juridique du droit à l'exécution est un enjeu considérable pour déterminer les schémas légalement possibles pour le créancier. Il n'est pas à douter que les tentatives de « fondamentalisation » du droit à l'exécution tendent à souligner son importance dans la théorie générale du droit des contrats, notamment sa cohérence interne (v. J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit à l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°1, p. 113, N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 37).

[726] C'est une question éminente de politique juridique qui renseigne sur le modèle sociétal en vigueur dans un environnement juridique déterminé. Il n'est jamais simple de trouver une clé de lecture dans les rapports entre les droits fondamentaux en opposition. Dans le contexte actuel, c'est surtout le paradigme de la proportionnalité que la question est envisagée (L. SERMET, « Le contrôle de proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », in *Petites Affiches*, 05 mars 2009 n°46, p. 26), cette perspective reste compatible avec notre question de recherche.

250. L'art. 28 al. 1 AUPSRVE pose le principe de la liberté de choix du créancier de manière générale. A sa lecture, l'on peut retenir deux enseignements au moins. D'une part, la liberté de choix n'est possible qu' « à défaut d'exécution volontaire »[727], d'autre part, elle peut poursuivre deux finalités : la contrainte à l'exécution ou la sauvegarde des droits. Toutefois, une vision globale de l'AUPSRVE permet d'entrevoir la fonction jouée par l'exigence de sécurité juridique à travers le prisme d'approches statique et dynamique de la liberté de choix.

251. Un contrôle statique de la liberté de choix du créancier. En fonction du type de recouvrement choisi, la loi organise les possibilités offertes au créancier en déplaçant le curseur du moment d'intervention de l'autorité judiciaire. Globalement dans ce cas de figure l'exigence de sécurité juridique apparaît dans la faculté laissée au débiteur de recourir au juge pour assurer sa protection ou dans celle offerte au juge de rationaliser les efforts du créancier. Ainsi, la sécurité juridique se déploie dans l'accessibilité des moyens reconnus au créancier et dans la prévisibilité de l'usage de la contrainte dans l'exécution[728].

252. La méthode choisie par le législateur pour délimiter le cadre de la liberté du créancier résulte d'un subtil équilibre entre un droit subjectif essentiel et la volonté de conserver le caractère d'ordre public des voies d'exécution[729]. Ainsi, dérivée de la liberté contractuelle qui a prévalu au moment de la formation de l'engagement inexécuté, la liberté de choix de la procédure est surtout une combinaison entre l'intérêt du créancier et son objectif ultime : le paiement. Le parallélisme n'est pas une justification de la liberté de choix des voies d'exécution mais seulement une tentative de légitimation. L'explication est surtout d'origine légale[730]. Parlant de l'accessibilité des moyens d'exécution, il convient de noter que le créancier est

[727] Art. 28 AUPSRVE.

[728] L'usage de la contrainte est associé à l'exécution forcée. De manière pratique, le législateur OHADA exige que les conditions relatives à la créance soient remplies au préalable (art. 31 AUPSRVE) et de préférence l'existence d'un titre exécutoire (art. 33 AUPSRVE).

[729] L'art. 28 AUPSRVE indique que les voies d'exécution ne peuvent être mises en œuvre que dans les conditions prévues par la législation communautaire. Cette volonté est surtout perceptible dans les saisies immobilières où les exigences du législateur sont incontournables. Pour une vue plus générale v. J-M. CALENDINI, « La réforme des procédures civiles d'exécution, un an d'application », in *Petites Affiches*, 03 février 1995 n°15, p. 20, H. CROZE, « Dans quelles conditions une vente amiable peut-elle être passée pendant une procédure de saisie immobilière ? », in *Gazette du Palais*, 10 juin 2008 n°162, p. 2, sur la clause de voie parée spécifiquement (P. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés réelles », in *Petites Affiches*, 16 avril 2010 n°76, p. 7).

[730] C'est le législateur qui a expressément voulu donner au créancier les moyens d'un recouvrement rapide, sûr et efficace, cf. exposé des motifs de l'AUPSRVE.

privilégié par le droit positif. En effet, d'un point de vue formel aucune restriction ne semble troubler l'accès à tous les moyens reconnus par la loi[731].

253. Au plan matériel, l'accessibilité des voies d'exécution est organisée autour des spécificités des éléments constitutifs du patrimoine du débiteur selon que le bien se trouve entre ses mains ou ceux d'un tiers. Pour y arriver, l'art. 28 AUPSRVE et l'art. 22 L. 9 juillet 1991 mettent en évidence deux procédés substantiels : l'indisponibilité[732] et l'affectation[733]. Cependant, comme l'illustre fort justement C. LEFORT « *ce choix n'est pas alternatif pour le créancier titulaire d'un titre exécutoire. Il peut mettre en œuvre des mesures de sauvegarde de ses droits en même temps ou préalablement à l'exercice de voies d'exécution* »[734]. L'exigence de sécurité juridique s'accommode avec la souplesse de la prise de décision du créancier. D'une part, sa décision est suffisamment prévisible pour le débiteur. D'autre part, elle ne remet pas en cause la protection dont bénéficie le débiteur en cas d'irrégularité. Ainsi, l'office du juge est ajusté par rapport à son rôle de rééquilibrage des prérogatives individuelles de chaque acteur.

254. Au plan spatial, la Cour de cassation française dans un arrêt rendu le 14 avril 2010 a précisé que « *l'article 14 du code civil, qui permet au plaideur français d'attraire un étranger devant les juridictions françaises, doit être exclu pour les demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France* »[735]. Il appert que la difficulté réside dans l'applicabilité du droit OHADA dans les procédures internationales de recouvrement. Une première solution est envisageable avec la procédure de l'exequatur. Ainsi, au sens de l'art. 33 al. 2 AUPSRVE, les décisions étrangères peuvent avoir vocation à s'appliquer dans un Etat membre OHADA si elles sont revêtues de l'exéquatur[736]. A défaut, le principe de la territorialité de l'exécution semble dicter la recherche de solutions par le juge compétent[737]. En soi,

[731] Aux termes de l'art. 22 L. 09 juill. 1991 « *Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance* ».
[732] Art. 36 al. 2 AUPSRVE.
[733] C. LEFORT, « Choix d'une procédure », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 114.
[734] Ibid.
[735] Cass. 1e civ. 14 avril 2010 (pourvoi n°09.11909).
[736] P. FOUCHARD, « Le système d'arbitrage de l'OHADA : le démarrage », in *Petites Affiches*, 13 octobre 2004 n°205, p. 52.
[737] E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé», in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., pp. 1873 et s.

ce n'est pas la liberté de choix des voies d'exécution qui est remise en cause, mais l'effectivité de l'exécution. Dans ce contexte, l'exigence de sécurité juridique est subordonnée à la politique juridique en matière de coopération internationale[738]. C'est un domaine où l'incertitude échappe singulièrement aux facultés ordinaires de prévision par le créancier.

255. Le contrôle statique de la liberté du créancier à choisir sa mesure d'exécution fait vraisemblablement intervenir le juge *a posteriori*. En amont, toute idée de contrôle serait assimilable à une absence partielle ou totale de choix. Ainsi, la stratégie du législateur semble calquer sur celle du contrôle des libertés publiques[739]. A l'appui de ce modèle, la proportionnalité est la mesure du comportement du bénéficiaire de la prérogative. On retrouve également certaines particularités, telles que le régime de la déclaration préalable, quand le titre exécutoire est obligatoire pour l'exercice de la contrainte ou le régime de l'intervention administrative en aval si un abus est constaté[740].

256. Le contrôle dynamique de la liberté de choix du créancier. Guidé par l'impératif d'efficacité, le créancier fait face à plusieurs risques où la prise en compte de son intérêt[741] est un facteur discriminant du choix. En effet, le caractère évolutif de la consistance du patrimoine, la possibilité d'un concours avec d'autres créanciers ou encore les exigences de chaque procédure sont autant de critères à considérer. Pour éviter la censure du juge dans l'exercice de son droit à l'exécution, le créancier articule sa démarche autour de deux paramètres : l'objectif et le caractère utile de la procédure choisie.

---

[738] E. GUINCHARD, « Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne », in *Petites Affiches*, 17 mai 2006 n°98, p. 4.

[739] G. KALFLECHE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », in *Petites Affiches*, 05 mars 2009 n°46, p. 46.

[740] Dans une logique quasi identique, le traitement du droit subjectif à l'exécution se rapproche de celui de la liberté d'expression dans l'univers de la presse. Il vient en concurrence avec d'autres droits subjectifs tout aussi importants, ainsi, le juge est tenté d'établir une hiérarchie implicite entre les différents droits en cas de contentieux avant de se déterminer. Dans le droit de l'exécution, la contrainte peut sembler absolue, mais son contrôle admet un régime plus restrictif qu'i n'y paraît (A. BERTRAND, « L'effectivité de la protection de la liberté de la presse », in *Petites Affiches*, 15 juillet 1999 n°140, p. 14).

[741] L'intérêt du créancier est une notion à géométrie variable qu'i faut distinguer de l'intérêt collectif des créanciers et de l'intérêt général (M-A. RAKOTOVAHINY, « L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel », in *Petites Affiches*, 27 décembre 1999 n°257, p. 6). Il pourrait faire référence à la finalité de l'action intentée : le paiement, ou à l'objet de l'action : son droit de créance. En tout état de cause, une approche fonctionnelle de la notion d'intérêt du créancier prendrait en compte les deux dimensions. Dans le cadre précis de notre démonstration, l'intérêt du créancier désignera indistinctement les deux.

257. La combinaison de l'objectif poursuivi par le créancier au caractère utile de la procédure est en réalité une exigence légale. En effet, l'art. 22 L. 9 juillet 1991 ou une interprétation extensive de l'art. 28 AUPSRVE exige l'adéquation entre le moyen utilisé par le créancier et l'extinction de l'obligation souhaitée[742]. Le respect de cette règle est organisé dans le droit positif par certains mécanismes qui limitent les possibilités de choix du créancier ou d'autres qui permettent au débiteur d'intervenir dans la procédure afin de l'aménager ou d'y mettre un terme.

258. Le premier aspect relatif à la limitation des choix du créancier tient à la créance elle-même. En fonction de la certitude que l'on acquiert à son propos, les diligences du créancier peuvent être plus ou moins efficaces. Cette nécessité procède d'une jurisprudence assez régulière comme le rappelle la Cour de cassation dans une décision du 09 février 2010[743] ou encore la Cour d'appel de Dakar dans un arrêt du 08 juillet 2010[744]. Dans cette dernière décision, le juge estime que pour mettre en échec le moyen choisi par le créancier « *les contestations soulevées par le débiteur ne peuvent entamer la certitude, la liquidité et l'exigibilité de la dette que si elles font l'objet d'un constat ou d'un commencement de preuve* ». Cette précaution est conforme à l'exigence de sécurité juridique dans la mesure où le recours à la contrainte y puise son fondement légal et sa légitimité. Elle permet ensuite de placer sous le contrôle du juge le traitement des difficultés qui pourraient survenir dans la poursuite du droit à l'exécution.

259. Le second aspect de la limitation des choix du créancier découle de la distinction qui existe dans le droit de l'exécution entre le provisoire et le définitif. En effet, il est possible pour le créancier de poursuivre l'exécution en vertu d'un titre provisoire (art. 32 AUPSRVE). Seulement, l'engagement éventuel de sa responsabilité traduit un équilibre entre la mise en œuvre d'une prérogative contraignante apparente et la réalité juridique du rapport entre les parties. C'est une application de la théorie de l'acceptation des risques au créancier qui supporte le cas

[742] Comme l'écrit C. LEFORT « *il doit exister un rapport raisonnable de proportion entre le but poursuivi et les moyens utilisés pour parvenir à cette fin* » (« Choix d'une procédure », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 114).
[743] Cass. com., 09 février 2010 (pourvoi n°09-10880) avec le commentaire de F. LEGRAND, « La condamnation en référé au paiement d'une provision ne constitue pas une créance certaine », in *l'ESSENTIEL du Droit des entreprises en difficulté*, 01 avril 2010 n°4, p. 2.
[744] CA Dakar, 08 juillet 2010 (arrêt n°495), Bull. arrêt de la CA de Dakar, p. 364.

échéant le contrecoup de son action[745]. En termes de prévisibilité, l'incidence du titre exécutoire sur les choix opérés par le créancier est réelle. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer la procédure d'adjudication dans la saisie immobilière (art. 32 al. 1 AUPSRVE). Toutefois, il faut souligner que la réaction du créancier est souvent orientée par le comportement du débiteur[746]. Cette hypothèse est surtout actuelle dans les procédures collectives d'apurement du passif, singulièrement dans l'entreprise unipersonnelle où la délimitation du gage des créanciers pose souvent problème[747].

260. L'intervention du débiteur dans la limitation de la liberté de choix du créancier peut avoir une influence sur la direction de la contrainte. En effet, il peut décider d'honorer son engagement comme il peut offrir des garanties susceptibles de conférer au juge un rôle directeur dans la conduite de la procédure[748]. Par ailleurs, la liberté contractuelle en étant instrumentalisée par les parties peut donner naissance à un arrangement satisfaisant sans induire une contradiction dans la volonté du créancier d'obtenir un paiement. Il est vrai que l'exigence de sécurité juridique implique un principe de cohérence qui exclut pour le créancier les avatars du principe de l'estoppel[749]. Mais, l'existence d'une solution amiable en cours de procédure ne s'oppose pas à l'esprit de la réforme des voies d'exécution surtout si le résultat obtenu est plus satisfaisant que le résultat escompté de l'exécution forcée. Cependant, l'accord entre le créancier et le débiteur, pour des raisons de sécurité juridique est placé sous les auspices de la bonne foi. C'est cette même philosophie de préservation des intérêts de chaque partie qui préside un besoin implicite de hiérarchisation des saisies.

B. La hiérarchie des saisies

261. Problématique. Le principe d'une hiérarchisation des saisies participe d'une recherche d'efficacité de l'exécution et de la protection des éléments substantiels du

[745] Pour une étude plus générale, v. Y. LE MAGUERESSE, *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations*, Thèse, Université Aix-Marseille III, PUAM, 2007.
[746] Il est vrai qu'en raison de la prérogative reconnue au créancier, le contrôle est plus fort de son côté, toutefois la jurisprudence n'est pas insensible à une meilleure protection du créancier lorsque le débiteur adopte une posture fautive (v. B. BURY, B. LE BARS, « Mécanismes de gestion du risque d'abus », in *Gazette du Palais*, 11 février 2010 n°42, p. 13).
[747] F-X. LUCAS, « L'EIRL en difficulté », in *Petites Affiches*, 28 avril 2011 n°84, p. 39.
[748] Art. 39 al. 3.
[749] Pour plus de développements théoriques sur cette notion, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2006 n°4, p. 1279.

patrimoine du débiteur. Le législateur a organisé un schéma de priorité explicite dans la possibilité du créancier de solliciter le gage du débiteur défaillant. Ainsi, aux termes de l'art. 28 al. 2 AUPSRVE « *l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles* ». Il existe cependant quelques exceptions qui en réalité se rattachent soit à la nature de la garantie consentie par le débiteur soit en raison du montant de la créance due. Seulement, cette présentation rend compte seulement d'une appréciation technique de la hiérarchisation des saisies. Le véritable fondement de la mise en ordre des saisies réside dans un motif macro-juridique qui touche directement la protection de la personnalité juridique du débiteur[750]. En effet, le caractère hétéroclite des composants du patrimoine rend aussi compte d'une diversité de traitement juridique de ces derniers[751]. Dans cette perspective, l'équilibre entre le droit à l'exécution et la protection de la personnalité juridique passe par une meilleure prévisibilité de l'action du créancier sur le patrimoine[752]. Ainsi, l'exigence de sécurité juridique est garantie à la fois par l'effet de la loi et la faculté du juge de faire respecter l'ordre établi.

262. La hiérarchisation peut aussi être implicite du fait des choix opérés par le créancier parmi les possibilités offertes par la loi. Pour cause, les différentes saisies n'entrainent pas les mêmes effets sur le rapport entre le bien visé, la procédure choisie et l'exécution espérée. Aussi, trouver une stratégie efficace sous forme de combinaison entre les saisies conservatoires et exécutoires et entre saisies exécutoires est un moyen déterminant de subjectivation de la hiérarchie des saisies. La justification du transfert de l'ordonnancement des saisies est purement micro-juridique. Il relève des particularités de la procédure civile en ce qu'elle est un art faisant coïncider l'intérêt à agir du créancier avec la meilleure voie possible de

[750] Les théories sur la personnalité juridique de l'individu renseignent sur la politique législative en termes de valeurs à préserver. Ainsi, elle fait parfois appel au concept d'individu ou se confond avec la capacité juridique pour désigner la catégorie de sujets ou de situations juridiques à protéger (v. J-P. MARGUENAUD, « Les aspects procéduraux de la protection des majeurs vulnérables au regard de la CEDH », in *Petites Affiches*, 4 novembre 2010 n°220, p. 10).

[751] F. COLASSON, *Le patrimoine professionnel*, Limoges, PULIM, L'opposition entre le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel du débiteur permet de voir une méthode et une politique législative différente dans la protection de celle-ci.

[752] La recherche d'un équilibre entre des intérêts divergents est aussi une interrogation sur la mise en ordre des intérêts dans une société politique (M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2004). Concernant directement le patrimoine, l'exemple des entreprises en difficulté illustre parfaitement les enjeux susceptibles de se nouer autour du patrimoine. En effet, la protection particulière des salariés n'est pas sans rappeler celle du créancier dans l'exécution forcée (A. BOYER, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, Marseille, PUAM, 2006).

résolution judiciaire ou amiable d'un problème donné. L'exigence de sécurité juridique dans la subjectivation de la hiérarchie des saisies, est garantie par le juge qui, sur saisine du débiteur, pourra toujours exercer un contrôle dynamique. Ce moyen de contrôle n'est pas exclusif en soi, mais permet de voir la reconnaissance d'un rôle passif du débiteur dans la hiérarchisation des saisies.

Au final, la sécurité juridique est tantôt exposée comme un impératif directeur dans la hiérarchisation objective des saisies, tantôt correcteur lorsque la volonté du créancier est déterminante.

263. La hiérarchisation objective des saisies. Le fondement textuel de la hiérarchie opérée sur les saisies a pour effet d'entrainer une interprétation restrictive de l'application de la règle[753]. En effet, c'est une condition posée dans l'intérêt général et pour des raisons pratiques. La transposition des règles du droit des biens sur le patrimoine du débiteur en matière d'exécution n'est pas fortuite[754]. Elle permet d'apporter des éclairages simples à une matière réputée technique.

264. La hiérarchie des saisies n'est qu'une expression pratique des modalités de réalisation du gage général des créanciers. Dans son explication théorique, elle renouvelle la stabilité héritée de la conception unitaire du patrimoine dans sa fonction de garantie des engagements du débiteur. Aussi, techniquement, le patrimoine dont il est question « ne peut rassembler que des biens saisissables »[755]. Il permet d'adapter le droit de l'exécution aux nouveaux modes d'appropriation[756] en augmentant l'efficacité de l'action du créancier. En effet, l'assiette de la saisie intègre

[753] Dans une perspective positiviste, la hiérarchie renvoie à la « validité formelle associée à la légalité » (F. OST, M. van der KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 272). Dans cet ordre d'idées, il est naturellement envisageable que la règle soit interprétée de manière à garder la cohérence d'ensemble du système de sorte à assurer la stabilité des situations juridiques et la prévisibilité de la réaction du juge.

[754] Le renouvellement de la conception du patrimoine à l'aune des évolutions qui affectent sa consistance est un des sujets favoris des spécialistes du droit de l'exécution. Il va sans dire qu'il existe un lien objectif très fort entre le patrimoine qui est le siège du gage des créanciers et l'exécution qui est le moyen de parvenir à sa réalisation. Cette tendance à extrapoler sur cette relation a fait dire à M. GRIMALDI qu'il existerait une « législation débitoriale » (M. GRIMALDI, « Le patrimoine au XXIe siècle », in *Defrénois*, 15 juillet 2000 n°13-14, p. 801).

[755] B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », in *Defrénois*, 15 mars 2009 n°5, p. 504. L'auteur de l'étude critique souligne cependant que cette conception pourrait être nuancée par un conflit de droits fondamentaux entre le créancier et le débiteur. Seulement, cette possibilité s'inscrirait dans un changement de politique législative en faveur exclusivement du créancier.

[756] J-L. BERGEL, « Vers une réforme du droit des biens dans le code civil », in *l'ESSENTIEL du droit de l'immobilier et urbanisme*, 05 novembre 2008 n°1, p. 1.

les meubles incorporels dans leur diversité tout en continuant à bénéficier de la simplicité fonctionnelle de la *summa divisio* : meuble et immeuble[757]. Par conséquent, la mise en ordre des saisies n'entraine pas de bouleversements conceptuels mais un réajustement pragmatique tiré de la valeur économique des divers éléments constitutifs du patrimoine. Cette démarche est empreinte de prévisibilité dans la mesure où les intérêts individuels des acteurs sont gérés *ab initio* et ceci même pour la réserve contenue à l'art. 28 AUPSRVE sur les créances hypothécaires[758].

265. L'intérêt pratique d'une hiérarchisation des saisies s'étend à la finalité du droit à l'exécution qui est le paiement du créancier. C'est l'objectif d'effectivité des mesures d'exécution prévues par le législateur qui est ainsi confronté à la cohérence des choix du créancier. Sans le dire explicitement, le législateur a instrumentalisé la subsidiarité pour convaincre le créancier d'orienter sa préférence vers les mécanismes plus réalistes. Ainsi, pour le recouvrement des petites créances, la saisie-attribution présente plus d'avantages que la saisie-vente. L'indisponibilité de la somme saisie et l'effet attributif immédiat l'emportant sur les arcanes de la vente forcée des biens du débiteur défaillant. Dans la même logique, il est reconnu au juge la prérogative d'influer sur l'intensité de la contrainte exercée sur le débiteur en modulant l'étendue des prétentions du créancier. Il en est ainsi des sûretés judiciaires[759]. Dans une affaire jugée le 19 février 2008, le Tribunal régional de Dakar a usé de cette faculté pour modérer l'exécution provisoire sollicitée par le créancier tout en confirmant l'inscription définitive de la sûreté judiciaire[760]. La volonté de faire respecter une hiérarchie entre les saisies s'étend au personnel intervenant dans la procédure, notamment à leur intervention. Dans cet ordre d'idées, les huissiers de justice peuvent éclairer le choix du créancier[761]. Par ailleurs, l'intérêt de la

[757] C. KUHN, « Le droit commun du gage », in *Petites Affiches*, 27 mars 2008 n°63, p. 37.
[758] Cass. civ. 1ère 28 novembre 2004 (pourvoi n°02-11288), note S. PIEDELIEVRE, in *Defrénois*, 30 mars 2005 n°6, p. 250.
[759] Art. 259 D. 31 juillet 1992. Par ailleurs, comme le remarque C. LEFORT « *en ce qui concerne les sûretés judiciaires, il est énoncé que, lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties, le débiteur peut faire limiter par le juge les effets de la sûreté provisoire s'il justifie que les biens demeurant grevés ont une valeur double du montant de ces sommes* » (« Choix d'une procédure », in Droit et Pratique des voies d'exécution (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), *op. cit.*, p. 115).
[760] TRHC Dakar, 19 février 2008 (jugement n°356).
[761] C. LEFORT, « Choix d'une procédure », *op. cit.*, p. 117. « *Si la loi met à la disposition du créancier une large palette de voies d'exécution, elle incite néanmoins son mandataire – l'huissier – à faire*

hiérarchisation des saisies est également ressenti dans l'ordre de distribution des deniers établi par le législateur. Le souci de sécurité juridique est présent dans la convergence entre la prise en compte des incidences financières de la procédure, la protection de certains privilèges liés au bien saisi et la satisfaction des attentes individuelles[762].

266. La sanction du non respect de la hiérarchie posée par le législateur n'atteint pas le droit à l'exécution en soi, elle vicie la procédure qui doit conduire à l'extinction de la créance. De manière concrète, le créancier ne perd pas sa créance mais modifie sa stratégie. Il arrive que le juge oriente le créancier en recherchant en priorité à asseoir la cohérence des règles de son office. Dans une décision rendue le 01er juillet 2008, le juge du Tribunal régional de Dakar rappelle au créancier le caractère extrajudiciaire de la procédure de validation et de conversion de la saisie l'incitant à mettre de l'ordre dans sa méthode de recouvrement[763]. Globalement, il n'existe pas une hiérarchie directe entre les mesures conservatoires et exécutoires, mais les rapports procéduraux entre les deux conduisent les créanciers à observer les diligences permettant au débiteur de préserver ses intérêts sans remettre en cause la continuité du droit à l'exécution.

267. La hiérarchisation subjective des saisies. Il faut d'emblée dire que la liberté laissée au créancier augmente l'incertitude quant à la méthode choisie pour recouvrer sa créance. Mais c'est une affirmation qu'il faut tempérer pour deux raisons au moins. D'abord, le créancier ne peut choisir que parmi les moyens disponibles, ensuite il peut éventuellement engager sa responsabilité en cas d'abus ou d'absence de confirmation de son titre. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la décision rendue par la Cour de cassation le 07 juin 2006 au visa de l'art. 73 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991[764]. Ici, l'exigence de sécurité juridique se perçoit dans le souci de réalisme du créancier. En effet, plus que l'effectivité de son droit à l'exécution, c'est

œuvre pédagogique auprès de son mandant en le conseillant sur les procédures les plus pertinentes à diligenter et en attirant son attention sur les risques d'un recouvrement aléatoire » peut-on lire sous la plume du contributeur.

[762] P. TIGER, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », in *Petites Affiches*, 13 octobre 2004 n°205, p. 35.

[763] TRHC Dakar, 01er juillet 2008 (jugement n°410).

[764] Cass. civ. 2e, 7 juin 2006 (pourvoi n°05-18038), non publié au bulletin.

l'efficacité[765] de sa stratégie qui est en jeu. Fort justement, « c'est du degré d'accomplissement de l'objectif au service duquel le droit est instrumentalisé que dépend le jugement porté sur l'efficacité du droit » comme le suggère M. BOURASSIN[766]. En réalité, la subjectivation dans la hiérarchie des saisies est rattachée au pouvoir du créancier qui découle de la nature juridique du droit à l'exécution. Il en découle une instrumentalisation de l'autonomie de la volonté[767] dirigée vers le paiement qui en est l'objectif.

268. La volonté du créancier doit emprunter une certaine méthode pour mettre en ordre les différentes saisies possibles. C'est le domaine de l'adéquation entre l'impératif de paiement et les contraintes temporelles. Elles sont fonction du type de procédure, de la probabilité d'un concours avec d'autres créanciers et du comportement défensif du débiteur. Généralement, le temps est favorable au débiteur qui peut l'utiliser pour aménager les effets des initiatives du créancier. La sécurité juridique postule une course juste pour le paiement. Pour cela, l'analyse économique[768] du droit pourrait offrir une grille d'analyse du comportement psychologique du créancier au moment d'opérer les choix. En effet, le premier arbitrage concerne le mode de recouvrement : amiable ou forcé. A ce niveau, le relationnel[769] est un puissant facteur de hiérarchisation, de sorte qu'il n'existe pas à priori de modèles prédéterminés d'action pour le créancier. Le créancier rationnel articule sa stratégie en tenant compte des informations sur la situation patrimoniale du débiteur, sur le caractère provisoire ou définitif de son droit à l'exécution et sur les

[765] Sur le concept d'efficacité, les définitions sont nombreuses et souvent sous la plume d'auteurs de talent (F. OST, M. van der KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 383), mais dans le cadre précis de ce paragraphe nous empruntons celle de M. BOURASSIN « *l'efficacité du droit se caractérise par l'adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part. ce qui est au cœur de la notion d'efficacité du droit, c'est le but poursuivi* » (M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 456, 2006).

[766] M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, op. cit., p. 17.

[767] Sur la relation entre le sujet et l'autonomie de la volonté, il serait intéressant de voir G. PIGNARRE, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », in *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n°2, p. 611.

[768] V. M-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 15, G. CANIVET, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 23.

[769] En ce sens, les relations d'affaires qui unissent les partenaires économiques sont particulièrement visées. Elles font souvent l'objet d'une considération spéciale de la part du juge (J. ROCHFELD, « La rupture des relations contractuelles en temps de crise », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 499) ou d'une évaluation amiable par les cocontractants.

besoins de la procédure. L'enjeu est accru pour les créanciers chirographaires qui courent le risque d'arriver trop tard en cas d'asymétrie importante d'informations sur la situation du débiteur. Là aussi, la subjectivation de la hiérarchie peut faire appel à des moyens objectifs collectés par le débiteur personnellement ou par l'entremise de tiers spécialistes.

269. Le second arbitrage intervient entre les voies d'exécution. Sur ce point, la pratique des voies d'exécution montre que c'est sur le critère de la valeur économique que l'exigence de sécurité juridique opère le plus souvent[770]. La valeur de la créance sert de critère pour mesurer la proportionnalité entre le moyen utilisé et l'objectif de paiement visé. Ainsi, la mise en œuvre de la hiérarchie volontaire des saisies est subordonnée à un critère économique qui ne ressort pas explicitement de la loi. C'est d'ailleurs cette dimension économique qui est la plus appropriée dans la protection du patrimoine du débiteur. Elle permet de confronter l'unité conceptuelle du gage des créanciers à sa dynamique plurielle. Toutefois, les intérêts du créancier ne sont pas sacrifiés pour autant. Sa rationalité devra seulement être suffisamment prévisible pour le débiteur et légalement acceptable devant le juge. Pour y arriver, la rationalité du créancier est influencée doublement par la hiérarchie objective instaurée par le législateur. D'une part, la liberté formelle de choix du créancier est un élément d'attractivité du modèle hiérarchique. D'autre part, la stratification substantielle des mesures d'exécution poursuit également l'objectif de paiement. Ainsi, la différence réside dans l'importance accordée à la posture psychologique du créancier au moment d'agir. Intrinsèquement, l'idée d'une hiérarchie subjective n'est pas un facteur d'aggravation de l'insécurité juridique inhérente à l'exercice d'un pouvoir unilatéral. Sous cet angle, l'exigence de sécurité juridique est mécaniquement tributaire de l'intervention du juge. Elle permet surtout pour le créancier de vérifier les limites textuelles ou matérielles de son droit à l'exécution.

§ 2 – La possibilité de la saisie

270. L'exercice légitime de la contrainte par le créancier s'inscrit nécessairement dans le respect des voies juridiquement disponibles. La disponibilité de la coercition est organisée en respectant les exigences de stabilité et de prévisibilité inhérente à la

[770] C. LEFORT, « Choix d'une procédure », op. cit., p. 117. Il ressort de l'art. 22 L. 9 juillet 1991 que « *le Jex a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie* ».

sécurité juridique dans le cadre du recouvrement des créances. Ainsi, la possibilité de la saisie est à rechercher dans la fixation du domaine de l'exécution (A) et dans la prise en compte des privilèges accordés à certains créanciers par la technique des immunités (B).

A. Le domaine de l'exécution

271. Position du problème. Le droit à l'exécution est un droit subjectif qui confère un pouvoir de contrainte sur autrui. A ce titre, la contrainte doit être cantonnée à sa juste mesure afin d'éviter les saisies inutiles ou abusives. La contrainte est principalement un instrument de réalisation de l'objectif de paiement. Elle est fonction du *vinculum juris* qui existe entre le créancier et le débiteur. Dans le droit de l'exécution, la contrainte qui est légalement prévisible pour les parties en vertu de la force obligatoire des engagements contractuels ne saurait être en contradiction avec les attentes légitimes du créancier ni du débiteur. Il s'agit pour le créancier de nourrir une certitude quant à la nature de la prestation attendue au moment où la contrainte s'exerce[771]. Envers le débiteur, l'exécution amiable ou forcée de l'engagement contracté doit correspondre à l'une des formes de sanctions juridiques existantes.

272. Le domaine de l'exécution pourrait s'entendre dans un premier sens par rapport à la forme de la prestation exigée par le créancier. Dans ce cas de figure, l'art. 174 COCC expose la règle selon laquelle « *le débiteur doit exécuter l'obligation sans que le créancier puisse être contraint de recevoir une prestation différente* ». Ce principe s'accommode parfaitement avec les créances de sommes d'argent.[772] Cependant, pour les autres exigences portant sur des obligations de faire ou d'abstention, ainsi que les revendications ayant trait à des meubles corporels, certaines difficultés peuvent se poser. Il est vrai que l'acception selon laquelle

[771] E. MAISON, « Nature juridique et preuve du paiement », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 16 septembre 2010, in *Petites Affiches*, 06 juillet 2011 n°133, p. 19. Selon la conception classique largement retenue, le paiement peut être un acte ou un fait juridique. Toutefois, l'auteur s'évertue à démontrer la pertinence d'une acceptation fonctionnelle du paiement qui en facilitera la preuve en raison de la grande diversité qui affecte les supports des relations d'affaires. Même si la tendance (J-D. BASCUGNANA, « Précisions juridiques sur le paiement », note sous arrêt Cass. 1ère civ. 16 septembre 2010, in *Petites Affiches*, 21 janvier 2011 n°15, p. 10. L'auteur note le désaccord entre les chambre de la Cour de cassation sur la qualification de fait juridique concernant le paiement) est de faire du paiement un fait juridique en référence à la « prestation due », il n'est pas certain que ce choix ne ruine pas la confiance légitime et réinvente le formalisme dans les échanges.

[772] Les art. 57 et 154 AUPSRVE montrent l'adéquation des techniques de saisies conservatoires ou exécutoires sur les sommes d'argent avec l'objectif de recouvrement au moyen de diverses techniques : l'indisponibilité, l'attribution, le privilège du créancier gagiste, etc.

l'exécution en nature est le principe est aujourd'hui contestée en doctrine[773]. Ainsi, la fonction de la sécurité juridique serait de garantir les conditions d'une continuité de la contrainte à même de satisfaire les attentes légitimes des parties nonobstant les variations pouvant affecter le domaine des saisies. Dans cette optique, l'indivisibilité du paiement[774] offre une garantie supplémentaire sur les modalités d'extinction de l'obligation.

273. Le domaine de l'exécution fait également référence à l'approche procédurale de l'exécution. Ainsi, elle peut permettre de délimiter l'étendue de la compétence du juge de l'exécution et le glissement d'une procédure d'exécution forcée vers une procédure plus générale de droit commun des obligations[775]. Toutefois, dans le cadre de notre démonstration, il serait plus utile d'éviter les distinctions procédure/fond pour s'attacher à l'effectivité de la saisie lorsqu'elle porte sur une prestation légalement due. Pour y arriver, nous allons partir de la différenciation entre les prestations par nature et celles par équivalent afin de voir comment le principe de sécurité juridique assure la permanence de l'exécution.

274. La permanence de l'exécution en nature. La question de l'exécution en nature met en jeu deux moments importants du régime général des obligations. Premièrement, elle permet de tester la stabilité des situations juridiques individuelles à travers notamment la réalisation de la contrainte lorsque la saisie aboutit. Deuxièmement, elle renforce la confiance dans le système juridique si la prestation promise et prévisible a été effectivement exécutée. Ce postulat est particulièrement efficace dans les créances de sommes d'argent. Ainsi, dans un arrêt rendu le 18 janvier 2007, la Cour de cassation rappelle les conditions de la continuité du droit à l'exécution dans une saisie de sommes d'argent à titre conservatoire[776]. Au-delà des

[773] Y-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004.
[774] Art. 175 COCC. Il est vrai que cette affirmation doit être comprise à la lumière des exceptions pouvant découler de la loi, de la volonté des parties ou sur décision judiciaire.
[775] Cass. civ. 2e 11 décembre 2008, note C. BRENNER, in *Gazette du Palais*, 06 octobre 2009 n°279, p. 16. Dans cette affaire, il est décidé que « *le juge de l'exécution n'est pas compétent pour connaître d'une demande de répétition de l'indu formulée, non à l'occasion de l'exécution forcée d'un titre exécutoire, mais à la suite d'un commandement de payer* ».
[776] L'indisponibilité des sommes entrainée par la saisie conservatoire de créance confère en principe un privilège au créancier saisissant. Mais s'il survient une mesure définitive entre temps, la conversion en saisie-attribution ne permet pas d'empêcher l'allocation des sommes saisies au créancier bénéficiant du titre définitif (Cass. 2e civ. 18 janvier 2007 (pourvoi n°06.10.598), in *Gazette du Palais*, 11 octobre 2007 n°284, p. 10). Cette solution est conforme à la hiérarchie des situations juridiques imposée par le principe de légalité.

aspects procéduraux, c'est le résultat de l'action en justice qui importe quant au domaine de l'exécution et face à la nature de l'obligation du débiteur. Par rapport à la prestation en elle-même, en l'occurrence une obligation monétaire, l'identité entre l'objet de la demande du créancier et l'objet réellement reçu indique l'efficacité du mécanisme. Aussi, cette interprétation stricte de la succession des titres sur le gage général des créanciers épouse t-elle les contours du principe de légalité en donnant la primauté à l'autorité de la chose jugée sur le provisoire. Au sens de la sécurité des transactions, l'identité d'objet entre la prestation promise et la prestation reçue confirme l'art. 174 COCC dans ses prévisions et renouvelle la stabilité du lien contractuel malgré la pathologie qui a affecté son exécution. Sur ce point précis, la fonction de rééquilibrage de la sécurité juridique s'opère dans la prévisibilité assurée du domaine de l'exécution. En réalité, l'on assiste plus simplement à l'interprétation de la sécurité juridique au sens objectif du terme[777].

275. En principe la mesure d'exécution choisie par le créancier n'influe pas sur le résultat de l'action en paiement concernant le domaine de l'exécution. Qu'il s'agisse d'une saisie conservatoire ou d'une saisie exécutoire, l'exécution en nature peut être obtenue si la créance est liquide, exigible et certaine[778]. Toutefois, il arrive que la requête du créancier vise autre chose que l'allocation d'une somme d'argent en guise d'exécution en nature « même si le plus souvent, c'est le non-respect d'une obligation de payer dans ce cadre contractuel qui est à l'origine de la mesure »[779]. Les obligations relatives à ce type particulier de paiement renvoient à la délivrance et à la restitution. Selon l'art. 218 al. 1 AUPSRVE « *les biens meubles corporels qui doivent être délivrés ou restitués ne peuvent être appréhendés qu'en vertu d'un titre exécutoire constitué, le cas échéant, d'une injonction de la juridiction compétente devenue exécutoire* ». Cette mesure législative fait écho à des situations où la

[777] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 74 et s. l'auteur calibre la sécurité juridique objective à l'aide de trois critères : institutionnel, formel et matériel, qui rendent compte de la qualité du système juridique en général. Dans notre raisonnement, la réalisation de la sécurité objective au plan micro-juridique correspond à la réalisation d'une attente subjective par le respect d'une exigence objective pas forcement finalisée.

[778] Sur le critère de la certitude, il faut noter une distinction purement facultative entre le droit sénégalais et le droit français. En effet, l'art. 31 AUPSRVE exige la certitude de la créance parmi les conditions ouvrant droit à l'exécution forcée tandis que l'art. 2 L. 9 juillet 1991 insiste seulement sur la liquidité et l'exigibilité. Mais en pratique, le caractère certain de la créance est toujours débattu en cours de procédure en fonction des éléments présentés par le créancier ou de l'opposition du débiteur. Pour des éléments théoriques sur la certitude v. X-Y. LI-KOTOVTCHIKHINE, « Le certain en droit civil », in *Petites Affiches*, 06 juillet 1999 n°133, p. 12.

[779] C. LEFORT, « Créance », op. cit., p. 109.

sécurité subjective du créancier est purement matérielle. Elle vise la protection juridique du bien en soi et non de sa valeur économique correspondante qui aurait pu se résoudre par une exécution pécuniaire équivalente. Comme le constate R. LAUBA « *il ne peut en effet y avoir de saisie-revendication, d'injonction de délivrer ou de restituer, voire même de saisie-appréhension en vertu d'un titre exécutoire, sans se référer au statut des meubles corporels et aux règles gouvernant la preuve et la transmission de leur propriété, leur usage, leur constitution en gage ou leur rétention* »[780]. En général, si de telles règles sont respectées la protection du créancier n'entraine pas de difficultés particulières. La Cour de cassation en a fait une interprétation très dynamique à propos de la clause de réserve de propriété et l'art. 2370 du Code civil qui permet de contourner un obstacle jusqu'ici rédhibitoire pour l'exécution en nature[781].

276. La problématique centrale de l'exécution en nature est révélée par les obligations de faire à caractère personnel. Il s'avère qu'il est difficile de contraindre un tel débiteur à s'exécuter même si l'art. 6 COCC énonce que « *le débiteur d'une obligation de ne pas faire doit exécuter complétement son obligation* ». La résistance même abusive de ce dernier l'obligerait aux termes de l'art. 6 al. 2 COCC qu'à une « réparation ». Cette règle tire son fondement de la liberté individuelle érigée en principe supérieur avec la règle « Nemo praecise cogi potest ad factum ». Mais au nom d'une hiérarchie devenue nécessaire pour les besoins de prévisibilité du droit de l'exécution, il faut remarquer à la suite de P. PUIG « *l'obligation isolée est un bien, le contrat conçu comme un ensemble d'obligations en constitue également un, appelant de ce fait une protection, non plus seulement en termes de respect du lien obligatoire, mais au nom de la défense du droit de propriété. Empruntant au caractère fondamental de ce droit inviolable et sacré, les droits du créancier acquièrent du même coup une autorité accrue dans l'échelle des normes susceptible de contrarier la majesté hiératique de la liberté individuelle du débiteur* »[782]. Cette conception susceptible d'être lue à la faveur d'une certaine idée de justice a un prolongement dans la technique propre à la sécurité des transactions. Suivant le

[780] R. LAUBA, « Les règles communes à toutes les saisies à fin de remise », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 1067.
[781] Ibid, p. 1071.
[782] P. PUIG, « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 85.

raisonnement de D. MAZEAUD « *c'est parce que l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles permet de garantir la prévisibilité, la stabilité et la fidélité contractuelles qu'incarne et qu'impose le principe de la force obligatoire* »[783] que le droit à l'exécution devrait s'appliquer si possible à toutes les sortes d'obligations. Certes, il faudra tenir compte des obligations qui présentent une nature « trop personnelle »[784], il n'en demeure pas moins que l'exigence de sécurité juridique s'adapte à l'exécution forcée en nature des attentes légitimes du créancier aussi bien au nom de la force obligatoire du contrat, que de la défense du droit fondamental de propriété. L'on pourra toujours y voir une approche positiviste ou trop favorable au créancier, cependant, la théorie de l'abus et la possibilité matérielle de l'exécution permettront d'apporter les nuances nécessaires à l'exécution forcée en nature des obligations. Autrement, le créancier devra rechercher sa satisfaction par d'autres moyens juridiquement admissibles.

277. L'exécution par équivalent et les attentes légitimes des parties. Le problème pour la sécurité juridique dans le rapport entre l'exécution par équivalent et les attentes légitimes des parties est en fait une équation entre les prévisions juridiques et la réalité factuelle. La réponse pour le débiteur peut être contenue dans la remarque de J-B. SEUBE « *à l'impossible, nul n'est tenu* »[785]. Plus qu'une justification, c'est un constat d'impuissance pour tous qui s'impose. Dans la pratique cela revient à admettre les limites objectives de l'intervention judiciaire dans la mise en œuvre de la force obligatoire des conventions[786].

---

[783] D. MAZEAUD, « Exécution forcée de l'obligation contractuelle de ne pas faire », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2007 (pourvoi n°06-13983), in *Revue des contrats*, 01 juillet 2007 n°3, p. 719.

[784] Une lecture combinée des art. 1142 et 1143 du Code civil permet de faire une distinction entre les obligations de ne pas faire susceptible d'une exécution forcée et celles trop personnelles pouvant l'être très difficilement, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral*, Tome 1, Paris, PUF, coll. Thémis, 2ème éd., 2010, p. 620.

[785] J-B. SEUBE, « L'impossibilité d'exécuter en nature l'obligation de faire », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 27 novembre 2008 (pourvoi n°07-11282), in *Revue des contrats*, 01 avril 2009 n°2, p. 613. L'auteur fait remarquer dans son analyse qu' « *avec la caractérisation de l'impossibilité, le juge possède donc un instrument pour moduler l'exécution forcée. La notion est si flexible qu'il ne fait guère de doute que de nombreuses variations se feront jour… c'est donc par l'amplitude qui sera donnée à l'impossibilité que se dessinera le domaine de l'exécution forcée en nature* ».

[786] Pour des développements théoriques sur la relation entre la force obligatoire et l'exécution forcée voir G. VINEY « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant-LGDJ, 2001, pp. 167-203.

278. Plus exactement, la sécurité des transactions postule de régler le débat sur la prestation équivalente dans le droit de l'exécution. Est-on confronté à une forme d'exécution forcée homogène dans sa nature et duale dans son expression, ou est-on en présence d'une opposition entre deux formes d'exécution ?[787] L'issue du débat pourrait fournir une explication supplémentaire quant à la compréhension du domaine de l'exécution. L'existence d'une conception unitaire de l'exécution forcée revient à attribuer à la prestation équivalente un rôle indemnitaire pratique. C'est dans ce sens que N. MOLFESSIS soutient que « *la tentation de l'exécution par équivalent manifeste en définitive l'emprise d'une conception morale sinon moralisatrice, trop fermement ancrée au principe de la force obligatoire, (…) imposer l'exécution de ce que le contrat ne prévoit pas en méconnaît les termes et revient, au rebours de ce qui est présupposé, à admettre une forme de révision – pour des raisons pratiques – du contrat* »[788]. Ce qui est privilégié ici, c'est l'effectivité dans une perspective verticale des relations entre « *la promesse et l'exécution* »[789]. Ainsi, prolongeant la réflexion sur la fonction de la valeur équivalente dans l'exécution, P. REMY-CORLAY y voit de manière incidente une satisfaction de l'intérêt du créancier au contrat[790] et une possible grille de lecture de la répartition des pouvoirs entre le juge et les parties[791]. La conception unitaire de l'exécution forcée revient à reconnaître aux prévisions juridiques une cohérence d'ensemble symbolique où la satisfaction du créancier est dominée par son aspect matériel. En effet, l'écart entre la promesse et l'exécution est jugé non pas en termes d'adéquation mais plutôt sur la base d'une équivalence fonctionnelle subjective. D'un point de vue strict, cette démarche pourrait être source d'insécurité juridique, dans la mesure où l'attente légitime objective du créancier n'est pas entièrement réalisée. Mais l'office du juge appréhende la question de manière pragmatique en déplaçant le curseur de la prestation juridique promise vers la valeur économique de la prestation due. En définitive, la conception unitaire de l'exécution forcée permet d'élargir le domaine de l'exécution et d'offrir au créancier une solution en cas d'inexécution.

[787] N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 37.
[788] Ibid.
[789] L. AYNES, « Rapport introductif » in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 9.
[790] P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 13.
[791] Ibid.

279. Quid de l'opposition entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent ? En considérant intrinsèquement la prestation promise, il est possible d'établir une hiérarchie entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent sur la base de l'intérêt du créancier. Si l'on part des solutions doctrinales voire jurisprudentielles actuelles, il est possible d'aboutir à une « *prétendue primauté de l'exécution en nature* »[792]. Cet état de fait tire sa logique des vertus dogmatiques attribuées à l'art. 96 COCC ou 1134 alinéa 1er C. civ. Ainsi, le respect des prévisions juridiques au moment de l'exécution du contrat serait un gage de confiance dans la performance du système juridique et l'exécution par équivalent une pathologie ponctuelle. Il est vrai que cette hypothèse est rassurante quant aux effets du temps sur le lien d'obligation. Mais comme l'indique Y-M. LAITHIER, l'analyse économique du droit a permis de mettre « *au jour les limites à l'efficacité de l'exécution forcée en nature* »[793]. Pour l'exécution, cette donnée semble traduire une différence entre les deux sanctions. Alors, elle ne serait plus limitée à la dogmatique juridique, mais inclut un paramètre économique autour de la valeur. En effet, l'intérêt de la distinction se trouverait à la fois dans l'avantage qui sera tiré de l'exécution par le créancier et du coût supporté par le débiteur. Cette tendance conforte l'office du juge dans la délimitation du domaine de l'exécution en permettant d'éviter le recours systématique à une interprétation stricte des règles juridiques applicables à l'inexécution contractuelle. Elle ferait plutôt la promotion de la « rule of reason » en matière d'exécution au détriment de la cohérence d'ensemble voulue par la conception unitaire de l'exécution forcée.

280. Le domaine de l'exécution selon qu'il est étendu ou restreint rend compte en réalité du sort qui est réservé aux prévisions juridiques des parties par le système normatif. Globalement, la conception dogmatique prédomine en restant conforme à la sécurité juridique objective des transactions. Cependant, dans un souci de réalisme juridique, il serait opportun d'admettre plus généralement l'intervention correctrice du juge sans remettre en cause le principe d'une exécution forcée en nature ou multiplier les régimes d'exceptions qui entravent la recouvrabilité des créances.

[792] Y-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 161.
[793] Ibid.

B. Les immunités d'exécution

281. Prolégomènes. L'expression de l'art. 30 AUPSRVE « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* » semble donner une solution définitive au débat sur l'applicabilité des voies d'exécution aux personnes publiques. Mais concernant le recouvrement des créances plus généralement, l'art. 30 alinéas 1 et 2 admet la compensation avec les dettes des partenaires économiques. Seulement, la problématique du recouvrement des créances contre les personnes publiques montre quelques niches d'insécurité juridique liées à l'interprétation jurisprudentielle du périmètre de l'immunité. Toutefois, plusieurs affaires impliquant les personnes morales[794] de droit public dans le cadre du recouvrement des créances incitent à penser en l'existence, sous l'angle de la prévisibilité, de solutions aux contraintes identifiées. Celles-ci mettent en exergue la qualité spécifique des entités publiques, leurs actes et les pouvoirs du juge dans le contentieux du recouvrement.

282. Les juridictions judiciaires « *gardiennes de la propriété privée* » selon les termes de S. DELIANCOURT ont toujours montré une certaine prudence quant il s'est agi d'un contentieux impliquant une personne publique[795]. Cette réserve est d'autant plus étendue quand c'est un Etat qui est cause. Les enseignements tirés du droit comparé[796] montrent que l'application des voies d'exécution aux Etats est techniquement très difficile à mettre en œuvre. Les raisons avancées ne manquent pas de pertinence en raison de la nature spécifique de l'Etat parmi les personnes juridiques. D'une part, il faut distinguer entre les actes de souveraineté et les actes de gestion. La Cour de cassation dans l'affaire République démocratique du Congo

[794] Affaire Aziablévi Yovo et autres c/ Société TOGO TELECOM (arrêt n°043/2005), in *Recueil de jurisprudence de la CCJA n°6*, juin-décembre 2005, p. 25 (Juris-Ohada n°1/2006, p. 8). Pour la partie française voir P. THERY, « Feu l'immunité d'exécution ? », in *Gazette du Palais*, 12 juin 2001 n°163, p. 18.

[795] S. DELIANCOURT, « Le principe d'intangibilité de l'ouvrage public, la préservation de l'intérêt général et le pouvoir d'injonction du juge administratif : entre pragmatisme et raison d'Etat », in *L'injonction et l'exécution des décisions de justice, journées d'études CRA*, PUAM, 2006, pp. 133-154.

[796] En plus des pays de tradition juridique romano-germanique, les pays de la Common Law ont adopté les mêmes règles en matière d'application des voies d'exécution aux Etats. Cette règle est basée sur la distinction entre les actes relevant de l'impérium étatique et ceux relatifs à ses opérations commerciales. Sous cet angle, les premiers bénéficient sauf exceptions expressément prévues de l'immunité de juridiction, tandis que les seconds peuvent être présentés au juge en cas de litige. Ces règles sont codifiées dans le Foreign Sovereign Immunities Act (1976) aux USA et dans le State Immunity Act (1978) pour la Grande-Bretagne. Pour plus de précisions voir, D. CARREAU, M. SHAW, *La dette extérieure*, Académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 774 p.

c/ Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Résidence Antony Châtenay a clairement établi la distinction en retenant que « *l'acquisition par l'Etat du Congo de biens immobiliers en France, fussent-ils affectés au logement de son personnel diplomatique, ne constitue pas une prérogative ou un acte de souveraineté mais seulement une opération habituelle de gestion relevant du droit privé* »[797]. D'autre part, il convient d'exposer la nuance entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution. Par une décision République du Chili c/ Mmes X et Y du 09 mars 2011, la chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *l'immunité de juridiction d'un Etat privant de tout pouvoir le for saisi, le juge de la mise en état était tenu de surseoir à statuer sur toutes les exceptions de procédure dont il était saisi, jusqu'à la décision du tribunal sur la fin de non-recevoir tiré d'une telle immunité* »[798]. Ainsi, l'immunité de juridiction emporterait des conséquences procédurales plus larges en affectant directement le droit d'accès au juge[799]. L'explication de cette bienveillante attitude jurisprudentielle tient plus d'une tendance pacificatrice dans les relations internationales que d'une réelle contrainte de technique juridique. En effet, pour l'immunité d'exécution, il est possible d'avancer des arguments en faveur d'une interprétation plus souple de l'interdiction de procéder pour le créancier d'une entité publique. L'exigence de sécurité juridique commande que les partenaires économiques des personnes publiques puissent disposer d'un minimum de prévisibilité quant à l'issue de leurs engagements contractuels. C'est un indicateur à la fois de performance normative pour le droit international et un facteur qui renforce la confiance légitime des particuliers dans la cohérence du droit de l'exécution du point de vue spatial.

283. L'immunité d'exécution personnelle et la stabilité du droit à l'exécution. L'influence de la qualité de personne morale publique sur l'effectivité de l'exercice du droit à l'exécution est la question centrale. En réalité, on peut approfondir la réflexion en analysant la protection de la situation juridique individuelle du créancier par l'exigence de sécurité juridique. En effet, c'est la remise en cause de l'entière

[797] Cass. 1ère civ,. 25 janvier 2005 : République démocratique du Congo c. Syndicat des copropriétaires de l'immeuble résidence Antony Châtenay (pourvoi n°U03.18-176), note O. LESPOUR, «L'immunité d'exécution de l'Etat étranger : entre principe et réalité », in *Gazette du Palais*, 28 mai 2005 n°148, p. 39.

[798] Cass. 1ère civ. 09 mars 2011 (pourvoi n°10-10044), note A. LOISEAU, in Gazette du palais, 18 octobre 2011 n°291, p. 21.

[799] H. CHANTELOUP, « Les immunités de juridiction et le droit d'accès à la justice », in *Gazette du Palais*, 15 janvier 2005 n°15, p. 2.

réalisation d'un droit légitimement acquis par une règle quasi impérative et extérieure à l'opération économique qui est en cause.

284. La figure de l'Etat, opérateur économique, est complexe en raison de l'interpénétration entre les règles de droit public et celles de droit privé[800]. Ainsi, le régime juridique des activités des personnes publiques est difficile à saisir pour les partenaires économiques. Même si les transformations récentes de l'environnement normatif public des affaires incluent des principes fondamentaux qui convergent vers plus de lisibilité et de cohérence. En effet, les principes de précaution, de confiance légitime et de sécurité juridique qualifiés de « principes émergents » figurent en bonne place dans les orientations nouvelles du droit public des affaires[801]. La signification profonde de cette mutation est à rechercher dans la tentative d'apaiser les suspicions qui pèsent sur les manifestations exorbitantes du pouvoir des institutions publiques dans l'exécution de leurs engagements contractuels.

285. En droit interne, l'évolution du critère de distinction du service public a permis de mesurer les chances de continuité du droit à l'exécution. Ainsi, selon S. BRACONNIER « *c'est l'environnement économique du service public, et non sa nature intrinsèque ou les règles auxquelles il est soumis, qui détermine ici son appartenance à l'une ou l'autre catégorie* »[802]. En retenant cette proposition, il serait possible de déterminer selon le comportement économique de l'institution publique l'occurrence d'un exercice adéquat du droit à l'exécution. Au Sénégal, l'art. 30 AUPSRVE semble étendre l'immunité d'exécution à toutes les institutions publiques du fait de sa rédaction ouverte. Ainsi, les risques de se voir opposer l'immunité d'exécution personnelle sont plus importants. Formellement, c'est une source

[800] Pour les considérations théoriques sur les sources du droit public des affaires et la complexité des règles qui l'encadre, voir *Lamy droit public des affaires* (sous la dir. L. RAPP et P. TERNEYRE), Paris, éditions Lamy, Wolters Kluwer, 2010. C'est le changement de paradigme dans la coexistence entre réglementation et régulation qui donne au droit public des affaires une configuration mixte où les variations de la qualité des personnes publiques induisent des régimes juridiques parfois incertains.

[801] Ibid, p. 241 et s. il faut souligner cependant que l'absence de valeur juridique précise de ces principes relativise leur portée pratique véritable. Ils sont davantage utilisés dans le cadre du contrôle de légalité (principe de précaution) ou dans la vérification de la cohérence des codifications (droit transitoire).

[802] S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2e édition, 2007, p. 244. L'auteur précise que « *les services de puissance publique se caractérisent par le fait qu'ils sont soustraits, de fait ou virtuellement, à une logique de marché. Les services économiques, au contraire, du fait de leur impact économique, réel ou virtuel, répondent, dans une certaine mesure, aux logiques et contraintes du marché* » (p. 244). Il est clair que nous évitons le débat doctrinal sur l'existence d'un critère du « service public », l'intérêt de l'adhésion à la thèse soutenue par S. BRACONNIER réside dans la facilitation de notre démonstration.

d'insécurité juridique pour les cocontractants des personnes morales publiques. Cette conclusion est partagée par F. M. SAWADOGO lorsqu'il écrit à propos des réserves que suscite l'art. 30 AUPSRVE que « *la règle de droit, légale ou jurisprudentielle, est une loi de finalité et non de causalité, c'est-à-dire une loi poursuivant la réalisation d'un objectif qui est ici la sécurité juridique et judiciaire* »[803]. Il faut reconnaître que la distinction entre les actes faisant recours aux prérogatives de puissance publique et les actes assimilables à ceux des particuliers sert souvent de critère de compétence aux juridictions internes, dans ce sens, la jurisprudence Aéroport de Paris du Tribunal des conflits est assez illustrative lorsqu'elle retient que « *les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité* »[804]. Seulement, dans l'affaire Aziablévi Yovo et autres c/ Société TOGO TELECOM, la CCJA étend l'immunité à toutes les institutions publiques du seul fait d'un critère organique[805] sans tenir compte de la nature des actes en cause. Cette attitude jurisprudentielle tient à l'interprétation excessive d'un seul mot : l'intérêt général. Mais comme le reconnaît P. VALADOU « *immunité d'exécution ne veut pas dire immunité de contrainte juridictionnelle* »[806]. Ainsi, des procédés juridictionnels tels que l'astreinte et l'injonction[807] peuvent être utilisés pour contourner les effets paralysants de l'immunité d'exécution. Eu égard à l'exigence de sécurité juridique, l'inégalité entre le créancier et son débiteur ne doit pas être supprimée, elle est consubstantielle à leur nature de personne juridique différente. Mais, il est possible

[803] F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace Ohada », note sous arrêt CCJA 07 juillet 2005 Affaire Aziablévi Yovo et autres c/ Société TOGO TELECOM (arrêt n°043/2005), in *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 136. L'auteur défend dans son article la nécessité d'une distinction entre les « établissements publics » et les « entreprises publiques » afin de préciser davantage le domaine d'application de l'art. 30 AUPSRVE en vue de permettre la saisissabilité des biens des entreprises publiques de droit privé.

[804] P. ARHEL, « Deuxième rapport d'activité de l'autorité de la concurrence », in *Petites Affiches*, 31 octobre 2011 n°216, p. 6.

[805] Cette manifestation des exceptions judiciaires liées à la qualité du justiciable n'est pas nouveau en soi et trouve son fondement dans la préservation de l'intérêt général. Pour plus d'éléments théoriques voir F. BLANC, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, 20 septembre 2011 n°6, p. 1553.

[806] P. VALADOU, « Le pouvoir de commandement du juge à l'administration », in Petites Affiches, 29 mai 1995 n°64, p. 4.

[807] Le créancier de l'administration peut ne pas être totalement démunis car la loi du 16 juillet 1980 (modifiée en 1987) permet toujours de rechercher l'exécution d'un jugement par une personne morale de droit public notamment par la voie de l'astreinte.

d'améliorer le cadre de réalisation du droit à l'exécution mettant en cause les institutions publiques en raison de la finalité de leur comportement.

286. En droit international, le droit à l'exécution du créancier est souvent suspendu à la volonté exprimée par l'Etat étranger au moment de la formation du contrat. De manière générale, le principe de l'immunité d'exécution est très largement appliqué pour soustraire certains Etats à l'exécution de leurs engagements. La jurisprudence NOGA a permis de constater toutes les subtilités qui entourent l'interprétation jurisprudentielle de l'immunité d'exécution en droit international[808]. Ainsi, la série d'arrêts rendus le 28 mars 2013 par la Cour de cassation ne fait que préciser « *les contours jurisprudentiels du régime juridique de l'immunité des Etats* »[809]. Toutefois, il est à souligner l'existence d'une volonté prétorienne de rationaliser la compréhension du recours à l'immunité d'exécution par une institution publique étrangère. En effet, la jurisprudence Creighton c/ Qatar du 06 juillet 2000 et la jurisprudence Sté Eurodif c/ Iran de 1984 ont permis d'avoir une meilleure prévisibilité dans la réalisation du droit à l'exécution du créancier. En effet, le privilège de l'immunité d'exécution pour les Etats étrangers ne met pas en échec d'une manière systématique au droit d'accès à un juge indépendant et compétent. Aujourd'hui, le droit de l'arbitrage par le truchement de l'art. 24 du Règlement d'arbitrage de la CCI précise la renonciation au privilège de l'immunité et l'affectation du bien susceptible de saisie à une activité relevant du droit privé[810] peut déterminer la possibilité de l'exécution forcée. Sans doute, l'analyse du juge national peut être critiquable pour des raisons de cohérence de la technique juridique interne, mais il ne faut pas perdre de vue que la résolution des litiges en droit international emporte un volet éminemment politique. L'exigence de sécurité juridique, qui est une valeur universelle, doit pousser à la recherche de solutions pratiques à l'inexécution contractuelle une fois le droit du créancier confirmé.

287. L'immunité d'exécution personnelle et la prévisibilité de l'exécution. La prévisibilité de l'exécution dans le cadre des immunités d'exécution est en train de

[808] Pour une analyse plus complète de la jurisprudence NOGA, voir C. LEGROS, « Affaire NOGA : l'émergence d'une nouvelle immunité d'exécution ? », in *Gazette du Palais*, 21 février 2009 n°52, p. 2.
[809] J-B. DONNIER, « Nullité de la saisie portant sur des créaces se rattachant nécessairement à l'exercice par un Etat étranger des prérogatives liées à sa souveraineté », in *JCP* – Edition générale – n°15, 8 avril 2013, p. 709.
[810] Voir C. LEFORT, « Conditions de saisissabilité des biens et immunités d'exécution personnelles », in Droit et Pratique des voies d'exécution (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 153.

connaître une évolution positive liée à la technique juridique. L'instrumentalisation de la liberté contractuelle dans la pratique internationale des affaires permet d'écarter l'immunité d'exécution comme l'a montré l'affaire Creighton c/ Qatar. Ainsi, les créanciers peuvent faire de cette modalité l'une des conditions de validité de leur engagement. Le droit commun des contrats est ici un excellent outil de rééquilibrage des inégalités entre parties d'un point de vue formel et d'anticipation de gestion d'un probable contentieux. En renonçant à ses attributs de souverain[811], l'institution publique accepte d'intégrer le domaine du recouvrement amiable ou forcé des créances. En effet, c'est l'une des conditions essentielles de la continuité du droit à l'exécution, car en présence d'une clause ambiguë, la jurisprudence a souvent pris part pour une interprétation restrictive de l'immunité d'exécution[812]. Or, l'exigence de sécurité juridique ne postule pas nécessairement l'immobilisme. L'effort prétorien d'adaptation des faits à la norme sociale doit combiner deux facteurs importants : l'évolution et le pragmatisme. Il est vrai que la distinction entre les actes de puissance publique et les actes de gestion n'est pas toujours aisée à établir, mais à égalité de situation, l'application des méthodes et techniques du droit commun est plus conforme à l'attente légitime des parties, singulièrement à celles du créancier.

288. Par ailleurs, l'exécution proprement dite peut être appréhendée en distinguant entre les obligations de faire et les obligations de payer[813]. Dans cet ordre d'idées, le créancier des institutions publiques connaitrait un meilleur sort s'il s'agit d'une obligation de faire avec l'instrumentalisation de l'injonction avec ou sans astreinte[814] par les autorités judiciaires. Dans ce cas de figure, le critère organique qui sert souvent de motif pour écarter le droit commun de l'exécution est remplacé par un critère matériel qui s'intéresse soit à la nature de l'activité ou à celle du bien en cause. Cette manière d'aborder le litige est plus conforme à l'exigence de prévisibilité

[811] R. PERROT, P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2000, p. 213. Les auteurs démontrent cette transition en citant M. WALINE lorsqu'il écrit que « L'Etat se met en civil ».

[812] Dans l'espace judiciaire de l'Ohada, l'affaire TOGO TELECOM rejoint une longue tradition jurisprudentielle française (affaires Eurodif et Sonatrach) pour étendre l'immunité d'exécution à l'Etat et à ses « émanations » en interprétant les textes en faveur des institutions publiques. Cette solution est à vrai dire plus conforme aux finalités originelles de l'immunité d'exécution, mais traduit également un certain immobilisme de la jurisprudence face aux mutations de la pratique des affaires.

[813] E. BARADUC, « Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 143. Selon l'auteur, l'encadrement juridique des obligations de faire connaît une évolution beaucoup plus élaborée que celles des obligations de payer en raison du pouvoir d'injonction reconnu aux autorités judicaires.

[814] M. VIGROUX-ECHEGUT, « L'injonction de travaux prononcée contre l'administration », in *Petites Affiches*, 14 avril 2000 n°75, p. 4.

inhérente à la sécurité juridique sans remettre en cause le principe de légalité qui sert de baromètre à l'administration. Pour les obligations de payer, l'analyse judiciaire est plus complexe tant au niveau interne qu'international à cause des motifs tirés de l'intérêt général ou du jus gentium[815]. Le critère organique permettant l'application de l'immunité d'exécution tend à occuper une place importante dans le raisonnement du juge. Techniquement, le créancier peut toujours obtenir l'exéquatur et se heurter à l'impossibilité matérielle d'exercer une contrainte sur son débiteur. Toutefois, les affaires République démocratique du Congo c/ Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Résidence Antony Châtenay, Irak c/ Sté Dumez GTZ et Sté Vinci et Creighton c/ Qatar font penser qu'il soit possible de concilier le principe de l'immunité d'exécution et le principe de sécurité juridique autour de la théorie générale du procès et du droit de propriété. D'ailleurs, il semble que les Etats aient conscience de l'enjeu important que représente un système juridico-judicaire compétitif, comme le souligne H. MUIR WATT « *le contentieux du provisoire est devenu depuis quelque temps à la fois un enjeu de compétition normative entre Etats et une donnée incontournable dans la stratégie procédurale des plaideurs dans l'ordre international. La disponibilité d'un arsenal de mesures conservatoires rapides, flexibles et énergiques, qui ne soient pas inhibées par le dogme de la territorialité de la contrainte, constitue désormais un facteur essentiel de l'attractivité de certains fors, qui s'assurent ainsi, à la faveur de l'essor contemporain du forum shopping, un avantage concurrentiel déterminant* »[816]. Il est aussi vrai que ces procédures devront être harmonisées au nom de la sécurité juridique afin que le droit de l'exécution s'adosse sur des valeurs communes. En effet, la délimitation du périmètre de l'exécution par les parties au moment de la conclusion du contrat et la renonciation à l'immunité d'exécution par l'institution publique[817] permettraient de donner au juge

[815] H. KENFACK, « La limitation des textes de la CNUDCI aux relations internationales », in *Petites Affiches*, 18 décembre 2003 n°252, p. 75. Dans son analyse, l'auteur montre la quasi impossibilité d'un droit international qui voudrait « ménager la susceptibilité des Etats ». Nous abondons dans le même sens, car ce scénario risque d'être une source d'insécurité juridique du point de vue de la légistique substantielle.

[816] H. MUIR WATT, « Le mythe de l'effet titre : le statut des jugements étrangers dans le contentieux du provisoire », in *Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états*, Paris, Petites Affiches, 2004, p. 195.

[817] C'est dans ce sens que nous adhérons aux conclusions de C. LEFORT, à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2007, selon lesquelles « un Etat peut renoncer au bénéfice des immunités de juridiction et d'exécution, il peut également renoncer au bénéfice des dispositions de l'article 688 C. pr. civ. Qui prévoit une notification par voie diplomatique pour la notification des actes effectués aux Etats étrangers ou à leurs agents diplomatiques » (C. LEFORT, « Conditions de

saisi les moyens de désigner les biens concernés par l'exécution. Cette faculté donne à l'Etat étranger ou à ses émanations la liberté de garantir la sécurité juridique du créancier par un système d'affectation d'un patrimoine spécifique à leurs activités au civil. Cependant, cette affection ne doit plus être qu'un droit de jouissance mais un véritable transfert de propriété à l'entité publique contractante.

289. Au plan purement interne, cette sécurité du créancier est en voie de consolidation à travers les « voies d'exécution administratives »[818]. Dans cette optique, l'on note la coexistence de deux systèmes qui recherche soit un meilleur rééquilibrage du déploiement de l'intérêt général dans le champ de l'exécution soit une meilleure justice contractuelle. D'une part, les techniques empruntées aux finances publiques[819] et au contentieux administratif pour contraindre les collectivités locales à payer[820]. D'autre part, l'admission de la compensation de dettes par l'art. 30 AUPSRVE comme procédé de droit commun utilisable par le créancier de l'administration[821]. L'un comme l'autre poursuivent une finalité identique qui est l'effectivité du droit à l'exécution légitimement reconnu au créancier, c'est-à-dire, plus de prévisibilité dans le paiement, donc de sécurité juridique. Seulement, faudra t-il éviter un enthousiasme excessif car ces outils peuvent être contournés quant à leurs effets par des moyens tirés de la pratique administrative. L'inscription de la dépense obligatoire telle que prévue aux art. 355 et s. du Code des collectivités locales ne

saisissabilité des biens et immunités d'exécution personnelles », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 155).

[818] . BARADUC, « Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 143.

[819] C'est principalement l'inscription des dépenses obligatoires prévue par le Code des collectivités locales (Loi n°96-06 du 22 mars 1996) du Sénégal en ses art. 355 et s. Ces textes prévoient la possibilité d'inscrire la créance sur le budget de la collectivité locale débitrice par le Représentant de l'Etat en cas de défaillance de cette dernière aux fins de paiement. Toutefois, la nature juridique du budget et l'unité de caisse qui prévoit généralement en matière de comptabilité publique risquent de conférer à la garantie de paiement un caractère purement formel. Il faut nécessairement une volonté manifeste de l'autorité publique pour que l'extinction de la créance se réalise rapidement et intégralement.

[820] F. LINDITCH, « Faut-il encore payer ses dettes ? L'exemple des collectivités locales », in *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 3. L'analyse montre que les collectivités locales peuvent échapper à l'obligation de payer en empruntant un moyen légal : la prescription quadriennale et des moyens douteux : le transfert de la dette à un tiers.

[821] L'art. 30 in fine précise que seule la reconnaissance par les débiteurs de leurs dettes confère à ces dernières une certitude. Dans la pratique cela peut poser des difficultés au créancier et remettre en cause significativement ses chances de recouvrement. C'est une source d'insécurité juridique qui mérite d'être corrigée en harmonisant la rédaction du texte avec les pratiques administratives en matière d'admission de dettes (voir F. M. SAWADOGO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public dans l'espace Ohada », note sous arrêt CCJA 07 juillet 2005 Affaire Aziablévi Yovo et autres c/ Société TOGO TELECOM (arrêt n°043/2005), in *Revue camerounaise de l'arbitrage*, numéro spécial, février 2010, p. 136.).

coïncide pas avec une propriété exclusive sur les sommes correspondantes. Le budget étant un élément de prévision, le créancier doit encore s'engager dans les procédures de la comptabilité publique pour recouvrer sa créance. Il n'est pas à l'abri du jeu d'arbitrage budgétaire initié par les autorités locales, la garantie d'exécution reste globalement formelle. Ici, le respect de l'exigence de sécurité juridique procède plus de la volonté de l'autorité publique que d'une réelle technique contraignante. Le risque pour la sécurité juridique du créancier tient en réalité à la qualité de personne publique de son débiteur.

290. La saisie dans l'exercice d'une contrainte aux fins d'exécution n'est pas uniquement contrariée par sa possibilité juridique ou matérielle, elle peut l'être également lorsque l'agent d'exécution méconnait les règles de validité de l'exécution forcée ou en cas de comportement préjudiciable.

Section 2 – La sanction de l'exécution irrégulière

291. L'effectivité des règles se rapportant à l'exécution est intrinsèquement liée à la conformité des parties aux prescriptions et prohibitions contenues dans celles-ci. Aussi, le législateur a t-il pris la précaution de fixer « une véritable théorie générale des voies d'exécution »[822]. Cette construction législative permet d'isoler deux facteurs importants dans l'appréciation de la régularité de l'exécution.

D'une part, il s'agit des actes de procédure qui constituent un bloc dont la cohérence est assurée par le formalisme. A ce propos, la démarche du législateur est plutôt pointilleuse et très en phase avec une conception objective de la sécurité juridique. Elle se traduit par la généralisation des sanctions affectant l'acte de procédure (**§1**).

D'autre part, la loyauté dans l'exercice de la contrainte a été intégrée comme un critère d'efficacité du droit à l'exécution. Au nom de la sécurité juridique des parties et dans l'intérêt de l'exécution, le législateur entend sanctionner tout comportement illicite (**§2**).

[822] N. DIOUF, « Le recouvrement des créances et les voies d'exécution », in *Présentation du droit ohada, ohada.com* (consulté le 31 décembre 2011), p. 8.

§ 1 – Les sanctions affectant l'acte de procédure

292. Le droit ohada de l'exécution astreint les parties à l'observation d'un ensemble de règles visant la validité ou l'efficacité des actes de procédure. L'esprit du dispositif sur la régularité des actes de procédure tire sa cohérence de la procédure elle-même. En effet, c'est en relativisant la distinction purement technique entre le fond et la forme au profit d'une combinaison fonctionnelle propice à la défense des droits essentiels des parties[823] que la sécurité juridique parvient à ses fins. C'est ainsi que les sanctions affectant l'acte de procédure expriment la tension entre les stratégies procédurales des parties et la rationalité du droit[824] incarnée par la figure du juge. Celle-ci peut s'analyser à travers les principales sanctions posées par l'AUPSRVE : la caducité (B) et la nullité (A).

A. La nullité

293. Position du problème. La question des nullités dans l'exécution des créances est très liée à la problématique centrale de l'efficacité des voies d'exécution. Elle met en exergue d'une part les garanties procédurales du justiciable et d'autre part le droit substantiel de l'exécution à travers la distinction entre les nullités de droit commun et les nullités propres aux voies d'exécution. A l'interstice des deux considérations se déploie l'exigence de sécurité juridique sous la forme d'un équilibre entre l'efficacité d'une procédure simple et la protection des droits des parties au recouvrement. L'analyse de la pratique jurisprudentielle de la CCJA permet de percevoir ce subtil équilibre. En effet, tel que le souligne F. ONANA ETOUNDI « *le législateur OHADA semble bouleverser ce régime traditionnel des nullités par l'émergence d'un nouveau régime plutôt contraigant, voire impératif (…) à travers sa jurisprudence dominante, la CCJA réaffirme nettement cette consécration d'un régime des nullités automatiques* »[825]. Fort heureusement, la CCJA a depuis son arrêt du 07 avril 2005, affaire BOU CHEBEL MALECK c/ LA STATION MOBIL

[823] C. BRENNER, « L'appel des jugements statuant sur les incidents de la saisie immobilière », in Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états, Paris, *Petites Affiches*, 2004, p. 88.
[824] G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », in Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états, Paris, *Petites Affiches*, 2004, p. 143.
[825] F. ONANA ETOUNDI, *Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA, op. cit.*, p. 295. J. DJOGBENOU, *Les prcoédures d'exécution et le régime juridique des nullités des procédures de droit OHADA*, in formation des magistrats et autres personnels de la justice du Bénin, 24-28 janvier 2011, ERSUMA, OHADA, pp. 29-33.

DE YAMOUSSOUKRO[826], assoupli les conditions d'application de l'art. 297 al. 1-2 AUPSRVE. Une précision terminologique est nécessaire afin de distinguer la nullité des sanctions voisines relatives au formalisme des actes de procédure[827]. La théorie récente de la sanction de l'acte irrégulier autorise à faire la distinction entre la nullité et l'inopposabilité selon le pouvoir dont dispose le créancier ou son agent d'exécution au moment d'agir. Ainsi, l'on constate à la suite de M. FALAISE que l'inopposabilité sanctionne un « *détournement de pouvoir* », tandis que la nullité s'applique au « *dépassement de pouvoir* »[828]. Cette conception, certes critiquable, est assez proche de la sanction posée par l'art. 208 COCC qui permet de déclarer inopposable les actes frauduleux du débiteur lorsque la créance est devenue exigible et une lecture corrélée des art. 84 à 95 COCC conforte l'idée d'un cantonnement de la nullité aux conditions de formation d'un acte juridique. Rapportée au droit de l'exécution, la distinction peut permettre de ramener les incidents de saisie à l'irrespect d'un formalisme procédural appréhendé globalement vis-à-vis du créancier et réserver l'inopposabilité aux relations avec les tiers. Ainsi, la rédaction et la signification d'actes de procédure par le créancier ou son agent d'exécution pourront être discutées quant à leur validité au regard des nullités prévues par l'AUPSRVE. Plus directement, les nullités instituées par l'AUPSRVE visent la régularité de l'exercice de la contrainte par un rééquilibrage des prérogatives de chaque partie et dans l'intérêt de l'exécution (créancier, débiteur, tiers et agents d'exécution, etc.) ce qui n'est pas obligatoirement la finalité de l'inopposabilité[829]. Ainsi, dans le cas des procédures collectives d'apurement du passif, l'inopposabilité sanctionne le créancier

[826] F. ONANA ETOUNDI, *Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA*, op. cit., p. 296. Cette intérprétation a priori dissidente a été confirmé par l'arrêt du 07 avril 2005, affaire SONAR c/ PAPME.

[827] Pour la caducité voir infra.

[828] M. FALAISE, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », in Petites Affiches, 27 aout 1997 n°103, p. 5. Ce critère de distinction n'est pas à l'épreuve de toute critique notamment au vu de la terminologie utilisée (voir, P. NATHALIE, « Subsidiarité de l'action en inopposabilité des actes frauduleux par rapport à l'action en nullité des dépassements de pouvoirs », in l'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 20 mai 2011 n°5, p. 6), également les critiques soulevées par D. FENOUILLET à propos de la pertinence du critère de distinction entre la nullité et l'inopposabilité (D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », in Revue des contrats, 01 janvier 2009 n°1, p. 279) mais il permet d'aborder de manière concrète les deux notions étudiées.

[829] La Cour de cassation a récemment précisée la portée relative de l'inopposabilité dans la fraude paulienne nonobstant l'existence d'un titre exécutoire pour le créancier saisissant, voir A-C. MULLER, « L'inopposabilité de l'acte frauduleux n'est admise qu'à la mesure de la créance dont se prévaut le créancier demandeur », in *l'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 décembre 2010 n°11, p. 7.

négligent en paralysant son droit à l'exécution le temps de la procédure, tandis que le nullité ne constitue qu'un obstacle surmontable dans la procédure.

294. La nullité doit encore être distinguée de la mainlevée qui frappe également les actes de procédure entachés d'irrégularités. La mainlevée apparaît comme une sanction spécifique qui vise la contrainte exercée sur le bien du débiteur indépendamment des conséquences sur le droit de poursuite, tandis que la nullité s'attache aux irrégularités de forme et de fond relatives aux actes de procédure. L'art. 228 AUPSRVE sur la saisie-revendication illustre bien cette différence en enfermant l'hypothèse de la mainlevée dans le respect des délais nonobstant l'existence d'un titre exécutoire valide.

295. De manière plus subtile se décline aussi l'opposition entre la nullité et l'inexistence sur les sanctions des actes de procédure[830]. L'intérêt très marginal pour la notion d'inexistence dans le droit de l'exécution est du au fait qu'elle soit considérée de l'avis d'E. PUTMANN comme un « *expédient juridique* »[831] destiné à combler certaines lacunes de la théorie des nullités.

296. Au plan procédural, la nullité des actes de procédure est à distinguée de l'irrecevabilité qui est le rejet sans examen au fond d'un acte de procédure ne respectant pas les conditions de fond ou de délai prescrites par la loi. Par rapport à l'action en paiement du créancier, l'irrecevabilité se manifeste par une fin de non-recevoir opposée à sa prétention.

297. La sécurité juridique s'adosse sur la nullité pour aboutir à sa finalité de rééquilibrage en déplaçant le curseur de la correction du pouvoir de contrainte, tantôt vers la garantie d'une information utile et intègre, tantôt vers la protection d'une des parties de manière spécifique. En effet, les nullités sont envisagées comme « un point cardinal »[832] dans l'effectivité des droits des justiciables. Cette dernière

[830] J. PELLERIN, « L'omission de l'acte de procédure », in Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états, Paris, *Petites Affiches*, 2004, p. 195. Comme le fait constater l'auteur, « *en procédure civile, l'inexistence n'a pas fait l'objet d'une élaboration doctrinale la visant expressément en tant que telle : ce n'est qu'indirectement que la doctrine, puis la jurisprudence, ont fait affleurer la notion. Cette méthode indirecte ne doit pas surprendre car l'idée d'inexistence jouait le rôle d'un élément subversif, tendant à briser le carcan d'un régime des nullités extrêmement restrictif en ce qu'il subordonnait le prononcé de la nullité à l'existence d'un texte ou d'un grief* ».

[831] E. PUTMANN, « Nullités », fasc. In *Rép. pr. civ*. Dalloz, octobre 1994, p. 9.

[832] M. DOUCHY, B. MENUT, *Transmission, signification ou notification des actes*, Paris, Litec, coll. Jurisclasseur : Pratique professionnelle, 2002.

considération implique que soit clarifié le problème de la finalité de la nullité des actes de procédure comme un instrument pouvant atteindre « le respect du principe de la contradiction et des droits de la défense »[833].

298. Le formalisme procédural et la poursuite de l'exécution. Etant un droit par essence contraignant, l'exécution est assujettie à un formalisme rigoureux qui implique une dimension temporelle et informative précises. Dans l'ordre du temps, l'impératif de sécurité juridique impose que l'information sur le droit précède généralement l'exercice du droit en question. Cette situation peut être portée à son paroxysme, lorsque que la saisie nouvelle entre en concurrence avec des saisies antérieures. Ainsi, les art. 64 et 65 AUPSRVE illustrent cette hypothèse dans le cadre de la saisie conservatoire de meubles corporels, lorsque l'agent d'exécution en dressant son procès-verbal s'enquiert des opérations antérieures sur les mêmes biens et signifie à l'instant la mesure d'exécution au destinataire. Cette situation réalise la protection des droits des parties à l'exécution en permettant au créancier d'être informé sur un éventuel concours avec d'autres créanciers, et au débiteur d'exercer ses droits de défense. Ici, la nullité de l'acte de procédure emporte des conséquences non négligeables sur l'exécution et particulièrement sur les parties. Pour le débiteur, l'acte de procédure nul signifie *a priori* un bon fonctionnement du système judiciaire avec le constat d'une sanction techniquement prévisible, mais il veut également dire qu'il est temps d'anticiper sur sa défense. C'est donc à la fois un élément de sécurité juridique objective et une source d'information quant à sa stratégie de défense, par conséquent, d'ajustement de ses prévisions procédurales. Dans cet ordre d'idées, la Cour de cassation par une décision du 02 juin 2010 a souligné l'importance de soulever la nullité de l'acte d'huissier « *avant toute défense au fond* »[834]. Pour le créancier, l'acte de procédure nul constitue une grille d'analyse de la relation qui l'unit à son agent d'exécution dans la temporalité de l'exercice de son droit. En effet, comme le soutiennent M. DOUCHY et B. MENUT « *l'huissier de justice est légalement responsable de l'inutilité des actes de procédure mais aussi de la rédaction de ceux-ci* »[835]. Cette posture se justifie amplement en raison de sa

[833] A. PERDRIAU, « De quelques irrégularités qui sont ou deviennent sans conséquence », in *Petites Affiches*, 13 mars 2000 n°51, p. 13.
[834] Cass. 3e civ. 02 juin 2010 (pourvoi n°09-14194), in *Gazette du Palais*, 17 juin 2010 n°168, p. 25.
[835] M. DOUCHY, B. MENUT, *Transmission, signification ou notification des actes*, Paris, Litec, 2002, p. 39.

qualité de professionnel et de la nature contractuelle de son rapport avec le mandant. Aussi, la gestion du temps du contentieux est un impératif d'efficacité et la nullité d'un acte représente une défaillance dans la stratégie procédurale du créancier.

299. L'autre dimension liée au temps concerne plus spécifiquement la question des délais. Dans l'affaire SENELEC c/ MC BRIDGE et SOCOCIM[836], le juge national insiste sur le caractère franc des délais tel qu'il ressort des dispositions de l'art. 335 AUPSRVE. En effet, le respect des délais permet dans le droit de l'exécution, l'effectivité de l'action du créancier ou la protection des intérêts du débiteur grâce aux voies de recours. Dans une logique de sécurité juridique, les délais sont le résultat d'un équilibre substantiel entre la simplification des procédures d'exécution pour le créancier et le respect des droits fondamentaux du débiteur. Dans le droit de l'exécution, les délais ont une fonction régulatrice principale dans la modification des droits engendrés par la procédure. Il s'agit pour le créancier de se montrer attentif à l'observance du délai de prescription de son titre, plus spécialement de l'incidence de la nullité sur la prescription de son droit. Concernant le titre, le droit ohada ne donne pas une indication claire sur la durée de validité au regard de l'exercice de la contrainte. Mais, l'analyse de l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Dakar dans l'affaire Société SHELL Sénégal c/ Ismaila FAYE et la SNR[837] laisse croire que le délai de prescription de la dette doit servir de mesure à celui de l'action[838]. En droit positif français, les choses sont plus explicites en raison d'une théorie sur les délais[839] qui permet de circonscrire la durée d'efficacité du titre exécutoire dans les limites de dix années[840]. Au vu des prévisions judiciaires du créancier, la nullité de l'acte de procédure ne pourrait donc être constitutive d'une contrainte majeure dans l'exercice de son droit, sauf à démontrer d'une extrême négligence fautive. En droit ohada, le

[836] CA Dakar, 20 mai 2010 SENELEC c/ MC BRIDGE ADVISORY Ltd et SOCOCIM (arrêt n°376), in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, 2011 – n°1, p. 359. Le juge estime dans cette décision que « *lorsqu'une formalité est prescrite dans un délai déterminé, elle peut être accomplie le lendemain du jour fixé ; que l'assignation pouvant être donnée valablement ce dernier jour, exiger son enrôlement dans le délai sous peine d'irrecevabilité c'est ajouter à la loi* ».

[837] CA Dakar, 09 janvier 2009. Société SHELL Sénégal c. Ismaila FAYE et SNR (arrêt n°25), in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, 2011 – n°1, p. 345. Dans cette affaire, le juge a refusé la demande de validation de l'inscription hypothécaire car la dette était prescrite.

[838] M. BANDRAC, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n°4, p. 1413.

[839] F. ROUVIERE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », in *Petites Affiches*, 31 juillet 2009 n°152, p. 7.

[840] M. MIGNOT, « Le délai butoir : commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », in *Gazette du Palais*, 26 février 2009 n°57, p. 2. Il ressort de l'art. 3 de la loi du 9 juillet 1991 que la prescription du titre exécutoire est acquise au bout de dix ans.

risque d'insécurité juridique lié aux actes de procédure est de facto transféré à l'agent d'exécution qui agit en tant que professionnel. C'est une continuation de la politique législative sous l'empire du Code de procédure civile qui consacre la responsabilité de l'huissier de justice si la nullité de l'acte lui est imputable[841]. Relativement à la prescription de la créance, au sens de l'art. 37 AUPSRVE, la notification d'une mesure d'exécution au débiteur interrompt la prescription, par déduction, l'effet rétroactif de la nullité d'un acte de procédure devrait faire perdre le bénéfice de cette disposition au créancier. Ainsi, le créancier, en raison de la nullité qui sanctionne l'acte irrégulier de son agent d'exécution, se retrouve privé de l'interruption de la prescription[842]. L'acte de procédure nul profite ainsi au débiteur en interrompant l'instance s'il s'agit d'une assignation[843] et en faisant courir le délai de prescription dont le terme est salutaire pour lui. Contrairement à l'esprit d'uniformisation qui semble animer l'interprétation du régime des nullités en droit ohada[844] curieusement pour des besoins de sécurité juridique suivant l'avis CCJA 1/99/JN du 07 juillet 1999[845], les règles de la procédure civile française comportent quelques aménagements qui vont dans le sens de l'intérêt du justiciable dans la mise en œuvre de son droit. A titre d'exemple, la nullité peut être couverte avant la survenance d'une forclusion ou plus simplement par une régularisation de l'acte nul[846]. Cette possibilité, en gestation en droit ohada[847], est assez opportune dans le

[841] Voir art. 825 CPC.

[842] F. ONANA ETOUNDI, « Le régime juridique des nullités des actes de procédure dans le l'Acte uniforme sur le droit des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution », in Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA, ERSUMA, OHADA, 2011. Au sens de l'auteur, la tendance du législateur Ohada est à la multiplication des nullités de plein droit au détriment parfois de l'intérêt des justiciables. Ce régime d'interprétation stricte pourrait conduire à entraver la célérité recherchée en permettant d'invoquer la nullité de manière intempestive. Nous partageons cet avis, dans la mesure où la différence entre les nullités doit conduire à un traitement plus conforme à leur naute juridique et surtout à leur portée sur la mise en œuvre des droits respectifs des parties.

[843] E. PUTMANN, « Nullités », fasc. In *Rép. pr. civ*. Dalloz, octobre 1994, p. 25. Même si la fin de l'instance semble être la suite logique de la nullité de l'acte de procédure, l'auteur soulève un certain nombre de cas où pour défaut de qualité ou d'incompétence du juge, l'effet interruptif n'en est pas pour autant atteint.

[844] F. ONANA ETOUNDI, « La réforme des procédures de recouvrement et voies d'exécution en droit ohada : étude pratique de législation et de jurisprudence », in *Revue de droit uniforme africain*, n°01, 2e trimestre 2010, p. 29.

[845] CCJA, Avis n°01/99/JN du 07 juillet 1999, in *Recueil de jurisprudence CCJA*, numéro spécial janvier 2003, p. 70, obs J. ISSA SAYEGH. Dans sa note, J. ISSA SAYEGH souligne que c'est pour des raisons de qualité rédactionnelles des actes de procédure que le régime des nullités a été voulu formaliste.

[846] E. PUTMANN, « Nullités », fasc. In *Rép. pr. civ.* Dalloz, octobre 1994, p. 25, à propos des art. 115 et 121 NCPC.

sens d'un pragmatisme procédural propice à l'exécution. A propos de pragmatisme, la doctrine fait observer qu' « on devrait, de plus fort, admettre qu'à compter d'une certaine durée, à définir réglementairement, les actes préparatoires ou même subséquents à une mesure d'exécution ne pourraient être remis en cause »[848].

300. La dimension informative du formalisme procédural est complexe car elle associe à l'explication de la procédure, un aspect processuel découlant de l'exerce de la contrainte par le créancier. Par souci de simplification, le législateur ohada a évité la distinction entre les formalités purement informatives et les formalités liées à la procédure d'exécution en soi. Le régime de la nullité des actes de procédure traduit cet esprit à travers son application quasi systématique. L'affaire SOCIETE BANQUE COMMERCIALE DU NIGER (BCN) illustre l'interprétation stricte des textes organisant la validité des actes de procédure[849]. Le juge national conserve la ligne jurisprudentielle du juge communautaire en décidant dans l'affaire SOCOCIM Industries SA c/ Silma DIAWARA et autres qu' « *est nul de plein droit sans qu'il ne soit besoin d'exiger la preuve d'un grief, le procès-verbal de saisie qui ne porte pas une des mentions exigées à peine de nullité par l'article 157 alinéa 2 de l'AUPSRVE, notamment l'indication du domicile du créancier* »[850]. La sécurité juridique objective est assez conforme avec cette démarche qui accroit la prévisibilité de la sanction de l'inobservation d'un formalisme rigoureux. Ainsi, dans l'affaire Abdoulaye NIANG et Cheikh tidiane NIANG c/ Banque Islamique du Sénégal, le juge prend en compte l'incidence du droit transitoire sur la validité des actes de procédure en décidant qu' « *attendu que l'AU de l'OHADA sur les procédures simplifiées et les voies d'exécution a été adopté le 10 avril 1998 et est entré en vigueur 90 jours après son adoption conformément aux dispositions de l'article 9 du traité relatif à l'OHADA, qu'ainsi son application a été effective à la date du 10 juillet 1998 de sorte que toute*

[847] M. ADJAKA, « Réflexion sur le régime des nullités consacré par l'AUPSRVE », in *Ohadata D-11-25*. (Consulté le 24 nov. 11 sur le site ohada.com).
[848] M. DYMANT, « De la nullité des actes vers l'inefficacité relative », in Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états, Paris, *Petites Affiches*, 2004, p. 198.
[849] CCJA, 26 février 2004. Société Banque commerciale du Niger c/ Hamadi Ben Damma (arrêt n°08/2004), in *RJCCJA n°3, janvier-juin 2004*, p. 90. Dans sa motivation, le juge de cassation retient que « *les mentions que doit contenir l'acte de dénonciation de saisie-attribution des créances, telles que prévues à l'article 160 de l'Acte Uniforme portant Procédure Simplifiée de Recouvrement et Voies d'Exécution étant, selon les termes mêmes dudit article, prescrites à peine de nullité, leur absence ou omission dans l'acte de dénonciation rend celui-ci nul sans qu'il soit besoin, pour prononcer cette nullité, de rechercher la preuve d'un quelconque grief ou préjudice* ».
[850] CA Dakar 01 juillet 2010 (arrêt n°480) SOCOCIM Industries SA c/ Silma DIAWARA et autres, in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, 2011 – n°1, p. 362.

procédure de cette nature initiée après cette date ne peut l'être que sur le fondement desdites dispositions compte tenu de celles de son article 337 »[851]. L'expression de la sécurité juridique objective dans la jurisprudence relative à la nullité des actes de procédure n'est que le reflet d'une politique législative délibérément tournée vers les principes d'efficacité et de simplification. Mais est-ce réellement le cas ?

301. Le formalisme procédural et la sécurité juridique subjective. La sécurité juridique subjective des parties nécessite que soit pris en compte l'intérêt du justiciable dans l'interprétation de la règle[852]. Or le recours systématique à la nullité en cas d'irrégularité ne permet pas de mesurer l'atteinte portée au droit de l'une des parties selon sa nature, sa gravité, sa finalité voire son incidence réelle sur l'instance. A ce propos, F. ONANA ETOUNDI estme que « *la relativisation du régime des nullités impératives par la CCJA paraît conforme à l'objectif du législateur communautaire de voir le droit OHADA appliqué dans des conditions propres à garantir la sécurité juridique* »[853]. Traditionnellement, les principes « *pas de nullité sans texte* » et « *pas de nullité sans grief* »[854] permettaient à la juridiction saisie d'exercer un pouvoir interprétatif sur la validité des actes de procédure[855]. Dans l'affaire Société SPIL « Les Christalines » c/ TDI rendue le 13 janvier 2005, le juge fait une lecture contextuelle des dispositions légales sur les actes nécessaires à l'instance d'une procédure de saisie-arrêt en décidant que « *l'obligation de dénoncer l'ordonnance par le même acte que l'exploit d'assignation ne constitue pas une formalité substantielle empêchant l'acte de remplir son objet ou lui ôtant sa raison d'être* »[856]. Cependant, dans l'affaire SOCOCIM c/ Silma DIAWARA, le dialogue entre le juge et l'intimé montre la hiérarchie implicite qui est faite entre les intérêts en

[851] TRHC Dakar, 28 octobre 1998 (arrêt n°1704) Abdoulaye Niang et Cheikh tidiane Niang c/ Banque Islamique du Sénégal, *Ohadata J-04-40* (consulté le 24 nov. 11 sur le site ohada.com).
[852] L'idée de justice prédomine dans cette hypothèse car elle permet de mener une réflexion profonde sur le sens sociale de la notion d'exécution dans le recouvrement des créances. Pour des aspects philosophiques, voir B. FRYDMAN, G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3e édition, 2010, pp. 9 et s.
[853] F. ONANA ETOUNDI, *Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA*, op. cit., p. 297.
[854] Art. 826 alinéas 1 & 2 CPC.
[855] L'alinéa 3 de l'art. 826 CPC dispose que « *Nonobstant les dispositions des deux alinéas qui précèdent, la nullité d'un acte de procédure pourra être prononcée si une formalité substantielle a été omise. Le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet* ». Ainsi, le législateur laisse la latitude au juge de mettre en œuvre la méthode casuistique pour déterminer l'irrégularité en cause dans les situations qui lui seront soumis.
[856] CA Dakar, 13 janvier 2005 (arrêt n°532) Société SPIL « Les Christalines » c/ TDI, in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, 2011 – vol. n°1, pp. 339 et s.

jeu, entre les informations strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense et les informations relevant du formalisme procédural[857]. Il ressort de ce constat que les éléments de la sécurité juridique subjective dans les nullités correspondent aux aspects nécessaires à l'exercice de la contrainte légitime. La légitimité étant perçue comme l'ensemble des mentions se rapportant à la régularité du titre qui justifie la contrainte et les mentions qui permettent au débiteur de se défendre devant un juge compétent. Dans cet ordres d'idées, la démarche qui « *consiste à opposer les conditions relatives aux éléments intellectuels de l'acte juridique – à savoir les conditions de capacité, de pouvoir, de santé mentale, d'intégrité du consentement, d'existence et de licéité de l'objet et de la cause - , aux conditions relatives au mode d'extériorisation de la volonté de l'auteur de l'acte, au support matériel emprunté par l'auteur de l'acte* »[858] semble pertinente dans la perspective d'isoler les éléments qui concourent à réaliser les objectifs d'information ou de volonté d'exercer juridiquement une contrainte. C'est une entreprise délicate pour le juge qui requiert pragmatisme et cohérence. Il faut reconnaître que dans ce contexte, l'intervention judiciaire pourrait constituait en soi une source d'insécurité juridique pour les prévisions des parties[859]. En effet, la jurisprudence peut être négativement affectée par cette approche casuistique et donner lieu à des décisions incertaines, en témoigne la problématique de la justification du grief dans les nullités qui ne sont pas explicitement prévues[860].

---

[857] L'intimé avait indiqué au juge que « *les dispositions de l'article 157 de l'AUPSRVE sont édictées dans le seul but de permettre au débiteur de se défendre devant la juridiction compétente ». Le juge a répondu en soulignant que « la nullité opère de plein droit sans qu'il ne soit pas besoin d'exiger la preuve d'un grief* ».

[858] L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Paris, éditions IRJS, 2009, p. 432. Comme le souligne l'auteur de la thèse, « *le critère qui consiste à distinguer le fond et la forme selon le caractère intrinsèque ou extrinsèque de l'aspect de l'acte concerné est le plus courant en doctrine* ». (p. 409).

[859] Il est important de souligner à l'instar de L. MAYER que « *la dualité des régimes de la sanction des vices de l'acte de procédure ne correspond pas à une dualité naturelle et préexistante de ces vices* » (voir, L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, Paris, éditions IRJS, 2009, p. 428.). Cette situation explique en partie la logique du législateur en laissant le soin au juge de trancher dans les cas complexes tout en insistant sur les mentions obligatoires pour les actes les plus courants dans la procédure.

[860] En parlant de l'interprétation du grief par les juges dans le contentieux de la nullité des actes de procédure E. PUTMANN reconnaît que « *la Cour de cassation contrôle leur motivation pour vérifier qu'ils ont bien constaté l'existence du grief. Elle pousse même le contrôle jusqu'à casser des arrêts qui ont un peu trop facilement présumé l'existence du grief et renversé ainsi la charge de l'allégation et de la preuve dont la Cour de cassation rappelle régulièrement qu'elles incombent à celui qui se prévaut de la nullité, qui doit alléguer le grief dans ses écritures et l'établir* » (E. PUTMANN, « Nullités », fasc. In *Rép. pr. civ*. Dalloz, octobre 1994, p. 25).

302. De manière plus globale, la question de la nullité des actes de procédure s'inscrit dans la dynamique du procès équitable. Elle met en jeu l'effectivité des droits de la défense[861] d'un côté et l'autorité des actes juridiques se rapportant au traitement judiciaire de l'impayé de l'autre. La théorie des nullités illustre bien les choix opérés par le législateur en consacrant la sécurité juridique objective sur celle subjective. Même si le choix paraît critiquable, il traduit un effort de rééquilibrage conforme à la cohérence du système juridique. Pour qu'il puisse fonctionner correctement, il faut que le droit invoqué par chacune des parties soit orienté vers l'exécution. Ainsi, si la cause de nullité conduit à une exécution irrégulière, le juge censure l'acte – si la cause entrave également les principes directeurs du procès équitable, le juge censure aussi l'acte. C'est le contrôle de l'opportunité de la nullité qui est en œuvre. Il est possible d'objecter les incidences négatives d'un tel procédé au vu du principe de la légalité[862], mais il s'agit pour l'essentiel d'un contrôle exercé sur des éléments non fondamentaux de l'acte. En définitive, au clivage fond-forme, nous proposons une distinction basée sur l'économie de l'exécution, c'est-à-dire sur la possibilité d'une exécution légitime et conforme aux attentes respectives des parties. Ainsi, parlant du contrôle de l'obligation du tiers de collaborer avec le créancier saisissant, M. DYMANT fait observer que « *la sécurité juridique militerait pourtant en faveur d'un examen de motif légitime, même le plus souple pour éviter la rigueur de l'immédiateté parfois malcommode à réaliser. Mais d'en fixer un terme au plus tard sans doute au moment ou le tiers saisi comparait en défense devant le juge saisi d'une demande de condamnation à son encontre. A cet instant, on est pourtant certain que le tiers sait qu'il doit répondre. Et ne se discuterait que son impossibilité à avoir répondu plus tôt* »[863]. C'est pour des raisons similaires liées à un besoin de cohérence dans la mise en œuvre de l'exécution, que le législateur fait usage de la caducité pour sanctionner les négligences des parties relatives à la maitrise du temps.

[861] Voir L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 627 et s.

[862] C'est le propre des techniques d'arbitrage entre intérêts divergents de perturber la logique presque dogmatique du principe de légalité. A titre d'exemple, la théorie du bilan en droit administratif pose les mêmes problèmes (voir P-P. DANNA, G. MONDELLO, « De l'impératif de légalité au risque d'insécurité juridique : réflexion sur le devenir de la théorie du bilan coût-avantage », in *Sécurité juridique et droit économique* (sous la dir. L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN), op. cit., pp. 355-362.

[863] M. DYMANT, « De la nullité des actes vers l'inefficacité relative », in Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états, Paris, *Petites Affiches*, 2004, p. 195.

B. La caducité

303. Données du problème. Sur les quelques références à la caducité contenues dans l'AUPSRVE[864], le législateur semble poursuivre globalement trois objectifs : l'information du débiteur dans un délai raisonnable, la confirmation des effets de la saisie conservatoire et le sort d'un acte nul sur la caducité des oppositions en instance. Ainsi, la caducité est en relation avec la sécurité juridique des parties à l'exécution dans ses dimensions procédurale et substantielle. Cependant, elle doit être distinguée de la nullité qui sanctionne également des irrégularités liées à l'accomplissement d'actes de procédure. Selon que l'on se situe au niveau de la théorie de l'acte juridique ou du droit judicaire privé, l'on constate que la caducité diffère de la nullité sur plusieurs aspects.

304. Pour ce qui est de l'acte juridique, la caducité se distingue de la nullité, en principe, suivant les modalités qui affectent l'existence ou l'intégrité des éléments essentiels à sa validité en cours d'exécution. Ainsi, M. MEKKI souligne que « *la caducité est prononcée dans l'hypothèse où un contrat valable dès sa formation doit cesser de produire ses effets lorsqu'un de ses éléments essentiels intrinsèques ou extrinsèques disparaît en cours d'exécution* »[865]. Cependant, la distinction n'est pas aussi aisée qu'il paraît, en témoigne l'accueil mitigé réservé par la doctrine à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 mars 2011[866]. Il ressort de cette jurisprudence que la clause pénale insérée dans une promesse de vente peut survivre à la caducité de cette dernière en cas de défaillance fautive de l'une des parties. Un constat s'impose : l'effet raisonnablement attendu de la caducité d'un acte juridique est déjoué par une finalité sanctionnatrice attendue plus globalement des promesses en droit. En termes de sécurité juridique, la frontière entre la nullité et la caducité devient floue[867]. Par ailleurs, de manière classique la caducité et la nullité se distinguent

[864] Les art. 60, 61, 79, 86, 137, 160 et 238 traitent de la caducité au moins de manière explicite en recourant directement au vocable.
[865] M. MEKKI, « Observations sur le livre III, titre III, sous-titre I, chapitre II du projet de la Chancellerie sur les principes directeurs (articles 15 à 18), in *Petites Affiches*, 12 février 2009 n°31, p. 103.
[866] E. SAVAUX, « Les effets de la caducité du contrat sur la clause pénale », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2011 n°3, p. 826.
[867] E. GAVIN-MILLAN OOSTERLYNCK, « Nullité ou caducité en cas de défaillance d'une condition suspensive », in *L'ESSENTIEL droit de l'immobilier et urbanisme*, 01 juin 2011 n°6, p. 6. Dans cette affaire, la nullité a été justifiée par le caractère d'ordre public des dispositions légales qui empêchent l'ouverture du chantier après l'expiration du délai légal de réalisation de la condition suspensive.

également quant à leurs effets. Généralement, la caducité opère pour l'avenir tandis que la nullité agit rétroactivement[868].

305. En droit judiciaire privé, la finalité poursuivie par la caducité permet de faire nettement la distinction. En effet, la caducité des actes de procédure sert le plus souvent à « sanctionner l'inaction des parties »[869]. Ainsi, la temporalité est mise en relief comme incitation à une exécution rapide plutôt que comme sanction aux irrégularités affectant l'acte. Par ailleurs, la caducité se démarque de la nullité tant à l'égard des pouvoirs du juge[870] que dans l'autonomie des deux concepts en termes d'exécution (art. 137 AUPSRVE). Au plan de la sécurité juridique, il ressort que la caducité s'attache plus à son caractère objectif que subjectif.

306. Caducité et sécurité juridique formelle dans l'exécution. Une précaution s'impose dans l'analyse de la relation entre la caducité et la sécurité juridique sous l'angle de l'exécution. En réalité, il s'agit de dissocier acte et délais d'une part, et d'envisager les interactions entre procédures de recouvrement des créances d'autre part. Dans cette hypothèse, la jurisprudence sénégalaise établie une distinction nette entre les exigences de délais pouvant conduire à la caducité et les exigences liées au formalisme procédural des actes. En effet, les affaires SENELEC c/ MC BRIDGE et Société SPIL « Les Christalines » c/ TDI illustrent cette situation[871]. De manière plus incisive, dans l'affaire Docteur Thiam CAMARA c/ Société Carrefour Médical, le juge affirme que « *l'article 79 de l'AUPSRVE ne subordonne pas la caducité de la saisie à une autre condition que celle tenant à la dénonciation tardive. Dès lors, le fait que le moyen tiré de la caducité de la saisie ait été soulevé avant ou après l'assignation ne peut faire obstacle à la sanction qu'est la caducité de la saisie* »[872]. Ici, l'effet processuel de la caducité est porté à son maximum et par voie de conséquence ajoute plus de prévisibilité à l'inobservation des délais imposés. Par rapport à la procédure d'exécution, c'est la matérialisation du principe selon lequel « *la caducité doit être constatée sans aucun pouvoir d'appréciation, même en*

[868] N. DISSAUX, « La cause se meurt, vive la caducité ! », in *Petites affiches*, 10 mars 2009 n°49, p. 11. Dans cette affaire (Cass. civ. 1ère 30 octobre 2008), l'auteur montre la spécificité de la caducité au rang des sanctions pouvant affecter les irrégularités propres aux engagements contractuels.
[869] F. GARRON, *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Marseille, PUAM, 2000, p. 17.
[870] E. PUTMANN, « Nullités », fasc. In *Rép. pr. civ*. Dalloz, octobre 1994, p. 24. L'auteur indique que le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation pour la caducité contrairement à la nullité (pas toutes bien sûr).
[871] Voir supra (les nullités des actes de procédure).
[872] CA Dakar, 19 juillet 2010, Docteur Thiam CAMARA c/ Société Carrefour Médical (arrêt n°536), in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, 2011 – n°01, p. 365.

l'absence de grief »[873]. En outre, relativement aux délais de procédure, le juge donne une indication plus générale dans l'affaire Société Suprême Foods Company Limited SA c/ ICOTAF en relevant qu' « aucun article de l'AUPSRVE ni du code de procédure civile n'institue une caducité de l'assignation en cas de défaut d'enrôlement dans un délai déterminé »[874].

307. En France, la décision rendue par la Cour de cassation le 02 mars 2010 illustre parfaitement cette situation[875]. Dans cette affaire, les représentants du débiteur en liquidation judiciaire voulaient instrumentaliser la caducité, pour non respect du délai d'information du débiteur, aux fins d'annuler la saisie-attribution et obtenir mainlevée de celle-ci. En réponse, le juge a maintenu la cohérence du processus de recouvrement en privilégiant la force de l'acte de conversion de la saisie conservatoire, acte d'exécution, sur les délais invoqués. C'est dans cette optique de distinction entre les actes et les délais que le législateur ohada confère à ces derniers un rôle informatif plus marqué en espérant également un écho bénéfique sur le respect des principes de la procédure d'exécution. Ainsi, les délais imposés par les art. 61, 79, 86 et suivants AUPSRVE participent au respect des droits des parties qui « *vont de celui, élémentaire, d'être informé de la procédure déclenchée par le demandeur, au droit à une égalité procédurale conduisant à un jugement rapide et à une exécution effective* »[876]. Dans un souci de sécurité juridique, l'équilibre est situé entre l'intensité de la contrainte et la brièveté des délais permettant au débiteur d'organiser sa défense. Il tient plus à l'organisation de la procédure, donc de la sécurité juridique objective, que du besoin de privilégier les attentes spécifiques de l'une des parties.

---

[873] E. PUTMANN, « Nullités », fasc. In *Rép. pr. civ.* Dalloz, octobre 1994, p. 24. Ce principe permet aussi de faire la distinction entre la caducité et la nullité dans leurs effets processuels d'après l'auteur.

[874] CA Dakar, 05 février 2009, Société Suprême Foods Company Limited SA c/ ICOTAF (arrêt°83), in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, op. cit., p. 273. Le juge ajoute dans sa motivation qu' « *ainsi, sauf désistement de la part du débiteur qui ne peut être implicite, l'apposition de la formule exécutoire sur la décision ne peut constituer un obstacle au jugement de l'opposition par la juridiction régulièrement investie* ».

[875] C. LEFORT, « Le droit des procédures collectives à l'épreuve du droit des voies d'exécution », in *Gazette du palais*, 22 juin 2010 n°173, p. 19. Le juge avait motivé sa décision en retenant que « *la Cour d'appel retient à bon droit que le délai de huit jours prévu, à peine de caducité, par l'article 58 du décret du 31 juillet 1992 pour la dénonciation de la saisie-attribution au débiteur ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de signifier au débiteur la copie de l'acte de conversion de la saisie conservatoire en saisie-attribution, en application de l'article 241 du même décret qui ne prévoit aucun délai.* ».

[876] F. FERRAND, T. MOUSSA, « Le projet de l'American Law Institute et d'UNIDROIT de Principes et Règles de procédure civile transnationale : vers une procédure civile mondiale modélisée ? », in *Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états*, Paris, Petites Affiches, 2004, p. 211.

308. La rétroactivité possible des effets de la caducité appelle une analyse du lien qui unit celle-ci au titre exécutoire. Sur ce point, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 6 mai 2004 que « *sauf disposition contraire, la caducité d'un titre exécutoire ne le prive pas de son efficacité pour la période antérieure à la caducité* »[877]. Même si ce principe n'emporte pas nécessairement une portée absolue[878], il demeure que les effets de la caducité sur le titre restent classiquement prévisibles. Ils consacrent encore la vocation de la sécurité juridique objective à poursuivre l'égalité procédurale au sens technique. A ce propos, il est intéressant de noter le commentaire de C. LEFORT « *sur le terrain du droit, la censure mérite approbation… au plan de la morale on peut ne pas approuver pleinement le fait que le tiers saisi, se réfugiant derrière une difficulté technique, s'en tire finalement à si bon compte… après tout, si le créancier s'est abstenu de dénoncer la saisie, c'est en raison de l'attitude fautive adoptée par le tiers saisi* »[879] suite à une action en paiement pour manquement à l'obligation légale d'information. Une fois encore, c'est la sécurité juridique objective tirée de l'interprétation stricte de la règle de droit qui s'impose aux stratégies individuelles des parties. Les prévisions juridiques des parties fondées sur l'instrumentalisation des titres destinés à l'exécution (mesure conservatoire-mesure exécutoire) restent nécessairement subordonnées à l'effectivité des droits de la défense qui incluent l'égalité procédurale. Là encore, les stratégies du créancier basées sur la célérité de certaines procédures sont rééquilibrées par les mêmes exigences de rapidité dans l'organisation d'une défense utile (débiteur ou tiers). C'est pourquoi en cas d'abus, l'hypothèse de la responsabilité n'est jamais vraiment bien loin.

§ 2 – La sanction du comportement illicite dans l'exécution

309. Mettre en œuvre un droit légitime peut présenter certaines contraintes pour son titulaire. La première serait l'incertitude quant aux contours de la contrainte licitement exercée, la seconde, la tentation d'une stratégie procédurale expéditive. Dans les deux cas, l'impératif de sécurité juridique se traduit par l'organisation d'une réponse sociétale appropriée à chaque situation. Dans cette optique, il serait

[877] Voir Cass. 2e civ. 6 mai 2004. Werquin c/ Mme Sabre (pourvoi n°02.18.985), note C. BRENNER, in *Gazette du Palais*, 14 avril 2005 n°104, p. 29.
[878] Ibid.
[879] Cass. civ. 2e, 6 mai 2004, note C. LEFORT, in *Defrénois*, 30 novembre 2004 n°22, p. 1549.

judicieux d'établir la corrélation entre l'étendue de la réparation (B) et le fondement de la sanction (A).

A. Le fondement de la sanction

310. Position du problème. Parce que le recours à la contrainte n'est pas exempt d'abus, son contrôle doit être un impératif dans un système cohérent d'exécution. Comme nous l'indiquions, le droit de l'exécution offre au créancier une palette de possibilités successives entre l'exécution amiable, spontanée ou forcée[880]. Cependant, sa stratégie de recouvrement ne peut ignorer les règles qui organisent le recouvrement des créances. Il en va ainsi du droit d'ester en justice[881] du créancier au recours de la contrainte maximale par le biais de l'exécution forcée en cas d'expulsion. Que la stratégie soit amiable ou contraignante, le créancier est astreint au respect de l'ordre public. En effet, « *il est de principe que les règles sur l'exécution forcée ont un caractère d'ordre public* »[882], et même s'il choisit la voie conventionnelle, l'art. 42 COCC impose la conformité à l'ordre public. Ainsi, le principe de légalité représente le premier palier de responsabilité en cas d'écart abusif face à ses exigences. A cet égard, l'art. 32 AUPSRVE indique qu'à défaut de titre exécutoire, « *l'exécution est alors poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part* ». Dans une perspective similaire, le législateur ohada, en traitant des incidents de saisies immobilières, dispose que « *le poursuivant contre lequel la subrogation a été prononcée est tenu de remettre, contre récépissé, les pièces de la poursuite au subrogé qui poursuit la procédure à ses risques et périls* »[883]. Il ressort de ces textes que le risque est le critère technique fondant une première atteinte à la sécurité juridique du débiteur.

---

[880] L'exécution spontanée et l'exécution forcée constituent à priori les extrémités de la théorie de l'exécution. Entre les deux, nous pouvons observer plusieurs formes d'incitation développées par la pratique. A ce sujet, R. PERROT parle de la contrainte par dissuasion pour systématiser ces dernières avant d'ajouter que « la contrainte par dissuasion n'échappe pas à la nécessité d'un contrôle légal ou judiciaire pour parvenir à un subtil équilibre entre l'efficacité de la contrainte et la loyauté de son utilisation » (R. PERROT, « La contrainte par dissuasion», in *Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états*, Paris, Petites Affiches, 2004, p. 394).

[881] S. AMRANI-MEKKI, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2009 n°4, p. 1617.

[882] M. et J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 28.

[883] Voir art. 306 AUPSRVE.

311. Figure principale de l'exécution[884], l'huissier de justice est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de manquement à ses obligations contractuelles ou professionnelles. La Cour de cassation l'a encore rappelé dans un arrêt du 2 décembre 2010[885] en donnant compétence au juge de l'exécution pour connaître d'une telle action en responsabilité. Mais il n'est pas le seul en dehors du créancier ou du débiteur à pouvoir engager sa responsabilité en cas de préjudice au cours du processus d'exécution des créances. En effet, l'Etat[886] et les tiers[887] peuvent également être obligés à réparer le préjudice du créancier. Dans ce cas, c'est l'atteinte à l'efficacité de l'exécution qui est sanctionnée par le législateur. L'insécurité juridique se trouve dans l'absence d'effectivité des règles relatives à l'exécution.

Le fait générateur de la sanction du comportement illicite dans l'exécution est directement lié au besoin même de contrôle de la contrainte. D'une part, il s'agit d'empêcher tout abus dans l'utilisation de la contrainte, d'autre part, lorsqu'elle est bien instrumentalisée, d'en assurer l'effectivité. Dans les deux situations, l'exigence de sécurité juridique permet de rééquilibrer la contrainte uniquement dans le sens d'une exécution légitime et utile.

312. Le risque, fondement d'une objectivation de la responsabilité dans l'exécution. La gestion du provisoire[888] dans le droit de l'exécution est un révélateur du rôle joué par le risque dans l'engagement de la responsabilité des parties. Ainsi,

---

[884] Voir art. 18 et s. L. 9 juillet 1991 pour la France, où le huissier de justice bénéficie d'un monopole. Concernant le Sénégal, l'AUPSRVE traite de l'huissier de justice ou de l'agent d'exécution à travers plusieurs dispositions faisant de ces derniers les chevilles ouvrières de l'exécution.

[885] Cass. 2e civ, 2 décembre 2010 (pourvoi n°09-65951), note C. BERLAUD, in *Gazette du Palais*, 16 décembre 2010 n°350, p. 27.

[886] Au sens de l'art. 29 AUPSRVE « *la carence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité* ».

[887] L'art. 38 AUPSRVE dispose que « *les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures en vue de l'exécution ou de la conservation des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Tout manquement par eux à ces obligations peut entrainer leur condamnation à verser des dommages-intérêts. Le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut également, et sous les mêmes conditions, être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf son recours contre le débiteur* ».

[888] Traditionnellement, c'est l'obtention du titre exécutoire qui manifeste la phase décisive de l'exécution. Le législateur semble dire dans l'art. 32 AUPSRVE que les actions antérieures du créancier s'inscrivent dans le provisoire. Toutefois, la Cour de cassation dans un arrêt du 1er octobre 2011 laisse voir une situation plus complexe en cas d'interaction avec les procédures collectives d'apurement du passif pour apprécier le provisoire dans le temps. En effet, le paiement fait au cessionnaire par le débiteur sur la base d'un jugement exécutoire par provision a été privé d'effet sur le fondement des nullités de la période suspecte, nonobstant l'art. 1240 C. civ invoqué par le cessionnaire (voir N. BORGA, « risque pour le débiteur cédé lié à l'annulation d'une cession de créance », in *L'ESSENTIEL droit des entreprises en difficulté*, 05 novembre 2011 n°10, p. 2).

dans la trilogie risque-temps-exécution, c'est l'abus qui constitue le lien substantiel entre le droit encore incertain du créancier et l'intensité de l'atteinte sur le patrimoine du débiteur. En effet, le législateur fait le choix d'une politique processuelle[889] axée sur la certitude du droit substantiel à l'exécution par le biais du titre exécutoire (art. 32 AUPSRVE). Cette vision est conforme à la sécurité juridique principalement entretenue par un formalisme procédural strict dans le droit de l'exécution. Il en est ainsi, en vertu de la forte probabilité d'une contrainte illicite lorsqu'elle n'est pas juridiquement ou judiciairement admise. En outre, une analyse plus poussée montre que ce choix est dicté par un besoin de rééquilibrage de la contrainte exercée par le créancier dans la phase provisoire par l'effet comminatoire d'une responsabilité possible. Ainsi, la menace d'une sanction ne pèse plus exclusivement sur le débiteur présumé défaillant mais également sur le créancier trop entreprenant ou pressé. Le contrôle du temps de la procédure par l'objectivation de la responsabilité est manifeste. D'une part, il fait suite aux exigences du procès équitable qui doivent offrir au débiteur les moyens d'une défense efficace ; d'autre part, évite les complications liées à la démonstration d'une faute comme fait générateur de la responsabilité du créancier[890]. En référence au droit commun de la responsabilité, nous dirons à la suite de P. JOURDAIN que « *le débiteur entretient malgré tout une certaine relation avec la situation dommageable à travers les différentes conditions de mise en œuvre du droit de la victime* »[891] pour parler du rôle du créancier dans la genèse de l'action en responsabilité du débiteur. Ici, la sécurité juridique est prise dans sa dimension objective et son champ d'application s'étend aussi bien dans l'appréciation de la certitude du droit substantiel, que des prérogatives procédurales liées à l'usage de la contrainte. Cette démarche n'est pas sans rappeler l'interdiction de la justice privée dans les rapports entre particuliers.

313. Le risque est donc très présent dans le recouvrement des créances quel qu'en soit la forme par ailleurs. Il est appréhendé de manière duale, selon que la perspective s'attache au sujet ou à l'objet de l'exécution. Rapportée à l'objet, le

[889] Voir S. AMRANI-MEKKI, « Le droit processuel de la responsabilité civile », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, Paris, LGDJ, éd. Lextenso, 2008, pp. 1-23.
[890] L'incertitude consécutive à l'absence d'un titre exécutoire peut compromettre la légitimé de l'usage de la contrainte. Ainsi, s'il y'a annulation postérieurement, il est acceptable que le débiteur puisse être dispensé de prouver une faute qui réside dans l'absence de fondement légal au paiement poursuivi.
[891] P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité civile », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, op. cit., p. 561.

risque est perçu de manière abstraite[892], c'est-à-dire en relation avec le résultat recherché dans l'exécution. La réalisation du risque est détachée de son caractère intentionnel pour n'admettre que le résultat qui est à la fois une atteinte aux prévisions légitimes d'une des parties et une entrave à l'exécution. Le risque est objectif, consubstantiel au caractère provisoire du contexte de l'exécution. Pour le sujet, le risque devient dynamique, il est une composante de la rationalité qui prévaut dans le recouvrement. Ainsi, le risque peut devenir une variable de l'exercice de la contrainte. Alors, même si l'intention n'est pas un élément primordial dans l'engagement de la responsabilité du créancier[893], la conscience d'agir sans titre définitif suffit à objectiver le comportement déloyal comme critère de responsabilité. Il en est ainsi de la prédictibilité du comportement de l'agent d'exécution par le créancier ou le débiteur, d'où la nécessité de recourir à la faute comme source de responsabilité afin d'élargir le champ de la sanction du comportement déloyal.

314. La persistance de la faute dans la mise en œuvre de la responsabilité. Dans les saisies mobilières exécutoires, l'intention de nuire[894] du créancier peut être retenue comment fait générateur de sa responsabilité. L'art. 119 AUPSRVE relatif au refus du créancier dans une procédure de vente amiable en pose le principe. La difficulté réside alors dans la preuve de l'intention de nuire du créancier. Mais comme le suggère A. GUEGAN-LECUYER « *la causalité est un fait, le juge accepte tout moyen de preuve et peut forger sa conviction à l'aide d'indices, de présomptions de faits graves précises et concordantes, voire se contenter d'une probabilité suffisante de causalité* »[895]. Il est évident que si la finalité de l'exécution est de satisfaire les créanciers, toute proposition rencontrant cette vocation doit être acceptée. La preuve devra nécessairement tenir compte du rapport entre la valeur économique espérée de la vente amiable et la somme des prétentions individuelles des créanciers. La

[892] L'appréciation in abstracto du risque dans cette hypothèse profite plus au bon déroulement du procès que de la préservation des intérêts exclusifs du créancier. Même si la méthode paraît contestable, c'est un moyen de rééquilibrer la situation des parties. Pour plus d'aspects théoriques, voir S. REGNAULT, « La prééminence du principe de loyauté dans l'administration de la preuve devant l'autorité de la concurrence », in *Gazette du Palais*, 17 février 2011 n°48, p. 16.

[893] Pour des éléments de comparaison entre le droit civil et le droit pénal voir Y. MONNET, « Regards sur la nature de la faute civile et celle de la faute pénale dans les infractions non intentionnelles », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, op. cit., pp. 335-345.

[894] Sur le concept d'intention de nuire voir A-M. GILLES, « Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé », in *Petites Affiches*, 08 juillet 2003 n°135, p. 6.

[895] A. GUEGAN-LECUYER, « Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses (commentaire de l'article 1362 de l'Avant-projet Catala) », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, op. cit., p. 507.

sécurité juridique se manifeste indirectement dans l'intérêt de l'exécution plutôt que dans celui du créancier à titre exclusif.

315. La protection des intérêts du débiteur conduit également à considérer la responsabilité de l'auteur d'une saisie déclarée nulle avant la vente. C'est ce qui ressort de l'art. 144 AUPSRVE sur les contestations relatives à la validité de la saisie. Ainsi, en plus de la restitution des biens détenus éventuellement par un tiers, le débiteur peut demander la réparation de son préjudice. Ici encore c'est la preuve du dommage qui déterminera le succès de l'action du débiteur en raison du renvoi par le législateur aux mécanismes du droit commun. Seulement, cette hypothèse de responsabilité est plus soucieuse de la sécurité juridique personnelle du débiteur surtout dans sa fonction réparatrice. Par ailleurs, le débiteur fait face à une responsabilité fondée sur la garde selon l'économie de l'art. 116 al. 2 AUPSRVE. En effet, dans cette circonstance la garde qui est mentionnée par le texte communautaire s'apparente à la faute du débiteur dans le déplacement des objets saisis[896]. Le législateur protège ainsi le gage des créanciers qui frappe cette partie du patrimoine par un double verrou. D'abord l'immobilisation des biens qui en garantit l'existence matérielle au jour de la vente amiable. Ensuite, la responsabilité du gardien qui assure le remplacement de la valeur économique déplacée au moins, sinon la voie pénale s'impose en cas de détournement illicite des biens gardés. L'obligation du gardien est une obligation de résultat très particulière, seule l'urgence absolue permet le transfert des biens saisis en un tout autre lieu. Ainsi, elle est distincte de l'obligation du dépositaire qui est seulement de moyen avec la possibilité de prouver une absence de faute quant aux imperfections qui affecteraient les objets gardés[897]. La raison de cette distinction tiendrait dans la contraction d'une propriété continue sur les biens, en raison du caractère amiable de la vente, et l'affectation de la valeur de ces mêmes biens au paiement des créanciers. Le jeu subtil du rééquilibrage des prérogatives des parties dans la vente amiable par la sécurité juridique s'exprime par le contrôle du processus (art. 115 et suivants AUPSRVE).

[896] La notion de gardien utilisée pourrait prêter à confusion, mais le fondement de cette responsabilité du débiteur réside dans l'idée de faute. Pour mesurer l'intérêt doctrinal de la faute dans la responsabilité civile, voir l'excellent article de G. VINEY, « La doctrine de la faute dans l'œuvre d'Henri, Léon et Jean Mazeaud », in *Petites Affiches*, 31 aout 2006 n°174, p. 17.

[897] Sur la responsabilité du dépositaire, voir P. PUIG, « Dépôt d'une chose détériorée : vers un devoir de conseil du dépositaire ? », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n°4, p. 1271.

316. A côté de la faute délictuelle, la faute contractuelle peut prospérer dans le droit de l'exécution grâce à l'accord qui existe entre le créancier et l'huissier de justice ou l'agent d'exécution. Comme l'affirme J-J. BOURDILLAT « *classiquement, l'huissier de justice va répondre en qualité de mandataire d'une responsabilité contractuelle* »[898]. Il faut d'emblée souligner que l'huissier de justice n'a qu'une obligation de moyen vis-à-vis de son client[899] et que la preuve de la faute ne s'attache pas nécessairement à la démonstration de l'ineffectivité du paiement. Elle peut aller de la non-exécution du mandat[900] à la mauvaise exécution, voire inutile en cas d'exécution hors délais[901]. En tant que professionnel, l'huissier de justice se voit astreint à un certain nombre d'obligations qui requièrent surtout la maitrise des termes et du temps de la procédure. Ces exigences particulières conjuguées à son monopole dans l'exécution ont fait naitre une responsabilité autonome et commune aux auxiliaires de justice[902]. Toutefois, cette forme de responsabilité permet aussi au professionnel de bénéficier d'une protection spécifique dans l'exercice de sa mission (atteinte physique ou morale). Le recouvrement amiable des créances pour le compte d'autrui comporte des mécanismes similaires à ceux appliqués aux huissiers de justice dans le but de faire face à la responsabilité civile du professionnel. Aux termes de l'art. 2 du Décret n°96-1112 du 18 décembre 1996, les personnes physiques ou morales pratiquant le recouvrement amiable des créances doivent souscrire « *un contrat d'assurance contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle qu'elles peuvent encourir en raison de leur activité* ». C'est principalement en considération du caractère lucratif de l'activité que l'engagement de la responsabilité est très prévisible[903]. En effet, l'attractivité de la rémunération suivant les sommes en jeu peut inciter l'agent de recouvrement à faire montre de zèle. Dans cette situation, la frontière entre le licite et l'illicite devient très

[898] J-J. BOURDILLAT, « Responsabilité civile de l'huissier de justice », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 338.
[899] S. ABBOU, B. NICOD, « Huissier de justice », in *Rép. pr. civ*. Dalloz, septembre 2004, p. 52.
[900] Dans ce cas précis, la présomption de faute découlant de la théorie du mandat tend à déterminer la charge de la preuve (voir, J-J. BOURDILLAT, « Responsabilité civile de l'huissier de justice », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 338).
[901] A propos des délais, la jurisprudence est beaucoup plus nuancée que ne le laisse la simplicité de l'énoncé. En effet, elle est beaucoup plus portée à apprécier la probabilité de paiement du créancier et de manière souveraine pour retenir la responsabilité du professionnel (voir S. ABBOU, B. NICOD, « Huissier de justice », in *Rép. pr. civ*. Dalloz, septembre 2004, p. 55).
[902] M-H. RENAUT, « L'huissier de justice face au droit pénal », in *Gazette du Palais*, 12 octobre 2002 n°285, p. 3.
[903] M. MEKKI, « Chronique droit de la responsabilité civile », in *Gazette du Palais*, 10 juin 2010 n°161, p. 18.

floue et accroît le risque d'atteinte aux droits du débiteur. Cependant, la spécificité de la mission de l'huissier de justice est susceptible de provoquer un traitement particulier à l'instar des pouvoirs publics dans le domaine de l'exécution.

317. L'efficacité de l'exécution, fondement de la responsabilité. Habituellement, l'huissier de justice a des obligations de moyens à l'égard de son client, mais comme l'écrit P. STOFFEL-MUNCK « *ce que l'on dénomme spécifiquement obligation de moyens nous semble traduire simplement l'exigence d'une certaine qualité de comportement, le plus souvent requis en liaison avec l'exécution d'une obligation véritable (la fourniture d'un résultat)* »[904]. C'est pour cette raison lié au contenu incertain de la mission de l'huissier qu'il est possible de cibler des situations où c'est l'efficacité de la procédure d'exécution qui détermine la responsabilité de ce dernier. En effet, le législateur cherche à instrumentaliser l'huissier dans l'intérêt de l'exécution en faisant de son intervention un moyen de maintenir l'équilibre entre les prérogatives du créancier et les droits du débiteur. A ce propos, l'information constitue un élément essentiel de protection de la sécurité juridique des parties. Selon un auteur, « *l'huissier de justice a un devoir général d'information. Ce devoir s'applique plus spécialement envers le débiteur, afin de respecter dans le cadre des procédures le délicat équilibre du contradictoire* »[905]. Alors, en cas de manquement à cette obligation, c'est le caractère équitable de la procédure qui est atteint directement et justifie sa responsabilité. En droit ohada, les textes ne sont pas suffisamment explicites sur ces hypothèses[906], donc c'est dans la théorie des actes de procédure (nullité, signification, assignation, délais, etc.) qu'il faut rechercher la cohérence des manquements du professionnel de l'exécution

[904] P. STOFFEL-MUNCK, « La relativité de la faute contractuelle », in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 587.
[905] J-J. BOURDILLAT, « Responsabilité civile de l'huissier de justice », op. cit., p. 341.
[906] Cette situation peut s'expliquer en raison du vide qui existe sur le monopole du huissier comme agent d'exécution au plan communautaire. Ainsi au plan national, il faut se reporter aux textes qui organisent la profession pour mesurer l'étendue de son implication dans le recouvrement des créances (Décret 89-690 du 15 juin 1989 fixant statut des huissiers de justice, Décret 98-558 du 26 juin 1998 portant création de l'Ordre des huissiers de justice, Décret n°2009-503 du 29 mai 2009 fixant le tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale). Cependant, en France comme l'indique J-J. BOURDILLAT « de très nombreux articles du décret du 31 juillet 1992 prévoient que l'huissier de justice chargé de l'exécution doit informer le débiteur poursuivi afin de porter à sa connaissance ses droits et obligations » (J-J. BOURDILLAT, « Responsabilité civile de l'huissier de justice », in, op. cit., p. 341.). Aussi arrime t-il cette responsabilité au principe général de ne pas nuire à autrui.

relatifs à son efficacité[907]. Une telle approche permet d'englober les aspects techniques (compétences rédactionnelles) et matérielles (opérations d'exécution proprement dites) de l'activité du professionnel de l'exécution et de les rattacher à la finalité de son intervention. Mais, comme l'exige les conditions d'engagement de la responsabilité civile, il faut que le débiteur ou le tiers démontre le préjudice et la causalité avec l'activité du professionnel de l'exécution. L'intérêt de la sécurité juridique dans la responsabilité de l'huissier de justice en raison d'une entrave à l'efficacité de l'exécution réside dans le rattachement simplifié du préjudice à la méconnaissance des normes professionnelles. Ainsi, la sécurité juridique objective est préservée par une rigueur professionnelle très marquée et la sécurité juridique subjective par les impératifs du procès équitable. Le rééquilibrage s'appuie sur une fiction qui fait de l'auxiliaire de justice une figure à mi-chemin entre le professionnel-acteur et le professionnel-arbitre.

318. Par ailleurs, il est requis des tiers une double obligation dans l'intérêt de l'exécution. D'une part, une obligation négative de ne pas contrarier la procédure d'exécution, d'autre part, une obligation positive de coopérer à son bon déroulement. La responsabilité du tiers est posée par l'art. 38 AUPSRVE, qui toutefois exige que la sollicitation ait un fondement légal. Sinon, toujours dans l'intérêt de l'exécution, le tiers peut être amené à payer les causes de la saisie. Cependant, au regard de la jurisprudence El Hadji Sidy NIANG c/ Marthe KOEURTIS, il convient de souligner la spécificité de cette sanction à l'exécution. En effet, le juge estime que l'« *obligation de déclaration et de communication qui doit être considérée comme une sanction du défaut de collaboration du tiers saisi, tire son fondement non pas de l'acte de saisie mais du défaut de déclaration ; que dès lors qu'il est établi que le tiers saisi, suite à la saisie pratiquée entre ses mains, s'est abstenu de faire la déclaration requise, la condamnation à payer les causes de la saisie peut être prononcée contre lui sans tenir compte de la validité ou non de la saisie* »[908]. Cependant, la jurisprudence française voit de manière constante dans cette sanction, une hypothèse de

[907] La théorie des actes de procédure présente l'avantage de prendre en compte aussi bien les vices de forme que de fond et d'y inclure les manquements relatifs à l'activité matérielle du professionnel. Voir pour plus de développements S. ABBOU, B. NICOD, « Huissier de justice », in *Rép. pr. civ.* Dalloz, septembre 2004, p. 54 et s.

[908] CA Dakar, 08 février 2010, El Hadji Sidy NIANG c/ Marthe KOEURTIS, in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, op. cit., p. 354.

responsabilité de droit commun nécessitant faute, préjudice et lien de causalité[909]. Pour en revenir au droit communautaire, la position du juge affirme nettement la prévisibilité de la sanction pour le tiers en cas de refus de collaboration. Son interprétation stricte des art. 154 et 156 AUPSRVE accroît la portée des obligations pesant sur les tiers et la prolonge dans la fonction de garantie voulue par la sécurité juridique. En effet, la collaboration du tiers permet très souvent de recueillir les informations pertinentes sur la solvabilité réelle du débiteur et augmente relativement les chances de réussite de procédure telle que la saisie-attribution de créances.

319. La jurisprudence Couitéas du Conseil d'Etat français[910] « *s'est employée à protéger une confiance légitime trompée* »[911]. Cette assertion sous la forme d'un aveu montre la trajectoire difficile de l'implication des autorités publiques dans l'exécution. C'est surtout la rationalité du juge qui intéresse dans cette affaire, l'exigence de sécurité juridique. En effet, la loi impose à l'Etat de répondre aux sollicitations du créancier dans l'exercice de son droit à l'exécution (art. 29 AUPSRVE), l'autorise à refuser lorsque les conditions de son intervention menace la paix sociale (arrêt Couitéas) et exige une indemnisation du créancier quand le refus entraine une gêne anormal pour le créancier. Ainsi, l'on retiendra que l'intérêt de l'exécution est confronté d'une part à l'intérêt général et d'autre part, à l'intérêt particulier du créancier. Dans le premier cas, la sécurité juridique réside dans une condition d'ordre matériel (l'obtention du titre exécutoire qui vaut réquisition directe de la force publique) et une condition d'ordre axiologique (la primauté de l'intérêt général si la réponse de l'administration est suffisamment motivée par cette dernière). Dans le second cas, la sécurité juridique se ramène à l'existence d'un préjudice spécial imputable à l'Etat[912].

---

[909] Cass. civ. 2e, 19 mars 2009 (pourvoi n°08-11303), note L. LAUVERGNAT, in *Petites Affiches*, 05 juin 2009 n°112, p. 22. Comme le montre le résumé de la motivation des juges « *l'efficacité de la saisie-attribution n'est pas une condition d'application de l'alinéa 2 de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992. La responsabilité du tiers saisi est subordonnée à la caractérisation d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité* ».

[910] CE, 30 novembre 1923, Couitéas, in http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/30-novembre-1923-couiteas.htm (consulté le 21 décembre 2011).

[911] C. BROYELLE, « Confiance légitime et responsabilité publique », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 20 septembre 2009 n°2, p. 321.

[912] Ibid. L'auteur indique que « *cela fait longtemps en effet que Jèze et Duguit tirent du principe d'égalité devant les charges publiques une conséquence très concrète, que le reste de la doctrine n'avait pas systématisée : la réparation de tout préjudice spécial causé par l'Etat* » pour justifier l'indemnisation de M. Couitéas.

320. Le droit OHADA a simplifié les formalités relatives au concours de la force publique afin de rendre l'exécution plus efficace. En effet, le seul titre exécutoire suffit, tandis qu'en France « la réquisition contient une copie du dispositif du titre exécutoire. Elle est accompagnée d'un exposé des diligences auxquelles l'huissier de justice a procédé et des difficultés d'exécution »[913]. Une autre différence est relevée par Nd. DIOUF qui constate que la « *loi française ne sanctionne que le refus de l'Etat de prêter son concours, l'Acte uniforme va plus loin en sanctionnant non seulement le refus de l'Etat mais aussi sa carence. L'obligation qui pèse sur l'Etat est, à notre avis, une obligation de résultat, car le justiciable qui n'a pu bénéficier du concours de l'Etat peut engager la responsabilité de celui-ci sur la simple constatation de sa défaillance* »[914]. Cette différence d'approche semble prendre sa source dans la politique législative sur l'exécution. La procédure française est encore largement influencée par le droit administratif classique, tandis que la procédure ohada est essentiellement tournée vers le concept d'efficacité de l'exécution. Au regard de la sécurité juridique, le pouvoir d'appréciation de l'administration est important surtout quand la mesure d'exécution touche à la personne[915]. Certes, la situation est complexe car la réquisition de la force publique est légitime. Et c'est l'une des limites de la sécurité juridique dans l'exécution, car le l'absence d'intervention de la puissance publique s'associe généralement à la non satisfaction des prévisions du créancier. C'est tout le problème de l'adéquation entre la réparation et le préjudice dans l'exécution.

B. L'étendue de la réparation

321. Position du problème. La question de la réparation ne saurait être dissociée de la cohérence d'ensemble du droit de l'exécution[916]. S'il s'avère que l'inexécution reste fondamentalement un constat d'échec pour la confiance légitime du créancier,

---

[913] J-J. BOURDILLAT, « Concours de la force publique», in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 355.

[914] N. DIOUF, « Le recouvrement des créances et les voies d'exécution », in *programme de formation en ligne*, ohada.com (consulté en 2010).

[915] Ibid. l'auteur souligne que « *selon un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 10 avril 1990, La Paternelle, le concours de la force publique qui est requis pendant la période d'hiver a pour effet de saisir valablement l'administration et la responsabilité de l'Etat est engagée deux mois après cette réquisition* ». p. 356.

[916] L'ensemble des implications théoriques relatives à la cohérence de l'exécution à l'aune de la responsabilité civile dépasse le cadre modeste de cette thèse. En ce sens voir M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, op. cit., pp. 739-762.

et parfois la crédibilité de l'autorité des décisions judiciaires, il reste que la réparation doit être confronté au sentiment de justice que doit éprouver ce dernier via la réparation. Ainsi, l'on doit prendre position sur la nature et sur la fonction de la responsabilité afin d'en mesurer l'exact impact dans l'exécution.

322. La nature de la réparation dans l'exécution. La qualification du contenu de la réparation dans l'exécution répond à un souci d'efficacité de la réponse sociale face à l'atteinte juridiquement établie. Si l'existence du dommage est consubstantielle à la problématique de la violation de l'intérêt subjectivement ou objectivement protégé, la réparation répond d'une certaine conception de la justice visant à établir l'équilibre originel entre les parties. Il s'agit souvent d'une conception maximaliste qui s'attache à la remise en l'état, d'où le caractère intégral de la réparation, ou minimaliste qui trouve son aboutissement dans l'existence d'une réponse formelle. Cependant, c'est autour de la notion de valeur que les deux variantes peuvent se retrouver et assurer une sécurité juridique substantielle. Dans la première approche, la valeur est appréciée en termes d'équivalence, tandis que dans le second cas, la valeur ne compense pas le préjudice patrimonial mais joue un rôle symbolique dans l'effectivité de l'exécution. Cependant, il faut convenir que la valeur fait référence aussi bien à l'argent, sous la forme d'allocation de dommages et intérêts, que d'un bien avec les restitutions en cas de saisies déclarées nulles. De même, il y'a lieu de préciser que ce droit à la réparation du dommage englobe aussi bien la responsabilité contractuelle, qu'extracontractuelle. En effet, une approche transversale de la question permet de trouver des points d'appui communs à la rationalité du législateur. Ainsi, l'on peut faire une distinction entre les cas de responsabilité propres à l'exécution et les situations de responsabilité se rapportant à la qualité du débiteur de la créance de réparation[917]. L'importance de cette distinction

[917] Il s'agit plus spécialement de la responsabilité des professionnels dans l'exercice de leur mission. Comme le rappelle je juge dans l'affaire Moustapha THIAM c/ Haby BA « *commet une faute engageant sa responsabilité le notaire qui, dans une vente immobilière, ne procède pas à la mutation du bien vendu. Ce manquement est d'autant plus grave que le formalisme rigoureux exigé en matière immobilière s'explique en grande partie par le besoin de sécuriser les transactions immobilières, la vente n'étant pas encore parfaite sans la mutation de l'immeuble* ». Voir en ce sens, CA Dakar, 30 janvier 2009, Moustapha THIAM c/ Haby BA (arrêt n°73), in *Bulletin des arrêts de la Cour d'Appel de Dakar*, op. cit., p. 303. Pour une étude sur les rapports entre la responsabilité civile et la codification, voir F. LEDUC, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », in *Petites Affiches*, 06 juillet 2005 n°133, p. 3.

tient à l'étendue de la réparation et à l'identité de la personne juridique qui supporte le paiement effectif du montant alloué.

323. Sur l'étendue de la réparation, suivant que la responsabilité ressort du droit commun ou d'un droit spécial, elle peut être intégrale ou partielle. La réparation intégrale s'inscrit logiquement dans la théorie générale de la responsabilité civile, elle vise à replacer la personne lésée dans les conditions antérieures à la réalisation du préjudice[918]. Son expression la plus achevée se trouve dans la condamnation du tiers au paiement des causes de la saisie. Dans cette hypothèse, la sécurité juridique du créancier est assurée par la coïncidence entre d'une part, l'identité de la valeur économique entre la prestation du tiers et celle légitimement attendue du débiteur et d'autre part, par l'efficacité substantielle de la règle eu égard aux prévisions procédurales du créancier saisissant. C'est cet avantage de la réparation en nature[919] dans les voies d'exécution qui représente l'intérêt particulier de la sécurité juridique objective à travers la règle visée. En outre, même si le législateur n'est pas aussi affirmatif sur l'étendue de la réparation dans les autres cas de responsabilité, le principe traditionnel reste la réparation intégrale[920]. Il en est ainsi des cas de responsabilité prévus par les art. 119 et 144 AUPSRVE entre autres. Pour la sécurité juridique, cette conception est conforme à l'équilibre recherché entre le préjudice de la partie lésée et la réparation y afférente. Et au plan purement théorique, la prévisibilité de la réponse du juge est acquise généralement. En tout état de cause, l'exigence de sécurité juridique s'exprime plus utilement si l'exécution du débiteur de la réparation correspond au préjudice réellement subi par la victime de l'agissement illicite. En prolongement d'une prévisibilité accrue de la réponse au préjudice dans le

[918] C'est une expression de la fonction réparatrice de la responsabilité civile. Comme le soutient P. JOURDAIN pour reprendre la motivation des juges, « *l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit* » (P. JOURDAIN, « Présentation des dispositions de l'Avant-projet sur les effets de la responsabilité », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2007 n°1, p. 141).

[919] Dans la sphère contractuelle, une pareille conséquence est défendue par des auteurs comme G. VINEY qui écrit « *l'hypothèse a été émise que la jurisprudence pourrait s'orienter vers l'affirmation d'un droit à la réparation en nature du dommage contractuel dans les cas où la mesure demandée à ce titre est susceptible de procurer au créancier exactement la même satisfaction que celle qu'il aurait tirée de l'exécution elle-même* » (G. VINEY, « La réparation en nature du dommage contractuel et le principe de proportionnalité », in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 297).

[920] Voir J-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, op. cit., pp. 145-171. Dans son article cependant, l'auteur défend la thèse d'une réparation différenciée des dommages en fonction des intérêts protégés.

recouvrement des créances figure le paradigme de la solidarité, ici incarné par l'assurance. Ainsi, dans le cas particulier des huissiers de justice, l'assurance joue un rôle important dans la réparation des dommages consécutifs à leurs agissements ou à ceux imputables à leurs préposés[921]. Toutefois, il faut souligner que même si le mécanisme de la solidarité reste le fondement de cette forme de réparation, c'est la faute qui justifie la mise en œuvre de la responsabilité traditionnellement. Le lien entre la solidarité et la sécurité juridique apparaît dans la prévisibilité de la garantie qui rend la réparation effective. En outre, l'on peut toujours mettre en avant la qualité de professionnel de l'agent d'exécution pour expliquer également l'intensification du mécanisme de l'assurance dans la prise en charge de la responsabilité des agents d'exécution.

324. L'étendue de la réparation peut n'être que partielle. La meilleure illustration en est offerte par la responsabilité de l'Etat, lorsque son refus de prêter son concours cause un préjudice. Comme le souligne C. GABOLDE « *l'octroi d'une indemnité ne constitue qu'un palliatif, une sanction parfois dérisoire* »[922]. En effet, l'indemnisation du créancier par l'Etat n'a pas vocation à se substituer à la prestation due par le débiteur au nom de son droit à l'exécution. Au sens de la sécurité juridique, la réparation ne compense pas l'inexécution mais répond d'une défaillance de l'autorité des actes juridictionnels. Aussi, la sécurité subjective du créancier n'est pas réalisée, mais seulement pris en compte indirectement dans la tentative de rééquilibrage entre les intérêts protégés en raison de l'ordre social et ceux relatifs à la cohérence de l'exécution.

325. La fonction de la responsabilité dans l'exécution. Elle varie selon le fondement de la responsabilité en principe. Ainsi, J. ROCHFELD propose de distinguer les fonctions « *punitive* », « *préventive* » et « *indemnitaire* »[923] pour

[921] S. ABBOU, B. NICOD, « Huissier de justice », in *Rép. pr. civ*. Dalloz, septembre 2004, p. 56 et s. dans leur étude, les auteurs souligne l'importance de l'assurance comme technique de garantie de la réparation du préjudice. Aussi, écrivent-ils que « la garantie s'appliquera chaque fois qu'un huissier de justice est l'objet d'une réclamation amiable ou judiciaire qui mettre en jeu sa responsabilité à l'égard des clients ou à l'égard des tiers » (p. 56).

[922] C. GABOLDE, « La responsabilité de l'Administration en cas de refus de prêter main forte à l'expulsion de l'occupant sans titre d'un local d'habitation », *D. 1955, chron. 77*, cité par J-J. BOURDILLAT, « Concours de la force publique», in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 357.

[923] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2011, pp. 502-503.

caractériser la relation entre la forme de la réponse sociétale et l'objectif poursuivi à travers elle. De ce fait, il est possible de voir pour chaque fondement de la responsabilité, quel est le levier activé par la société pour garantir la justice dans les relations sociales. Pour la sécurité juridique, les interactions entre faute, risque et réparation du dommage subi est déjà éprouvées en matière environnementale[924] ou alimentaire[925]. Le constat dans ces diverses matières est identique, il s'agit, à travers la réparation, de garantir l'effectivité d'une sécurité juridique acquise par le droit. D'une manière pragmatique d'atteindre le rééquilibrage entre la précaution et les possibilités techniques et scientifiques. Ramenée à l'exécution, cette relation permet de repérer les trois fonctions primaires de la responsabilité dans la mise en œuvre du droit à réparation. Seulement, dans le domaine de l'exécution, le législateur incline le curseur vers l'une des fonctions en tenant compte de l'objectif de paiement qui demeure fondamental. En effet, l'on ne doit pas perdre de vue que l'indemnisation de la victime ne coïncide pas toujours avec la satisfaction de la prétention primitive du créancier.

326. La distinction entre les divers ordres de responsabilité peut permettre de voir comment opère le principe de sécurité juridique à travers les fonctions déjà identifiées. Comme le justifie D. MAZEAUD, « *l'obligation de réparer le dommage contractuel est, en quelque sorte, le prolongement, le reflet de l'obligation contractuelle préexistante inexécutée…en revanche, en matière de responsabilité extra-contractuelle…l'obligation de réparer, a pour origine, pour source, le seul fait commis par celui-là, lequel procède de la violation d'un devoir légal édicté erga omnes, et le dommage subi par celui-ci* »[926]. Cette assertion nous permet d'entrevoir l'expression de la sécurité juridique plus nettement sous l'angle de la prévisibilité. En matière contractuelle, la prévisibilité du dommage est cantonnée dans le champ contractuel et va influencer la réparation dans sa fonction d'indemnisation. La Cour de cassation dans un arrêt rendu le 28 avril 2011 est justement revenue sur ce lien

[924] M. PAQUES, « Sécurité juridique et risque environnemental », in (sous la dir. L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN) *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., pp. 495-541.
[925] M-A. NGO, « La sécurité juridique en matière de qualité et de sécurité des produits », in (sous la dir. L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN) ibid., pp. 543-557.
[926] D. MAZEAUD, « A partir d'un petit cas tragique outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilité », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, op. cit., p. 713.

nécessaire entre la prévisibilité du dommage et le droit à réparation du préjudice[927]. Pour ce cas de figure, la prévisibilité n'est qu'une conséquence de la continuité d'une situation juridique acquise. Au plan formel, la fonction d'indemnisation s'inspire d'une « *idée commune de justice commutative d'après laquelle il y a lieu de rétablir un équilibre rompu tantôt par la survenance du dommage* »[928]. En effet, c'est l'exemple de la relation qui unit le créancier à son agent d'exécution en cas de défaillance dans l'exécution du mandat. Au plan substantiel, la fonction d'indemnisation permet certes au créancier de solder ses comptes avec son agent, mais pas avec le débiteur primitif. La sécurité juridique du créancier n'est pas intégrale, elle ne résout qu'une lacune dans sa stratégie de recouvrement en laissant son droit à l'exécution pendant. Pour l'agent d'exécution par contre la réparation du préjudice en plus de sa fonction indemnitaire remplira celle préventive ou normative[929].

327. La responsabilité délictuelle met en exergue une articulation entre les trois fonctions dans l'intérêt de l'exécution. Ainsi, le tiers condamné aux causes de la saisie se voit sanctionner pour son refus de collaborer avec l'agent d'exécution, le préjudice causé au créancier et la violation d'une prescription obligatoire. Les trois fonctions de la responsabilité sont jointes dans sa situation et la sécurité juridique s'y exprime de manière intégrale. Par le droit, la responsabilité sanctionne et prévient ; pour le droit, la responsabilité indemnise entièrement le créancier. Le professionnel de l'exécution n'échappe pas à la combinaison des fonctions de la responsabilité. En effet, la victime de son agissement illicite est indemnisée en raison du préjudice subi alors que la fonction normative constitue un rappel des exigences éthiques liées à sa profession. La sécurité juridique est alors réalisée en termes de prévisibilité et d'intelligibilité eu égard à son office. Au plan de l'intelligibilité, les incertitudes entourant l'exacte étendue de ses pouvoirs sont corrigées à l'aune les droits fondamentaux, des libertés individuelles ou plus simplement du formalisme

[927] Cass. 1ère civ., 28 avril 2011 (pourvoi n°10-15056), note O. DESHAYES, in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 juin 2011 n°6, p. 2. Dans cette décision, le juge soutient que « *le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est pas par son dol que l'obligation n'est pas exécutée* ».

[928] Y-M. SERINET, « Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation », in *Liber amicorum : études offertes à Geneviève VINEY*, op. cit., p. 868.

[929] Sur une autre approche des fonctions de la responsabilité, voir M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », in *Petites Affiches*, 12 janvier 2005 n°8, p. 3. L'auteur distingue entre la fonction indemnitaire et la fonction normative dans le droit commun de la responsabilité civile.

procédural. Au plan de la prévisibilité, le préjudice patrimonial est souvent dérivé de l'atteinte faite au droit de propriété de la victime de l'agissement illicite. La sécurité juridique est appréciable sans être intégrale car l'objectif de paiement du créancier n'est pas totalement réalisé. Mais dans ce cas précis, la fonction jouée par la responsabilité ne se confond pas avec la finalité de l'exécution. Enfin, la responsabilité de l'Etat montre seulement la fonction indemnitaire. Il ne s'agit ni de punir l'inaction de la puissance publique ni de prévenir un futur refus. La réparation du dommage sert à compenser un préjudice inconfortable pour le créancier. La sécurité juridique est minimale à la fois dans la fonction de la responsabilité que dans l'objectif d'exécution car la prévisibilité est dissocié d'une faute de l'administration[930].

En tout état de cause, la fonction de la responsabilité dans l'exécution est de restaurer la confiance légitime des parties dans le bon fonctionnement des règles organisant le recouvrement des créances. Ainsi, les fonctions indemnitaire et normative sont souvent combinées pour gagner en effectivité intellectuelle et matérielle.

Conclusion chapitre deuxième

328. Au delà de la compréhension des logiques qui s'entrecroisent dans l'exécution, la cohérence fait surtout appelle à une maitrise technique du processus de recouvrement des créances. Ici, l'étendue de l'implication des acteurs rejaillit sur la qualification juridique de leurs comportements et détermine le succès ou l'échec de la procédure. Afin de réaliser l'objectif de sécurité juridique, le législateur a accentué le rôle de l'huissier de justice et renforcé les prérogatives du juge dans le contrôle de la procédure. Cette posture favorable à la sécurité juridique objective ne la fait pas primer pour autant. En effet, l'idée de responsabilité est utilisée comme baromètre des choix et comportements de chaque acteur. Ainsi, la demande de sécurité juridique par les différentes parties est résolue de manière pragmatique et souvent casuistique. Nous pensons qu'une telle démarche, même si elle donne lieu à quelques situations imprévisibles, est en phase avec l'adaptabilité de la sécurité juridique[931].

[930] La jurisprudence Couitéas montre que c'est la continuité de l'inaction de l'Etat face à une prétention légitime qui fonde la compensation car son refus est justifié par des motifs d'ordre public.
[931] J. ROCHFELD, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2004 n°4, p. 915.

329. A vrai dire, c'est l'équilibre entre des libertés essentielles qui justifie une telle démarche. A la liberté du créancier de choisir son mode d'exécution répond la liberté du débiteur de jouir légalement de sa propriété. En balance, intervient la maitrise de la procédure qui fera passer des éléments du patrimoine du débiteur à celui du créancier via la contrainte légitime. La confiance dans l'effectivité du système est à ce prix.

Conclusion titre deuxième de la première partie

330. L'exécution forcée, contrairement au recouvrement amiable, est très marquée par le rôle directeur du législateur africain. Les voies d'exécution en constituent un excellent moyen de promotion de la sécurité juridique formelle. Outre le formalisme qui est un outil de contrôle de la légalité des actes d'exécution, la responsabilité s'est affirmée comme un facteur de dissuasion pertinent. Cependant, la pertinence de la relation entre le formalisme et la responsabilité n'a été possible qu'à travers le recours à des principes structurels de rééquilibrages des intérêts dans l'exécution. Ainsi, la transparence et la cohérence se présentent comme des instruments de coordination des stratégies des différents acteurs dans le sens d'une meilleure prévisibilité de l'exécution. Si le législateur a fait de la nullité une sanction unificatrice de la violation du formalisme procédural, c'est avant tout pour préserver la stabilité des prétentions du créancier sans omettre la protection du débiteur. La sécurité juridique formelle et objective y trouve un appui considérable et tend à crédibiliser davantage le titre exécutoire. Dans la même logique, l'intervention de l'agent d'exécution renforce l'idée d'une théorie des actes de procédure basée sur la confiance légitime que les acteurs du système placent dans une professionnalisation souhaitée des opérations de recouvrement. Dans un contexte où le recouvrement amiable est l'objet d'une législation incertaine, le formalisme imposé dans l'exécution forcée peut inspirer l'émergence d'une codification cohérente et simplificatrice d'un véritable droit de l'exécution.

331. La responsabilité, loin d'être vécue négativement, est une mesure prophylactique. Elle définit les conditions d'intégration d'une éthique dans l'exécution. Celle-ci est à la fois individuelle et professionnelle. Le législateur a souhaité de manière implicite orienter les acteurs de l'exécution vers plus de certitude. Ainsi, de l'intention de recouvrer la créance jusqu'à la distribution des deniers, le processus

est encadré par une exigence d'opérations sûres et utiles. Aussi, les intérêts des parties sont-ils assujettis à l'impératif de prévisibilité qui en augmente les chances de succès, tant au niveau procédural que matériel.

332. En réalité, l'exécution forcée est voulue non pas comme le droit commun de l'exécution, mais un environnement de réalisation de la confiance légitime que les acteurs nourrissent à l'endroit du système normatif et institutionnel du recouvrement des créances. Pour y parvenir, l'usage de la contrainte doit être transparent et cohérent, orienté uniquement dans l'intérêt de l'exécution.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

333. Le recouvrement des créances qu'il soit négocié ou forcé a besoin d'être dirigé vers un objectif précis qui est la protection des attentes légitimes de chaque partie par le système juridique. Cette finalité interpelle une caractéristique essentielle de l'ordre juridique : la sécurité juridique. Seulement, c'est une donnée à la fois interne et externe aux parties suivant la posture scientifique adoptée. Au plan externe, la sécurité juridique intéresse plus directement la performance normative du droit de l'exécution. Il s'agit de l'évaluation de « *l'art législatif* »[932] qui est déployé dans la mise en place d'un droit de l'exécution conforme aux options de politiques législatives faites. Dans ce sens, les attentes légitimes des parties sont saisies dans une acception générale relativement à la sécurité juridique objective. Plus simplement, c'est la consécration d'un véritable droit à l'exécution qui accorde au créancier la prérogative de contraindre ou de négocier, et au débiteur celle d'assurer la défense de ses intérêts. C'est la cohérence du droit des obligations qui est ici la valeur première, car l'exécution est le mode normal d'extinction des créances[933]. Cela dit, il faudrait l'envisager au plan purement théorique, la pratique indique une certaine continuité entre l'engagement juridique inexécuté et l'action en recouvrement des créances[934]. En théorie, le droit à l'exécution forcée est lié à la force obligatoire du contrat ou à la force exécutoire de la décision du juge selon le fondement de la prérogative du créancier. Il reste une virtualité partagée par toutes les personnes juridiques tant que le débiteur ne s'exécute pas volontairement quand cela est encore possible. Or en droit processuel, l'exécution devient personnel et dynamique, ses acteurs sont identifiés. Elle est la base même de la prétention du créancier et va déterminer l'effectivité des mesures prévues en cas de défaillance du débiteur. Toutefois, la distinction n'a qu'un intérêt relatif, de manière pragmatique, le créancier peut combiner la contrainte à la négociation, comme le débiteur peut mettre fin à la procédure en s'exécutant utilement. Par ailleurs, d'autres considérations d'ordre psychologique, relationnel ou professionnel peuvent conduire à des solutions moins prévisibles (remise de dettes). Donc de manière strictement externe, la sécurité

[932] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p.202. L'auteur y souligne les lacunes qui affectent la qualité des textes en termes de clarté, de précision et plus simplement dans la rédaction de ces derniers.
[933] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations : Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2ème édition, 2010, pp. 467 et s.
[934] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 313 et s.

juridique dans l'exécution est une sorte d'exigence structurelle du système juridique avant d'être un moyen de recouvrement des créances. Dans une perspective interne, la sécurité juridique est une prétention individuelle de chaque acteur dans le recouvrement des créances. Elle devient une finalité manifeste du droit à l'exécution sous la forme d'un besoin de certitude du paiement d'une part, quand cela est possible d'autre part. Ainsi, de principe structurant, la sécurité juridique se transforme en principe équilibrant et c'est là le nœud du problème. En effet, chaque partie a vocation à présenter ses intérêts comme étant supérieurs voire essentiels. La fonction assignée à l'exigence de sécurité juridique étant de trouver un équilibre entre ces revendications souvent contradictoires.

334. Dans la première partie de la thèse, nous avons tenté de démontrer la capacité de l'exigence de sécurité juridique à rééquilibrer les intérêts individuels de chaque partie autour de l'exécution. Si l'on accepte de partir du postulat d'un recouvrement à deux modalités – amiable et forcée – on peut mesurer le mode opératoire de la sécurité juridique dans chaque situation.

335. Le créancier optant pour la négociation voire l'incitation dans le recouvrement des créances opte pour la voie de la souplesse. Au niveau procédural, il privilégie les mécanismes de type contractuel et direct. Au plan formel, c'est toujours l'autonomie de la volonté qui régit les rapports entre le débiteur défaillant et son créancier. L'attractivité de ce moyen de recouvrement est compréhensible si la confiance légitime est déplacée du champ objectif vers le champ intersubjectif. Ainsi, la sécurité juridique est adossée au respect de la parole donnée, plus juridiquement à la force obligatoire des conventions entre le créancier et le débiteur. Dans un autre cadre, entre l'agent d'exécution, son mandant et le débiteur. Aussi séduisante que semble cette méthode, elle n'en recèle pas moins des incertitudes grosses d'insécurité juridique. Premièrement, du côté du débiteur, l'étendue des ses capacités à faire face à ses obligations ; du côté du créancier, l'absence d'informations pertinentes sur la situation du débiteur : risque sur la confiance. Deuxièmement, le comportement du débiteur est un facteur d'aggravation de l'incertitude quant à l'issue de l'accord négocié : risque sur la stabilité. Enfin, les moyens utilisés par le créancier pour inciter le débiteur à payer : risque sur la régularité du recouvrement. Au total, les menaces qui pèsent sur la confiance, la stabilité et la régularité du recouvrement renvoient à

l'existence d'une incertitude sur une exécution respectueuse des droits des uns et des autres. L'exigence de sécurité juridique doit alors agir comme une force principielle destinée à transcender les intérêts individuels de chacun au service d'une meilleure prévisibilité de la régularité du recouvrement. Ce travail de rééquilibrage est effectué à l'aide des droits fondamentaux. En effet, la référence aux droits fondamentaux permet au juge de s'immiscer dans les rapports entre le créancier et le débiteur afin de les contraindre au respect de la légalité. Pour ce faire, la personne humaine et le droit de propriété sont instrumentalisés au service d'une exécution conforme à l'ordre juridique dans lequel elle s'imprime. Cependant, l'intervention judiciaire risque de généraliser « *de nouveaux conflits entre intérêts privés* »[935] jugés supérieurs. Entre le droit à l'exécution du créancier qui est considéré comme fondamental et les droits du débiteur à la vie privé, à la dignité voire à la propriété. A un niveau supérieur, cette situation peut compromettre la confiance légitime des sujets du système juridique et exposer les limites de la sécurité juridique dans l'arbitrage des intérêts en jeu. Cependant, à considérer une approche casuistique du problème, la sécurité juridique peut faire l'objet d'ajustements en fonction de la spécificité de chaque litige sans méconnaitre les intérêts de chacun. En outre, l'exigence de sécurité juridique n'a pas vocation à garantir un équilibre parfait ; mais un équilibre dynamique et légitime eu égard aux valeurs essentielles de l'ordre social de référence.

336. Le recouvrement forcé de la créance ouvre la voie à la contrainte dans les rapports entre particuliers. Si le principe reste l'interdiction de la justice privée, il est possible de s'interroger sur les conditions d'acceptabilité de la contrainte dans l'exécution. A priori, le législateur a opté pour un système souple dans l'admission du principe et un contrôle rigide dans la mise en œuvre. C'est un moyen de consolider le droit à l'exécution du créancier tout en préservant la garantie nécessaire au respect des droits du débiteur. Au niveau substantiel, la stabilité du droit du créancier est optimisée avec la liberté qui lui est reconnu de mettre en œuvre une stratégie de recouvrement conforme à ses intérêts et de l'ajuster en fonction de l'avancement de la procédure. Le législateur a réhabilité le titre exécutoire et l'effet des saisies à cette fin. Les seules limites qui s'imposent au créancier concernent la cohérence d'une

[935] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 368.

démarche transparente dans le recouvrement. La référence à l'obligation de cohérence est justement appréciée à l'aune de la stricte exécution, c'est-à-dire que les mesures prises doivent être nécessaires et utiles au recouvrement des créances. Ici, la sécurité juridique fait de l'agent d'exécution un vecteur de la sécurité juridique chargé de veiller à la légalité des mesures employées. Mieux encore, au plan procédural, le formalisme l'incite à être loyal vis-à-vis du débiteur, qui n'est plus une victime, mais un collaborateur qui doit coopérer en toute bonne foi. Ce que l'on note, c'est l'interaction entre les dimensions objective et subjective de la sécurité juridique avec la combinaison du formalisme procédural et de la responsabilité. C'est un moyen de renforcer la prévisibilité et de garantir la satisfaction du créancier quand cela est possible. Sans être une recette infaillible au service d'un créancier puissant, la conjugaison de la transparence et de la cohérence est un facteur de rééquilibrage des prérogatives individuelles dans l'exécution. En effet, la disqualification de l'abus dans le recouvrement profite à l'exécution qui acquiert plus de légitimité en tirant son fondement du respect des droits fondamentaux. Dans cette dynamique, l'exécution est poursuivie tant qu'un droit ou une liberté essentiels n'est pas atteint de manière disproportionnée. Ainsi, l'expulsion ou la vente des biens saisis n'interviennent qu'autant que tous les moyens légitimes de protection du débiteur fussent raisonnablement éprouvés[936]. C'est la finalité de l'exigence de transparence qui constitue l'un des piliers de la sécurité juridique avec des déclinaisons comme l'intelligibilité, la clarté voire la complétude du système. En outre, l'exécution a davantage de chances d'aboutir, qu'elle est ordonnée autour d'une stratégie claire et logique alliant actes et actions en vue de satisfaire la prétention du créancier. A cet égard, la plasticité du principe de sécurité juridique[937] est fort intéressante dans son expansion subjective. En effet, même si l'ordre normatif tend à organiser l'exécution forcée de manière objective, il convient de ne pas oublier qu'il s'agit d'un

[936] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 627 et s. la contradiction est décrite comme l'âme du procès par les auteurs, cela montre son importance dans la phase judiciaire du recouvrement. Ainsi, la sécurité juridique ne peut se dispenser de l'intégration d'un tel principe dans son interprétation relative aux garanties procédurales.

[937] J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique Propos introductifs », in (sous la dir. L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN) *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 19. Les auteurs admettent une nouvelle vision de l'architecture normative dans l'Etat. Le passage de la pyramide vers d'autres formes moins habituelles pour le juriste positiviste amène à s'interroger sur les critères de validité de la norme et les références de la sécurité juridique. Seulement, cette nouvelle donne n'affecte pas le droit dans une perspective ontologique du moment où la norme est toujours secrétée par le corps social. Les autres questions sont d'ordre technique et peuvent influer sur la force normative après.

rééquilibrage d'intérêts purement individuels. Aussi, afin d'assumer au mieux son rôle, la sécurité juridique doit rester « un principe matriciel, un principe d'interprétation, une boussole »[938].

337. Le rééquilibrage des prérogatives dans l'exécution n'est pas une fin en soi, il ne permet pas toujours d'atteindre l'objectif essentiel du recouvrement des créances à savoir l'extinction de l'obligation. Ainsi, il est important d'envisager l'exigence de sécurité de manière plus dynamique en s'intéressant à sa capacité à produire un résultat concret. Cependant, il ne s'agit pas de faire jouer à la sécurité juridique un rôle qui n'est pas le sien, c'est-à-dire se substituer aux principes classiques du droit des obligations. Il convient plutôt de voir son articulation avec les techniques classiques et nouvelles de l'exécution des créances en vue de promouvoir un recouvrement des créances éthique et efficace. Partant de ce postulat, il est possible d'aborder l'exigence de sécurité juridique comme une technique de garantie dans le recouvrement des créances.

[938] M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 368.

DEUXIEME PARTIE : LA SECURITE JURIDIQUE, TECHNIQUE DE GARANTIE DANS LE RECOUVREMENT DES CREANCES

« L'avenir des procédures civiles d'exécution réside dans un renouvellement constant des moyens de contrainte qui doivent évoluer avec les mœurs, les habitudes et un contexte social que l'on ne peut pas ignorer ».[939]

[939] R. PERROT, « La contrainte par dissuasion », in Mélanges Jean BUFFET : la procédure en tous ses états, Paris, *Petites Affiches*, 2004, pp. 393 et s.

338. Le contrôle de l'usage d'une prérogative individuelle dans le recouvrement des créances n'est pas l'unique fonction reconnue à l'ordre juridique dans la régulation de l'exécution. Sans doute, cette activité est cruciale dans la protection des intérêts légitimes de chaque partie, mais elle ne suffit pas à éteindre le rapport d'obligation. Or, l'une des finalités du principe de sécurité juridique est de contribuer à la réalisation effective des prévisions de chaque partie. Dans cet ordre d'idées, l'exécution doit être réduite à sa plus simple expression pour une analyse réelle et dynamique de son fonctionnement. Ce postulat de départ valide l'hypothèse de la nécessité d'une protection structurelle du rapport d'obligation comme le niveau primaire de sécurité juridique. En effet, la préservation du patrimoine recouvrable et l'adaptation de son assiette à l'évolution de sa situation juridique ou celle du débiteur garantie la pérennité de la fonction jouée par le gage général des créanciers. Il apparaît que le contrôle exercé sur le patrimoine soit un critère d'appréciation de l'effectivité de la qualité de droit subjectif attachée au droit de l'exécution. En effet, l'identification du débiteur détermine également le patrimoine qui servira d'assiette de la garantie et l'opposabilité de la prérogative du créancier aux autres partenaires de ce dernier. Sur ce point, la réalisation de la sécurité adopte une méthodologie globale définissant les limites formelles de la contrainte sur le patrimoine du débiteur. Mieux, les notions de faute, de fraude ou d'abus renforcent la qualité de l'implication du juge et diversifient les niveaux de protection. Ainsi, la vulnérabilité économique ou sociale, pourtant à priori externes au rapport de base, devient un facteur d'appréciation de l'étendue réelle de la prérogative du créancier. Cette approche critique de la garantie struturelle est plus conforme à la réalité de l'exécution tant du point de vue de la légitimité que de l'effectivité.

339. La garantie de l'extinction d'une créance dépend aussi de la continuité de l'exercice du droit subjectif. Ce faisant, la complexité du contexte fatuel de l'exécution modifiera le rapport entre le juridique et l'économique dans la mise en œuvre du processus. Selon les stratégies des acteurs, la contrainte sera instrumentalisée par la partie dominante. Ce schéma pourtant conforme à la liberté de choix des moyens de contrainte cache d'autres enjeux en réalité. En effet, l'usage d'une technique quelconque procède d'un choix axiologique non nécessairement inscrit dans l'intérêt

du droit de l'exécution. Or, le maintien de la légitimité du système d'exécution des créances exige un contrôle de conformité axiologique de la prérogative par rapport à l'ordre normatif l'ayant secrétée. La vérification n'est ni dogmatique, ni systématique, c'est plutôt un contrôle d'opportunité et de proportionnalité rendant possible la neutralisation des excès. Pour ce faire, le juge a besoin d'un modèle d'intervention flexible poursuivant le dessein d'une praticabilité de l'exécution.

340. On observera la complémentarité entre la garantie structurelle qui vise la préservation de la créance (**Titre I**) et la garantie substantielle qui recherche la continuité de l'exécution (**Titre II**). L'exigence de sécurité juridique se déploie à travers ces deux principes afin de maintenir une exécution praticable des créances.

TITRE I – LA GARANTIE STRUCTURELLE DE L'EXECUTION : LE PATRIMOINE RECOUVRABLE

341. La sécurité juridique étant un principe d'équilibre, les intérêts du créancier et du débiteur sont considérés en fonction des finalités assignées au droit de l'exécution. Ainsi, la conciliation des droits subjectifs, en apparence contradictoire, du créancier et du débiteur est assurée de manière plus pratique que vraiment révolutionnaire. La sécurité juridique objective cherchant à transcender les clivages catégoriels[940] au nom de l'intérêt général ou plus simplement du principe de légalité. A contrario, la sécurité juridique subjective privilégiera l'outil contractuel en favorisant la volonté des parties. Chaque système comporte des avantages et des inconvénients qui forcent leur utilisation parfois alternative, parfois exclusive.

342. La garantie de l'exécution s'attache d'abord à pérenniser la stabilité de la structure du paiement. Alors, l'offre de sécurité juridique s'attaque naturellement à la structure du paiement. Celle-ci est articulée autour du gage général des créanciers aussi bien dans sa composante primaire que dans les liaisons juridiques ou économiques qui l'affectent. Par conséquent, la maitrise de la valeur du gage impacte sur les chances de paiement par le débiteur, alors que la vigueur des connections entre patrimoines favorisera l'environnement de confiance propice à l'exécution. L'objectif de la sécurité juridique consiste à définir les conditions de stabilisation des prévisions autour du gage des créanciers et en a garantie le respect.

343. La prévisibilité du paiement en relation avec le gage des créanciers doit être envisagée dans deux sens. D'une part, la conservation de l'assiette du gage par la technique de préservation du patrimoine recouvrable (**Chapitre 1**). D'autre part, le renforcement de la confiance légitime des créanciers par les techniques de valorisation du patrimoine recouvrable via le truchement des garanties d'exécution (**Chapitre 2**).

[940] T. TAURAN, « Les distinctions en droit civil », in *Petites affiches*, 07 avril 2000 n°70, p. 5.

CHAPITRE 1 - LA PRÉSERVATION DU PATRIMOINE RECOUVRABLE

344. L'exécution d'une créance démontre la capacité du débiteur à répondre de ses engagements à l'échéance. Pour cela, il convient que l'actif de son patrimoine soit en mesure de faire face à l'exigibilité de chaque créance. Ce rapport économique est aussi une exigence juridique sous la forme d'une prévision légitime. Ainsi, le système juridique doit offrir les conditions de la continuité du respect des prévisions des parties.

345. Puisque le patrimoine est le siège de la garantie de paiement, sa conception doit être conforme à sa fonction dans le droit de l'exécution. C'est-à-dire, la disponibilité du gage des créanciers doit être organisée au delà des circonstances volontaires ou involontaires affectant sa gestion[941]. Ainsi, la réalisation des attentes légitimes du créancier s'accordera avec les outils de contrôle de la liberté patrimoniale, surtout en temps de crise. Qu'il soit assuré par le créancier ou par un organe désigné à cet effet, le contrôle doit avoir un seul objectif : l'exécution possible et raisonnable de la créance[942]. Afin d'accroitre la prévisibilité du recouvrement de la créance, l'exigence de sécurité juridique contribue à déterminer l'actif recouvrable (**Section 1**) pour le consolider en vue de l'exécution à l'échéance (**Section 2**).

Section 1 - La détermination de l'actif recouvrable

346. Bien qu'étant conçu comme une entité unique, le patrimoine n'en est pas moins traité différemment. Le droit de l'exécution adopte une vision pragmatique du patrimoine qui épouse l'évolution de la situation juridique de l'actif du débiteur (**§1**). Par ailleurs, le souci de protection de certaines catégories vulnérables de personne entraine la prise en compte de la condition juridique du débiteur dans la détermination de son actif (**§2**).

§ 1 - La prise en compte de la situation juridique de l'actif du débiteur

347. Aux termes de l'art. 200 COCC, le patrimoine du débiteur est le gage général des créanciers. Une lecture littérale de l'énoncé législatif laisse transparaitre la prédominance d'une conception purement patrimoniale voire arithmétique de la

[941] C. GUYETANT, V. VITANI, F. PEROCHON, « La valorisation des actifs », in *Petites affiches*, 22 avril 2010 n°80, p. 22.
[942] C'est un rapport de proportionnalité exigé par l'art. 28 AUPSRVE.

relation unissant la créance à la dette[943]. Toutefois, la fiction juridique[944] montre l'existence d'une certaine gradation dans la considération du patrimoine relativement à l'exécution. Si théoriquement, le patrimoine est saisi par son unité, dans la pratique de l'exécution, il est appréhendé dans sa diversité. L'assiette de recouvrement n'est plus dès lors tout le patrimoine du débiteur, mais la portion envisagée comme telle par l'effet de la loi. Cette exclusion de la concordance espérée entre le droit de créance et l'intégralité du patrimoine du débiteur peut constituer une incertitude quant à l'effectivité de l'exécution.

348. Cette dichotomie est matérialisée soit par la volonté du législateur (**A**), soit par celle d'un individu déterminé (**B**). Une lecture fonctionnelle de la relation entre le droit de créance et les conceptions normatives du patrimoine pourra permettre de surmonter cette ambivalence en restaurant la prévisibilité de l'effectivité de l'action du créancier.

A. L'insaisissabilité légale

349. Position du problème. La légitimité du droit du créancier peut s'opposer dans le principe à une restriction matérielle de l'étendue de sa garantie[945]. L'exclusion légale d'un bien ou d'un ensemble de bien à l'action en recouvrement du créancier peut être un facteur négatif pour la prévisibilité du paiement. En effet, la confiance légitime du créancier dans les capacités de remboursement du débiteur est accrue par l'apparente solvabilité de ce dernier. Or la relation entre la solvabilité apparente du débiteur et la confiance du créancier est traduite par la représentation matérielle de l'assiette de recouvrement sur la base des garanties - formelles et/ou matérielles- offertes au moment de la conclusion du contrat. Plus les informations convergent vers une relative stabilité de la consistance du patrimoine même sous l'effet du

[943] Sur les aspects théoriques relatifs à la distinction entre les créances et les dettes, voir J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes* (sous la dir. J. GHESTIN), Paris, LGDJ, 2005.

[944] Voir, G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 253, 1998.

[945] La préservation de l'équilibre entre les droits des différentes parties est un enjeu considérable dans l'exécution, comme l'écrit C. LEFORT, « *on mesure combien il est délicat de trouver un équilibre entre la nécessité de préserver les droits du créancier, le plus souvent titulaire d'un titre exécutoire et l'indispensable maintien de conditions de vie décentes du débiteur. Il est en effet indispensable de ne pas le laisser totalement démuni ou dans l'impossibilité de continuer à gagner sa vie, ce qui pourrait provoquer un trouble à l'ordre public, tout en évitant qu'il n'organise son insolvabilité en continuant de jouir abusivement de biens ou de créances ayant légitimement vocation à entrer dans le patrimoine du poursuivant* » (C. LEFORT, « Le débiteur et ses moyens de défense », in *Droit et Pratique des voies d'exécution* (sous la dir. S. GUINCHARD et T. MOUSSA), op. cit., p. 122.

temps, plus la confiance du créancier tend vers l'objectivité. C'est une articulation assez logique entre le patrimoine de départ du débiteur, l'étendue de son engagement, l'effet du temps et les projections sur les évolutions futures du patrimoine. Ainsi, si la garantie offerte est volatile[946], le temps devient un puissant facteur d'anticipation de l'exécution pour le créancier, tandis que la fixité des éléments du patrimoine relativise la portée du temps et agit sur la formalisation de la relation de confiance. Cependant, ces prévisions dépendent en partie d'un facteur subjectif voire psychologique : le comportement du débiteur. Dans ce cas de figure, la palette prédictive du créancier est aussi large que le permettent les limites à la liberté contractuelle. Toutefois, si c'est une autorité extérieure à la relation de base entre le créancier et le débiteur qui modifie la structure d'interprétation de la solvabilité du ce dernier, des ajustements deviennent nécessaires pour comprendre l'incidence théorique et pratique de la sécurité juridique sur la fonction de garantie jouée par le patrimoine[947]. Nous n'allons pas insister sur les conceptions du patrimoine qui cherchent à définir la notion[948], mais plutôt sur une vision pragmatique de ce dernier qui poursuit une double finalités d'arbitrage des intérêts et de renforcement de la garantie du créancier dans l'exécution. Ainsi, si l'autorité de la loi soustrait une partie des biens du débiteur aux prévisions d'exécution du créancier, il se pose pour la sécurité juridique une question de légitimation de la cohérence d'un tel choix pour la confiance du créancier, ensuite un besoin de justification pratique d'un tel retrait concernant la performance du droit de l'exécution. A ces interrogations, le législateur a donné des raisons qui méritent d'être évaluées à l'aune de la finalité essentielle de la sécurité juridique dans l'exécution : sa possibilité

[946] La volatilité est un terme plus familier dans le langage financier et boursier que juridique, cependant, son influence sur la mesure du risque et la compréhension de l'incertitude intéresse le champ de la sécurité juridique. Ainsi, les fluctuations qui affectent le patrimoine comme valeur économique permettent au créancier d'anticiper sur le degré de solvabilité du débiteur à moyen terme et sur ses chances d'être payé à l'échéance. Pour une étude théorique de la notion, voir M-H. GROUARD, S. LEVY, C. LUBOCHINSKY, La volatilité boursière : des constants empiriques aux difficultés d'interprétation, in http://www.banquefrance.fr (consulté le 23 janvier 2012).

[947] Cette fonction primordiale est déterminée par la loi qui fait du patrimoine du débiteur, le gage général des créanciers (art. 200 COCC).

[948] Sur la notion de patrimoine voir, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., pp. 351 et s. l'auteur soutient que « *la notion n'est d'une part, ni aussi stable ni aussi paisible qu'il y paraît au premier abord. D'autre part, elle se révèle plurielle car ses différents sens ne sont pas réductibles les uns aux autres…la notion de patrimoine est fonctionnelle : elle a changé de sens selon les buts que le droit lui a assignés* ».

raisonnable[949]. Au-delà de cette exigence, l'intervention du législateur serait illégitime, en-deçà, elle serait plus simplement inacceptable. Afin d'éviter l'arbitraire, le législateur s'est fortement inspiré du conflit qui oppose l'homme à l'économie[950] pour les justifications théoriques et du conflit sur l'interprétation du droit de propriété pour les motifs pratiques. Il faut admettre que le caractère social de l'ordre juridique[951] accepte plus facilement une vision humaniste de l'exécution même pour la prétendue rigidité de la sécurité juridique, qu'une vision économicisante qui ne voit que la seule valeur patrimoniale. Par cette approche conflictualiste, le législateur dilue l'exigence de sécurité juridique dans la problématique supérieure de la validité de la norme[952] et en fait une question politique et sociale majeure. Enfin, une conception abstraite et fixe de la propriété[953] rendrait toute instrumentalisation de celle-ci suspecte voire inacceptable. Donc pour assurer la continuité[954] de la fonction de garantie, il fallait mettre en place une technique graduelle de considération de la propriété qui servirait à des finalités socialement légitimes : le sauvetage de l'emploi, la relance de l'économie, la survie de la famille. A ce prix, l'exigence de sécurité juridique associe à la dimension technique de la garantie, une dimension morale qui facilite son admission. Il restera cependant, la question de la performance de ces choix, surtout d'un point de vue économique d'abord et social par la suite. En effet, une crise du crédit est toujours susceptible d'aboutir à une crise sociale. Seulement, la sécurité juridique ne peut être conçue comme étant le seul élément de régulation

[949] Cette assertion est une déduction logique des propositions contenues dans l'avant-projet CATALA sur le droit des obligations. La possibilité de l'exécution est présentée comme une condition d'effectivité du paiement et surtout de respect des droits fondamentaux des parties. Ainsi, la contrainte qu'elle soit directe ou indirecte est structurée autour de la possibilité de sa réalisation selon les modalités prévues par la loi.

[950] Voir, M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit : le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004. C'est une opposition entre les valeurs marchandes et les valeurs non-marchandes comme le suggère l'auteur qui cherche également à établir une hiérarchie des valeurs propice à une compréhension des intérêts en jeu et leur harmonisation.

[951] Sur les racines philosophiques et constitutionnelles du caractère social de l'ordre juridique, voir D. ROUSSEAU, « Jürgen Habermas et le droit », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, 20 juillet 2007 n°6, p. 1481.

[952] Au-delà des préoccupations de l'ordre juridique dans sa globalité fondatrice, la question de la validité peut aussi intéresser la norme contractuelle en empruntant les mêmes présupposés théoriques. Voir, M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n°3, p. 679.

[953] Pour des considérations théoriques sur la propriété, voir P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens*, Paris, Defrénois, lextenso éditions, 4ème édition, 2010, pp. 106 et s.

[954] La notion de continuité est polysémique et s'attache le plus souvent à l'étude des ruptures affectant l'ordre juridique, plus précisément sa cohérence interne et cyclique. Ici également, la continuité évoque l'idée d'une conservation de la fonction essentielle d'un concept juridique dans sa confrontation avec les faits. Voir, M. DISANT, « La QPC en matière de droit public : entre effervescence et continuité », in *Petites Affiches*, 12 mai 2011 n°94, p. 3.

de la conduite des affaires sociales, c'est une variable importante de mise en cohérence des écarts entre l'élaboration de la norme et son application.

350. L'exclusion absolue de certains biens du périmètre de l'exécution. Cette exigence d'explication de l'intervention du législateur dans la valeur affectée à la garantie de l'exécution sert principalement à asseoir une intelligibilité du droit de l'exécution. L'autorité du législateur s'adosse à une hiérarchisation des intérêts en jeu dans l'exécution pour réduire l'assiette de recouvrement. Toutefois, elle pose d'emblée un principe qui sert à contenir toute sollicitude coupable à l'égard d'une des parties. Ainsi, l'insaisissabilité ne saurait être conçue sans un texte qui en expose le principe et les conditions de mise en œuvre[955]. Le législateur ohada le signifie dans l'art. 51 AUPSRVE qui indique que « *les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties* ». Au Sénégal, l'art. 382 CPC énumère les choses juridiques soustraites au pouvoir de recouvrement du créancier par la volonté du législateur[956]. En France, l'art. 14 de la loi du 9 juillet 1991 répond à une logique similaire de délimitation de l'assiette des saisies. Aussi, au sens de la sécurité juridique, l'expression textuelle des causes d'insaisissabilité est un motif d'intelligibilité de l'intervention législative. En effet, le droit de propriété qui est ici en perspective est un droit à valeur constitutionnel[957] et doit être traité avec précaution. Par conséquent, le législateur convoque la « nécessité » comme un critère justificatif de l'atteinte portée au droit de propriété des créanciers. Une approche critique des diverses situations d'insaisissabilité directes permet de souligner l'effort de rattachement des choses juridiques exclues à des circonstances exceptionnelles considérées comme prioritaires sur le droit de poursuite du créancier. Il en est ainsi des biens à caractère culturel, des biens syndicaux ou encore des biens nécessaires aux personnes souffrant d'un handicap. Pour cette dernière catégorie, la Cour de cassation par une décision du 06 janvier 2012 réaffirme l'exigence d'une preuve

[955] Aux termes de l'art. 50 AUPSRVE « *les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque Etat partie* ». Cet article rappelle la nécessité d'un texte prévoyant l'insaisissabilité.

[956] Art. 382 CPC « *sont insaisissables : 1- les choses déclarées insaisissables par la loi ; 2- les provisions alimentaires adjugées par justice ; 3- les sommes et objets disponibles déclarées insaisissables par le testateur ou le donateur ; 4- les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables* ».

[957] G. DECOOL, S. PANNAGAS, « le règne absolu du droit de propriété ne peut tolérer un empiètement même minime : chronique d'un demi-centimètre de trop », in *Gazette du Palais*, 04 février 2003 n°35, p. 12.

suffisante de la nécessité comme justifiant l'insaisissabilité[958]. C'est une démarche dictée par la nature absolue de l'exclusion du bien. On voit que les intérêts sous-jacents se rapportent à la protection de la dignité humaine[959], de l'identité culturelle ou de la défense des intérêts collectifs par les syndicats[960]. La neutralisation du droit de poursuite des créanciers n'est pas directement assujettie à un champ personnel déterminé, c'est plutôt une situation objective qui est visée par la réglementation. Pour les besoins de clarté du rétrécissement de l'assiette de recouvrement. Plus singulièrement, l'admission d'une atteinte au droit de gage général des créanciers puise sa justification dans la hiérarchie assumée des valeurs non marchandes sur la conception exclusivement patrimoniale du lien d'obligation[961]. C'est une tendance qui ne perturbe pas la sécurité juridique primaire car l'existence préalable d'un texte qui en fonde le principe apparaît comme un gage d'intelligibilité de la mesure. Un prolongement procédural est à trouver dans l'admission de l'appel contre les décisions ayant statué sur l'insaisissabilité par opposition au droit commun comme le laisse voir la décision de la Cour d'Appel de Dakar en date du 14 décembre 2001[962]. Par contre, le champ territorial des insaisissabilités directes peut poser un problème avec le renvoi à une loi nationale pour en fixer le contenu. L'homogénéité du droit de l'exécution voulue par le législateur doit être effective pour garantir une meilleure sécurité juridique dans l'espace communautaire de référence[963]. Là encore, le moyen

[958] C. cass, 2e civ. 06 janvier 2012 (pourvoi n°10-17004), non publié au Bulletin. Le juge de cassation retient que « *le véhicule objet de la saisie n'était pas indispensable à M. Y* » qui invoquait des raisons de santé pour se soustraire à la mesure d'exécution.

[959] B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Jurisprudence constitutionnelle », chron. 195, in *La semaine juridique-édition générale*- n°7- 13 février 2012, p. 336. Les auteurs soulignent que « le Conseil constitutionnel a fait utilisation à plusieurs reprises du principe de dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ».

[960] A. DEMETZ, « Présentation de la déclaration universelle », in *Gazette du Palais*, 18 mars 2006 n°77, p. 8.

[961] P. GLAUDET, « Le code Napoléon, fondateur de la nation française », in *Defrénois*, 15 mai 2004 n°9, p. 621. Les origines d'une conception plus humanisante de la propriété sont à rechercher dans les fondements philosophiques de l'idée de propriété et les mutations qui affectent sa matérialisation et ses conditions d'exercice.

[962] CA Dakar, chambre civile et commerciale, 14 décembre 2001 (arrêt n°639), *Moustapha BAO c/ CBAO*. Le juge motive sa décision en rappelant que « *l'appel n'étant admis que contre les décisions qui ont statué sur le principe même de la créance ou sur les moyens de fond tirés de l'incapacité de l'une des parties, de la propriété, de l'insaisissabilité ou de l'inaliénabilité des biens saisis* », in *Répertoire jurisprudence sur les voies d'exécution* (1998-2004), coll. CREDILA, p. 198.

[963] G. DE LEVAL, « L'harmonisation par la procédure : vers un procès européen », in *Gazette du Palais*, 21 août 2008 n°234, p. 8. En parlant du principe directeur III/6 de la recommandation 2003/17 du Conseil de l'Europe, l'auteur estime que « *un système suffisant de transparence patrimoniale permettrait d'éviter nombre de procédures onéreuses dont les frais incombent à un créancier désemparé qui ne recouvre ni le principal, ni les intérêts, ni les frais. Cet aspect doit être sérieusement pris en considération car il peut être à la base du désarroi de nombre de justiciables ; c'est à ce stade*

tiré du respect des droits de l'homme comme baromètre de l'intervention des autorités législatives doit prendre en compte l'équilibre dynamique entre le droit de la propriété qui est au cœur de la créance et la dignité humaine qui est la mesure de l'exécution.

351. L'exclusion relative de certains biens du périmètre de l'exécution. A côté de certaines exclusions absolues, il existe des insaisissabilités relatives qui permettent de sauvegarder des intérêts supérieurs sous le coup de la nécessité. Il doit en être ainsi car le caractère irréversible de l'insaisissabilité directe peut porter une atteinte excessive au droit de gage général des créanciers. Sa multiplication n'est pas opportune car elle tendrait à rendre ordinaire ce qui doit rester exceptionnel. Il est vrai que le mouvement de fondamentalisation du droit[964] présente un intérêt certain pour le renforcement de la sécurité juridique subjective des individus, mais il convient de replacer l'exécution dans sa sphère axiologique d'origine : l'ordre contractuel. Ainsi, le paradoxe à dépasser par l'exigence de sécurité juridique est de concilier l'intérêt général, la garantie d'une assiette suffisante d'exécution des créances, et les intérêts particuliers jugés dignes de protection. L'analyse textuelle des insaisissabilités directes relatives laisse apparaître une catégorie très hétérogène dont le recensement fastidieux peut être évité en recourant au filtre de la nécessité qui est le critère prédominant dans leur institution. Alors, la nécessité peut être conçue de manière matérielle, technique ou axiologique. Du point de vue matériel, il faudra voir une volonté publique de préserver les conditions d'existence d'une palette d'individus : les salariés, les artisans et agriculteurs, les militaires ou la famille[965]. Ces exclusions sont liées au caractère alimentaire des créances et directement rattachées à la dignité de la personne humaine[966]. C'est une

du processus judiciaire que s'apprécie tout particulièrement l'efficacité du système ». Il en sera de même pour la zone ohada dans la mesure où l'harmonisation du droit substantiel de l'exécution doit correspondre avec une certaine homogénéité des pratiques nationales législatives et judiciaires.

[964] M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. QSJ, p. 74. Comme le soutient avec justesse l'auteur « *avec ce même phénomène complexe est née aussi l'ambition, louable mais complexe, de vouloir construire une communauté universelle et un ordre mondial plus juste au moyen de la reconnaissance et de la distribution des droits de l'homme* ».

[965] Voir L. 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions (JORF du 31 juillet 1998), plus précisément l'art. L 322-7 du Code de la sécurité sociale ; v. *Lamy protection sociale*, 2010 (partie sur le caractère insaisissable et incessible des prestations en nature n° 8. 1346).

[966] C'est ce qui ressort de la motivation des textes législatifs et réglementaires sur la lutte contre la pauvreté et l'exclusion. Comme le suggère le CNLE (Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale) « *la loi considère que le problème des personnes en difficulté n'est pas de disposer de nouveaux droits, mais d'avoir effectivement accès aux droits fondamentaux existants.*

insistance sur l'utilité que représente la valeur protégée pour son bénéficiaire[967]. Autrement dit, la valeur économique de cette partie du patrimoine échappant à l'assiette de recouvrement. Toutefois, la famille constitue une catégorie spécifique où la valeur économique du bien est absorbée par une valeur axiologique qui transcende l'exécution et fait du critère de la nécessité un facteur explicatif objectif[968]. Du point de vue technique, la nécessité apparaît comme un moyen de gestion d'une situation transitoire. En effet, les insaisissabilités qui découlent de l'indétermination de la portion du patrimoine qui revient au débiteur sont assez topiques. Les biens indivis[969] représentent une contrainte d'ordre technique pour le créancier poursuivant dans la mesure où l'absence de partage fait perdre à l'assiette de recouvrement sa prévisibilité. Ainsi, l'insaisissabilité relative qui en découle joue une double fonction de préservation du droit de propriété des coïndivisaires et de garantie de la valeur du patrimoine qui lui sert de support[970]. Toutefois, à l'instar du droit des procédures collectives qui fait la distinction entre les créanciers dans la masse et les créanciers

---

L'essentiel des dispositions vise donc à créer les conditions et les procédures par lesquelles cet accès aux droits sera mieux garanti dans chacun des domaines de la vie pour les personnes les plus fragilisées par les mutations de la société », in http://www.cnle.gouv.fr/Loi-d-orientation-du-29-juillet.html.

[967] V. art. 39 D. 92-755 du 31 juillet 1992, le texte donne une liste plus ou moins indicative des biens qui sont considérés comme insaisissables en raison des commodités essentielles de la vie quotidienne. L'influence du critère de la nécessité se fait ressentir en considération de l'unicité du local de situation des biens. S'il arrive que les biens soient éparpillés, une présomption négative pèse quant à leur utilité immédiate pour le débiteur ou les membres de sa famille.

[968] E. MILLARD, *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque des thèses n°182, 1995. Les biens de la famille qui sont strictement nécessaires à son existence doivent être protégés en tant qu'élément d'une politique publique de promotion de celle-ci.

[969] Le cadre normatif de l'indivision dans l'esapce Ohada semble inachevé. Comme le souligne A-M. ASSI-ESSO « *l'Acte uniforme sur les voies d'exécution a omis de prévoir, en la matière, une règle générale. Le seul article qui traite de la question, l'article 249, concerne l'indivision immobilière* » (voir, A-M. ESSi-ESSO, N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, op. cit., p. 57). Toutefois, la législation nationale permet de voir l'existence de certaines règles relatives à la situation des créanciers face à l'indivision. Ainsi, l'art. 457 CF traitant de la poursuite par les créanciers des indivisaires et l'art. 463 CF sur la situation des créanciers des héritiers permettent à ces derniers de se prévaloir des mêmes droits que les débiteurs ou de faire jouer le droit de préemption d'un des coïndivisaires sans prétendre jouer un rôle déterminant quant au partage. Au surplus, l'art. 477 CF relatif aux droits des créanciers dans une opération de partage autorise à ces derniers d'y prendre part ou d'attaquer le partage frauduleux. Voir, J.B. SEUBE, « Le droit des biens hors le Code civil », in *Petites Affiches*, 15 juin 2005 n°118, p. 4. La complexité de l'analyse des biens indivis découle de la concurrence de propriété sur le bien visé. Cette situation certes transitoire a pour effet de retarder le transfert de propriété de la partie revenant au débiteur et pouvant faire l'objet d'un droit de poursuite par le créancier.

[970] La situation particulière des biens indivis rejaillit sur les voies d'exécutions exercées contre ces derniers en cas de décès du débiteur principal. Par un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 1er février 2012 (pourvoi n°10-25.578) il a été décidé que « *le créancier ne peut poursuivre l'exécution du titre exécutoire rendu à l'encontre du de cujus sur les droits et biens personnels de l'héritier renonçant* », in *La semaine juridique-édition générale*- n°7- 13 février 2012, p. 297.

de la masse[971], l'indivision autorise certains créanciers à conserver leur droit de poursuite relativement à la solidarité qui unit les débiteurs[972]. Dans une logique assez similaire, certaines situations juridiques peuvent provoquer un effet paralysant pour le droit de poursuite des créanciers à titre temporaire. Les restrictions visées peuvent se rapporter à certains contrats d'assurance ou à la clause de réserve de propriété[973].

352. L'interprétation du caractère relatif de l'insaisissabilité préfigure une conception large de la sécurité juridique alliant les dimensions axiologique, technique et normative[974]. En effet, elle assujettit sa possibilité à de conditions négatives destinées à réduire l'existence de « champs de tensions »[975]. La démarche s'inscrit de manière inéluctable dans la recherche d'une garantie de l'exécution à travers le rééquilibrage d'intérêts antagonistes. L'effectivité de la garantie dépend étroitement de l'interprétation de la « nécessité » par le juge. En réalité, le critère de nécessité est contextualisé, ce qui évite une application inopportune quand la preuve de la restriction du droit du créancier n'est pas administrée[976]. Aussi, la prise en compte de l'exigence de sécurité est-elle plus prégnante quand il s'agit d'appréhender l'insaisissabilité découlant de la volonté individuelle.

---

[971] V. art. 78 AUPCAP pour les créanciers dans la masse et art. 117 AUPCAP pour les créanciers de la masse.

[972] Au Sénégal, les dispositions du code de la famille permettent aux créanciers communs aux indivisaires de poursuivre le recouvrement de leurs créances tant que celle-ci demeure. Ainsi, l'art. 497 CF traitant de l'apurement du passif de la succession ouvre cette possibilité. A contrario, M. DONNIER, J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., pp. 85 et s. Les auteurs parlant d'une évolution de la politique législative en matière de protection du patrimoine familial estiment que « *l'ensemble des droits du conjoint survivant dans la succession du prédécédé échappe à la saisie de ses créanciers* » à propos de l'option du conjoint survivant entre la propriété et l'usufruit (p. 86).

[973] Ibid., pp. 88 et s. Les auteurs justifient cette situation particulière en précisant que « *le contrat conclu est à la fois une assurance-capitalisation et une assurance-décès…tant que l'assuré est en vie, les sommes capitalisées sont saisissables par ses créanciers mais, après son décès, elles ne sont plus saisissables par les créanciers du tiers bénéficiaires ayant accepté sa désignation* » (p. 89).

[974] Ibidem., p. 101. Une limite à la règle de l'insaisissabilité pour les biens nécessaires aux conditions matérielles de la vie familiale est rappelée par l'art. 14-4 relativement au paiement du prix des biens réputés tels.

[975] J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 6ème éd., 1988, pp. 270 et s.

[976] X. DAVERAT, « Saisie (Protection du débiteur) », in *Rép. pr. civ. Dalloz*, Janvier 2010, p. 10. Dans le cas rapporté par l'auteur, le médecin n'arrivait pas à démontrer que son véhicule était nécessaire à l'exercice de sa profession.

B. L'insaisissabilité volontaire

353. Prolégomènes. La faculté offerte à des particuliers de soustraire des biens au gage général des créanciers pose deux séries de problèmes. Une difficulté d'ordre pratique liée à la détermination de l'actif recouvrable et une contrainte d'ordre axiologique consécutive à la légitimité d'une telle prérogative.

354. Au plan pratique, c'est l'aspect formel de l'exigence de sécurité juridique qui est en cause. Il s'agit de déterminer les conditions de prévisibilité de l'effet d'une volonté individuelle sur l'actif recouvrable. En effet, les créanciers du débiteur doivent connaître avec précision la consistance du gage général, hors les cas d'insaisissabilités légales. A ce niveau, une interrogation sur les mécanismes d'exclusion des biens visés se pose et surtout leurs effets sur le droit de poursuite des créanciers. La sécurité juridique commande de délimiter ces cas afin de préserver les attentes légitimes des créanciers et des constituants. En droit ohada, le législateur communautaire ajoute à l'insécurité juridique en adoptant un subtil renvoi aux législations nationales[977]. Ainsi, le créancier devra s'employer à une analyse normative pluri-niveaux pour déterminer le droit applicable et accessoirement la juridiction compétente en cas d'insaisissabilité volontaire. En termes de sécurité juridique formelle ou objective, c'est une lacune qui mérite d'être soulignée, même si pour des raisons de politique législative, la question du rapport entre l'individu et son patrimoine est sacrifiée au bénéfice de l'harmonisation[978]. Cependant, cette question a de la ramification axiologique eu égard à la place de l'autonomie de la volonté sur le patrimoine[979].

355. La volonté individuelle à l'épreuve du droit de poursuite des créanciers. Le patrimoine du débiteur étant le gage général des créanciers, il est de sa nature de garantir le paiement de l'intégralité des créances. Aussi, est-il pertinent d'envisager les situations où la volonté individuelle peut affecter le droit de poursuite des

[977] V. art. 51 AUPSRVE. C'est ce qui fait réagir M-A. ASSI-ESSO en utilisant la précaution du conditionnel « *à côté des insaisissabilités légales, certains Etats consacreront probablement des insaisissabilités résultant de la seule volonté de l'homme* » (A-M. ESSi-ESSO, N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, op. cit., p. 59).

[978] Les objectifs de prise en compte « *de la modification du patrimoine des individus* » et d'attractivité pour les investisseurs étrangers (A-M. ESSi-ESSO, N. DIOUF, *Recouvrement des créances*, op. cit., p. 3) ont pris le pas sur une véritable réflexion en profondeur de la diversité des rapports entre l'individu et le patrimoine relativement à l'exécution.

[979] Dans ce sens voir les développements du Doyen CARBONNIER sur les finalités des patrimoines (J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens, les obligations*, Paris, PUF, coll. Quadrige, p. 1526).

créanciers et la portée réelle de cette restriction sur le droit fondamental à l'exécution.

356. La question est abordée directement par les dispositions de l'art. 382 al. 3 CPC qui dispose que « *les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur* » entrent dans la sphère des exclusions en raison de la volonté. Toutefois, la disposition ne renseigne pas sur le formalisme de la déclaration d'insaisissabilité. Ainsi, la solution à cette contrainte procédurale est à rechercher dans le droit qui organise les libéralités avec l'éclairage du droit comparé. A cet effet, le code de la famille donne quelques éléments de réponse qui permettent d'atteindre la prévisibilité souhaitée en cas d'atteinte légitime aux droits des créanciers. La première règle tient au formalisme de validité qui préside à la constitution de la donation[980] ou du testament[981]. En effet, le législateur pose l'exigence d'un écrit comme une condition de validité sous peine de nullité des actes visés[982]. C'est un élément de sécurité juridique objective qui rencontre l'exigence de prévisibilité dans la réduction de l'assiette du gage des créanciers. Il permet également d'envisager le second problème lié à l'expression de l'insaisissabilité dans l'acte testamentaire ou la donation. Si au titre du droit comparé, la clause d'insaisissabilité est un principe établi[983], il en est autrement en considération du droit positif sénégalais. En effet, comme l'indique S. GUINCHARD « *aucun texte du Code de la famille ne réglemente les clauses d'inaliénabilité insérées dans une libéralité* »[984]. Alors, il convient de s'interroger sur les techniques d'insertion d'une volonté individuelle efficace dans la

[980] Art. 676 et 677 CF sur le formalisme des donations immobilières et donations mobilières.
[981] Art. 716 CF pour le formalisme de validité du testament.
[982] Le législateur sénégalais soucieux du respect du formalisme visé aux art. 676, 677 et 716 CF prévoit la nullité absolue comme sanction de la violation des règles de formation. Au titre de la sécurité juridique, cette option législative est très pertinente. En effet, la restriction portée aux droits des créanciers doit pouvoir être justifiée au moment où elle est invoquée. Ainsi, ce formalisme remplira les fonctions de validation et de preuves requises.
[983] Y-M. LAITHIER, « la consécration d'une clause inefficace (A propos de la clause d'inaliénabilité) », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 31 octobre 2007, in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 248. Critiquant la position mitigée de la Haute Cour, l'auteur estime que « soit les conditions de validité et d'opposabilité sont remplies et la saisie du bien est impossible tant que la clause d'inaliénabilité produit ses effets. Il en résulte, certes, une atteinte au droit de gage du créancier, mais celle-ci est par hypothèse temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Soit les conditions de validité ou celles d'opposabilité font défaut et la saisie est possible ».
[984] S. GUINCHARD, Droit patrimonial de la famille au Sénégal, Abidjan, NEA, 1980, p. 231. V. A-D. WANDJI KAMGA, « Biens et droits insaisissables », in Encyclopédie du droit ohada (sous la dir. P-G. POUGOUE), Lamy, pp. 443-445.

restriction du gage des créanciers[985]. La solution proposée par le législateur présente une certaine complexité en raison de la technique d'ancrage de l'insaisissabilité volontaire. En effet, le recours au concept de « charges » dans les libéralités exige de préciser sa portée sur le droit de propriété des biens et fondamentalement sur la consistance du gage des créanciers.

357. Les libéralités avec charges[986] permettent de cantonner les droits du bénéficiaire en fonction de l'intensité de l'obligation convenue. L'exigence de sécurité juridique se traduit par un contrôle de la régularité de la charge inscrite dans la libéralité. Ainsi, l'art. 657 CF vise les conditions et charges illicites, impossibles ou immoraux pour définir l'efficacité de la libéralité. Dans cette optique, la sécurité juridique formelle du mécanisme est garantie par les ressorts de la licéité contractuelle[987]. De même, au plan substantiel, la charge pourrait être qualifiée de garantie[988] quant à l'indisponibilité du bien et assurer son maintien dans le patrimoine du disposant[989]. La charge place le transfert effectif de propriété du disposant au

[985] Le droit patrimonial de la famille donne quelques exemples de soustraction d'un bien du gage général des créanciers par le biais de la simulation. Ainsi, dans l'affaire Mamadou Traoré c/ Fatou Gueye (CA Dakar, arrêt n°543 du 22 juillet 2010, publié au Bulletin, 2011 n°1, p. 125), le requérant affirme « qu'à l'époque, il était poursuivi pour détournement de deniers publics et, pour faire échapper son immeuble à la saisie, il a eu l'idée de le donner fictivement à son épouse ». Ici, le respect du formalise lié à la nature immobilière du bien donné n'a pas empêché l'époux de révoquer la donation postérieurement. Cette situation démontre les limites de la sécurité juridique purement objective par un détournement de sa finalité.

[986] Les règles applicables aux charges dans le code de la famille montrent le souci du législateur de contrôler leur portée sur la validité globale de l'acte. Ainsi, comme le souligne S. GUINCHARD, « la théorie de la cause permet d'atteindre la libéralité dans son ensemble », in Droit patrimonial de la famille au Sénégal, Abidjan, NEA, 1980, p. 231.

[987] Le régime juridique de la clause d'inaliénabilité au Sénégal est déduit de la pratique législative et jurisprudentielle française sur la base d'un raisonnement prospectif par S. GUINCHARD (Droit patrimonial de la famille au Sénégal, Abidjan, NEA, 1980, pp. 232 et s.). Ainsi, le contrôle de la durée, qui doit éviter la conclusion d'un acte à caractère perpétuel, la protection des intérêts des parties par le biais de la cause du contrat empruntent les voies du droit commun des obligations. Même s'il n'est pas certain que le juge sénégalais se décide en faveur de cette approche, seulement en raison d'un argument à la fois historique et sociologique, la présentation de l'auteur permet d'atteindre une sécurité formelle.

[988] S. GUINCHARD, op. cit., p. 232. L'auteur explique que « le disposant a un intérêt certain à stipuler l'inaliénabilité du bien à son profit chaque fois qu'il se réserve un droit sur ce dernier ; en affectant le bien à son profit par l'inaliénabilité il garantit l'exécution de ce droit ; l'affection joue ici le rôle d'une sûreté ».

[989] La question de la durée de la clause d'inaliénabilité est très discutée pour des raisons pratiques tenant à l'efficacité de l'indisponibilité du bien et à la protection de l'intérêt légitime du disposant. Au plan théorique, la problématique fait référence à la possibilité d'admettre indirectement les conventions à caractère perpétuelle. Sur ces questions, voir H. CONCHON, « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », in Petites Affiches, 15 avril 2002 n°75, p. 6.

bénéficiaire dans une situation transitoire[990]. En effet, l'inexécution des charges par le bénéficiaire fait revenir les biens « dans les mains du donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques du chef du donataire »[991]. A cet égard, l'impératif de sécurité juridique opère à travers l'exercice de l'action en révocation[992]. Il réalise l'attente du donateur mais corrélativement marque un infléchissement des prévisions des créanciers. En effet, le passage du bien d'un patrimoine à l'autre avait crée une apparence de solvabilité ou de consistance du gage aux yeux des créanciers. Aussi, l'effet de la révocation du bien grevé d'une charge inexécutée a t-il déjoué les prédictions de ces derniers. Afin d'éviter toute atteinte excessive aux prérogatives des créanciers, le législateur établit une distinction entre les créanciers en vertu d'un critère d'antériorité de la constitution de l'insaisissabilité volontaire. D'où l'art. 383 CPC qui conditionne la saisie de ces biens par les « créanciers postérieurs à l'acte de donation à l'ouverture du legs » si et seulement si « la permission du juge et pour la portion qu'il détermine » est obtenue. On retiendra que cette solution est conforme aux prévisions des différents acteurs. Pour les créanciers antérieurs, l'impossibilité de la saisie tire sa source de l'existence d'une clause rendant le bien indisponible, tandis que pour les créanciers postérieurs, l'ignorance de cette même clause permet de contourner son opposabilité. Comme le soutient justement un auteur « l'équité commande que la saisie soit possible »[993]. Ici encore, c'est la prévisibilité qui joue le rôle du facteur essentiel d'appréciation de la sécurité juridique. Les créanciers antérieurs ont pu raisonnablement connaître les restrictions qui affectent le patrimoine de leur obligé, sans que cette hypothèse ne soit vérifiable chez les créanciers postérieurs. Ce que l'on peut regretter c'est l'absence de formalisation de la clause d'inaliénabilité qui fragilise l'appréciation exacte de la situation juridique du patrimoine par les tiers. Une telle lacune est corrigée par exemple dans la déclaration d'insaisissabilité effectuée par l'entrepreneur individuel.

358. La volonté individuelle et le renforcement de la protection du professionnel débiteur. Le statut d'entrepreneur individuel ressort en droit Ohada

[990] Aux termes de l'art. 657 CF « la charge impose au gratifié l'exécution d'une obligation déterminée ou l'affectation des biens donnés ou légués à un usage déterminé ».
[991] Art. 706 CF.
[992] S. GUINCHARD, op. cit., p. 234. L'auteur indique le caractère judiciaire de la révocation en interprétant la « condition dirimante » exigée par le législateur : la charge doit être la cause impulsive et déterminante de la donation.
[993] A-D. WANDJI KAMGA, « Biens et droits insaisissables », op. cit., p. 444.

de la réforme de l'Acte uniforme sur le droit commercial général[994]. Toutefois, le texte communautaire est resté muet sur la possibilité pour l'entrepreneur individuel de soustraire une partie de son patrimoine au droit de poursuite des créanciers[995]. A cet égard, il reste soumis au droit commun du recouvrement des créances. Il est indéniable que cette situation n'est pas pour déplaire aux créanciers mais ne présente pas un avantage particulier pour le débiteur[996]. Par contre, le droit comparé réserve une part intéressante à la volonté de l'entrepreneur individuel dans la détermination de l'étendue du droit de poursuite des créanciers[997]. C'est à travers l'institution de la déclaration notariée d'insaisissabilité[998] que l'entrepreneur individuel organise l'indisponibilité de son patrimoine immobilier non professionnel. Pour les besoins de la sécurité juridique, « *la déclaration d'insaisissabilité n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle, et postérieurement à la publication de la déclaration* »[999]. Il faut souligner que cette prérogative obéit à un formalisme strict, exigence d'un acte notarié sous peine de nullité, et reste cantonnée aux seuls biens immobiliers non professionnels. En outre, « *les créanciers professionnels, dont les créances sont nées antérieurement à la publication de la déclaration d'insaisissabilité, pourront toujours saisir l'ensemble des biens constituant le patrimoine de leur débiteur, en vertu de leur droit de gage général* »[1000]. Le cumul de ces conditions et le silence des textes sur la survenance d'une procédure collective ont suscité des doutes quant à l'efficacité d'une telle innovation. La chambre commerciale de la Cour de cassation

[994] Aux termes de l'art. 30 AUDCG « l'entreprenant est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole ».

[995] A vrai dire, le législateur Ohada s'est surtout focalisé sur la formalisation du statut d'entreprenant sans procéder à une articulation complète des textes, notamment avec celui sur les voies d'exécution et sur les procédures collectives d'apurement du passif. Sur la question voir S. SOREL KUATE-TAMEGHE, « Entreprenant », in *Encyclopédie du droit ohada* (sous la dir. P-G. POUGOUE), Lamy, pp. 774-784. L'auteur indique que l'entreprenant est soumis à d'importants risques car « *il peut arriver, à la moindre défaillance, que l'ensemble de ses biens et ceux de son conjoint soient mis sous main de la justice* ».

[996] Ibid. p. 774. Il semblerait qu'une politique de rationalisation du statut des acteurs de l'économie ait guidé la volonté du législateur communautaire. Cela transparait dans les dispositions consacraient à l'entrepreneur individuel qui insiste sur l'acquisition de la qualité d'entreprenant et les obligations y afférentes seulement.

[997] L. 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique (JORF du 5 août 2003 p. 13449), dite loi Dutreuil.

[998] Art. L. 526-1 C. du commerce.

[999] C. LEFORT, « Conditions de saisissabilité des biens et immunités d'exécution réelles », op. cit., p. 129.

[1000] Ibid. p. 128.

par une décision du 28 juin 2011 a apporté une contribution décisive au débat sur la portée de la déclaration d'insaisissabilité lors de l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif[1001]. L'opposabilité de la volonté unilatérale du débiteur aux créanciers de la procédure ne semble pas souffrir de la relativité voulue par le législateur[1002]. En effet, ils restent pratiquement désarmés face au débiteur même si le formalisme de publicité n'est pas totalement respecté ou que le défaut de qualité à agir du liquidateur soit soulevé[1003]. Le souci d'effectivité de la protection spéciale du débiteur avec la déclaration d'insaisissabilité manifeste une politique de tolérance accrue en faveur de ce dernier. L'extension des possibilités du débiteur de soustraire des éléments économiquement substantiels du gage des créanciers[1004] provoque un réel décalage avec l'objectif initial déclaré de préserver le domicile de l'entrepreneur individuel. D'un point de vue technique, cette mesure manque de précision quant à la hiérarchisation réelle des intérêts entre le débiteur et les créanciers d'une part, et entre les créanciers du débiteur d'autre part. Cependant, l'exigence de sécurité juridique opère de manière ambivalente. En dehors de la procédure, elle s'affirme dans le traitement différentiel réservé aux catégories de créanciers et à travers la faculté de renonciation[1005]. En cours de procédure, elle s'accommode du conflit entre les règles du droit commun de l'exécution et les principes régissant la discipline des créanciers[1006]. Une telle situation n'est pas exclusive du rôle de la volonté dans la détermination de l'actif saisissable, elle se retrouve également dans tous les cas où la loi témoigne d'une certaine sollicitude à l'endroit de certains débiteurs.

[1001] V. L. ANTONINI-COCHIN, « Le retour en grâce de la déclaration d'insaisissabilité : à propos de Cass. com. 28 juin 2011 », in *Gazette du Palais*, 08 octobre 2011, n°281, p. 11.

[1002] V. LEGRAND, « Focus sur la déclaration d'insaisissabilité après les deux arrêts du 13 mars 2012 », in *Petites Affiches*, 03 mai 2012, n°89, p. 5.

[1003] F-X. LUCAS, « Défaut de qualité du liquidateur pour agir en inopposabilité d'une déclaration d'insaisissabilité », in *L'ESSENTIEL droit des entreprises en difficulté*, 10 mai 2012, n°5, p. 1.

[1004] V. L. 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie (JORF du 5 août 2008, p. 12471).

[1005] Art. L. 526-3 al. 4 du C. du commerce.

[1006] F-X. LUCAS, op. cit., l'auteur indique que « *le liquidateur peut vendre l'immeuble et en partager le prix entre tous les créanciers, qui profitent donc tous de cette initiative, y compris ceux auxquels l'insaisissabilité n'était pas opposable, qui trouvent leur compte dans cette action du liquidateur qui leur permet de participer à la répartition d'un prix qui serait sans cela demeuré hors de leur portée tant que dure la procédure collective et tant que sont interdites les poursuites individuelles* ».

§ 2 – La prise en compte de la condition juridique du débiteur

359. Le droit de l'exécution ne porte pas le même regard sur tous les créanciers en dépit de l'universalité du terme qui désigne ces derniers[1007]. Par là, la sécurité juridique du créancier s'attache à une individualisation du débiteur. En effet, à chaque type de débiteur correspond un ensemble de règles de droit commun ou dérogatoire qui permet d'appréhender l'étendue du gage général, donc des créances recouvrables. L'exigence de sécurité juridique peut aider à justifier cette perception particulière du gage général des créanciers. Il s'agit dans une large mesure de la volonté de préserver la cohérence interne de certaines constructions juridiques comme le statut du salarié, celui de surendetté ou encore les spécificités d'une collectivisation de la procédure de recouvrement. Dans tous les cas, l'attention portée à la condition juridique du débiteur sert à la stabilité des situations juridiques ou à une meilleure prévisibilité pour le créancier des conséquences de leur droit de poursuite.

A. L'incidence de la situation matrimoniale sur la détermination du patrimoine recouvrable

360. Position du problème. La très grande variété des situations à envisager commande de trouver un dénominateur commun qui permette de légitimer la discrimination positive opérée par le législateur et sa conformité à l'exigence de sécurité juridique. De l'existence d'une préoccupation essentielle liée à la survie du créancier d'aliments[1008] au respect de l'ordre social en général[1009], les motifs d'améliorer la prévisibilité pour le créancier de l'exécution de sa prestation par le débiteur tournent autour de la garantie d'une sécurité juridique subjective. L'intérêt principal d'une telle démarche réside dans le contrôle de la légitimité des restrictions apportées au droit de poursuite des créanciers[1010]. En effet, la restriction de l'assiette du gage général des créanciers doit pourvoir se justifier par la présence d'un intérêt

[1007] H. MUIR WATT, « Personal Insolvency en droit anglais : un autre découpage », in *Gazette du Palais*, 27 février 2003 n°58, p. 21.
[1008] M. REBOURG, « Le changement de fondement de la créance alimentaire », in *Petites Affiches*, 24 juin 2010, n°125, p. 15.
[1009] C. OPHELE, « Le droit à dommages-intérêts du créancier en cas d'inexécution contractuelle due à la démence du débiteur », in *Revue générale du droit des assurances*, 01 avril 1997 n°1997-2, p. 453.
[1010] J-L. VALLENS, « L'effacement des dettes du débiteur en liquidation judiciaire », in *Petites Affiches*, 19 septembre 1997, n°113, p. 4. Cette étude illustre les difficultés de légitimer certaines mesures qui sont parfois trop favorables à l'une des parties dans une relation de recouvrement. Comme le souligne l'auteur à propos de l'effacement des dettes du failli « si l'objectif recherché est pertinent, le procédé choisi par le législateur est trop peu respectueux des intérêts lésés, qu'il s'agisse des intérêts privés (créanciers), de l'intérêt général (créances publiques et sociales) ou de l'ordre public (déresponsabilisation du débiteur) ». C'est une recherche d'équilibre très subtile et évolutive qui doit guider la légitimité des mesures de clémence.

légitime supérieur ou comparable à celui du créancier. A cette fin, toutes les techniques utilisées pour y parvenir tiennent compte de l'équilibre nécessaire entre les sacrifices imposés au créancier et l'utilité sociale de la mesure de clémence. Un autre intérêt subsidiaire consisterait à maintenir intacte la confiance qui existe entre les créanciers et les débiteurs bénéficiant d'une plus grande sollicitude. En réalité, la plupart de ces dettes ont une origine conjoncturelle (passage difficile, modification de la situation économique, maladie, décès, etc.) et affectent durablement une donnée structurelle du patrimoine du débiteur (salaire, régime matrimonial, épargne, etc.). Ainsi, l'une des finalités de l'exigence de sécurité juridique est de garantir la cohésion entre l'intérêt particulier du créancier sous-tendu par le droit à l'exécution et l'intérêt particulier du débiteur renforcé par le droit de l'exécution. Cette contrainte aux allures techniques pose un problème plus profond lié à la « *politique de solidarité sociale* »[1011]. Ce choix aura des incidences sur les aspects procéduraux du recouvrement en raison des règles de cantonnement de l'assiette.

361. L'influence de l'option matrimoniale sur les dettes domestiques. Si on aime sans compter en principe, il faut craindre les incidences de l'insolvabilité de l'un des époux sur le patrimoine de la famille, particulièrement sur celui de l'autre conjoint. En droit positif sénégalais, la technique juridique d'organisation des rapports pécuniaires entre époux est le régime matrimonial[1012]. Il permet aux conjoints d'un point de vue positif d'assurer les charges du ménage et d'un point de vue négatif de faire face aux dettes du ménage. A ce propos, la lecture combinée des art. 375, 380 et 390 CF permet de tirer deux enseignements par rapport au recouvrement des créances. D'une part, la solidarité est érigée en principe de droit commun pour les dettes nées de l'exécution des charges du ménage et celles des époux communs en biens. D'autre part, certaines restrictions sont apportées notamment « *pour des dépenses dont l'exagération est manifeste par rapport au train de vie du ménage ou*

[1011] S. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », in Defrénois, 15 janvier 2004 n°1, p. 14. Cette approche solidariste concerne également les dettes fiscales, qui pourtant sont particulières, v. P. COCHETEUX, « Le surendettement des particuliers et l'impôt sur le revenu », in Petites Affiches, 21 juin 2012 n°124, p. 3.

[1012] L'art. 368 CF indique que « le régime matrimonial règle les effets patrimoniaux du mariage dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers.
La loi organise trois régimes différents :
- La séparation des biens ;
- Le régime dotal ;
- Le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts ».

qui seraient contractées avec un tiers de mauvaise foi »[1013]. Par ailleurs, « *chaque époux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage* »[1014] dans le cadre de la séparation des intérêts entre les conjoints. Ces principes satisfont globalement les exigences de prévisibilité des créanciers du couple. En plus d'augmenter les chances d'un paiement, ils offrent au créancier un gage très étendu[1015]. Mais ces règles relatives à l'exécution des créances présente un intérêt pour le créancier autant qu'il opère la distinction entre les époux communs en biens et ceux relevant d'un autre statut. Pour les premiers, la garantie du créancier est très appréciable en application des dispositions de l'art. 390 CF qui étend la solidarité aux dettes nées antérieurement et pendant l'existence du lien matrimonial. Cette règle paraît curieusement sévère à l'endroit de l'un des conjoints même si une action récursoire[1016] semble rétablir une certaine équité dans l'application du principe. Ainsi, la qualité d'époux peut avoir une conséquence patrimoniale particulièrement défavorable dans l'occurrence d'une action en recouvrement.

362. La conséquence de l'option matrimoniale sur les dettes professionnelles. Si pour les dettes du ménage les règles paraissent simplifiées, la survenance de dettes professionnelles provoque une complexité non négligeable. Lorsque l'un des conjoints est commerçant, cette qualité peut avoir des conséquences importantes sur le régime matrimonial. Ici, l'exigence de sécurité juridique doit compter avec les règles du droit de la famille et celles relatives aux procédures d'insolvabilité. En droit Ohada, les art. 99 et 100 AUPCAP organisent l'articulation des intérêts des créanciers et ceux de l'époux non commerçant. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'un des conjoints autorise l'autre à se prémunir contre les risques de tout appauvrissement injustifié[1017]. La

[1013] Art. 375 CF in fine.
[1014] Art. 380 CF in fine.
[1015] V. S. GUINCHARD, op. cit., p. 121. Il énonce qu' « *on appliquera le droit commun des obligations concernant la solidarité, avec notamment ses deux effets principaux : droit de poursuite du créancier contre l'un quelconque des débiteurs, droit de recours ensuite de l'époux qui a payé contre l'autre. Tous les biens des époux répondent de l'obligation solidaire y compris les biens réservés de la femme* ».
[1016] Ibid. pp. 167-168. L'auteur fait la distinction entre le passif commun et le passif propre des époux. Toutefois, dans les deux cas, la solidarité s'impose comme règle de recouvrement.
[1017] F-X. LUCAS, « La protection du conjoint d'un débiteur en difficulté », in *Petites Affiches*, 12 juillet 2002 n°139, p. 42. Dans une étude fort intéressante, l'auteur procède à la cartographie des risques

principale source d'incertitude pour le conjoint du débiteur en difficulté est d'ordre procédurale, plus exactement de nature probatoire. En effet, il lui revient d'établir « *conformément aux règles de son régime matrimonial* »[1018] la consistance de ses biens personnels. Cela revient à repréciser les conditions d'acquisition de biens propres dans les options disponibles au Sénégal. La conception de biens propres est déterminée dans une large mesure par le contexte culturel[1019]. Mais la preuve de son existence est assujettie au droit commun. Ainsi, l'art. 371 CF précise que « *l'origine et la consistance des biens réservés sont établies à l'égard du mari et des tiers par écrit, sauf impossibilité matérielle ou morale de se procurer une telle preuve* ». Le chapitre II du COCC relatif à la preuve des obligations liste les solutions techniques existantes en pareilles circonstances[1020]. Concrètement, la sécurité juridique du conjoint réside dans le respect du formalisme probatoire prévu pour les actes juridiques. C'est la primauté explicite de l'écrit comme moyen de preuve qui est consacré par le législateur. En la matière, la preuve de la propriété immobilière est plus aisée en raison du formalisme strict qui encadre sa formation[1021]. Pour la propriété immobilière, les règles du formalisme probatoire dépendent de la nature de l'opération juridique en cause[1022]. Si ce choix est très cohérent en relation avec la technique juridique, il peut s'avérer dangereux pour le conjoint si l'on en juge la pertinence au plan de la politique juridique. En effet, si l'on tient compte des réalités socio-culturelles[1023], il est à craindre que l'exception ne devienne la règle en la

encourus par l'un des conjoints et propose des remèdes qui tiennent de l'ingénierie juridique appliquée au patrimoine familiale.

[1018] Art. 99 al. 1 AUPCAP.

[1019] V. S. GUINCHARD, op. cit., pp. 99-103.

[1020] Il s'agit des autres moyens de preuve en dehors de l'écrit : les présomptions, les témoignages, le serment et l'aveu.

[1021] Art. 380 et 381 COCC avec le principe de l'immatriculation obligatoire et le moment de détermination du transfert de droit réel.

[1022] La vente commerciale est régie en matière de preuve par l'art. 250 AUDCG et par les art. 38 et suivants de la loi n°94-63 du 22 août 1994 sur la concurrence et le prix lorsque la femme exerce une profession commerciale séparée de celle de son mari.

[1023] V. F. K. CAMARA, « Le code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité de genre », in *RFSJP* n°2, Nouvelles Annales Africaines, pp. 3-29. M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », in *Revue Internationale de droit comparé* 2-2005, pp. 345-397. P. DE VAIRELLES-SOMMIERES, « La polygamie dans les pays d'Afrique subsaharienne anciennement sous administration française », in *Revue européenne de migrations internationales*, vol. 9 n°1, pp. 143-159. S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit sénégalais », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30 n°3, Juillet-septembre 1978, pp. 811-832. Pour l'essentiel, ces contributions insistent sur la polygamie et le statut de la femme pour souligner la particularité africaine du mariage et son incidence sur le lien matrimonial. Elles reflètent également la conception de la propriété et les modes traditionnels d'appropriation pendant le lien matrimonial.

matière. Par contre, pour les créanciers « *la masse pourra, en prouvant par tous moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif* »[1024]. C'est une simplification procédurale qui déjoue la sécurité escomptée par le conjoint en faisant la distinction entre son patrimoine propre et celui du conjoint endetté. Cet assouplissement qui tire son fondement d'une présomption de fraude perturbe les prévisions légitimes du conjoint apportant la preuve de sa propriété. En outre, le recours à l'arsenal juridique propre aux procédures collectives d'apurement du passif fragilise davantage la position du conjoint en élargissant l'assiette de recouvrement. En effet, la mise en œuvre des inopposabilités de la période suspecte ou de l'action paulienne risque de faire perdre au conjoint le bénéfice de certains biens acquis dans le cadre du lien matrimonial[1025]. Dans le même ordre d'idées, l'art. 100 AUPCAP consacre la perte des avantages matrimoniaux[1026] pour « *l'époux, dont le conjoint était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou l'est devenu dans l'année de cette célébration* ». En définitive, la qualité d'époux comporte beaucoup d'incertitudes quant au sort du patrimoine familial. Les règles qui existent tendent davantage à protéger le gage des créanciers qu'à instituer un régime d'équilibre garantissant l'intérêt supérieur de la famille. A ce propos, A. T. NDIAYE rappelle que « *la tranquillité des familles veut qu'on ne revienne pas sur des arrangements que les protagonistes avaient effectués sans malice* »[1027]. L'exigence de sécurité juridique est essentiellement perçue de manière objective dans le sens d'un renforcement du droit de l'exécution, notamment avec une instrumentalisation excessive de la solidarité[1028]. Cette tendance risque de porter une atteinte excessive à l'autonomie du mariage, singulièrement sur le choix du régime matrimonial qui devient un enjeu économique incontestable pour les créanciers.

363. Le cas particulier du surendettement. Le surendettement est l'arlésienne du droit de l'exécution au Sénégal. Cette situation est imputable principalement à

[1024] Art. 99 al. 2 AUPCAP.
[1025] F-X. LUCAS, op. cit., p. 42.
[1026] V. A. T. NDIAYE, *Les inopposabilités dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA*, Thèse précitée, pp. 37 et s. Relativement à cette sanction, l'auteur écrit « *c'est la suspicion générale qui entoure les actes à titre gratuit, même quand ils sont accomplis dans le cadre du mariage, qui justifie l'anéantissement à l'égard de la masse des avantages obtenus par l'un des époux* ».
[1027] Ibid., p. 54.
[1028] Ibid.

l'absence d'un code de la consommation. Il en résulte l'existence de textes épars protégeant des catégories particulières de consommateurs des conséquences fâcheuses de leurs engagements financiers[1029]. Parlant du cas de la microfinance, certains auteurs estiment qu' « *il est plus probable que, face à un emprunteur surendetté, l'opération se solde par un impayé, une saisie de ce qui peut l'être et le provisionnement puis la passation en pertes du capital restant dû* »[1030]. Cette situation s'explique par l'assimilation du débiteur surendetté au débiteur endetté. La distinction s'appuie sur un critère purement économique, elle permet de révéler l'écart qui existe entre l'actif réel du débiteur et son passif[1031]. Cela étant, le surendettement est souvent vécu comme un traumatisme qui explique que « *la sécurité juridique est plus souvent qu'à son tour sacrifiée au nom de l'urgence sociale* »[1032]. Le droit comparé montre la disponibilité d'un large spectre de mesures favorables aux débiteurs surendettés[1033]. En droit français, l'institution d'une Commission de surendettement[1034] dédiée au traitement des dettes éligibles à la procédure offre une réponse intéressante. Au Sénégal, un rapprochement est possible avec l'instrumentalisation du référé sur difficultés d'exécution. Il faut d'emblée souligner que des incertitudes pèsent sur la mise en œuvre du mécanisme. D'une part, l'imprécision terminologique des « difficultés d'exécution » ; d'autre part, la très grande liberté d'appréciation du juge compétent. Or, il s'évince de l'exigence de sécurité juridique, un degré suffisant de prévisibilité permettant aux parties d'anticiper les réactions possibles du juge. Toutefois, la récurrence de la formule « *compte tenu des éléments d'appréciation résultant des arguments des parties et de*

[1029] une étude sur le phénomène du surendettement dans la microfinance donne une ampleur de la réalité du sujet. V. « Etude diagnostique : Protection des consommateurs de services de microfinance au Sénégal », in http://www.microfinance.sn/docs/Rapport_Final_Diagnostic_Protection_Consommateurs_Sénégal.pdf (consulté le 02 septembre 12). L'analyse énonce une conclusion alarmante « il n'existe pas de procédure de gestion du surendettement spécifique », ainsi, des solutions tirées du droit commun restent applicables : celles relatives à la saisie des rémunérations, celles sur la responsabilité des banquiers et celles se rapportant aux procédures collectives d'apurement du passif ».

[1030] Ibid. p. 35.

[1031] V. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La notion de surendettement », in *Petites Affiches*, 10 avril 2003 n°72, p. 7 ; aussi N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Un débiteur n'est pas surendetté si la vente de son bien immobilier permet d'apurer son passif », in *l'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 novembre 2010 n°10, p. 7.

[1032] D. MAZEAUD, « Le consommateur de crédit immobilier surendetté », in *Petites Affiches*, 29 juin 1999 n°128, p. 21.

[1033] J-P. SORTAIS, « Le surendettement des particuliers en droit comparé », in *Petites Affiches*, 21 mai 1999 n°101, p. 16.

[1034] F. FERRIERE, P-L. CHATAIN (en collaboration avec F. LEPLAT), *Surendettement des particuliers*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz référence, 3ème édition, 2006.

la cause »[1035] pour résumer l'explication du magistrat n'est pas pour éviter l'insécurité juridique. A tout le moins, l'on pourra s'attarder sur l'utilisation par le juge de deux concepts servant de standards d'appréciation[1036]. Dans une décision en date du 11 mai 2007, le juge du TRHC de Dakar a retenu la continuation des poursuites en laissant entendre que le débiteur n'a « *exposé de difficultés sérieuses à même de l'empêcher d'honorer le paiement de sa créance* »[1037]. La question qui se pose est de savoir l'étendue de la difficulté souhaitée par le juge. Car, la requête du débiteur fait suite à un premier incident d'ordre pécuniaire. Au contraire si l'impécuniosité doit être très grave, alors, celle-ci risque de s'assimiler à une insolvabilité dirimante. Dans les deux cas, il s'avère que le gage des créanciers est menacé et que sa détermination exacte peut se révéler périlleuse. Le créancier aura intérêt à être très réactif en envisageant la possibilité de combiner sa défense avec une saisie à titre conservatoire. En effet, si l'option du débiteur est de mettre en œuvre une manoeuvre dilatoire destinée à organiser ou à aggraver son insolvabilité, le gage des créanciers risque d'être sérieusement entamé. A l'opposé, la sollicitude envers le débiteur peut permettre d'éviter une application de la loi aux conséquences excessives. En tout état de cause, le pouvoir d'appréciation du juge est l'outil de mesure de la garantie offerte aux parties. Etant destiné à gérer une situation provisoire, le référé sur difficultés d'exécution doit répondre aux mêmes exigences que toutes les décisions semblables. Comme l'illustre H. CROZE « *ce droit au sursis à exécution, qui est un droit à la protection du juge* »[1038] vise à éviter les excès aussi bien du côté du créancier que de celui du débiteur.

364. Dans la pratique, le juge agit sur les conditions de garantie du gage des créanciers en utilisant soit par combinaison ou de manière alternative les art. 359 CPC[1039] et 173 COCC[1040]. Le principal problème vient de la force probatoire des

[1035] TRHC Dakar, 11 mai 2007 (n°1991), TRHC Dakar, 18 mai 2007 (n°2095), TRHC Dakar, 18 mai 2007 (n°2100), TRHC Dakar, 11 mai 2007 (n°2000).
[1036] V. P-Y. GAUTIER, « Vers un ordre public humaniste : la dignité du cocontractant », in *Revue des contrats*, 01 avril 2005 n°2, p. 523.
[1037] TRHC Dakar, 11 mai 2007 (n°1997), GIE SEN TRAVAUX PUBLICS c/ STE ORYX SENEGAL SA (non publiée).
[1038] H. CROZE, « l'exécution provisoire, bilan et perspectives : l'arrêt et l'aménagement de l'exécution provisoire », in http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/bilan_perspectives_9242.html.
[1039] Art. 359 CPC « *Si les difficultés élevées sur l'exécution des jugements ou actes requièrent célérité, le juge des référés du lieu y statue provisoirement et renvoie la connaissance du fond à la*

éléments présentés par le débiteur et devant établir le sérieux des difficultés. Si des circonstances comme le licenciement, la maladie grave ou certains sinistres peuvent être prouvées plus ou moins facilement, d'autres situations moins usuelles peuvent être dirimantes pour le débiteur. En définitive, l'exigence de sécurité juridique s'exprime de manière plurielle en raison de la démarche casuistique du juge. Si la protection du juge peut être envisagée comme une attente légitime, le résultat de son intervention ne présente pas toutes les garanties de prévisibilité requise. Peut-être qu'une codification du statut du débiteur surendetté apporterait une meilleure visibilité quant à l'influence de cette qualité sur le gage des créanciers. Aussi délicat que le surendetté, la situation du salarié mérite également quelques considérations.

B. Le débiteur saisi par le caractère alimentaire de la créance

365. Données du problème. Pour le débiteur, la créance alimentaire a toujours une nature spéciale. En effet, tant du point de vue de leurs origines[1041] que de leurs statuts[1042], les créances alimentaires connaissent un traitement dérogatoire. Dans le droit positif actuel, il existe assez peu de limites au droit de poursuite du créancier désirant recouvrer une dette alimentaire. L'art. 381 CPC contient une limite d'ordre procédurale relativement à la saisie des rémunérations en fixant le principe général sur la détermination de l'assiette de la saisie. Celle-ci est reprise par l'art. 177 AUPSRVE qui dispose que « *le total des sommes saisies ou volontairement cédées ne peut, en aucun cas, fût-ce pour dettes alimentaires, excéder un seuil fixé par chaque Etat-partie* ». Cette règle pose plusieurs problèmes relativement au fondement du principe et à sa finalité par rapport au droit de l'exécution. En outre, l'exigence de sécurité juridique qui postule le respect des prévisions des parties et la garantie de leur exécution mérite d'être appréciée dans une perspective fonctionnelle.

---

juridiction ayant rendu la décision ». Pour le reste, la procédure de référé est règlementée aux art. 247-252 CPC.

[1040] Art. 173 COCC « *Toutefois, en dehors de la volonté du créancier et quelle que soit la nature de l'obligation, le débiteur peut bénéficier de délais de paiement par suite d'un moratoire légal ou d'un délai de grâce que lui accorde le juge* ».

[1041] M. REBOURG, « Le changement de fondement de la créance alimentaire », in *Petites Affiches*, 24 juin 2010 n°125, p. 15. Reprenant la définition proposée par le Doyen J. CARBONNIER, l'auteur précise que le droit aux aliments procède des « *rapports d'obligation que la loi attache de plein droit à certains rapports de famille, d'où résulte pour une personne l'obligation d'assurer la subsistance d'une autre personne qui est dans le besoin* ».

[1042] A. FLASAQUIER, « Le nouveau statut des créances alimentaires dans les procédures collectives », in *Petites Affiches*, 07 juillet 2004 n°135, p. 15.

366. Le droit positif fait directement référence à toutes les créances dues par des personnes publiques ou privées en contrepartie d'une prestation rémunérée par un salaire[1043]. Ces sommes concernent celles qui sont effectivement perçues durant l'exercice d'une activité professionnelle que celles résultant d'une pension de retraite[1044]. Pour ces dernières, la loi n°81-52 du 10 juillet 1981 portant Code des pensions civiles et militaires (modifiée par la loi n°2002-08 du 22 février 2002, JORS n°6038 du 23 mars 2002) fixe le seuil d'insaisissabilité à 1/5 du montant de la pension[1045]. Le cantonnement du gage général des créanciers soulève la difficile hiérarchisation entre les intérêts en cause dans le recouvrement. Faut-il dépouiller le débiteur de la totalité de ses revenus afin de désintéresser un créancier dont la survie dépende du paiement de la dette au péril de la sienne ? Cette interrogation est incontestablement axiologique et sa réponse ne saurait se limiter à la simplicité de la technique juridique. L'exigence de sécurité juridique commande de proposer une réponse socialement acceptable. La délicatesse de la situation des protagonistes appelle une considération prudente dans la détermination du gage des créanciers.

367. Le gage des créanciers renforcé par la nature alimentaire de la dette. C'est un constat qui s'impose à la lecture des textes qui organisent le recouvrement des créances alimentaires. Ainsi, dans le cadre de l'inexécution des charges du ménage par l'un des conjoints, le débiteur peut demander l'application de l'art. 375 CF qui fait un renvoi exprès à l'art. 593 CPC sur la saisie des rémunérations, aujourd'hui organisée par les art. 173 et s. AUPSRVE. Au delà du conjoint, il s'agit également des sommes dues à l'enfant mineur[1046]. Même la survenance d'une contrainte patrimoniale majeure ne dispense pas le débiteur de son obligation. Ainsi, par une décision du 08 octobre 2003, la chambre commerciale de la Cour de

[1043] Aux termes de l'art. L. 118 CT « *le salaire s'entend, du salaire proprement dit, qu'elle que soit son appellation, des accessoires du salaire, de l'allocation de congé, des primes, des indemnités et des prestations de toute nature ainsi que des sommes dues pour la résiliation du contrat de travail, et des dommages-intérêts* ».

[1044] S. MORNET, « Les règles de fond et de procédure applicables à la saisie des retraites et des pensions », note sous arrêt Cass. 2e civ. 16 mars 2000 (Pourvoi n°98.18.728 F), in *Gazette du Palais*, 09 décembre 2000 n°344, p. 21.

[1045] Des dispositions similaires existent en France sur la détermination de l'assiette de la saisie en matière de prestations familiales ou de pensions et rentes. Selon C. LEFORT, « *les pensions et les rentes viagères d'invalidité instituées par le présent Code sont cessibles et saisissables dans les conditions prévues à l'article L. 355-2 du Code de la sécurité sociale, c'est-à-dire, dans les mêmes conditions et limites que les salaires* ». (C. LEFORT, « Conditions de saisissabilité des biens et immunités d'exécution réelles », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., p. 140.).

[1046] SENAT, proposition de Loi n°703 du 04 juillet 2011, « La volonté de simplifier le recouvrement des créances alimentaires destinées aux enfants », in *Defrénois*, 30 août 2011 n°14, p. 1250.

cassation estime que « *la créance d'aliments, qui est une dette personnelle du débiteur soumis à une procédure collective, doit être payée sur les revenus dont il conserve la disposition, ou bien être recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires* »[1047]. La procédure de paiement direct est très attractive. L'art. 395 CPC énonce que « *sans qu'il y ait lieu à plus ample procédure et dès la signification du titre exécutoire, le tiers saisi verse directement entre les mains du saisissant, en l'acquit du saisi, le montant de la créance jusqu'à concurrence de la portion saisissable ou de la somme à laquelle ont été cantonnés les effets de la saisie* ». Elle est reprise par les dispositions des art. 214 et s. AUPSRVE relatives à la procédure simplifiée pour les créances d'aliments. Faudrait-il encore que le débiteur soit solvable. Celle-ci peut soulever certaines contraintes suivant la localisation des revenus du débiteur. Depuis une loi de 2004 relative aux mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux[1048], il existe une obligation de verser les prestations dues aux salariés en utilisant l'un des procédés suivants : virement bancaire ou postal et chèque. La difficulté provient non pas du choix de la technique, mais du niveau de revenu visé. Ainsi, l'Instruction du Ministère de l'économie et des finances vise un seuil de 100.000 FCFA, tandis que le SMIG au Sénégal s'élève à 47. 700 FCFA[1049]. Le risque est très élevé chez les travailleurs bénéficiant d'un paiement en espèces, tandis que pour les autres, la saisie pratiquée entre les mains d'un tiers peut apporter une solution. Relativement à cette question, la doctrine avance une distinction fondée sur la différence entre les saisies de salaires à la

[1047] J. MASSIP, « Le sort des créances à caractère alimentaire lorsque le débiteur est l'objet d'une procédure collective », in Petites Affiches, 03 mai 2004 n°88, p. 16.

[1048] Loi n°2004-15 du 25 mai 2004 relative aux mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux, notamment l'Instruction n°01 du 08 mai 2004 relative à la promotion des moyens de paiement scripturaux et à la détermination des intérêts exigibles en cas de défaut de paiement, qui dispose en son art. 5 que « *le montant de référence prévu à l'art. 3 de la Directive est fixé à cent mille (100.000) FCFA pour toute opération en monnaie scripturale mettant en rapport les personnes privées d'une part, et les personnes publiques d'autre part* » et l'art. 6 « *les rémunérations des fonctionnaires dans l'ensemble des Etats membres de l'Union sont réglées par virement bancaire ou postal ou par chèque pour toute rémunération d'un montant égal ou supérieur à cent mille (100.000) FCFA*.
Il en est de même pour les indemnités et autres prestations en argent dues par l'Etat ou ses démembrements aux fonctionnaires, agents, autres personnels en activité ou non ou à leurs familles ainsi qu'aux prestataires ».

[1049] L'art. L. 109 CT précise que le SMIG est fixé par Décret. Il est calculé en fonction du taux horaire qui est de 209, 10 FCFA appliqué aux 40 heures hebdomadaire qui représente la durée légale du travail.

source et celles consécutives à l'entrée en compte du salaire[1050]. Aujourd'hui, la solution apportée par le droit Ohada permet de dépasser ce problème au niveau normatif, l'art. 52 AUPSRVE étend l'insaisissabilité aux deniers déposés dans un compte bancaire. Un autre problème spécifique au concours de créanciers alimentaires en vue de déterminer la hiérarchie de paiement s'est posé, la solution proposée par F. EUDIER semble satisfaisante, « *si les sommes dues par le tiers au débiteur d'aliments sont insuffisantes pour désintéresser tous les créanciers d'aliments, une répartition au prorata du montant respectif des créances d'aliments serait sans doute la solution la plus équitable, tous les créanciers d'aliments ayant une égale vocation à recouvrer leur créance* »[1051]. Toutefois, cette solution se place du point de vue de l'éthique et pas nécessairement compatible avec la prévision procédurale des parties. Sous l'empire exclusif du CPC, la question était réglée durant la procédure de validation[1052]. Aujourd'hui, l'art. 196 AUPSRVE dispose qu' « en cas de pluralité de saisies, les créanciers viennent en concours sous réserve des causes légitimes de préférence ». En définitive, l'art. 213 AUPSRVE rassure les créanciers d'aliments en affirmant que « leur créance est préférée à toutes autres, quel que soit le privilège dont ces dernières peuvent être assorties ».

368. Dans toutes ces circonstances, la nature alimentaire de la créance sert de fondement exclusif aux dérogations admises. Dans cet ordre d'idées, un paradigme recense toutes les doctrines sur les créances alimentaires : la solidarité familiale[1053]. Au nom de l'exigence d'une sécurité juridique objective, il est difficile de cerner avec exactitude l'étendue de ces dettes, comme le souligne H. HAMADI « *la dette alimentaire n'est pas une dette déterminée et sûre mais une dette déterminable et éventuelle. Le principe de la dette existe sans qu'elle soit nécessairement effective. Son effectivité sera fonction tant de la situation et de la qualité du créancier que de*

[1050] S. S. KUATE TAMEGHE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, Thèse précitée, pp. 88 et s.
[1051] F. EUDIER, « Le recouvrement forcé des créances d'aliments », in *Petites Affiches*, 24 juin 2010 n°125, p. 41. Afin de garantir davantage, le recouvrement des créances alimentaires, l'auteur propose un modèle basé sur celui du recouvrement de l'impôt. Si la méthode est séduisante, elle comporte également des incertitudes rédhibitoires liées à l'environnement économique ou plus simplement à la mauvaise volonté du débiteur de s'acquitter de la charge.
[1052] Art. 396 et s. CPC.
[1053] C. RIOT, « Solidarité et dépendance : quel avenir », in *Petites Affiches*, 27 janvier 2011 n°19, p. 3. L'auteur établit une distinction entre la solidarité au sens technique (droit des obligations, procédure civile) et la solidarité au sens moral (Nation, famille). C'est cette dernière justement qui fait la particularité des créances alimentaires.

celle du débiteur. La dette alimentaire apparaît comme l'institution d'une rapport d'obligation qui a pour finalité la solidarité familiale »[1054]. Par conséquent, les prévisions juridiques des parties relativement à la corrélation entre ces dettes et le gage des créanciers sont consubstantiellement incertaines jusqu'à leur survenance. Tout au plus, la détermination légale de la quotité insaisissable[1055] donne une idée de la portion des revenus hors d'atteinte pour les créanciers. Ainsi, le créancier et le débiteur sont placés dans une situation où l'asymétrie d'information présente beaucoup de risques pour le débiteur. En effet, le débiteur sentant les difficultés venir peut être tenté de réduire considérablement le gage général des créanciers par des techniques juridiques licites[1056]. Or l'insolvabilité est la situation que redoute tout créancier. Dans cette perspective, une garantie procédurale transparait à la lecture des dispositions de l'art. 174 AUPSRVE, il s'agit de la procédure obligatoire de conciliation[1057]. Cette étape peut permettre de trouver une issue amiable et d'atteindre un paiement volontaire. La pratique jurisprudentielle témoigne de la mise en œuvre de la procédure obligatoire de conciliation[1058]. A l'instar des modes amiables de résolution des difficultés, le juge n'est pas astreint à une obligation de résultat. Son intervention vise à garantir un paiement volontaire en évitant les rigueurs de la saisie.

[1054] H. HAMADI, « Doit-on payer ses dettes familiales ? », in *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 44.

[1055] L'art. L. 131 CT renvoie à l'art. 381 CPC sur cette question décide « *ne peuvent être saisis que pour la portion ci-après :*

- *10% jusqu'à 20.000 francs par mois ;*
- *20% de 20.001 à 30.000 francs par mois ;*
- *30% de 30.001 à 100.000 francs par mois ;*
- *40% de 100.001 à 200.000 francs par mois ;*
- *100% au-delà de 200.000 francs par mois* ».

[1056] Les mécanismes de la tontine et de l'assurance-vie présentent des avantages indéniables pour le débiteur en vue de soustraire une partie de son patrimoine à la convoitise des créanciers. V. H. HAMADI, op. cit. Sur la tontine, l'auteur indique que « l'avantage est que la tontine n'est pas une indivision. En effet, chacun des tontiniers est propriétaire de sa part, sous condition résolutoire de son décès, et de la totalité du bien acquis en commun, sous la condition suspensive de sa survie » et à propos de l'assurance-vie « *le capital ou la rente garantis au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peuvent être saisis par les créanciers du contractant* ».

[1057] La conciliation est régie par l'art. 30 CPC qui dispose que « toutes les instances sont dispensées du préliminaire de conciliation sauf dans les cas où la loi en dispose autrement. Néanmoins, dans toutes les affaires, les parties peuvent d'bord comparaitre volontairement aux fins de conciliation devant le juge compétent. Le demandeur a également la faculté de citer le défendeur en conciliation en observant les délais d'ajournement. Le juge saisi peut en tout état de la procédure, tenter la conciliation des parties qui pourront être assistées de leurs avocats ».

[1058] TRHC Dakar, 11 mai 2007 (n°1991), le juge, même s'il ne vise pas explicitement l'art. 174 AUPSRVE, indique l'échec de la conciliation dans sa motivation.

Si la créance alimentaire présente une nature justifiant autant de sollicitude à l'endroit de son titulaire, il est de l'office de la sécurité juridique de protéger les attentes légitimes du débiteur sur son patrimoine.

369. Le patrimoine du débiteur préservé par la nature alimentaire des revenus. L'analyse des art. 173, 174 et 175 AUPSRVE permet de dégager trois règles permettant de protéger le patrimoine du débiteur d'une créance alimentaire. En effet, le législateur rappelle que le patrimoine du débiteur sert d'assiette au gage général des créanciers[1059]. En ce sens, aucune distinction n'est *a priori* opérée quant à l'origine ou l'affectation des biens qui composent le patrimoine du débiteur[1060]. Mieux, le patrimoine obéit au principe de la continuité dans le souci d'intégrer toutes les modifications susceptibles d'affecter sa consistance[1061]. L'unicité du patrimoine est un postulat logique si l'on considère sa fonction de garantie des engagements du débiteur. Cette perception purement utilitariste du patrimoine permet à l'exigence de sécurité juridique de se départir d'un débat ontologique sur sa nature juridique[1062]. Ainsi, c'est le paradigme de la fongibilité[1063] des valeurs qui entrent dans le patrimoine qui lui confère cette plasticité[1064] opportune. Elle autorise ensuite une approche globale dans la protection de l'actif du débiteur. C'est cet objectif qui impose une procédure de conciliation préalablement à toutes saisies de rémunérations. La conciliation a un double objectif dans le recouvrement forcé. Elle permet de faire respecter le principe du contradictoire en mettant face-à-face le créancier et le débiteur[1065]. Elle incite également les parties à convenir de modalités plus souples dans l'exécution des engagements. Au-delà de ces finalités plus

[1059] Art. 162 COCC.
[1060] V. P. THERY, « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter », in *Defrénois*, 30 mars 2011 n°6, p. 569. En rappelant l'intérêt de l'insertion d'un article L. 526-12 dans le Code de commerce, l'auteur ajoute « si l'entrepreneur est titulaire de deux patrimoines et que rien, formellement, ne lui interdit d'en affecter un au service de l'autre, il doit pouvoir offrir aux créanciers qui le lui demanderaient des garanties sur les biens du patrimoine personnel ». C'est une limite qui est apportée à l'unicité du patrimoine de manière générale, mais cette présentation est cohérente eu égard au choix de l'entrepreneur individuel d'opérer une nette distinction entre son activité professionnelle et sa vie familiale.
[1061] Art. 200 COCC « *le débiteur répond de sa dette sur tous ses biens présents et à venir* ».
[1062] Sur ce point, voir B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », in *Defrénois*, 15 mars 2009 n°5, p. 204.
[1063] V. B. VAREILLE, A. CHAMOULAUD-TRAPIERS « Indivisions, successions, libéralités (chronique déc. 2010-déc. 2011) », in *Defrénois*, 28 février 2012 n°4, p. 191.
[1064] V. C. HUGON, « Le nouvel article 22-2 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution ou la mise en place d'un droit de gage général à géométrie variable », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 novembre 2011 n°5, p. 354.
[1065] J-L. COURTIER, « La saisie des rémunérations », in *Petites Affiches*, 04 août 1995 n°93, p. 17.

proches, la conciliation sert de cadre d'appréciation pour le juge afin d'évaluer la situation patrimoniale réelle du débiteur et les conséquences de l'exécution sur sa survie personnelle. Ainsi, des mesures de clémence pourront être décidées sur la base du caractère alimentaire d'une partie des rémunérations[1066]. La garantie est à la fois procédurale et matérielle et profite aussi bien aux créanciers qu'au débiteur. En dernier lieu, le droit Ohada interdit la saisie conservatoire des rémunérations[1067]. La portée pratique de cette prohibition semble évidente à première vue. La saisie conservatoire entraine l'indisponibilité des biens faisant l'objet de la mesure de sauvegarde des droits du créancier saisissant[1068]. Or, la rémunération constitue souvent l'unique moyen de survie du débiteur, et son indisponibilité pourrait mettre en danger la famille du débiteur. Loin d'être exclusive, une finalité similaire existe aussi dans la saisie ordinaire des créances par la technique du cantonnement de la saisie. Ainsi le TRHC de Dakar, dans une décision rendue le 25 avril 2008, a homologué le cantonnement de la saisie décidé par les parties[1069]. Ainsi, le fondement implicite de la prohibition réside dans la nature alimentaire de la rémunération, ce qui d'ailleurs se justifie par la possibilité accordée au débiteur de procéder à des prélèvements sur la quotité insaisissable du salaire en cas de recouvrement forcé sur ces deniers. Au plan purement pratique, il est important de réunir deux critères d'identification des sommes éligibles à la protection : l'existence d'un lien de subordination et la périodicité du versement. C'est ce que rappelle C. BRENNER lorsqu'il écrit que « *c'est bien pourquoi, d'ailleurs, les sommes à caractère alimentaire dont le titulaire d'un compte saisi peut désormais demander la mise à disposition immédiate en vertu de l'article 46 du Décret du 31 juillet 1992, sans avoir besoin de donner aucune justification de provenance, viennent en déduction du montant des créances insaisissables dont le versement peut être demandé en application de l'article 47 du même décret* »[1070]. Seulement, il ne faut pas perdre de vue que le droit de l'exécution est construit autour de l'impératif d'un paiement possible, par conséquent, il importe

[1066] C. CALOMILI, « l'efficacité du superprivilège des salaires », in *Petites Affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 20. Il existe une pluralité de mesures destinées toutes à améliorer le paiement rapide des salariés : l'inopposabilité des délais, le versement à titre de provision d'une partie des sommes dues, etc.
[1067] Art. 175 AUPSRVE.
[1068] Art. 56 AUPSRVE.
[1069] TRHC Dakar, 25 avril 2008 (n°4376), SICAP c/ SPHS (non publiée).
[1070] C. BRENNER, note sous arrêt C. cass. 2e civ. 24 juin 2004, Delahaie c/ Société générale et autre (pourvoi n°02.14.813 T), in *Gazette du Palais*, 14 avril 2005 n°104, p. 29.

de garantir la solvabilité du débiteur surtout dans les périodes où l'actif de son patrimoine est fragilisé par une activité professionnelle déclinante.

Section 2 - La consolidation de l'actif recouvrable

370. La protection de l'actif recouvrable met en jeu deux intérêts en apparence contradictoires. D'une part, il s'agit de préserver le gage des créanciers en empêchant au débiteur d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité ; d'autre part, il convient de trouver une légitimité aux restrictions apportées à la capacité juridique du débiteur en difficulté. Dans cette recherche d'équilibre, l'exigence de sécurité juridique transparait à chaque fois qu'une mesure de sauvegarde du gage est justifiée par son caractère nécessaire et utile. L'urgence[1071] n'est pas toujours un critère pertinent, dans la mesure où elle sert souvent de cadre d'expression aux irrégularités préjudiciables au bon fonctionnement de la justice. Afin de garantir l'existence d'un actif disponible et suffisant, le droit positif a prévu un arsenal diversifié de techniques aptes à contrôler la gestion de son patrimoine par le débiteur. Celles-ci se subdivisent en deux catégories selon que la procédure engagée est individuelle ou collective. Dans la première situation, « *aucune indisponibilité ne frappe les biens de l'obligé* »[1072], donc l'étendue de sa liberté de gestion appelle une vigilance particulière des créanciers. Dans la seconde situation, la suspension des poursuites individuelles[1073] nécessite des mesures dérogatoires à même de préserver le gage des créanciers. Ainsi, la sécurité juridique objective se perçoit dans la possibilité offerte aux créanciers de s'intéresser régulièrement aux engagements du débiteur et de prévoir raisonnablement le risque affectant leur gage. Ce droit de regard et d'intervention est autant légitime que le créancier agit sur la base d'une prérogative licite. Ainsi, le principe de légalité à travers le droit à l'exécution sert la légitimité de l'action du créancier. Tandis que la sécurité juridique subjective représente la faculté reconnue au créancier d'agir en temps utile ou au

[1071] A. LACABARATS, « Les procédures d'urgence en droit des affaires », in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 novembre 2008 n°11, p. 917. Sans aller jusqu'à une assimilation complète du débiteur avec l'incapable, il serait intéressant de voir qu'un rapprochement peut être opéré dans la manière de traiter les problèmes soulevés par leur protection, v. F. FRESNEL, « La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs », in *Gazette du Palais*, 30 janvier 2010 n°30, p. 21.

[1072] A. T. NDIAYE, *Les inopposabilités dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit Ohada*, Thèse op. cit., p. 14.

[1073] F. M. SAWADOGO, « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », in *Encyclopédie du droit Ohada*, op. cit., p. 731.

débiteur de dénoncer les abus consécutifs aux agissements du créancier. Cependant, il faut analyser ces moyens en tenant compte des finalités poursuivies par la procédure, c'est-à-dire, la garantie d'un paiement des dettes échues et exigibles.

§ 1 – Les techniques communes de prévention du risque d'insolvabilité du débiteur

371. La capacité juridique du débiteur obéit à un principe bien établi en droit contractuel. En effet, aux termes de l'art. 57 COCC « *toute personne peut contracter, si elle n'en est déclarée incapable par la loi* ». Cette règle trouve son explication dans les dispositions du Code de la famille qui organisent la capacité juridique[1074]. L'enseignement tiré de ces textes est que la liberté de gestion du patrimoine est la règle et les restrictions doivent rester exceptionnelles et légitimes. Ce faisant, l'exigence de sécurité juridique pour s'exprimer dans la prévention de l'insolvabilité doit envisager d'abord, la corrélation qui existe entre le patrimoine et les droits fondamentaux du débiteur[1075], ensuite l'intérêt des créanciers et l'opportunité pour le débiteur d'améliorer sa situation financière[1076]. Par conséquent, la légitimité des limitations peut se concevoir seulement sous l'angle fonctionnel dans la préservation du droit de gage général des créanciers. Autrement, le débiteur doit retrouver la plénitude d'une prérogative découlant de sa personnalité juridique. Pour y arriver, le droit positif présume la bonne foi du débiteur agissant seul et interdit l'appauvrissement volontaire. En droit commun, deux situations sont à envisager : l'évitement de l'appauvrissement par inertie du débiteur (A), et la neutralisation de l'appauvrissement frauduleux du débiteur (B).

A. L'évitement d'un appauvrissement par l'inertie du débiteur

372. Position du problème. La protection de l'intérêt patrimonial du créancier emprunte des voies aussi variées que la représentation du débiteur dans l'exercice de quelques unes de ses actions. A ce propos, le législateur sénégalais énonce que

[1074] Art. 273 et s. CF.

[1075] J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, op. cit., l'auteur expose une conception subjective du patrimoine qui en fait le miroir économique de l'individu. Ainsi, soutient-elle que « *l'engagement de l'ensemble des biens de la personne n'est pas, pour la jurisprudence, d'ordre public…en l'absence de prévision contractuelle, la règle générale demeure celle du droit de gage général. Il faut dire que, seule, elle sert pleinement la fonction assignée au patrimoine* ».

[1076] C. LEBEL, « Le débiteur, redevenu maitre de ses biens », in *Petites Affiches*, 27 avril 2006 n°84, p. 18.

« *le créancier peut exercer les actions que le débiteur aurait négligé d'intenter, à l'exception de celles qui sont exclusivement attachées à la personne* »[1077]. A partir de cet article, deux questions peuvent être soulevées concernant le recouvrement des créances et l'exigence de sécurité juridique. Il s'agit d'une part, des conditions d'exercice de l'action oblique, et d'autre part, de la finalité de cette action dans le droit de l'exécution. Relativement à la première question, l'art. 202 COCC dispose qu' « *outre son intérêt à agir en justice, le créancier doit justifier de l'exigibilité de la créance* ». Ainsi, les conditions générales sont de deux ordres : procédural et substantiel. Ensemble, elles répondent aux exigences du droit commun et satisfont la prévisibilité requise dans l'intervention au nom d'un tiers[1078]. Plus spécifiquement, l'intérêt à agir est manifeste et rejoint la finalité de l'action oblique : la conservation du gage général des créanciers. En effet, autant que l'indique une partie de la doctrine « *qui prétend agir doit être atteint dans ses droits ou dans ses intérêts propres et pouvoir tirer personnellement profit de l'exercice de son action* »[1079]. A titre particulier, le créancier « *doit mettre en cause le débiteur négligent* »[1080]. Il s'évince de cette disposition que la négligence doit être dénoncée peut importe sa nature intentionnelle ou involontaire. La question mérite d'être posée sur le sens à donner à cette exigence légale. L'on pourrait y voir une condition procédurale supplémentaire à côté de l'intérêt à agir et de l'exigibilité de la créance. Mais comme le souligne certaines voix autorisées « *il se trouve seulement qu'en pratique le débiteur est très souvent mis en cause et que son assignation équivaut alors à une mise en demeure. Mais cela ne fait pas de celle-ci le préalable nécessaire à l'exercice de l'action oblique : n'étant pas une mesure d'exécution, elle en est elle-même affranchie* »[1081]. En définitive, l'existence de l'intérêt patrimonial du créancier suffit à exercer l'action oblique en vue de sa sauvegarde.

[1077] Art. 201 COCC.

[1078] La représentation obéit à des règles précises en matière procédurale. De manière générale, dans la sphère contractuelle, la représentation est prévue à l'art. 49 COCC qui en détermine l'origine et l'étendue. Sinon, l'art. 29 CPC édicte le principe dans l'instance civile. Au plan de la théorie générale, la représentation semble épouser deux variantes « il peut s'agir d'une représentation dans l'exercice de l'action, dite représentation ad agendum…au contraire de la représentation ad litem, dont l'article 411 CPC dispose qu'elle emporte « *pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure* » ». (L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 740-741.

[1079] Ibid. pp. 328-329.

[1080] Art. 202 COCC.

[1081] J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005, p. 778.

373. Si l'action oblique est ouverte à tous les créanciers, la loi prévoit une autre mesure plus vigoureuse mais d'accès restreint. Selon l'art. 204 COCC « *dans les cas prévus par la loi, le créancier peut exercer directement en son propre nom l'action du débiteur* ». L'intérêt de la distinction entre les deux actions réside dans les droits reconnus aux créanciers agissants. Dans le premier cas, le succès de l'action profite à tous les créanciers, tandis que dans la seconde hypothèse, seul le titulaire de l'action bénéficie de son résultat. Seulement, la différence entre les deux actions tend à être brouillée par l'ouverture de l'action directe à plusieurs catégories de créanciers[1082]. Dans notre démonstration, il est plus opportun de s'attarder sur la corrélation entre ces actions et le gage général des créanciers.

374. L'action directe, un privilège. Outre le fait d'exercer l'action en son nom propre, le législateur dispose que « *les exceptions personnelles au débiteur ne sont pas opposables au créancier qui bénéficie d'un privilège sur la créance de son débiteur* »[1083]. Cette assertion démontre la finalité assignée à l'action oblique dans le recouvrement. Il s'agit de garantir une appropriation des sommes collectées par le créancier agissant tout en excluant le concours des autres créanciers. Le procédé ne semble pas poser de contraintes liées à la prévisibilité de l'action étant donnée son cantonnement aux situations légalement déterminées. L'incertitude se situe plutôt au niveau de la solvabilité du tiers appelé à payer la créance du débiteur. Si l'inopposabilité des exceptions personnelles au débiteur est un premier palier dans la garantie d'un paiement, la situation économique du débiteur du débiteur n'est pas exempte de risque. Les solutions proposées par le législateur[1084] ou déduites de la pratique jurisprudentielle[1085] tendent à privilégier la recherche de la partie présentant

[1082] C. CHARBONNEAU, F-J. PANSIER, « Du renouveau de la notion de partie », in *Defrénois*, 15 mars 2000 n°5, p. 284. Selon les auteurs, une doctrine moderne estime que la loi ne fait que consacrer que le principe de l'action directe et que les hypothèses peuvent être recherchées dans diverses disciplines juridiques.

[1083] Art. 204 al. 2 COCC.

[1084] Le législateur est intervenu dans plusieurs domaines en donnant la possibilité aux tiers d'agir directement contre l'une des parties au contrat afin de contourner les difficultés de paiement. Ainsi, en matière de transport, l'art. L. 132-8 du Code du commerce et la Loi « Gayssot » modifiant la Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 apportent des éclairages sur l'exercice de l'action directe. En matière d'assurances, l'art. L. 124-3 du Code des assurances permet d'introduire une telle action. Plus généralement, dans le droit de la sous-traitance, la loi de 1975 pose le principe.

[1085] F. ROUVIERE, « Distinction entre action directe en paiement en responsabilité », note sous arrêt Cass. 3e civ., 15 novembre 2011, in *L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme*, 01 février 2012 n°2, p. 6. C. CHARBONNEAU, « LA recevabilité de l'action directe et la présence de l'assuré », note sous arrêt Cass. 3e civ., 7 septembre 2011, in *L'ESSENTIEL Droit des assurances*, 05 octobre 2011

des garanties de solvabilité. Ainsi, la mise en œuvre de l'action directe au vue de ses sphères de prédilection a une explication beaucoup plus sociale que technique. C'est une préoccupation de justice sociale[1086] qui prime sur les réponses purement contractuelles pouvant être avancées. Aussi, les justifications de l'extension du domaine de l'action directe sont-elles devenues de plus en plus variées[1087]. Par rapport au recouvrement des créances, l'intérêt pratique de l'action directe est incontestable. Elle permet de faire abstraction de la personne du débiteur en créant « *un véritable droit de créance* »[1088] au profit du créancier agissant. De ce fait, il pourra exercer toutes les voies de contrainte disponibles dans la limite du montant dû à son débiteur. Dans cette perspective, la fonction de garantie objective voulue pour l'action directe est assurée et totalement prévisible. En dernier ressort, l'utilité de l'action directe est de soustraire les sommes recouvrées à la convoitise des créanciers aussi bien dans le cadre des procédures individuelles que collectives d'exécution[1089]. Ce privilège en fait un mécanisme spécial la distinguant fondamentalement de l'action oblique.

375. L'action oblique, un droit d'ingérence légitime. Au delà du débat doctrinal sur la nature juridique de l'action oblique[1090], c'est surtout son effet sur le droit de gage général qu'il importe d'étudier. A ce propos, il ressort des prévisions légales que l'action oblique est destinée à conserver le gage des créanciers, mais son exercice ne confère aucune garantie spécifique au créancier agissant[1091]. L'étude de ces deux paramètres permettra de vérifier l'efficacité de l'action oblique sur la sécurité juridique du créancier.

---

n°9, p. 2. S. LACOUR, « Plaidoyer pour la défense du maillon faible : l'avenir contesté de l'action directe dans les chaînes de contrats », in *Petites Affiches*, 09 juin 2005 n°114, p. 7.

[1086] J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens, les obligations*, op. cit., p. 2530. Comme le suggère le Doyen « l'action directe la plus importante en pratique est celle qui est donnée à la victime d'un accident contre l'assureur de la responsabilité ».

[1087] D. MAZEAUD, « Action directe », note sous Cass. 3e civ., 22 juin 2011, in *Revue des contrats*, 01 octobre 2011 n°4, p. 1197.

[1088] J. CARBONNIER, op. cit., p. 2531.

[1089] P. ROUSSEL GALLE, « Les créanciers au centre des conflits d'intérêts dans l'entreprise en procédure collective », in *Gazette du Palais*, 26 juin 2008 n°178, p. 60.

[1090] Pour certains auteurs comme J. CARBONNIER, l'action oblique représente une mesure conservatoire ouverte à tous les créanciers (J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 2, PUF, op. cit., p. 2529). Pour d'autres comme J. GHESTIN, il convient de dépasser le débat, car l'action oblique n'est ni véritablement une mesure conservatoire, ni une mesure d'exécution, c'est « le résultat d'une sorte de compromis » entre les intérêts des créanciers et ceux du débiteur (J. GHESTIN, Le régime des créances et des dettes, op. cit., p. 771).

[1091] Art. 203 al. 2 COCC.

376. L'opportunité formelle de l'action oblique sur le gage général. L'exercice de l'action oblique paraît simple au plan procédural de par la généralité de l'expression du législateur. Cette souplesse est opportune dans la préservation de l'intérêt des créanciers. Seulement, la réalité contraste avec le postulat de la simplicité procédurale.

377. Parmi les critères de fond d'exercice de l'action oblique figure la coïncidence entre les droits visés par l'action oblique et ceux effectivement disponibles pour le débiteur négligent. Il n'existe pas une considération indifférenciée des biens existants dans le patrimoine du débiteur. Comme le laisse entendre J. GHESTIN, « *une grande partie de la doctrine oppose classiquement les droits et actions dont le débiteur est déjà titulaire aux facultés qui impliquent une simple expectative de droit et ne figurent pas comme telles dans son patrimoine, comme gage des créanciers* »[1092]. Dans ce sens, la sécurité juridique objective réside dans la prévisibilité des droits concernés par l'exercice de l'action oblique d'une part, et la délimitation procédurale du gage général des créanciers, d'autre part. Le droit de l'exécution ne légitime pas une immixtion totale dans la gestion de son patrimoine par les créanciers. En termes de hiérarchisation des intérêts, l'on note un cantonnement des droits du créancier par le critère de la nécessité ou de l'urgence de l'intervention. En effet, « *l'action oblique est…applicable si la négligence du débiteur compromet les droits des créanciers* »[1093].

378. Le second paramètre de la problématique concerne l'importance processuelle de l'intervention du créancier[1094]. Si les actions exclusivement attachées à la personne du débiteur ne peuvent pas être exercées, il en résulte qu'il existe une large palette de possibilités pour le créancier. L'objectif de cette flexibilité est d'appréhender le plus de biens possible. Au plan procédural, la mise en cause du débiteur permettra de réduire l'incertitude sur l'identité de la partie à l'instance pour le débiteur du débiteur. Loin d'être anonyme, cette règle éclaire sur l'une des questions

[1092] J. GHESTIN, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., p. 790.
[1093] M., J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 61.
[1094] La rédaction de l'art. 1166 C. civ. est plus large que celle de l'art. 201 COCC, tandis que le texte français vise les actions et les droits du débiteur, le législateur sénégalais ne fait mention expresse que des actions. Toutefois, une interprétation historique du lien existant entre le droit et l'action permet de voir que les deux peuvent autant se confondre que être dissociés. L'adage « pas d'action sans droit » ou « pas de droit sans action » peut permettre d'illustrer ce propos. Bien entendu le droit spécial des sociétés consacre des actions sans droit (de vote en l'occurrence).

essentielles de la théorie du procès : la qualité de partie à l'instance[1095]. Ainsi, la légitimité de l'ingérence du créancier trouve sont fondement dans la réalisation de la sécurité juridique subjective du créancier par le truchement de la protection de son intérêt personnel. Il n'est pas à exclure qu'une explication est possible si l'on tient compte de la nature personnelle du droit de créance garanti économiquement par le patrimoine du débiteur. De ce point de vue, l'élargissement des prérogatives du débiteur à son créancier maintient la stabilité relative du gage général. C'est également une certaine application de la théorie utilitariste[1096] dans le droit de l'exécution. En ouvrant l'action oblique à un maximum de créanciers, le législateur fait de la sécurité juridique le facteur garantissant la stabilité du gage. En définitive, la sanction de la négligence du débiteur marque une rupture opportune entre la liberté de gestion du patrimoine et la sauvegarde des intérêts des créanciers dans l'exécution.

379. L'incertitude structurelle sur l'individualisation du résultat de l'action oblique. L'affectation du résultat de l'exercice de l'action oblique à tous les créanciers[1097] semble poser le problème de son opportunité pour le créancier agissant. Pourtant, l'effet escompté par le créancier devrait tendre à la garantie de sa satisfaction à l'issue de la mise en œuvre de l'action oblique. En termes de sécurité juridique, il se pose le problème de l'utilité individuelle de cette action pour le créancier poursuivant. Au delà de simples considérations juridiques, l'explication de cette situation à une origine sociétale voire philosophique. En effet, il s'agit d'une illustration des théories qui entourent l'action individuelle, collective et stratégique dans la prise de décision[1098]. Le créancier évolue dans un environnement où l'incertitude sur la solvabilité du débiteur s'ajoute au risque de ne pas recevoir un paiement même avec un retour du bien dans le patrimoine de départ. Cependant,

[1095] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 714-715.
[1096] Cette théorie explicite le sens d'une action qui profiterait au bien-être d'un maximum de personnes. Ramenée à l'action oblique, le créancier agissant ramènerait dans le patrimoine du débiteur une créance qui théoriquement profiterait à tous. Comme le souligne CLERO « *l'utilitarisme s'efforçant de penser totalement et globalement une situation où sont en jeu des valeurs, sans en rester au point de vue de l'isolement abstrait, il lui faut constamment définir des hiérarchies de valeurs et des ordres de priorité* » (J-P. CLERO, « L'utilitarisme contemporain, une théorie générale des valeurs », in *Cités*, 2002/2 n°10, pp. 17-36.
[1097] V. art. 203 COCC.
[1098] V. M. COZIC, « L'action rationnelle », in http://mikael.cozic.free.fr/actionrationnelle.pdf.

son action s'inscrit dans la matrice de l'individualisme méthodologique[1099] si l'on se place au plan de la sécurité juridique subjective. Ceci se justifie en dehors de toute action collective spontanée ou forcée des créanciers[1100]. Le créancier choisit d'exercer l'action oblique en opérant une stratégie procédurale axée sur la combinaison d'un moyen tiré du droit commun des obligations avec une technique propre aux procédures civiles d'exécution : la saisie conservatoire ou une saisie exécution. Par conséquent, la garantie ne vient pas forcément d'une considération isolée de l'action oblique mais de l'association des mesures d'exécution[1101].

380. La structure de l'affectation du résultat de l'action oblique obéit à une logique de sécurité juridique objective. L'action oblique doit permettre de combattre l'inertie du débiteur mais n'est pas en soi un acte exécutoire. Ainsi, la persistance des droits généraux et spécifiques (privilèges…) sur le gage des créanciers doit continuer à jouer nonobstant la diligence du créancier exerçant l'action oblique. En définitive, une extension de la solution retenue pour l'action directe n'est pas opportune, comme le souligne E. SAVAUX « *il convient toujours de réserver la sanction de la fraude* »[1102].

B. La neutralisation de l'appauvrissement frauduleux du débiteur

381. Prolégomènes. L'adage « *fraus omnia corrumpit* » compte parmi les plus usuels du langage juridique. Cependant, il désigne une réalité complexe que le législateur a très tôt tenté de cerner à travers les dispositions de l'art. 205 COCC[1103] ou 1167 C. civ dans les rapports contractuels. La doctrine s'accorde à voir dans la fraude, un des principes généraux du droit, au même titre que l'abus[1104]. Ainsi, elle intéresse étroitement la sécurité juridique en tant que révélateur de la régularité des opérations de recouvrement et plus spécialement d'instrument de contrôle de la liberté du débiteur dans la gestion de son patrimoine.

[1099] L'individualisme méthodologique est un postulat économique ou sociologique qui vise à expliquer un fait global par l'addition de démarches individuelles à priori autonomes.

[1100] L. CAMENSULI-FEUILLARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution*, Paris, Dalloz, 2008, p. 147 et s. L'auteur traite des formes de participation dans un chapitre consacré à la collectivisation des poursuites. L'on peut voir deux formes de participation : le concours et la collaboration.

[1101] A. CERMOLACCE, « Etats des lieux des actions oblique et paulienne », in *Petites Affiches*, 25 janvier 2008 n°9, p. 15.

[1102] E. SAVAUX, « L'exercice de l'action oblique en cas de procédures collectives du débiteur », note sous arrêt Cass. com. 3 avril 2001 (inédit), in *Defrénois*, 30 septembre 2001 n°18, p. 1054.

[1103] Art. 205 COCC « Le créancier peut agir en révocation des actes frauduleux par lesquels son débiteur lui porte préjudice après la naissance de sa créance ».

[1104] P. NEAU-LEDUC, « De l'abus de droit à la fraude à la loi : évolution ou révolution ? », in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 443.

382. Pour la sécurité juridique, la fraude présente un paradoxe consubstantiel. Sous les apparences d'un respect de la norme, le débiteur parvient à détourner l'objectif axiologique sous-tendu par cette dernière. En effet, l'acte frauduleux du débiteur présente souvent les garanties formelles de validité alors que l'intention de tricher est la cause impulsive et déterminante de son agissement[1105]. Ainsi, la sanction de la fraude recherche la préservation de la sécurité juridique objective et subjective de manière simultanée. D'abord, il s'agit de raffermir l'unité de l'acte juridique à travers la régularité du negotium et de l'instrumentum. La volonté réelle du débiteur doit transparaitre tout au long de l'opération juridique qu'il conclut. Ensuite, le gage général des créanciers mérite d'être protégé dans sa substance. Toutefois, l'équilibre dans la révocation de certains actes du débiteur est difficile à atteindre en raison de la liberté du débiteur de gérer son patrimoine et du droit des créanciers à l'exécution sur ce même patrimoine. Le législateur propose une solution axée autour de la preuve de la fraude. L'exégèse des art. 205 à 207 COCC fait ressortir une double exigence : une preuve matérielle et une preuve psychologique. Le créancier devra démontrer que l'acte contesté lui cause un préjudice[1106] et que le cocontractant avait connaissance de l'intention frauduleuse[1107]. A cela s'ajoute une contrainte temporelle, car la fraude doit être postérieure à la naissance de sa créance[1108]. Ainsi, la neutralisation de la fraude du débiteur est largement tributaire de l'intention du débiteur[1109]. L'exigence de sécurité juridique ne pourra être lue que dans l'efficacité de la sanction par rapport à l'exécution. Auparavant, d'un point de vue procédural, il serait intéressant d'envisager les conditions d'efficacité de la contestation du créancier dans la préservation du gage général.

383. La sanction de la fraude paulienne, instrument de préservation du gage des créanciers. La problématique qui s'évince de cette proposition est relative à

[1105] B. DAUSSY-ROMAN, « Action paulienne », note sous arrêt Cass. com. 2 novembre 2005, in *Gazette du Palais*, 27 juillet 2006 n°208, p. 22.
[1106] Art. 205 al. 1 COCC.
[1107] Art. 207 COCC.
[1108] Art. 205 al. 1 et 209 COCC. Pour ce cas de figure, le législateur opère une distinction entre la fraude paulienne et la simulation. Concernant cette dernière, la postériorité de la créancier est indifférente.
[1109] L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « L'action paulienne : une troisième voie est possible ? », in *Revue des contrats*, 01 avril 2012 n°2, p. 694.

l'usage d'une technique civile classique[1110] dans le renforcement du droit à l'exécution du créancier[1111]. La finalité formelle de l'action paulienne[1112] est de neutraliser l'acte anormal du débiteur en le déclarant inopposable au créancier agissant[1113]. Au plan technique, le privilège accordé au créancier requiert deux critères : l'existence d'un préjudice et l'exigibilité de la créance au moment d'exercer l'action en justice. Sur ce dernier point, il appert que la condition est plus pertinente pour les créances de sommes d'argent, les autres créances pouvant obéir à un régime plus souple. En effet, comme le souligne L. SAUTONIE-LAGUIONIE « *il suffit d'établir que l'acte attaqué compromet l'exécution du droit particulier du créancier* »[1114] pour que la sanction de la fraude paulienne puisse être envisagée. Il reste que le préjudice doit exister pour que l'inopposabilité soit retenue. Cependant, une certaine doctrine tend à expliquer la source de l'inopposabilité en se référant à l'inobservation des conditions de validité d'un acte juridique[1115]. Si une telle démarche est adoptée, le fondement de l'action du créancier tendrait à se démarquer plus nettement de la responsabilité civile[1116]. En effet, dans la fraude paulienne, l'intention du débiteur est essentiellement tournée vers la mise en échec du recouvrement de sa créance par le créancier, tandis que dans la responsabilité civile, l'intention de nuire n'est pas systématiquement recherchée[1117].

384. Dans la pratique, l'établissement du préjudice exige un rapport économique dans l'appréciation du patrimoine du débiteur. Il faut que son activité frauduleuse se traduise par un appauvrissement quelque soit le type d'acte conclu. Il est vrai que les

[1110] La fraude consistant à organiser volontairement son insolvabilité peut faire l'objet d'une sanction pénale sous la forme d'une amende assortie d'une peine de prison (art. 314 CP), voir dans ce sens, W. DROSS, « Action paulienne », in *Jurisclasseur civil*, 01 juillet 2011 n°2.
[1111] La fraude paulienne est envisagée dans le COCC comme un droit du créancier sur le patrimoine du débiteur.
[1112] B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », in *Defrénois*, 30 avril 2005 n°8, p. 655.
[1113] Art. 208 COCC « *Le juge prononcera l'inopposabilité de l'acte au créancier qui bénéficie seul de cette décision* ».
[1114] L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « L'action paulienne : une troisième voie est possible ? », in *Revue des contrats*, 01 avril 2012 n°2, p. 694. Cependant, une certaine partie de la doctrine conteste la pertinence du recours à l'action paulienne pour les créances autres que celles relatives aux sommes d'argent (voir, W. DROSS, op. cit., n°14).
[1115] E. SAVAUX, « Les conditions de l'opposabilité de l'engagement aux tiers », in *Revue des contrats*, 01 avril 2012 n°2, p. 663.
[1116] Y-M. LAITHIER, « La fraude est-elle immorale ? à propos de l'adage « nemo auditur… », in *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 557.
[1117] W. DROSS, « Action paulienne », in *Jurisclasseur civil*, 01 juillet 2011 n°7. Dans son étude, l'auteur apporte une précision supplémentaire en indiquant que « *celui qui est véritablement sanctionné par le succès de l'action paulienne n'est pas donc pas tant le débiteur lui-même que le tiers avec lequel il a passé l'acte* ».

actes à titre gratuit suscite une plus grande méfiance en raison de l'absence d'une contrepartie. C'est dans ce sens que l'art. 206 COCC parle d'un appauvrissement « sciemment » orchestré par le débiteur. Ainsi, l'objet de la preuve que doit administrer le créancier se résume à l'intention de nuire. Pour les actes à titre onéreux[1118], la preuve du préjudice doit surmonter la contrainte liée à la liberté de gestion du patrimoine. En effet, le créancier doit démontrer la dépréciation économique du gage général et l'intention de nuire du débiteur pour être en mesure de révoquer l'acte contesté. Dans ce cas, la preuve de l'insolvabilité du débiteur doit être incontestablement apportée, quelle soit par ailleurs apparente ou réelle. En outre, l'insolvabilité du débiteur doit persister au moment de la saisine du juge car un retour à meilleure fortune rendrait inutile ce moyen de recouvrement des créances. A ce propos, l'art. 205 al. 1 COCC fait de l'exigibilité de la créance un critère d'appréciation du moment où le créancier doit démontrer l'insolvabilité du débiteur. Ici, c'est la sécurité juridique objective qui prime en empêchant au créancier de s'immiscer de manière précoce dans la gestion par le débiteur de son patrimoine[1119]. La jurisprudence française a quelque peu évolué sur la question de l'exigibilité, sa concomitance à l'acte frauduleux n'est plus nécessaire à l'exercice de l'action paulienne[1120]. Toujours est-il que le créancier est astreint à établir la réalité de deux événements : l'intention de nuire du débiteur et la connaissance par le contractant de la fraude du débiteur[1121]. Etant donné que le juge exerce son pouvoir souverain d'appréciation sur les éléments de preuve, l'exigence de sécurité juridique est pris en compte par les principes du droit processuel. Ainsi, comme le suggère L. GAUDIN « *le créancier a un intérêt sérieux et légitime à la préservation du patrimoine de son débiteur qui, en tant qu'objet de son droit de gage général, garantit la préservation de sa créance exigible ou non* »[1122].

[1118] La diversité des actes concernés et leur nombre indiquent d'éviter une citation non exhaustive, mais pour plus d'informations voir, G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », in *Revue droit des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 593 ; W. DROSS, op. cit., n°27 à 33.

[1119] M. BURGARD, « Action paulienne : rappel des conditions de fond exigées par la Cour de cassation », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 28 mai 2008, in *Petites Affiches*, 01 octobre 2008 n°197, p. 10.

[1120] W. DROSS, op. cit., n°79.

[1121] Art. 207 C0CC.

[1122] L. GAUDIN, La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement, Thèse, Paris, *Defrénois*, 2009, p. 356.

En considérant la sécurité juridique subjective du créancier, il peut sembler que l'action paulienne soit plus favorable au débiteur en raison des contraintes procédurales. Cependant, c'est au regard du résultat que cette technique se révèle intéressante dans la garantie de l'exécution.

385. L'inopposabilité de l'acte frauduleux, technique de garantie de l'exécution. Au delà de la reconstitution du gage général des créanciers, l'inopposabilité d'un acte frauduleux permet au créancier agissant de disposer d'une priorité sur le résultat de son action[1123]. La sanction de la fraude paulienne n'entraine pas un effet attributif au profit du créancier agissant[1124]. Alors, pour que l'exécution soit effective, il convient de combiner l'inopposabilité découlant de l'action paulienne à une mesure d'exécution telle que la saisie ou la conclusion de l'acte juridique projeté[1125]. Dans cette mesure, seule la liberté de choix des mesures d'exécution par le créancier est à même de garantir sa sécurité juridique individuelle. Car l'art. 209 COCC confirme que l'inopposabilité est prononcée en faveur du « *créancier qui bénéficie seul de cette décision* »[1126]. Ceci est d'autant plus vrai que les procédures collectives n'échappent pas à cette particularité. A cette fin, l'art. 143 AUPCAP dispose que « *les actes faits par le débiteur entre l'homologation du concordat et sa résolution ou son annulation ne peuvent être déclarés inopposables qu'en cas de fraude aux droits des créanciers et conformément aux dispositions relatives à l'action paulienne* ». Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence française a précisé la règle en estimant dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 2 novembre 2005 que « *l'inopposabilité de l'acte résultant de l'admission de l'action paulienne n'a d'effet qu'à l'égard du créancier agissant* »[1127]. En outre, la jurisprudence européenne a eu l'occasion de réaffirmer l'autonomie de l'action paulienne dans les procédures

[1123] Art. 209 COCC.
[1124] G. PILLET, « Du bon usage de l'action paulienne », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 17 octobre 2012, in *L'ESSENTIEL droit des contrats*, 01 décembre 2012 n°11, p. 5.
[1125] L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « L'action paulienne : une troisième voie est possible ? », in *Revue des contrats*, 01 avril 2012 n°2, p. 694.
[1126] Il est possible de trouver des limites à cette exclusivité dans la jurisprudence. En effet, il n'est pas exclu que les autres créanciers du débiteur se joignent au créancier agissant ou qu'ils attaquent l'acte frauduleux à leur tour. Dans ce cas, les principes du droit commun auront tendance à s'appliquer nécessairement (voir. W. DROSS, op. cit., n°114 et suivants).
[1127] S. JAMBORT, « L'utilté de l'action paulienne dans les procédures collectives », note sous arrêts Cass. com. 2 novembre 2005, in *Petites Affiches*, 17 novembre 2006 n°230, p. 14.

d'insolvabilité avec la décision *F-Tex*[1128]. Par ailleurs, la procédure de surendettement des particuliers n'échappe pas également à l'autonomie de l'action paulienne. Ainsi, le juge a précisé que « *l'existence d'une procédure de surendettement n'interdit pas à un créancier d'agir par voie d'action paulienne à l'encontre de son débiteur dès lors qu'une telle action ne constitue pas une mesure d'exécution forcée* »[1129].

386. La sanction de l'acte frauduleux est un critère important de performance du droit à l'exécution lorsqu'elle s'inscrit dans une stratégie de recouvrement. En effet, la reconstitution du gage général des créanciers n'est pas efficiente, si elle n'autorise pas le paiement effectif de la créance exigible. La sanction de la fraude est une exigence pas seulement du droit de l'exécution mais de l'ordre juridique en général, aussi l'affectation exclusive de son résultat n'est qu'une facette de la justice distributive[1130]. Cette attitude préventive ou curative disqualifiant la fraude, déduite des principes fondamentaux du droit, sert à légitimer un devoir général de bonne foi dans l'usage que le débiteur fait de sa liberté de gérer son patrimoine. Elle est encore plus prégnante lorsque l'apurement du passif épouse une dimension collective. Ainsi, la sécurité juridique tend à jouer une fonction plus normative dans la préservation du gage général des créanciers en institutionnalisant la surveillance de l'activité du débiteur.

§ 2 – Les techniques de reconstitution du patrimoine du débiteur dans les procédures collectives

387. L'art. 2 AUPCAP énumère les différents procédés de traitement des difficultés de paiement applicables aux personnes physiques et morales visées par les procédures collectives Ohada[1131]. Ils doivent permettre d'apurer le passif du débiteur sur la base de techniques combinant la sauvegarde de l'activité économique et l'extinction progressive de la dette du débiteur si possible. Il existe des moyens

[1128] L-C. HENRY, « L'action paulienne exclue du Règlement insolvabilité », note sous arrêt CJUE, 19 avril 2012, in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 juillet 2012 n°4, p. 245.
[1129] CA Toulouse, 1ère, 23 janvier 2006, in droit-finances.commentcamarche.net.
[1130] M. FABRE-MAGNAN « Totems et tabous en matière de discrimination », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2010 n°4, p. 1433.
[1131] Il s'agit essentiellement du règlement préventif, du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. Les deux premières procédures sont également destinées au sauvetage de l'activité économique du débiteur, tandis que la dernière constitue la solution ultime dans les procédures d'apurement du passif.

internes de prévenir les difficultés d'entreprise : les procédures d'alerte[1132]. Toutefois, leur caractère limité en fait des outils de détection précoce plus que des instruments de règlement collectif des dettes de l'entreprise. Or dans le cadre de notre réflexion, c'est l'apurement du passif qui nous intéresse davantage. Aussi, prendrons-nous comme point de départ la cessation des paiements[1133]. Elle constitue un marqueur juridique de l'institutionnalisation de l'apurement du passif et le début d'une possible modification substantielle de la capacité de gestion du débiteur[1134]. L'exigence de sécurité juridique dans la reconstitution du patrimoine de l'entreprise en difficulté apparaît dans la mise en œuvre d'un arsenal de mesures originales poursuivant un équilibre entre les finalités de redressement et l'apurement du passif[1135]. Concrètement, il s'agit de réguler l'activité économique de l'entreprise par des standards juridiques (surveillance, dessaisissement, inopposabilités, nullités, etc.) tout en prévoyant des sanctions si nécessaire, afin de préserver le gage général des créanciers. En outre, le maintien du gage des créanciers représente un enjeu important dans la confiance que les créanciers accordent à la réalisation des droits des uns et des autres. Pour ce faire, nous allons analyser la garantie de l'exécution à travers les mesures affectant la situation juridique du débiteur et celles touchant la consistance de l'actif.

A. La modification de la capacité juridique du débiteur, une garantie structurelle de l'exécution

388. Position du problème. Le jugement d'ouverture de la procédure collective présente des conséquences diverses qui touchent directement la capacité de gestion du débiteur sur son patrimoine[1136]. Ces mesures concernent la procédure de

[1132] Il y'a deux types d'alertes prévues par l'AUSCGIE : celle faite par les commissaires aux comptes (art. 150 et s.) et celle reconnue aux associés (art. 157 et s.).

[1133] Le législateur communautaire propose une définition essentialiste de la cessation des paiements sous la forme d'un rapport économique entre l'actif et le passif du débiteur. Ansi, aux termes de l'art. 25 AUPCAP « *le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements* ». Au srplus, la nature des dettes est indifférente.

[1134] La modification de la capacité du débiteur peut débuter de manière plus précoce suivant les dispositions de l'art. 11 AUPCAP, v. A. DELABRIERE, « L'article 11 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives : outil de sauvegarde ou de discrimination ? », in *Penant* n°870, pp. 53-65.

[1135] L'art. 1er AUPCAP donne une indication de ces différentes finalités en visant le domaine d'application de la législation communautaire.

[1136] E. BROCARD, « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », in *Petites Affiches*, 11 mai 2011 n°93, p. 4.

redressement judiciaire et de liquidation des biens[1137]. L'intérêt pratique de la distinction concerne l'étendue de la modification de la situation individuelle du débiteur et son incidence sur le fonctionnement de l'entreprise. Au titre de la situation du débiteur, le droit ohada a prévu deux techniques : l'assistance et la représentation[1138]. Dans le premier cas, le débiteur est assisté par le syndic dans les opérations relatives à l'exécution du plan de redressement pour les actes d'administration et de disposition[1139]. Dans le second cas, le débiteur est directement représenté par le syndic[1140]. Dans les deux situations, le législateur articule la modification de la capacité juridique du débiteur aux règles de droit commun, notamment sur les actes conservatoires[1141]. Ainsi, l'activité juridique du débiteur est surveillée dans l'optique de ne pas aggraver la situation économique de l'entreprise et en vue de sauvegarder le gage général des créanciers. Cette prudence trouve sa justification dans l'incapacité du débiteur à honorer ses engagements à leur échéance et la suspicion légitime qu'éprouvent les créanciers quant à son aptitude à améliorer sa situation financière. Naturellement, la perte de leur droit de poursuite individuelle[1142] pousse les créanciers à évaluer leurs chances réelles de paiement lors de l'offre concordataire[1143]. En effet, les sacrifices imposés par le traitement collectif de l'impayé doivent renforcer la confiance des créanciers dans les solutions proposées en offrant des garanties solides de réalisation de leurs attentes légitimes. Ces dernières seront analysées via les deux moments importants des procédures collectives : le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

[1137] Le règlement préventif fait aussi l'objet d'un traitement conventionnel, mais puisque sa finalité première est de prévenir la cessation des paiements, l'extinction des obligations du débiteur est largement tributaire de la santé financière de l'entreprise et du caractère réaliste du concordat préventif.

[1138] Le droit français des procédures collectives connaît également des mécanismes de contrôle de l'activité du débiteur durant le processus de redressement de l'entreprise ou la liquidation, c'est essentiellement la période d'observation. Pour plus d'informations, voir P-M. LECORRE, « Pour faciliter le rebond : les clôtures anticipées en période d'observation », in *Petites Affiches*, 25 mars 2009 n°60, p. 3. Dans tous les cas, un mandataire judiciaire est présent pour faciliter la représentation des intérêts des créanciers et pour aider le débiteur à surmonter ses difficultés en intervenant dans l'exécution du plan de redressement.

[1139] Art. 52 AUPCAP.

[1140] Art. 53 AUPCAP.

[1141] L'art. 274 CF sur les actes permis aux incapables dispose qu' « *ils accomplissent seuls, et en dehors des règles de protection légale…les actes de la vie courante et les actes nécessaires à la conservation de leurs biens et de leurs droits* ».

[1142] Art. 9 et 75 AUPCAP. C'est une mesure commune aux procédures collectives et ce dès le règlement préventif.

[1143] Art. 119 AUPCAP.

389. La variabilité de la capacité du débiteur inhérente à la sauvegarde des intérêts des parties. « *La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens* », ainsi défini par l'art. 52 AUPCAP, l'étendue de l'assistance du débiteur est doublement fixée par rapport à la période et aux actes concernés. Dans une perspective similaire d'un point de vue fonctionnel, l'art. 53 AUPCAP indique que « *la décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit* ».

390. L'intensité de la mesure d'accompagnement est marquée par le recours à des critères matériels et temporels. En effet, l'assistance et la représentation s'imposent de plein droit et sont obligatoires. Ainsi, aussi bien le juge que le débiteur sont exclus de l'appréciation de cette mesure. Sur ce point, il convient de souligner les différences entre les concepts de représentation[1144] et d'assistance[1145] en procédure civile et dans les procédures collectives pour mieux faire ressortir les particularités. D'une part, l'assistance dans la procédure civile « *n'engage jamais la partie assistée* »[1146], or une telle situation ne se retrouve pas dans la procédure collective. Le syndic assistant le débiteur en difficulté est associé à la prise de décision et en cas de refus d'agir, il peut y être contraint[1147]. D'autre part, pour la représentation, elle est facultative devant le juge de l'exécution au sens de l'art. 10 L. 9 juillet 1991[1148]. Alors que dans les procédures collectives ohada, la représentation est

[1144] « *Le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de procédure* », art. 411 C. pr. civ.
[1145] « *La mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de représenter sa défense sans l'obliger* », art. 412 C. pr. civ.
[1146] P. HOONAKKER, « Assistance et représentation des parties », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2012-2013, n°171-41, p. 469.
[1147] Art. 52 al. 4 AUPCAP « *si le syndic refuse son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition au débiteur ou aux dirigeants de la personne morale, ceux-ci ou les contrôleurs peuvent l'y contraindre par décision du Juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43* ».
[1148] P. HOONAKKER, op. cit., n°171.71, p. 473. Seulement, quant la représentation est obligatoire en matière civile « *pour les actes de procédure les plus graves, le mandat ad litem ordinaire est insuffisant, il faut au mandataire, quel qu'il soit, un pouvoir spécial* » (p. 468).

obligatoire sous peine d'inopposabilité des actes accomplis par le débiteur en violation des règles de la procédure[1149].

391. L'atteinte à la liberté patrimoniale du débiteur doit trouver sa justification dans la tentative du législateur de garantir une sécurité procédurale. Ainsi, il ne prend pas spécifiquement le parti du débiteur ou des créanciers. Le mandataire à une mission à géométrie variable placée sous le signe de la responsabilité, vis-à-vis du débiteur, des créanciers et de sa propre gestion. En insistant sur l'aspect procédural du traitement des dettes de l'entreprise, le législateur cherche un équilibre dans la réalisation des attentes légitimes des parties à travers une démarche casuistique. De manière générale, les pouvoirs du juge indiquent le positionnement du curseur à chaque étape de la modification de la capacité du débiteur[1150].

392. C'est un état distinct qui règne dans le règlement préventif, où le juge dispose d'une liberté de manœuvre plus grande[1151]. A ce propos, la jurisprudence française pose une obligation de motivation en ces termes « *à l'occasion d'une procédure de sauvegarde, le tribunal qui désigne un administrateur doit caractériser en quoi une mission d'assistance s'impose plus qu'une mission de surveillance. Lorsqu'aucun problème de confiance ou de compétence n'affecte le dirigeant de la société débitrice et que la situation de la société laisse augurer une issue favorable de la procédure de sauvegarde, une mission de surveillance suffit* »[1152]. Concernant le redressement judiciaire, la différence est marquée avec la pratique juridique française par les possibilités offertes au juge. Ainsi « *le tribunal a une certaine marge de manœuvre et les missions pourront dépendre d'une affaire à l'autre. De même, au sein d'une même mission, les pouvoirs de l'administrateur peuvent changer…rien n'interdit au tribunal de combiner les solutions, c'est à dire de prévoir une simple surveillance pour certaines opérations, une assistance pour d'autres, une représentation pour des opérations différentes* »[1153]. Un souci de pragmatisme peut

[1149] Art. 53 al. 2 AUPCAP.
[1150] Art. 39 AUPCAP. Le législateur indique que c'est au juge qu'il revient de veiller aux intérêts des parties en présence.
[1151] M. N. MBAYE, « Réflexions sur la modification du concordat en droit ohada », in *Penant*, n°870, p. 28 (Ohadata D-09-40).
[1152] A. CERATI-GAUTHIER, « Administrateur judiciaire : surveillance ou assistance ? », in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2012 n°4, p. 342.
[1153] M-P. DUMONT-LEFRAND, « Sauvegarde et redressement judiciaire : situation du débiteur », in *Jurisclasseur Procédures collectives*, Fasc. 2325, 20 décembre 2007, n°33.

largement justifier la position du législateur de 2008[1154]. Mais au regard de la prévisibilité nécessaire à la sécurité juridique, les conditions du choix des modalités d'intervention du mandataire judiciaire ne sont pas claires. Comme le soutient avec force G. GIL « *si la doctrine est de manière générale extrêmement prolixe quant à la variété des missions, elle se révèle bien peu disserte sur les critères devant guider l'autorité judiciaire dans la détermination de l'étendue du dessaisissement du débiteur* »[1155]. Devant cette complexité, la solution retenue par le droit ohada paraît plus simple et offre des garanties de prévisibilité quant à la modification de la capacité du débiteur sur la gestion de son patrimoine. En dehors, des actes conservatoires pour lesquels la capacité est reconnue à tous les individus, l'intervention du syndic concerne la quasi-totalité de la gestion de l'entreprise. Cette approche globale évite de recourir à la sélectivité qui présente un degré élevé d'aléa et des conflits de compétence entre le mandataire et le débiteur. Seulement, il convient de souligner que l'équilibre voulu par le législateur entre la préservation de l'actif et le sauvetage de l'entreprise manque de garanties précises[1156]. En effet, l'assistance du débiteur requiert des compétences techniques et managériales supérieures[1157]. Il est envisageable d'opter pour une pluralité de syndics selon « *les circonstances* » conformément à l'art. 43 al. 2, mais cette mesure ponctuelle n'affecte pas la pertinence du critère de la compétence de manière générale. La décentralisation des contraintes n'est pas toujours une solution idoine. Or, s'il s'avère que le syndic n'en dispose pas, l'équilibre risque d'être gravement compromis nonobstant le contrôle exercé par le juge-commissaire sur le déroulement de la

[1154] P. PETEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises – Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés », in *Jurisclasseur Procédures collectives*, Fasc. 2151, 15 octobre 2009.

[1155] G. GIL, *Le mandataire de justice*, Marseille, PUAM, 2003, p. 272. L'auteur propose une approche plus optimiste basée sur la présomption de bonne foi du débiteur en difficulté. A ce propos écrit-il « le tribunal qui ouvre le redressement judiciaire ne saurait, en l'absence d'éléments attestant l'existence d'un risque réel menaçant la préservation de l'actif, priver le débiteur de la liberté patrimoniale que lui reconnaît la loi » (p. 273).

[1156] L'hésitation du législateur est commune à presque tous les systèmes juridiques, comme le souligne M-P. DUMONT-LEFRAND « *ce dernier n'ayant pas su anticiper ses difficultés, la loi est un peu sceptique à son endroit et prévoit deux types de mesures conservatoires : l'une de simple préservation des intérêts de la société, l'autre de défiance à l'égard du dirigeant* » (« Sauvegarde et redressement judiciaire : situation du débiteur », in *Jurisclasseur Procédures collectives*, Fasc. 2325, 20 décembre 2007, n°27).

[1157] Ibid. p. 311 et s.

procédure[1158]. Sans insister particulièrement sur ce critère, le législateur communautaire décide que « *le ou les syndics sont chargés de représenter les créanciers sous réserve des dispositions des articles 52 et 53* »[1159]. Il est vrai que les situations conflictuelles ou de carence sont directement déférées au juge-commissaire pour être résolues, mais c'est la relativité même de la position de ce juge qui pose problème. Au sens de l'art. 39 AUPCAP, il assume un rôle de surveillance et ses décisions peuvent être discutées devant le tribunal compétent[1160]. Son rôle n'est pas sans rappeler celui du JEX en matière de surveillance et contrôle des mesures d'exécution[1161]. Toutefois, la critique est à relativiser au regard des garanties liées à une bonne administration de la justice. C'est pour cette raison que la suppléance du débiteur est placée sous le signe de la responsabilité personnelle et professionnelle.

393. La responsabilité du mandataire, corollaire du dessaisissement du débiteur. Le droit commun pose le principe de la responsabilité du mandataire à travers les dispositions de l'art. 465 COCC[1162]. Le principe est repris par l'art. 43 AUPCAP qui dispose que les syndics « *ont la qualité de mandataires rémunérés et sont civilement responsables de leurs fautes dans les termes du droit commun sans préjudice de leur responsabilité pénale* ». Seulement, il faut d'abord considérer les obligations concrètes qui pèse sur le mandataire afin d'apprécier la portée de sa responsabilité qui constitue en soi une garantie procédurale.

394. A l'entame, il faut souligner que la sécurité juridique se trouve dans une obligation négative imposée au syndic : l'interdiction d'acquérir ou de détourner les biens du débiteur (art. 51 AUPCAP). La mission première du syndic est la

[1158] Les solutions proposées par le Code de commerce peuvent être favorables à un bon déroulement de la procédure. En effet, il est prévu le recours à des experts lorsque les tâches assignées à l'administrateur l'exigent. Dans une logique similaire, plusieurs organes peuvent intervenir dans la procédure avec la fixation des compétences de chacune d'elles. Comme le suggère M-P. DUMONT-LEFRAND « *cela étant, le tribunal peut aussi opter pour un dessaisissement partiel et fixer une liste d'actes que l'administrateur devra effectuer seul, les autres pouvant alors être accomplis en binôme* » (M-P. DUMONT-LEFRAND, op. cit., n°36).

[1159] Art. 43 AUPCAP.

[1160] C'est le tribunal régional qui est compétent au Sénégal (compétence d'attribution) et en fonction de la qualité de personne physique ou morale, les règles de compétence territoriale peuvent varier.

[1161] J-M. SOMMER, « Compétence matérielle du juge de l'exécution », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2010-2011, n°212-221 et s. p. 239.

[1162] Aux termes de cet article « *le mandataire répond de l'inexécution totale ou partielle de l'exécution défectueuse ou tardive du mandat* ».

préservation de l'actif du débiteur[1163]. Cette mesure initiale est d'une importance incontestable dans le droit à l'exécution. Elle permet de conserver intact le gage général des créanciers et satisfaire leurs prétentions ultérieurement. A ce titre, plusieurs possibilités sont offertes au mandataire de justice. Il s'agit essentiellement de mesures conservatoires destinées à éviter que le débiteur n'aggrave sa situation ou détourne une partie de l'actif[1164].

395. Le syndic accomplit tous les actes essentiels à la conservation des droits du débiteur et à la constitution ou au renouvellement des sûretés favorables à la masse des créanciers[1165]. La typologie des actes visés souligne la politique législative qui innerve cette phase de la procédure. C'est pour pallier la carence ou la mauvaise foi du débiteur dans la consolidation du gage des créanciers. Ainsi, la sécurité juridique subjective des créanciers est garantie par l'action du syndic et la sécurité juridique objective par la remise des documents prévus aux art. 55 et s[1166]. AUPCAP. La publicité de la décision d'ouverture de la procédure collective prévue à l'art. 36 AUPCAP est censée informer les tiers de la mission du syndic et de ses pouvoirs, en même temps que les créanciers qui doivent constituer la masse[1167]. Un second niveau d'intervention est relatif à l'inventaire de l'actif du débiteur conformément aux exigences de l'art. 63 AUPCAP. L'inventaire est une estimation assez réaliste de la situation économique et sociale de l'entreprise[1168]. Corrélativement à la sécurité juridique, c'est le formalisme de l'inventaire[1169] qui constitue le foyer des garanties procédurales et parfois substantielles des droits des parties. En effet, au plan matériel, il permet d'avoir une situation apparente de la solvabilité du débiteur et du caractère sérieux des propositions concordataires, un état circonstancié de la situation juridique de chaque bien. Au plan de la procédure, il autorise d'une part, la présence de tous les intéressés : débiteur, représentant ministère public, héritiers ou toute personne requise par le syndic ; d'autre part, la constitution d'un document probatoire car « *l'inventaire est dressé en double exemplaire : l'un est*

[1163] Art. 54 AUPCAP.
[1164] A. MARTIN-SERF, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Mesures et actes conservatoires », in *Jurisclasseur Procédures collectives*, Fasc. 2310, 15 novembre 2010.
[1165] Art. 54 al. 1 et 2 AUPCAP.
[1166] Il s'agit des livres, documents comptables et autres correspondances du débiteur (sauf s'il s'agit de documents personnels).
[1167] Voir art. 78 AUPCAP pour les conditions de constitution de la masse des créanciers.
[1168] Art. 66 AUPCAP.
[1169] A. MARTIN-SERF, op. cit., n°40 et s.

immédiatement déposé au greffe de la juridiction compétente, l'autre reste entre les mains du syndic »[1170]. C'est une condition garantissant le principe du contradictoire dans la procédure. Auparavant, la mise en œuvre de l'inventaire peut permettre de prendre des mesures exceptionnelles. Ainsi, la levée des scellés lorsqu'elles sont décidées par la décision d'ouverture[1171], afin de prévenir la soustraction d'éléments de l'actif du débiteur, peut être demandée par le syndic[1172]. De même, des biens peuvent être soustraits des scellés pour continuer l'exploitation ou en raison de leur caractère alimentaire pour le débiteur[1173].

396. En marge de ces actes visant la préservation du gage des créanciers, le syndic doit prendre des décisions relativement à la continuation de l'exploitation. Il le fait sous réserve des actes, « *de gestion courante[1174] entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise, conformément aux usages de la profession, à charge d'en rendre compte au syndic* »[1175], autorisés au débiteur. Celles-ci doivent correspondre aux attributions normales du chef d'entreprise ou du débiteur personne physique[1176]. En cas de dépassement de pouvoirs, le mandataire s'expose aux sanctions découlant de la mise en œuvre des principes de la responsabilité civile ou pénale selon les circonstances[1177]. Dans tous les cas, l'action en responsabilité civile ou pénale doit obéir aux conditions d'existence de ces dernières. Ainsi, pour la responsabilité civile, la preuve du préjudice constitue l'enjeu principal[1178]. Le renvoi à l'art. 118 COCC permet d'appréhender diverses situations devant entrainer la responsabilité du syndic. En outre, sa qualité de professionnel devrait faciliter la démonstration de ses manquements à l'éthique de sa profession. Mais ce n'est qu'un postulat, car la réalité est souvent différente en raison de la complexité de sa position. Cette perspective a été souvent relevé par la doctrine pour critiquer le monopole du syndic dans l'arbitrage de l'équilibre des intérêts entre les créanciers, l'entreprise et le débiteur.

[1170] Art. 63 AUPCAP.
[1171] Art. 59 AUPCAP.
[1172] Art. 62 AUPCAP.
[1173] Art. 60 et 61 AUPCAP.
[1174] Sur la notion d'actes de gestion courante, voir M-P. DUMONT-LEFRAND, op. cit., n°46 et s. Dans son analyse, l'auteur énumère un certain nombre d'actes tels que : le transport de marchandises, la cession de bordereau Dailly, etc.
[1175] Art. 52 al. 2 AUPCAP.
[1176] M-P. DUMONT-LEFRAND, op. cit., n°37.
[1177] O. STAES, « Voies de recours : les pièges à éviter », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 novembre 2012 n°6, p. 423.
[1178] P. MARTIN, « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », in *Petites Affiches*, 18 septembre 2001 n°186, p. 4.

Ainsi, A. MARTIN-SERF constatait que « *confier à un seul auxiliaire de justice, le syndic, l'intérêt des créanciers et l'intérêt de l'entreprise était doublement néfaste : cet organe était en permanence en conflit d'intérêts, et sa double mission vouée à l'échec car une même personne ne peut servir deux intérêts contradictoire* »[1179]. Cependant, ce pessimisme peut être relativisé avec un partage clair des compétences et missions des organes intervenant dans la procédure. En définitive, le dessaisissement constitue une mesure préventive de préservation du gage des créanciers, mais les sanctions édictées en vue de reconstituer le gage des créanciers représentent la véritable garantie liée à l'exécution.

B. Les sanctions des actes irréguliers, une garantie substantielle de préservation de l'exécution

397. Position du problème. Le dessaisissement du débiteur s'accompagne d'une série de mesures destinées à reconstituer l'actif et la conservation du gage de certains créanciers[1180]. Les créanciers protégés par l'activité du syndic sont ceux compris dans la masse[1181]. Elle fait valoir ses droits en vertu des dispositions prévues à l'art. 78 AUPCAP : c'est la production et la vérification des créances. C'est une procédure très propice au contentieux dans les procédures collectives[1182]. Toutefois, nous n'allons pas développer ce point spécifique, mais plutôt les mesures concrètes prises pour sauvegarder les chances de paiement des créanciers une fois la masse définitivement constituée. Au préalable, il faut souligner l'existence d'une

[1179] A. MARTIN-SERF, « L'évolution législative et les conflits », in *Gazette du Palais*, 26 juin 2008 n°178, p. 9.

[1180] Voir, A. T. NDIAYE, *Les inopposabilités dans les procédures collectives d'apurement du passif*, Thèse, Dakar, 2004.

[1181] Aux termes de l'art. 72 AUPCAP « *la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager* ».

[1182] P-M. LE CORRE, « Créanciers antérieurs », commentaire jurisprudence, in *Gazette du Palais*, 30 avril 2005 n°120, p. 32. Tous les créanciers (chirographaires, privilégiés et titulaires d'un droit de revendication) produisent entre les mains du syndic ou par correspondance les éléments pertinents (montant, titre, échéance) pour l'admission de leurs créances et son évaluation. Le syndic fait un premier travail de vérification en vue de dresser un tableau provisoire de l'état des créances (art. 86 AUPCAP) transmis au juge-commissaire qui règle les premières contestations en arrêtant la liste des créanciers admis dans la masse. Par les soins du greffier de la juridiction compétente, une publicité de la liste est assurée en même temps que l'ouverture d'un recours par voie d'opposition contre la décision du juge-commissaire (art. 88 AUPCAP). La juridiction compétente règle définitivement la contestation ou se déclare incompétente au profit d'une autre juridiction qui tranche au fond (art. 90 AUPCAP). En tout état de cause, soit la créance est admise, et le créancier appartient à la masse, ou elle est rejetée (art. 86 AUPCAP). L'inobservation des délais de recours est sanctionnée par la forclusion et la décision devient irrévocable à l'égard des créanciers passifs, sous réserve de la procédure de relevé de forclusion (art. 83 AUPCAP).

catégorie spécifique de créanciers jouissant d'un privilège spécial[1183] en raison de leur concours pour le redressement de l'entreprise : il s'agit des créanciers de la masse[1184]. Pour ces créanciers, le droit positif reconnaît la possibilité d'exercer, en vue de recouvrer leurs créances, les moyens de droit ordinaires tels que : l'exception d'inexécution[1185], la résolution du contrat, la réclamation de dommages-intérêts, la compensation[1186]. Mais le principal privilège reste la possibilité d'être payé à l'échéance[1187], ce qui constitue le mode normal d'extinction des obligations.

398. Le syndic s'appuie sur deux techniques juridiques, dont l'une est vouée à réintégrer les éléments d'actifs et l'autre à sanctionner tout comportement tendant à aggraver la situation du débiteur. Il s'agit de la responsabilité prévue à l'art. 118 AUPCAP et des inopposabilités dont le principe est posé à l'art. 67 AUPCAP[1188]. Parmi ces deux instruments, les inopposabilités de la période suspecte représentent un outil privilégié de reconstituer et de préserver la consistance du gage des créanciers. Au regard de la sécurité juridique, le recours à l'inopposabilité[1189] pose une certaine contrainte. En effet, les parties à un acte juridique quelconque aspirent à faire produire un effet juridique précis à leur engagement. Or, s'il s'avère que l'acte peut être critiqué après sa formation, il se pose un problème de protection des attentes légitimes des parties à l'acte juridique. Dans les procédures collectives, la période suspecte est synonyme de défiance en général et de méfiance pour les actes sans contrepartie. Ce principe entraine un déplacement des objectifs par rapport au droit commun. Le but étant de reconstituer l'actif du débiteur, voire de l'entreprise, le législateur autorise le syndic à jeter un regard rétrospectif sur l'activité

[1183] C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », in *Petites Affiches*, 14 juin 2007 n°119, p. 70.
[1184] Aux termes de l'art. 117 AUPCAP « *toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse* ».
[1185] Art. 108 AUPCAP.
[1186] Art. 109 AUPCAP.
[1187] E. MOUIAL-BASSILANA, « Créanciers postérieurs privilégiés : toujours le prix de la course ! », note sous arrêt Cass. com., 7 septembre 2010 (n°09-66595), in *L'ESSENTIEL droit des entreprises en difficulté*, 01 octobre 2010 n°9, p. 2. Dans son commentaire, l'auteur rappelle la solution retenue « *un créancier postérieur privilégié au sens de l'article L. 622-17, I du Code de commerce, qui a le droit d'être payé à l'échéance, peut dans l'exercice de son droit de poursuite individuelle, obtenir un titre exécutoire et faire exécuter ce titre indépendamment de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges* ».
[1188] Aux termes de l'art. 67 « *sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers…les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de cessation des paiement finissant à la date de la décision d'ouverture* ».
[1189] G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 347.

récente du débiteur[1190]. Ainsi, les questions qui méritent d'être soulevées concernant la légitimité d'une telle dérogation, son étendue et sa portée quant au droit à l'exécution. La réponse à ces interrogations situera l'intensité de l'exigence de la sécurité juridique dans la préservation du gage des créanciers.

399. Les inopposabilités de la période suspecte et la préservation de l'exécution. Le but de l'action en inopposabilité du syndic est de faire réintégrer un bien ou de conserver le gage d'un créancier particulier. Pour ce faire, le syndic jouit d'un monopole dans l'exercice de cette action. A titre de comparaison, le droit positif français est revenu à la technique des nullités pour sanctionner les actes pendant la période suspecte avec la disparition de la masse des créanciers[1191]. Donc, la persistance de cette masse justifie le monopole du syndic par souci de cohérence de la construction juridique. Il s'y ajoute des contraintes d'ordre temporel et matériel pour le syndic dans l'exercice de l'action en inopposabilité.

400. S'agissant de la compétence, l'art. 70 AUPCAP désigne « *la juridiction ayant prononcé l'ouverture de la procédure collective* », elle sera déterminée en fonction des critères de compétence territoriale, étant entendu que la compétence d'attribution revient au tribunal régional. Cette mesure a le mérite de concentrer la procédure entre les mains d'une juridiction unique et éviter ainsi la dispersion du contentieux.

401. Ensuite, l'introduction de l'action nécessite l'accomplissement d'actes de procédure, qui naturellement relève des compétences de mandataire du syndic et dans l'intérêt des créanciers dans la masse[1192]. Ainsi, la décision du tribunal saisi va conférer à l'inopposabilité potentielle de l'acte un effet juridique certain. On peut supposer que la carence du syndic est sanctionnée par la responsabilité prévue par l'art. 43 AUPCAP.

402. S'agissant des contraintes temporelles, il en existe deux : d'une part, les actes attaquables sont ceux accomplis entre la date de cessation des paiements et la date

[1190] Art. 70 AUPCAP.
[1191] C. SAINT-ALARY-HOUIN, M-H. MONSERIE-BON, « Redressement et liquidation judiciaires – Nullités de droit et nullités facultatives – Notion, actions voisines (action paulienne, abus de droit) – Exercice de l'action et conséquences », in *Jurisclasseur Procédures collectives*, Fasc. 2502, 01 juin 2011.
[1192] Ibid. n°24.

d'ouverture de la procédure[1193], d'autre part, l'action doit être intentée que jusqu'au dépôt de l'arrêté de l'état des créances[1194]. Les conditions procédurales démontrent un souci de sécurité juridique objective avec le rattachement des actes contestés à la procédure collective. En effet, la vocation à primer les intérêts de la procédure sur certaines règles de droit commun atteste l'intention du législateur d'en faire un droit dérogatoire. Mais c'est un objectif partiellement attient en raison des conflits de politique normative entre l'OHADA et l'UEMOA, comme l'illustre le principe de l'irrévocabilité des transferts interbancaires et de la compensation interbancaire en cas de procédures collectives[1195]. Ainsi, selon les circonstances, l'effectivité des pouvoirs du syndic peut être neutralisée par un impératif extérieur à la logique pure des procédures collectives. Sans approfondir le débat, nous allons nous intéresser aux actes concernés par les inopposabilités afin d'analyser l'incidence de la sécurité juridique subjective.

403. Le droit ohada prévoit deux types d'inopposabilités pouvant frappés les actes énumérés aux art. 68 et 69 AUPCAP. C'est l'inopposabilité de droit[1196] d'une part, et l'inopposabilité facultative[1197] d'autre part. Notre approche sera plus fonctionnelle

[1193] Art. 67 AUPCAP.
[1194] Art. 70 al. 2 AUPCAP.
[1195] A. T. NDIAYE, « Conflit de normes en droits communautaires OHADA et UEMOA : exemple des paiements réalisés dans les systèmes de paiement intégrés en cas de procédures collectives d'apurement du passif », in *Revue de droit uniforme* (UNIDROIT), n°2007-2, p. 285.
[1196] Art 68: *Sont inopposables de droit s'ils sont faits pendant la période suspecte :*
1° tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;
2° tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excédent notablement celles de l'autre partie ;
3° tout paiement, quel qu'en soit le mode, de dettes non échues, sauf s'il s'agit du paiement d'un effet de commerce ;
4° tout paiement de dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles ou tout autre mode normal de paiement ;
5° toute hypothèque conventionnelle ou nantissement conventionnel, toute constitution de gage, consentie sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;
6° toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire.
[1197] Art 69: *Peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, s'ils lui ont causé un préjudice :*
1° les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière faits dans les six mois précédant la période suspecte ;
2° les inscriptions des sûretés réelles mobilières ou immobilières, consenties ou obtenues pour des dettes concomitantes lorsque leur bénéficiaire a eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur ;
3° les actes à titre onéreux si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment de leur conclusion ;
4° les paiements volontaires des dettes échues si ceux qui ont perçu ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment des paiements.

qu'analytique en raison de l'importance que nous accordons à la garantie du paiement des créanciers. La mise en œuvre des inopposabilités va permettre de consolider le gage des créanciers au moyen de diverses techniques découlant des effets produits par cette dernière. Ainsi, l'inopposabilité permet de neutraliser les actes à titre gratuit, commutatifs ou onéreux non exécutés au moment où ils sont attaqués par le syndic[1198], la restitution des avantages reçus[1199] ou des prestations perçues, la paralysie des paiements visé par les art. 68 al. 3, 4 et 69 al. 4 AUPCAP, ainsi que de faire bénéficier à la masse des avantages de la sûreté déclarée inopposable. Le point commun à tous ces effets, c'est d'abord la garantie du principe de l'égalité entre les créanciers. C'est un élément de sécurité juridique formelle. En effet, l'existence de la masse est une fiction juridique structurée autour de l'intérêt exclusif des créanciers[1200]. Dans cet ordre d'idées, elle a plus une existence fonctionnelle que simplement organique dans la recherche du paiement. Même si cette unité entre créanciers est plus apparente que réelle[1201], elle a au moins le mérite de faciliter l'action du syndic dans la représentation et dans la reconstitution du passif. Par ailleurs, l'inopposabilité déclarée entraine une conséquence particulière du point de vue de la sécurité juridique substantielle. En effet, elle témoigne de la politique juridique qui prévaut dans le droit des procédures collectives. L'efficacité de l'acte juridique n'est pas a priori adossée sur la fonction validante de l'autonomie de la volonté[1202] en période suspecte, mais en fonction de la cause impulsive de l'engagement du débiteur. Ainsi, la connaissance des difficultés financières du débiteur par le cocontractant est sanctionnée même s'il s'agit d'effets de commerce[1203]. Ces dérogations sont des garanties substantielles de préservation du gage des créanciers édictées exclusivement dans l'intérêt de l'ordre public spécifique aux procédures collectives. En revanche, il subsiste un aléa pour les créanciers qui tient dans le pouvoir d'appréciation du juge saisi. La déclaration d'inopposabilité procède de la preuve d'un préjudice contre la masse et distinct du préjudice dont pourrait souffrir un créancier spécifique. Ainsi, l'exigence de sécurité

[1198] Art. 71 al. 2 et 4 AUPCAP.
[1199] Art. 71 al. 2 AUPCAP.
[1200] F. DERRIDA, J-P. SORTAIS, « Résurrection de la masse des créanciers », in *Petites Affiches*, 02 février 1994 n°14.
[1201] C. LEGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », in *Gazette du palais*, 06 août 2002 n°218, p. 2.
[1202] L. BOY, « Les utilités du contrat », in *Petites Affiches*, 10 septembre 1997 n°109, p. 3.
[1203] Art. 69 § 2 AUPCAP.

juridique est basée sur une combinaison des règles probatoires du droit commun et des finalités poursuivies par les procédures collectives. Sur ce point, l'approche casuistique du juge ne laisse pas voir de grandes tendances sur les raisons de l'acceptation ou du rejet de l'inopposabilité[1204]. Il est probable qu'une analyse de la motivation des juges puisse permettre d'établir une meilleure prévisibilité concernant les inopposabilités facultatives.

En plus des inopposabilités, le législateur fait de la responsabilité un moyen de contrôler la régularité des situations juridiques pendant la période suspecte.

404. La responsabilité des tiers et la consolidation de l'actif du débiteur. Elle est consacrée par AUPCAP[1205] pour sanctionner les comportements tendant à modifier l'assiette du gage de la masse des créanciers. Le manquement reproché à l'auteur de la faute peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'un soutien abusif de crédit[1206] tout comme d'une négligence ayant aggravé le passif du débiteur[1207]. En tout état de cause, c'est l'effet du comportement fautif sur la consistance du gage qui constitue la mesure de la responsabilité[1208]. La connaissance par le fautif de la situation patrimoniale du débiteur n'a pas une grande influence dans l'engagement de sa responsabilité par le syndic[1209]. Ici, la sécurité juridique de la masse est assurée par la souplesse des conditions d'engagement de la responsabilité et l'extension des sujets responsables. Elle est également renforcée par l'adaptabilité de la sanction par le juge compétent. Ainsi, selon les circonstances, le juge peut opter pour une revalorisation de l'actif à hauteur du préjudice ou pour une sanction personnalisée sous la forme d'une perte de privilège. Cette politique jurisprudentielle

[1204] C. SAINT-ALARY-HOUIN, M-H. MONSERIE-BON, op. cit., n°15.

[1205] Art. 118 AUPCAP « *Les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers.*
La juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement de dommages-intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties ».

[1206] P. LE CANNU, « Soutien abusif et préjudice collectif », note sous arrêt Cass. com., 11 octobre 1994 (n°1802), in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 décembre 1994 n°12, p. 1342.

[1207] J-J. DAIGRE, « Le juge du fond doit motiver la fixation du montant de l'indemnité mise à la charge d'un dirigeant condamné à combler le passif d'une société », note sous arrêt Cass. com., 30 octobre 2000 (n° 1786), in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 janvier 2001 n°1, p. 27.

[1208] T. FAVARIO, « Toute faute de gestion n'entraine pas nécessairement condamnation », note sous arrêt Cass. com., 3 juillet 2012 (n°10-17624), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 10 septembre 2012 n°8, p. 4.

[1209] R. ROUTIER, « L'établissement de crédit dans les procédures collectives », in *Gazette du Palais*, 07 juillet 2005 n°188, p. 32.

tendra à encourager la détection précoce des difficultés et à favoriser l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pendant que le redressement est encore envisageable.

405. Dans une logique similaire, le champ pénal investit le droit des procédures collectives à travers l'incrimination des agissements assimilables à la banqueroute frauduleuse[1210]. Dans ce cas de figure, l'intérêt des créanciers est préservé par l'art. 242 AUPCAP qui dispose qu' « *alors même qu'il y aurait relaxe dans les cas prévus aux articles 240 et 241…la juridiction saisie statue sur les dommages-intérêts et sur la réintégration, dans le patrimoine du débiteur, des biens, droits ou actions soustraits* ». Cette possibilité maintient intact l'assiette du gage des créanciers en comblant les carences éventuelles de la loi de renvoi[1211]. C'est encore une manifestation du caractère spécialement dérogatoire du droit des insolvabilités.

Conclusion Chapitre premier Titre 1

406. Structurellement, le patrimoine du débiteur restera le gage général des créanciers. Ainsi, les modifications qui l'affecteront auront pour conséquence de fragiliser le droit de poursuite du créancier. Mais ce gage est soumis à plusieurs tensions selon sa nature (patrimoine personnelle ou patrimoine professionnelle[1212]), selon les circonstances de sa mise à contribution (créancier individuel, procédure d'insolvabilité) ou selon les options de politique législative. La difficulté réside aussi dans le profil du débiteur (salarié, consommateur) et parfois du créancier (créance alimentaire). Pour tous ces conflits, le législateur cherche à garantir un équilibre qui préserve les intérêts de chacune des parties, mais la méthode utilisée pose un problème de cohérence d'ensemble du système juridique, donc d'insécurité juridique. D'abord, les prévisions du créancier quant à l'assiette de son droit à l'exécution sont souvent déjouées par la multiplication des causes d'insaisissabilité quelles soient d'origine publique ou privée. A cet égard, la place de l'Etat reste problématique[1213]. Ensuite, le contrôle de la liberté patrimoniale[1214] du débiteur suscite la détermination de l'équilibre entre une liberté essentielle et un droit subjectif à l'exécution tout aussi

[1210] Art. 240 et s. AUPCAP.
[1211] Au Sénégal, la banqueroute est punie aux art. 376 et s. du Code pénal.
[1212] D. LEGEAIS, « Le gage des créanciers dans l'EIRL », in *Defrénois*, 30 mars 2011 n°6, p. 560.
[1213] Y. BODIAN, *La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution*, Thèse, Dakar, UCAD, 2012.
[1214] P. PUIG, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n°46, p. 93.

légitime. La démarche adoptée consiste à faire cohabiter les prérogatives classiques du droit commun avec les techniques spécifiques aux procédures collectives avec des résultats mitigés[1215]. Aujourd'hui il serait opportun de réfléchir à un meilleur encadrement du gage qui passe par une meilleure formalisation des opérations potentiellement dangereuses pour le patrimoine du débiteur (endettement) afin d'éviter l'effet dévastateur de la vulnérabilité sur les droits du créancier. Elle passe par une meilleure transparence des informations qui entourent les opérations économiques et le renforcement des sanctions contre les infractions. Par ailleurs, l'Etat doit rationnaliser son intervention économique afin de faciliter le recouvrement des créances qu'il doit[1216]. C'est dire que lorsqu'il se comporte exclusivement en opérateur économique, l'Etat doit pouvoir organiser de manière prévisible les conditions de recevabilité d'une mesure d'exécution à son encontre. Cette réforme augmente son crédit et favorise l'existence d'un climat de confiance dans les investissements. Si tel n'est pas le cas, les créanciers seront tentés de construire leur sécurité autour des garanties de paiement exclusives du cadre normatif et procédural existant.

[1215] X. LAGARDE, « Prévention du surendettement et dispositif de protection du consommateur », in *Petites affiches*, 10 avril 2003 n°72, p. 14.
[1216] S. BRACONNIER, « Les parades étatiques », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 444.

CHAPITRE 2 - LA VALORISATION DU PATRIMOINE RECOUVRABLE

407. Le patrimoine du débiteur doit garantir l'exécution de ses engagements échus ou à échoir selon les dispositions de l'art. 200 COCC. Cependant, le législateur ne conçoit pas le patrimoine comme une entité invariable et exclusive de toutes interactions. En effet, la liberté contractuelle permet au débiteur de faire interagir les éléments de son patrimoine avec ceux d'autres personnes juridiques dans les limites posées par l'article 42 COCC. Dans le cadre de l'exécution des créances, le débiteur peut utiliser différentes techniques destinées à gérer le risque d'inexécution ou à transférer provisoirement l'action du créancier vers un garant. Le créancier dispose également d'un ensemble de mécanismes lui permettant de mobiliser sa créance en anticipant sur la relation dette/temps. Ces remèdes provisoires ou définitfs au risque d'insolvabilité ne perturbent pas la sécurité juridique en soi ; elles peuvent, cependant, s'avérer potentiellement dangereuses en raison de « *l'effet domino* » consécutif à une défaillance donnée. Ainsi, l'exigence de prévisibilité inhérente à la sécurité juridique s'affirme dans l'encadrement précis des techniques juridiques ou modèles économiques utilisés.

408. La valorisation du patrimoine recouvrable transparaît dans l'attractivité économique de la dette ou le déploiement de garanties efficaces affectées à son paiement. En tout état de cause, la finalité poursuivie par la sécurité juridique sera de préserver le débiteur des effets nocifs de la spéculation tout en respectant les droits du créancier. A cette fin, il serait intéressant d'analyser le lien entre la valorisation du patrimoine et la sécurité juridique à travers les sûretés (**Section 2**) et la cession des créances, comme technique d'anticipation (**Section 1**).

Section 1 – L'anticipation de la garantie dans le recouvrement

409. Le législateur sénégalais parle de transformation de l'obligation[1217] pour qualifier toutes les causes qui provoquent un changement affectant les sujets, l'objet ou les modalités de l'obligation. C'est en réalité un terme générique qui englobe un ensemble complexe de situations pouvant influer sur les mécanismes d'extinction de

[1217] Aux termes de l'article 240 COCC « *Dans une obligation qui n'est pas encore exécutée, un tiers peut se substituer à l'une des parties par la cession de créance ou de contrat, subrogation ou délégation*.
Entre les mêmes parties, le changement d'objet ou de cause de l'obligation, la modification des modalités ou sûretés dont elle était assortie entrainent l'extinction de l'obligation primitive et la création d'une obligation nouvelle ».

l'obligation soit à titre de garantie, soit de manière transitoire. En tout état de cause, la transformation de l'obligation présente plusieurs intérêts en fonction du mode qui est choisi. Et c'est justement les finalités attachées à la transformation de l'obligation qu'il importe d'aborder en termes de sécurité juridique dans le recouvrement des créances. En effet, la circulation de la créance peut d'abord permettre au créancier initial de mobiliser des ressources dans un but particulier : le financement d'une opération économique[1218]. Elle peut permettre ensuite de se prémunir contre les aléas du recouvrement des créances en réduisant les risques d'impayé à l'échéance[1219], dans ce cas c'est plus la stratégie préventive qu'un moyen de mobilisation de créances[1220]. Pour le cessionnaire, la circulation de la créance est l'objet d'enjeux multiples. Elle sera un moyen de paiement lorsqu'elle opère directement l'extinction d'une obligation par le seul transfert. Elle sera un enjeu économique, lorsque l'acquisition de la créance vise à réaliser un bénéfice en considération de la différence entre le prix d'achat et les sommes recouvrées. Seulement, cette activité souvent professionnelle entraine des risques non négligeables pour le cessionnaire[1221]. Enfin pour le cédant, la circulation de la créance ne présente *a priori* qu'un intérêt moindre, mais le transfert peut donner lieu à plus de souplesse dans l'exécution.

410. Au delà de ces divers intérêts, c'est la réalisation des attentes des différentes parties qu'il sied d'étudier. D'une part, en tant que technique d'anticipation[1222] de la garantie d'être payé, la circulation des créances obéit à des exigences de validité qui doivent renforcer la prévisibilité du mécanisme de transfert : c'est un souci d'effectivité de la sécurité structurelle du mode qui est souhaité (§1). D'autre part, l'anticipation de la garantie ne doit pas correspondre à un transfert simplifié de

[1218] F. MARTIN, B. GERARD-GODARD, « La mobilisation des créances commerciales de l'entreprise : escompte, bordereau Dailly et affacturage », in *Petites Affiches*, 19 mai 2011 n°99, p. 23.

[1219] Les sociétés de recouvrement des créances sont spécialisées dans de telles opérations (réglementées par le D. 96-1112 du 18 décembre 1996), les sociétés d'affacturage jouent également un rôle important dans la mobilisation des créances. Pour plus d'informations, voir P. LE TOURNEAU (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, 2012-2013, n°4823, p. 1347.

[1220] Sur les stratégies de recouvrement, voir *Le créancier & le recouvrement de sa créance*, Paris, JurisClasseur, coll. JurisCompact, 2003.

[1221] P. DELEBECQUE, « Pour une définition large du droit litigieux », note sous arrêt Cass. civ. 3e, 16 juin 1993, in *Defrénois*, 15 juin 1994 n°11, p. 809.

[1222] Pour plus d'information sur l'anticipation en droit commun, voir F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Thèse, Marseille, PUAM, 2011, p. 245 et s. sur la notion d'anticipation, l'auteur la définit comme « *un procédé par lequel il serait possible de se dresser contre le temps, du moins d'en minimiser l'étendue* ».

risques uniquement. La sécurité de l'opération répond de son attractivité juridique et économique. Ainsi, l'effectivité du paiement au terme de la circulation doit absolument être garantie pour faire de l'anticipation une technique privilégiée dans le recouvrement des créances (§2).

§ 1 – La circulation de la créance, mécanisme d'anticipation de la garantie

411. Parmi les modes de transformation de l'obligation, la cession de créance est l'une des opérations juridiques les plus imprécises quant à sa définition[1223]. Elle entretient des similitudes avec d'autres mécanismes, tels que la subrogation[1224], la délégation[1225], la stipulation pour autrui[1226], sans se confondre avec ces dernières[1227]. En effet, en plus de mettre en rapports plusieurs sujets, la cession de créance peut résulter d'une transmission passive ou active d'obligations[1228]. Mais c'est surtout en raison de sa plasticité que la cession de créance présente un intérêt supplémentaire dans l'anticipation de la garantie de paiement[1229]. Surtout, c'est son caractère « spéculatif »[1230] qui en fait un mode attractif dans la circulation des créances. En effet, c'est à travers ce critère que la cession des créances a pu connaître un développement intéressant dans le monde professionnel[1231].

412. La cession de créance obéit à des conditions de formation distinctes selon qu'elle est ordinaire ou professionnelle[1232]. Et c'est justement dans cette volonté d'assouplir les formalités que se trouve l'insécurité juridique. En effet, le formalisme de la cession de créance n'est pas en soi compliqué mais c'est dans la distinction entre la validité et l'opposabilité de la cession que les contraintes peuvent être observées et les risques multiples pour le cessionnaire. Ainsi, les fonctions jouées

[1223] L. CADIET, « Vente. Transport de créances et autres droits incorporels. Cession de créance : généralités », in *JurisClasseur civil*, Fasc. 10, 24 novembre 2006, n°10.
[1224] Art. 249 et s. COCC.
[1225] Art. 255 et s. COCC.
[1226] Art. 114 et s. COCC.
[1227] Sur la transmission de manière générale, voir F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, Thèse, Paris X Nanterre, 2001.
[1228] L. CADIET, op. cit., n°11 et s.
[1229] En marge du mode de cession de droit commun, le législateur sénégalais prévoit d'autres modes à travers les dispositions de l'art. 247 COCC qui dispose que « *Selon les règles et usages du commerce, les titres nominatifs se transmettent par transfert avec la participation du débiteur cédé, les titres à ordre par endossement et les titres au porteur par simple tradition* ».
[1230] L. CADIET, op. cit., n°8. L'auteur souligne toutefois que ce caractère n'est pas exclusif, la cession de créance peut être ainsi justifiée par une intention libérale. Cette dualité des fonctions n'est pas propre à la cession des créances, elle se retrouve de manière générale dans l'obligation en soi.
[1231] P. MALAURIE, L. AYNES, « Les cessions de créance simplifiées », in *Defrénois*, 15 juillet 2002 n°13, p. 915.
[1232] Art. 241 et 247 COCC.

par le formalisme de la cession renseignent sur le niveau de prévisibilité de l'étendue des droits de chaque partie. Ainsi, si le formalisme de validité est généralement flexible (A), l'opposabilité est beaucoup plus encadrée pour des raisons de sécurité juridique subjective (B).

A. La simplification de la cession, outil de flexibilité de l'anticipation

413. Problématique. Aux termes de l'art. 241 COCC « *sans le consentement du débiteur, le créancier peut céder son droit à un tiers à moins que la cession ne soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'obligation* ». La cession ordinaire de créance ne semble pas poser de difficulté quant à sa réalisation. Il importe que les parties, le cédant et le cessionnaire, consentent à l'opération pour que le contrat se forme. Seulement, le législateur apporte quelques restrictions relativement aux créances cessibles et c'est un facteur de sécurité juridique objective pour les parties, surtout le cessionnaire, que de délimiter la substance de l'objet précis de la transaction. Par ailleurs, les modalités de la validité de la transaction dépendent aussi de la qualité des parties. Ainsi, dans une transaction professionnelle, les conditions de transfert de la créance dépendent de la nature du titre[1233] ou des exigences légales entourant l'opération[1234]. Enfin, les modalités du formalisme peuvent aussi reposer sur la dualité entre le transfert de créance et le transfert de dettes[1235]. Dans cette perspective, l'étude de l'exigence de sécurité juridique dans l'anticipation du recouvrement revient à voir le rôle du formalisme dans la protection de chacune des parties. Spécialement, la place occupée par le formalisme de validité et le formalisme probatoire dans la régularité de la cession par un souci de protection des attentes légitimes de chaque partie à l'opération juridique.

414. Le formalisme de validité de la cession et la protection des parties. La distinction entre la forme ordinaire et la forme simplifiée de cession renseigne *a priori* sur la considération accordée au formalisme. En effet, la cession de créance de droit commun repose sur le modèle du contrat classique avec le respect des conditions posées par l'art. 47 COCC. L'absence de forme particulière requise pour la

[1233] Art. 247 COCC.
[1234] M. SAMB, « Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Benin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal », in *Revue de l'ERSUMA*, Juin 2012 n°1, pp. 279-288.
[1235] F. CHENEDE, « Eugène GAUDEMET, le transport de dettes », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 363.

validité[1236] rend la technique de la cession assez simple. A cet effet, L. CADIET écrit que « *la rédaction d'un écrit n'est pas nécessaire à la validité de la cession. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, il suffit d'un accord sur la chose et le prix. Peu importe la manière dont s'exprime cet accord* »[1237]. L'établissement de la cession nécessite de faire la preuve de l'existence du contrat. Dès lors, la protection de la sécurité des parties revient à démontrer l'existence du transfert selon les moyens de preuve admis en droit des obligations[1238]. Au cours du contrôle de l'existence du contrat de transfert, la juridiction saisie sera amenée à s'intéresser spécifiquement au consentement des parties et à l'objet du contrat. Sur le consentement des parties, la loi renvoie à la vérification des conditions d'existence[1239] et d'intégrité du consentement[1240]. Ici, la prise en compte de la sécurité juridique n'appelle pas de commentaires particuliers, car relevant du droit commun. En outre, l'absence de consentement du débiteur à la validité de l'opération semble conforter une vision bidirectionnelle et non systémique de la cession. C'est plutôt le contrôle de l'objet de la cession qui induit certaines spécificités quant à la cession. D'abord, la cessibilité de la créance est un critère d'admission de l'opération. A ce titre, le législateur pose des contraintes légales, conventionnelles et matérielles en fonction de la nature des obligations à transmettre. Il se pose alors la question de déterminer les obligations pouvant être transférées lors du transport de créances ou de dettes[1241].

415. Le principe est celui de la libre cessibilité des créances comme l'atteste la rédaction de l'art. 241 *in fine* du COCC. L'exégèse de ce texte évoque certaines créances dont l'exclusion est justifiée par leur caractère alimentaire. Ainsi, la disqualification d'une partie des prestations salariales ou sociales[1242] est motivée par

[1236] Art. 41 COCC.
[1237] L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », in *JurisClasseur civil*, Fasc. 20, 24 novembre 2010, n°46. L'auteur insiste sur le fait que « *la remise du titre constitutif de la créance n'est pas une condition de validité, mais simplement l'exécution de l'obligation de délivrer la créance cédée* ».
[1238] Art. 12 COCC.
[1239] Art. 59 COCC.
[1240] Art. 61 COCC.
[1241] Concernant la circulation des dettes, le législateur sénégalais préfère parler de cession de contrat qui permet mécaniquement de transférer les obligations passives et actives découlant du lien juridique (art. 242 COCC).
[1242] Art. 571-1 et s. du CPC qui traite de la cession volontaire des traitements, salaires et pensions. Le formalisme de cette forme de cession associé à l'intervention de la juridiction du lieu de résidence du

la protection de la dignité humaine et son maintien hors du champ de la spéculation économique. Au Sénégal, cette partie incessible et insaisissable des prestations, salaires et autres traitements est déterminée par les dispositions du Code de procédure civile[1243]. A côté de cette détermination législative, les parties sont libres d'insérer dans leurs conventions des clauses d'incessibilité qui auront pour effet de neutraliser la possibilité de transporter les créances y afférentes. Il va de soi que cette liberté doit être articulée aux nécessités de l'ordre public[1244]. Pour cette catégorie d'actes, c'est la liberté contractuelle des parties qui est la valeur à protéger. Elle peut s'adosser à l'autonomie de la volonté, mais plus globalement c'est la libre disposition des choses relevant de sa propriété qui y est préservée[1245]. Globalement, les interdictions sont assez peu nombreuses et étroitement liées au caractère personnel ou alimentaire des créances. Cette posture est admissible car son objectif coïncide avec les finalités poursuivit par le sécurité juridique objective et ceux recherchés par les droits fondamentaux. Du point de vue des parties, la restriction apportée au principe de la libre cessibilité des créances est prévisible de manière acceptable car les limites sont quasiment identiques à celles posées pour la saisie des biens.

416. Les créances cessibles sont donc très variées, nous allons nous ranger derrière la sagesse de L. CADIET qui constate qu' « *il n'est pas possible d'énumérer toutes les créances cessibles* »[1246]. Toutefois, la doctrine insiste sur un caractère particulier des créances cessibles : l'éventualité[1247]. Sur ce point précis, l'impératif de sécurité juridique commande que la créance soit déterminable au jour de la conclusion du contrat. Donc le siège de la prévisibilité réside dans l'identification de la créance lorsqu'elle peut se réaliser de manière suffisante[1248]. L'anticipation

bénéficiaire informe du niveau de protection voulu par le législateur. Ces formalités sont obligatoires et édictées sous peine de nullité de la convention.

[1243] Art. 381 CPC.

[1244] L. CADIET, op. cit., n°38.

[1245] Ibid.

[1246] L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », *op. cit.*, n°14.

[1247] V. LASBORDES, « L'actualité de la cession de créance », in *Petites Affiches*, 14 novembre 2002 n°228, p. 4. L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », *op. cit.*, n°22 et s.

[1248] L. LASBORDES, *op. cit.*, l'auteur conclut sa réflexion sur les créances éventuelles en affirmant qu' « *à l'instar de son homologue professionnel, la cession civile pourra valablement avoir pour objet une créance seulement éventuelle au jour de la conclusion du contrat à la condition, toutefois, d'être suffisament identifiable, condition laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond* ».

dispose alors d'une large gamme de créances cessibles dans la cession ordinaire avec un contrôle maximum exercé suivant la nature des créances concernées ou un contrôle normal relativement au consentement et au prix de la cession. L'exigence de sécurité juridique dans la circulation de la créance est essentiellement juxtaposée au modèle du droit commun et garantie une meilleure prévisibilité de l'opération. Cependant, la situation est assez différente lorsqu'il s'agit d'un transfert de nature professionnel.

417. Le législateur sénégalais opère un renvoi aux « *règles et usages du commerce* »[1249] pour fixer le formalisme dans la cession professionnelle de créance. De manière générale, c'est le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement qui énonce les mentions prescrites pour la circulation des créances visées à l'art. 247 COCC. Le législateur indique quelques procédés comme l'endossement ou la simple tradition selon les titres en cause. Le point commun à ces différents titres en usage chez les professionnels est la variabilité du formalisme de validité de l'opération. Ainsi, pour faire simple et rendre le mécanisme attractif, d'autres pays ont modifié les exigences relatives au formalisme. C'est ainsi que la loi Dailly du 2 janvier 1981[1250] a assoupli les conditions de circulation des créances pour les professionnels. Le formalisme entourant le bordereau Dailly est codifié aux art. L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier[1251]. Il est relativement accessible et l'exigence de sécurité juridique est perceptible à travers les sanctions posées en cas de non respect du formalisme. Dans ce sens, l'interprétation faite par la jurisprudence du formalisme est très stricte[1252]. Ainsi, la distinction de l'opération entre le cédant et le cessionnaire et de celle incluant le recours aux formalités de la cession Dailly permet d'accentuer le formalisme de cette dernière. Ainsi, en cas de contestation sur la validité de la transmission des créances, les parties peuvent se retrouver dans une situation juridique impliquant l'exécution des obligations réciproques[1253]. Donc, si la validité de la convention entre le cédant et l'établissement

[1249] Art. 247 COCC.
[1250] Art. L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier.
[1251] Il s'agit principalement de : l'appellation « acte de cession de créances professionnelles », la référence aux articles L. 313-23 et 313-24 du Code monétaire et financier, l'identification de l'établissement de crédit bénéficiaire et celle des créances cédées.
[1252] Sur cette question, voir M-A. RAKOTOVAHINI, « La créance cédée par bordereau Dailly : une appropriation encadrée », in *Petites Affiches*, 15 janvier 2008 n°11, p. 20.
[1253] C'est le sens de la décision rendue par la Cour de cassation en date du 16 octobre 2012 (Cass.com. 16 octobre 2012 (pourvoi n°11-22062) non publié). La Cour estime que la transaction

de crédit ne semble pas être affectée par l'inobservation des conditions strictes posées par la loi pour le bordereau Dailly, il apparaît que le défaut de l'une des mentions exigées par l'art. L. 313-23 du Code monétaire et financier provoque une modification de la nature juridique du titre. Mieux encore, l'absence de date ou de signature peut gravement influer sur les droits du cessionnaire. En effet, l'opposabilité du titre aux tiers[1254] n'est acquise qu'à partir de la date indiquée sur le titre. C'est une solution consacrée en droit commun pour les effets de commerce[1255] avec une certaine souplesse en fonction des cas de régularisation. En outre, c'est la souplesse dans la négociation[1256] pour les titres qui préfigure une certaine flexibilité des formes par souci de rapidité et de sécurité. Toutefois, la liberté des formes dans la circulation n'est pas toujours un gage de sécurité juridique surtout lorsqu'il s'agit de prouver.

418. Le formalisme probatoire et la protection des parties. Le droit de la preuve opère une distinction entre le système de la preuve légale[1257] et celui de la preuve libre[1258]. La cession étant une convention, il est en principe soumis au système légal de la preuve. Mais c'est plus l'objet de la preuve qui est intéressant à voir car pour le reste, les règles du droit commun ont tendance à s'appliquer. La preuve peut porter sur l'existence de la cession entre le cédant et le cessionnaire, sur l'existence de la créance ou encore sur son montant surtout dans le cas des cessions professionnelles de créances[1259]. Toutefois, la question de la preuve est surtout prégnante dans le contentieux de l'opposabilité comme le souligne L. CADIET « *dans les seuls rapports des parties entre elles, les formalités de l'article 1690 du Code civil ne sont d'aucune nécessité, ni même utilité. Ces formalités ne valent du moins*

intervenue entre les cocontractants et sa publication sans l'opposition de la caution privait celle-ci de la possibilité d'invoquer ultérieurement les contestations sur la créance.

[1254] V. LASBORDES-DE VIRVILLE, « formalisme des cessions de créances professionnelles, la Cour de cassation persiste et signe : l'action en paiement formée par le cessionnaire est subordonnée à la production du Bordereau Dailly », in *Petites Affiches*, 22 décembre 2004 n°255, p. 14.

[1255] C'est l'exemple du chèque avec l'art. 49 Règlement 15/2002/CM/UEMOA qui énonce les sanctions en cas d'inobservation du formalisme de validité.

[1256] F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, Thèse précitée, p. 65 et s.

[1257] Art. 12 COCC.

[1258] Art. 13 COCC.

[1259] P. GUILLOT, « Cession de créance et cession de dette », in *Petites Affiches*, 03 octobre 2007 n°198, p. 4.

ordinairement, que pour assurer l'opposabilité aux tiers de la cession réalisée inter partes »[1260].

B. L'opposabilité de la cession, outil de prévisibilité de l'anticipation

419. Position du problème. Le principe de l'opposabilité de la cession est posé par l'art. 241 al. 2 COCC[1261]. Il se manifeste à travers deux exigences fondamentales qui donnent au formalisme une importance spéciale : un écrit et une signification. Ainsi, l'opposabilité de la circulation des créances est enfermée dans des modalités d'interprétation stricte. Cette rigueur est justifiée par la prise en compte de la sécurité juridique objective. En effet, l'absence du consentement du débiteur lors de la formation du contrat est compensée par son information préalablement à l'exécution de ses obligations. Ceci répond à la condition formulée à l'art. 166 COCC concernant le destinataire du paiement[1262]. L'information du débiteur répond en réalité à deux impératifs distincts d'un point de vue matériel, mais unifiés du point de vue procédural. Il s'agit d'abord, d'informer le débiteur de l'existence de la cession, ensuite du changement du destinataire du paiement subséquent. En outre, l'acte de procédure peut jouer d'autres fonctions, notamment en matière de preuve et de mise en demeure.

420. L'exigence de sécurité juridique épouse les finalités et les moyens utilisés pour les actes de procédure[1263] dans la protection des parties lors de la circulation des créances[1264]. Pour ce faire, le droit positif opère une distinction entre le débiteur cédé et les autres tiers à l'acte juridique pour contrôler le formalisme lié à l'opposabilité de la cession[1265]. Ce procédé permet de résoudre deux niveaux de difficultés, d'une

---

[1260] L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », *op. cit.*, n°51.

[1261] Aux termes de l'art. 241 al. 2 COCC « *La cession doit être constatée par écrit et signifiée au débiteur cédé pour être opposable à ce dernier ainsi qu'aux autres cessionnaires de la créance et aux créanciers du cédant* ».

[1262] L'art. 166 COCC dit que « *Le paiement doit être fait au créancier. Il peut être fait valablement à son représentant, à ses héritiers ou au cessionnaire de la créance* ».

[1263] A ce niveau, la définition générale de la notion d'actes de procédure peut également prévaloir. Il s'agit alors d'un « *écrit émanant d'un auxiliaire de justice et servant soit de support à la mise en œuvre et à la conduite d'une procédure, soit à préparer ce procès ou à préserver des droits* », v. *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2012-2013, n°160-07.

[1264] R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, Paris, LexisNexis, 2012, pp. 649 et s. dans son ouvrage, l'auteur montre la particularité des actes de procédure antérieurs au procès, les actes indissociables au procès et les actes postérieurs au procès. Cette catégorisation permet de voir l'utilité de chaque acte et les moyens mis en œuvre par le juge pour protéger les parties.

[1265] Pour plus d'éléments théorique sur la notion de tiers voir, P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé tome 333, 2000. L'auteur soutient que

part, la qualité de la circulation de la créance en considération de l'obligation *stricto sensu*, d'autre part, la méthode d'arbitrage des conflits de droits successifs sur une même obligation. A terme, la sécurité juridique doit améliorer la prévisibilité de l'étendue des droits de chacun et optimiser les conditions de l'exécution des obligations de chaque partie.

421. Le formalisme de l'opposabilité de la cession au débiteur cédé et la protection de la circulation de l'obligation. Dans la cession ordinaire de créance, le formalisme d'opposabilité repose sur le respect de la procédure de signification[1266]. En matière de procédure civile, la signification est une technique spécifique d'information des parties relevant du monopole des huissiers de justice et régie par un formalisme très strict[1267]. Elle permet de communiquer au débiteur les évolutions qui affectent son rapport juridique avec le créancier initial.

422. Le législateur ne se prononce pas sur les modalités spécifiques de la signification. Il prévoit seulement l'accomplissement de la formalité en plus de l'écrit qui joue plus une fonction probatoire qu'une mesure réelle de publicité. Alors, il se pose la question sur la technique de signification de la cession. *A priori*, il faut faire un choix entre la conception large de la signification, c'est à dire son assimilation à la notification, et la conception étroite, c'est-à-dire dans son sens purement processuel. A l'évidence, une préoccupation de sécurité juridique formelle inclinerait à privilégier la seconde option. C'est la position de la Cour de cassation dans une décision rendue le 22 mars 2012 qui décide qu' « *ayant relevé à bon droit qu'à défaut de respect des formalités exigées par l'article 1690 du Code civil, la simple connaissance de la cession de créance par le débiteur cédé ne suffit pas à la lui rendre opposable, la cour d'appel, qui a constaté que les cessions litigieuses n'avaient pas été acceptées de façon certaine et non équivoque par la société G., qui s'était acquittée de ses obligations entre les mains de ses assurés avant la*

« *La reconstruction de la qualité de tiers ne peut s'opérer que par référence à l'acte juridique, la seule susceptible de conférer à la notion sa richesse technique et sa dimension téléologique* ».

[1266] selon la pratique de la procédure civile « *juridiquement, on parle de notification et, si la notification est faite par un huissier de justice, de signification* », voir H. CROZE, C. LAPORTE, *Guide pratique de procédure civile*, Paris, LexisNexis, coll. Droit & professionnels, 4e édition, p. 4.

[1267] Le CPC traite de la signification comme d'un acte de procédure formaliste laissée aux soins d'un huissier de justice avec des mentions à inscrire sous peine de nullité, cf. art. 100 et s. CPC. Pour la France, « *l'article 1er de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers leur confère le monopole de signification des actes* », in *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2012-2013, n°162-61.

délivrance de l'assignation en référé, en a exactement déduit que les cessions de créance lui étaient inopposables »[1268]. En effet, la simplification excessive du support d'information du débiteur cédé déplacerait le problème vers le contentieux de la preuve de la connaissance du transport de créance ou la publicité de l'opération selon la matière en cause[1269]. Les exigences du monde professionnel diffèrent des besoins de protection des débiteurs non professionnels dans la cession de créance. Ici, l'intervention d'un homme de l'art dans la procédure constitue une garantie structurelle de la mesure des droits de chaque partie en cas de contestations ultérieures[1270]. En outre, la rédaction très générale de l'art. 241 COCC ne semble pas admettre une différence de traitement entre les formes de cession de créance. Cependant, il semble que le formalisme rigoureux puisse être relativisé en cas d'opérations complexes incluant le transport de créance dans une transmission universelle par exemple[1271]. Cela risque d'être interprété comme un signe d'assouplissement du formalisme, mais c'est une application particulière de l'adage « *accessorium sequitur principale* ». L'opération est pensée globalement et la sécurité juridique objective commande une identité de régime juridique pour l'ensemble des éléments transmis de manière formelle en tout cas. Donc, si l'on se place du point de vue de la sécurité juridique formelle/objective, la signification qui manifeste la reconnaissance de l'opposabilité de la cession doit respecter le formalisme prévu pour les actes de procédure. Mais comme le remarque fort justement L. CADIET « *comme il s'agit, en définitive d'assurer une publicité afin d'informer les tiers intéressés à connaître le transfert intervenu, ce formalisme a pu paraître tout à la fois excessif et insuffisant : excessif en ce qui concerne le débiteur cédé dont la connaissance qu'il aurait de la cession peut être plus simplement*

[1268] M. JULIENNE, « Signification, notification et cession de créance », note sous arrêt Cass.1ère civ. 22 mars 2012 (n° 11-15151), in *Defrénois*, 15 juin 2012 n°11, p. 555. L'auteur de l'analyse conclut par un plaidoyer en faveur de l'assouplissement des conditions d'information du débiteur cédé, elle estime qu' « *il est aujourd'hui indispensable d'abandonner l'exigence d'une signification, pour y substituer une simple notification. Un cessionnaire qui adresserait un courrier recommandé au cédé, comme l'avait fait le garagiste dans la présente affaire, serait en droit d'obtenir payement. Il serait parfaitement normal que sa volonté de faire valoir son droit, manifesté clairement par cet envoi, produise son plein effet* ».

[1269] F-X. LUCAS, « Portée de l'inscription en compte d'une cession d'actions nominatives », in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 octobre 1998 n°10, p. 1055.

[1270] Le conseil pratique de H. CROZE, C. LAPORTE « *en général, toute formalité qui peut être faite sous une forme simplifiée peut aussi l'être avec plus de sécurité par acte d'huissier de justice* » démontre à souhait l'intérêt de la signification pour garantir la sécurité juridique.

[1271] L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », *op. cit.*, n°73 et s.

établie ; insuffisant, en revanche, quant aux autres tiers intéressés, notamment les ayants droit du cédant, qui ne sont pas directement touchés par l'accomplissement des formalités de l'article 1690. Il faut ajouter à cela que ce formalisme sied mal aux exigences de rapidité et de souplesse qui caractérisent l'activité économique »[1272].

423. L'exigence de sécurité peut s'ajuster à l'équilibre que le monde des affaires cherche toujours à établir entre simplicité, rapidité et sécurité. Cet équilibre qui pourrait être : efficacité, nécessite la mise en œuvre d'une certaine flexibilité dans l'interprétation du formalisme de la signification. Ainsi, entre les velléités de suppression de la signification[1273] et celles de l'assimiler à la notification, il y'a une politique législative et jurisprudentielle à faire valoir[1274]. En effet, pour les professionnels, le besoin de sécurité juridique s'inscrit dans un subtil recul des catégories juridiques formelles au prix d'une prise en compte des spécificités de l'ingénieure économique[1275]. Un exemple est la volonté de promouvoir les formalités de substitution à celle prévue par l'art. 1690 C. civ., d'une part, et le fait d'accorder une plus grande importance à la connaissance par le débiteur cédé de l'existence du transport, d'autre part. une réponse claire du législateur sénégalais est la lecture combinée du Règlement 15/2002 CM/UEMOA et l'art. 247 COCC qui constate de manière formelle la souplesse de la transmission des créances dans les relations professionnelles et définit les mécanismes d'opposabilité pour les titres visés. En France, la question est tranchée globalement par la loi Dailly, mais pour quelques créances particulières d'autres textes viennent en appui. C'est le cas des fonds communs de créances de la loi du 23 décembre 1988[1276] ou le Règlement n°02/2010/CM/UEMOA relatif aux communs de titrisation de créance et aux opérations de titrisation dans l'UEMOA. La jurisprudence démontre son attachement à la simplification des règles d'opposabilité pour les créances professionnelles sans

[1272] Ibid., n°53.
[1273] O. DUFOUR, « Améliorer la compétitivité de la place de France », in *Petites Affiches*, 22 décembre 2003 n°254, p. 4.
[1274] P. LE CANNU, « Formalités de la cession de créance et cession de parts sociales », note sous arrêt Cass. 1ère civ. 19 septembre 2007 (n°06-11814), in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 janvier 2008 n°1, p. 35. Tout en laissant le soin à ses « *savants collègues civilistes* » de tirer les conséquences de l'arrêt sur le plan général, l'auteur indique qu' « *on peut dire qu'il participe à un courant jurisprudentiel qui renforce l'efficacité des cessions de parts sociales et qui atténue le formalisme, tout en accroissant l'importance des décisions collectives* ».
[1275] F. MARTY, « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis », in Critères économiques et sécurité juridique, *Revue de l'OFCE*, 2007/1 n°100, p. 85-120.
[1276] L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », *op. cit.*, n°143 et s.

céder à un contrôle minimum garantissant l'existence du critère décisif : la date de la cession qui marque l'acquisition de l'opposabilité aux tiers[1277]. En termes de sécurité juridique, la jurisprudence fait la différence entre les conditions de validité de la cession professionnelle et les conditions d'opposabilité plus sévèrement contrôlées[1278]. La prévisibilité de l'étendue des droits des parties a d'ailleurs une portée assez générale, dans la mesure où les procédures collectives n'échappent pas à la règle de l'opposabilité fixée par la loi Dailly[1279]. C'est une démarche qui a le mérite d'apporter des correctifs ponctuels à certaines irrégularités qui affectent *l'instrumentum* de la cession sans remettre en cause son essence, c'est-à-dire, la circulation des droits acquis par le cédant. En outre, elle garantie le respect des droits du débiteur cédé, si la finalité de l'informer est réalisée de manière suffisante et précise. C'est une logique similaire qui prévaut également dans l'opposabilité de la cession aux autres tiers.

424. La circulation de la créance cédée et le formalisme d'opposabilité aux autres tiers. Selon le droit positif sénégalais, l'opposabilité de la cession « *aux autres cessionnaires de la créance et aux créanciers du cédant* » est acquise avec la signification[1280]. Ce principe n'appelle pas beaucoup de commentaires du point de vue de l'analyse du formalisme, mais plus fondamentalement sur l'information des autres tiers. La rigueur du formalisme de la signification aux autres tiers semble se cantonner à la cession ordinaire des créances[1281] car pour la cession professionnelle, la jurisprudence a tendance à privilégier la théorie de la

[1277] S. PELLET, « Le bordereau de cession Dailly qui mentionne plusieurs dates de cessio n'en est pas moins valable », note sous arrêt Cass. com., 3 juillet 2012, n°11-19796, Sté La Violette financement c/ M. X, PB, in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 octobre 2012 n°9, p. 5. Comme le souligne l'auteur « *la solution, qui n'est pas nouvelle (Cass. com., 7 déc. 1993, n°92-10953 : Bull. civ. n°326), mérite approbation. La date n'est pas une condition de validité du bordereau, exigée à peine de nullité, mais selon l'article L. 313-27, une simple condition de sa prise d'effet entre les parties et d'opposabilité aux tiers* ».

[1278] G. PILLET, « L'identification des créances professionnelles cédées ne passe pas nécessairement par une désignation du débiteur », note sous arrêt Cass. com., 01 février 2011 (n°10-13595), in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 avril 2011 n°4, p. 3. A la suite de l'auteur, il convient de constater que « *La Cour de cassation juge pour la premeière fois que l'absence de toute mention écrite du débiteur cédé dans le bordereau Dailly n'affecte pas nécessairement l'opposabilité de la cession de créance* ».

[1279] R. BONHOMME, « Instruments de paiement et de crédit et procédures collectives », note sous arrêt Cass. com., 10 mai 2005 (n°04-10062), in *Gazette du Palais*, 07 juillet 2005 n°188, p. 36.

[1280] Art. 241 al. 2 COCC.

[1281] V. J. P. TOSI, *Le droit des obligations au Sénégal*, Abidjan, NEA, 1981, p. 345 et s. L'auteur souligne l'application par le juge sénégalais de la théorie de la connaissance acquise comme mode d'opposabilité de la cession au débiteur cédé pour des raisons d'efficacité de la technique (Dakar, 23 mai 1980, *Sonadis c. Dametal*, arrêt n°241).

connaissance acquise[1282]. Cette différence s'explique par la grande mobilité des créances inhérente à la cession professionnelle, cependant, elle ne sacrifie pas pour autant la vérification de la validité des opérations de transport. C'est plutôt sur le terrain de la fraude que la sécurité juridique parvient à contrôler les inconvénients de la souplesse du formalisme. Ainsi, citant une jurisprudence de la CA de Paris de 1984, L. CADIET affirme que « *cette jurisprudence concerne tous les tiers, qui doivent se garder de contrevenir aux intérêts du cessionnaire dès lors qu'ils connaissent la cession* »[1283]. Toutefois, il faut se garder de voir dans la théorie de la connaissance acquise une garantie absolue d'opposabilité de la cession. La Cour de cassation n'aboutit pas à une telle conclusion[1284], c'est plutôt un facteur pertinent d'appréciation de la fraude. En effet, en l'absence de règles spéciales d'opposabilité aux tiers, le droit commun a tendance à s'appliquer en garantie de la sécurité juridique des parties. Il est possible de critiquer la lourdeur du formalisme de validité et d'opposabilité de la cession, mais la trop grande flexibilité espérée par le milieu professionnel fait perdre la prévisibilité du mécanisme. La transformation de la signification en notification est certes avantageuse pour les cessions professionnelles, elle est porteuse d'incertitude quant à l'effectivité de la réalisation du paiement. En effet, le temps est souvent facteur d'incertitude et de fragilisation du paiement quant les garanties ne sont pas précisées. Le contrôle dans le temps et l'espace des droits successifs sur une même créance est un enjeu important de sécurité juridique[1285]. C'est également une condition de tester l'efficacité de l'anticipation comme technique de préservation contre l'impayé ou de réduction de l'incertitude.

§ 2 – L'anticipation de la garantie, mode efficace d'exécution ?

425. La maitrise du risque d'impayé dans le temps est une technique à double finalité pour le créancier. L'anticipation du paiement est une mesure préventive dans son mécanisme opératoire, en cas de succès, elle se transforme en un moyen effectif de réalisation des attentes du créancier. Cependant, une question reste en

[1282] B. ROMAN, « Cautionnement », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 4 mars 2003, in *Defrénois*, 30 septembre 2003 n°18, p. 1151.
[1283] L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », *op. cit.*, n°124.
[1284] Cass. 1ère civ., 22 mars 2012, in *Defrénois Flash*, 10 avril 2012, p. 5.
[1285] D. BUREAU, « Les conflits de lois relatifs à l'opposabilité des transferts de créance par bordereau selon la de sécurité financière », in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 445.

suspens au delà du formalisme de la cession. C'est celle des garanties réelles attachées à la cession devant définir la fiabilité du transport des créances et son succès à l'avenir. Comment le droit y parvient est l'objet de la réalisation des prévisions de chaque partie.

Les réponses proposées par le droit positif convergent vers la duplication du modèle contractuel de base dans les rapports qui lient les différentes parties. Ainsi, la prévisibilité des garanties essentielles liées à la cession s'évince des propriétés de la créance, objet de la cession (A). En cas de difficultés lors du paiement, la résolution des litiges permet de mesurer l'effectivité de la technique de l'anticipation (B).

A. Les formes de garanties dans la circulation des créances

426. Prolégomènes. Suivant les dispositions de l'art. 242 COCC « *le cessionnaire devient créancier aux lieu et place du cédant. Il bénéficie des droits et sûretés attachés à la créance* ». Le principe posé par le législateur n'est pas novateur en soi, car il est usuel que la transmission de la créance entraine un changement formel d'acteurs. C'est au plan substantiel que les garanties dans la circulation des créances sont plus visibles. A ce niveau, l'on constate qu'il existe une certaine unité structurelle dans l'admission des garanties et une dualité matérielle dans la réalisation des garanties. D'une part, une corrélation est bien définie entre les droits transférés et les droits préalablement acquis par le débiteur. A ce titre, la loi précise que « *le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qui ont pu être acquises avant la signification de la cession* »[1286]. Seulement, le principe en soi ne permet pas d'évaluer les garanties sans une individualisation de celles-ci. En réalité, dresser une liste des garanties peut s'avérer rédhibitoire, mais un degré suffisant de connaissance des garanties raisonnablement prévisibles est un moyen d'accroitre la prévisibilité de la protection. A ce propos, E. SAVAUX notait que « *la transmission, à l'acquéreur d'une créance, des accessoires de celle-ci est formellement énoncée par l'article 1692 du Code civil. La notion est difficile à cerner et donc, avec elle, l'étendue exacte de l'effet translatif de la cession de créance* »[1287].

[1286] Art. 242 al. 2 COCC.

[1287] E. SAVAUX, « cession de créance », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 10 janvier 2006 (n°03-17839), Bull. civ. I, D. 2006, in *Defrénois*, 15 avril 2006 n°7, p. 597. Plus que les droits, l'auteur insiste sur la transmission des actions et remarque qu' « *il y'a plus de difficultés pour ce qui concerne la transmission des actions au cessionnaire de la créance. Non pas, en réalité, que le principe en soi réellement discuté ; en général, les actions sont analysées comme des accessoires de la créance*

Alors pour que les garanties puissent jouer dans les deux sens, il faut que la relation qui unit le cédant au cessionnaire soit précise et que celle qui va suivre entre le cessionnaire et le débiteur cédé s'inscrive dans une logique déjà maitrisable. La jurisprudence en ce qui concerne le transfert des actions au cessionnaire a donné une solution dans une formulation assez générale. Dans sa décision du 10 janvier 2006, la Cour de cassation a retenue que « *la cession de créance transfert celle-ci au cessionnaire, qui dispose de toutes les actions qui appartenaient au cédant et qui se rattachaient à cette créance avant la cession* »[1288]. La motivation du juge renseigne sur deux points au moins. D'abord, les garanties accordées sont les plus étendues possibles, ensuite elles se limitent à la créance cédée. C'est une conséquence du caractère accessoire des droits et actions transmis lors de la cession. Ainsi, la réalisation des attentes objectives du cessionnaire est consécutive au succès des éléments accessoires. Dans un autre registre, l'attente subjective du cessionnaire est identique à celle du cédant, c'est-à-dire, le paiement à l'échéance. Cette coïncidence d'intérêts est traduite par la garantie que le cédant doit au cessionnaire quant à l'existence de la créance et de ses accessoires[1289]. C'est justement l'une des faiblesses de la cession que de ne garantir que l'existence de la créance et pas celle de la solvabilité du débiteur cédé. Ainsi, l'attente légitime du créancier est infectée d'un vice consubstantiel qui incline ce dernier à rechercher d'autres formes de garanties dans le but de préserver son investissement[1290]. Ici, la sécurité juridique du cessionnaire est modulée selon la liberté contractuelle. Le législateur, à l'appui de l'art. 243 COCC, permet aux parties d'ajuster les garanties de la cession selon leurs convenances.

427. Par ailleurs, la cession de créance peut être utilisée à titre de garantie par le cédant, dans cette perspective, on parlera de cession de créances à titre de

dont elles suivent le sort. Ce qui fait problème, c'est de savoir si toutes les actions, quelles qu'elles soient, sont transmises au cessionnaire ou certaines d'entre elles – qui ne tendent pas à la réalisation du droit du créancier mais à l'anéantissement de l'acte ayant donné naissance à la créance (action en nullité, en rescision ou en résolution) – ne sont pas intransmissibles ».

[1288] G. MECARELLI, « De la transmission des actions en justice avec la créance cédée », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 10 janvier 2006 (n°03-17839), in *Petites Affiches*, 31 octobre 2006 n°217, p. 5.

[1289] Art. 243 COCC « *Sauf stipulation contraire, le cédant garantit, au cessionnaire la seule existence de la créance et des sûretés qui y sont attachées* ».

[1290] L. CADIET, « Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », in *JurisClasseur civil*, fasc. 30, 12 mars 2007, n°30 et s.

garantie[1291]. Si en droit OHADA, la technique ne semble pas poser beaucoup de diffucltés quant à la finalité attendue[1292], en droit français, le caractère ponctuel de l'usage de la propriété comme garantie[1293] donne à cette forme de garantie un usage plus limité dans le rapport initial entre le constituant et le créancier[1294]. En effet, le cédant peut s'acquitter de sa dette entre les mains du créancier nanti avant échéance et mettre fin au mécanisme de garantie institué. Formellement, la fonction de garantie est réalisée sans remettre en cause la pertinence de l'opération au moment de sa conclusion. Mais au plan purement technique, cette forme particulière de cession mérite d'être évaluée comme forme d'anticipation du paiement.

Les formes de garantie proposées dans l'anticipation du paiement ressortissent donc des prévisions contractuelles des parties ou plus simplement de la volonté du législateur d'améliorer les techniques utilisées.

428. La sécurité juridique structurelle découlant des garanties légales. A la lumière de l'art. 243 COCC, les garanties légales prévisibles sont l'existence de la créance et la transmission des accessoires y afférentes. Concernant l'existence de la créance, la Cour de cassation au visa de l'art. 1693 C. civ., rappelle que « *celui qui vend une créance ou autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie* »[1295]. L'existence de la créance est bornée par une double condition d'ordre objective : la créance en soi et son rapport temporel avec la cession. Ainsi, L. CADIET mentionne que « *la garantie doit jouer lorsque la créance cédée n'appartenait pas au cédant. Conformément à l'article 1599 du Code civil, le cessionnaire pourrait alors agir en nullité avant même d'être inquiété par le*

[1291] La cession de créance à titre de garantie est codifiée aux articles 80 et s. de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés (JO OHADA n°22, 15 février 2011). En France, les articles 2356 à 2366 du Code civil, issus de la réforme du 23 mars 2006, organisent le régime juridique du nantissement de créance.

[1292] P. CROCQ (sous la dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Paris, Lamy, coll. Lamy axe droit, 2012, pp. 176 et s.

[1293] F. DANOS, « Cession de créance à titre de garantie : rejet prétorien d'une généralisation à raison d'une validation législative limitée », note sous arrêt Cass. com., 19 décembre 2006 (n°05-16.395), in *Petites Affiches*, 18 juillet 2007 n°143, p. 22. Voir aussi, N. BORGA, « Cession de créance à titre de garantie requalifiée en nantissement, bis repetita ? », note sous arrêt Cass. com., 26 mai 2010 (n°09-13388), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 juillet 2010 n°7, p. 4. Dans cette décision, le juge avait estimé que « *signifiée au locataire conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code civil, une cession de loyers faite en garantie du remboursement d'un prêt confère au créancier la qualité de créancier nanti* ».

[1294] S. PRIGENT, « Cession de créance de droit commun à titre de garantie », note sous arrêt Cass. com., 19 décembre 2006, in *Petites Affiches*, 27 février 2007 n°42, p. 10.

[1295] Cass. civ., 3e, 15 mars 2006 (n°04.19.337) B, in *Gazette du Palais*, 30 décembre 2006 n°364, p. 20.

véritable propriétaire »[1296]. La garantie légale ainsi accordée sert d'outil de contrôle aussi bien de la validité contractuelle que de son équilibre. En effet, la convention porte sur la créance, même si elle peut être future[1297], qui doit être déterminable au moment de l'accord entre les parties. En outre, l'existence de la contrepartie est une exigence fondamentale pour les contrats synallagmatiques à titre onéreux. La prévisibilité de l'étendue de la garantie recherchée par le législateur permet au cessionnaire de bénéficier d'une mesure purement pratique en relation avec l'ordre public contractuel. C'est un effet similaire qui est consacré dans les cessions Dailly et explicitement par une jurisprudence du 01 février 2011[1298]. Dans les deux formes de cession, la garantie est toujours reconnue à partir de la date de cession. Cette référence à la date rejoint l'un des critères d'opposabilité de la cession car elle s'est conclue sans l'accord du débiteur cédé.

429. Le législateur n'a pas une politique juridique unique en matière de garantie dans la cession. Alors, c'est une sécurité juridique plurielle qui est mis en œuvre selon la discipline en cause. L'exemple de la cession de titres est assez illustratif, suivant le constat de D. GIBIRILA dans « *la vente, le cédant est tenu à l'égard de l'acquéreur de la garantie d'éviction, c'est-à-dire de lui assurer la jouissance paisible du bien vendu, mais aussi, de la garantie des vices cachés, à savoir l'absence de défaut de ce bien. En revanche, dans une cession de créance, le cédant doit seulement garantir l'existence des créances cédées au moment de la cession. La cession de titres obéit à ces deux régimes, celui de la vente et celui de la cession de créance et, du même coup, bénéficie de ces deux garanties, contre l'éviction et contre les vices cachés* »[1299]. La variabilité des garanties légales est fonction de la

[1296] L. CADIET, « Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », *op. cit.*, n°26 et s. l'auteur ajoute à juste titre que « *le cédant est responsable de l'extinction de la créance lorsqu'elle s'est produite avant la cession, par prescription par exemple, ou par compensation* ».

[1297] Les contrats d'assurance sont de plus en plus instrumentalisés dans la circulation des créances de par la réserve d'argent qu'ils représentent. Voir, S. HOVASSE-BANGUET, « La fonction de garantie de l'assurance vie », in *Defrénois*, 30 avril 1998 n°8, p. 510.

[1298] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Précisions sur l'étendue de la garantie du cédant en matière de cession de créances professionnelles », note sous arrêt Cass. com., 1er février 2011 (n°09-73000), in *L'ESSENTIEL Droit bancaire*, 01 avril 2011 n°4, p. 1. Dans cette décision, le juge dit que « *la garantie à laquelle le cédant est tenu, en vertu de l'article L. 313-24, alinéa 2 du Code monétaire et financier, lors du paiement d'une créance cédée par le biais d'un bordereau Dailly, porte tant sur la solvabilité du débiteur cédé que sur l'existence de la créance cédée* ».

[1299] D. GIBIRILA, « La garantie d'éviction du fait personnel du cédant de droits sociaux », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 24 janvier 2006 (n°03-12.736), in *Petites affiches*, 18 juillet 2006 n°142, p. 16.

particularité des opérations juridiques en cause[1300], et l'existence de la créance est fixée comme un strict minima à atteindre en termes de sécurité juridique.

430. La garantie de l'existence de la créance peut s'avérer insuffisante dans un souci d'efficacité de la circulation. Aussi, la loi étend t-elle la garantie aux sûretés qui se greffent à la créance. La dénomination générale de sûreté fait en réalité référence à tous les accessoires de la créance[1301], qu'ils soient droits ou actions. Au soutien du commentaire d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 mai 2010, O. DESHAYES a pu dire que « *les accessoires de l'article 1692 sont en effet des droits ou prérogatives qui s'ajoutent, qui s'adjoignent à la créance, pour lui apporter quelque chose* »[1302]. Sur la délimitation exacte du concept « accessoires de la créance », la jurisprudence adopte plutôt une démarche casuistique, en dehors des cas cités par la loi de manière indicative[1303]. Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'une clause compromissoire pouvait être considérée comme l'accessoire d'une créance cédée[1304]. En fait, la transmission des accessoires de la créance tend à renforcer les chances de recouvrement à l'échéance en permettant au cessionnaire de disposer de toute la palette d'action propre au droit de poursuite des créanciers ou parfois au droit des sûretés. Une logique assez proche est en cours dans les contrats d'affacturage pour accroitre les chances de recouvrement, c'est ce qu'a décidé par exemple la cour de cassation à propos de l'exercice du recours dont dispose le factor

[1300] P. PUIG, « Actes de cession d'entreprise : clauses limitatives de responsabilité et étendue de la garantie », in *Petites affiches*, 30 mai 2012 n°108, p. 28.

[1301] G. PILLET, « L'action en responsabilité contractuelle ou délictuelle qui est l'accessoire de la créance se transmet avec elle », note sous arrêt Cass. civ. 2e, 17 décembre 2009 (n°09-11612), in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 février 2010 n°2, p. 3. Dans cette décision, le juge affirme que « *en application des articles 1615 et 1692 du Code civil, la cession de créance transfère de plein droit au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée et, notamment, sauf stipulations contraires ou actions incessibles par nature, l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, qui en est l'accessoire* ».

[1302] O. DESHAYES, « Une dette peut-elle être l'accessoire d'une créance ? », note sous arrêt Cass. 2e, civ., 20 mai 2010 (n°09-65434), in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 juillet 2010 n°7, p. 5. A propos de la décision commentée, le juge a retenu que « *l'action en responsabilité fondée sur la mise en œuvre d'une voie d'exécution destinée au recouvrement d'une créance, avant la cession de celle-ci, ne constitue pas l'accessoire de la créance cédée* ».

[1303] Contrairement à la loi sénégalaise qui fait dans la généralité en traitant des accessoires, l'article 1692 du Code civil nomme expressément les « *caution, privilège et hypothèque* ».

[1304] Cass. civ. 2e, 20 décembre 2001, in *Gazette du Palais*, 2 mars 2002, p. 17, D. 2000, p. 251. La Haute juridiction a motivé sa décision en retenant que « *La cession d'une créance comprend les accessoires de la créance. A violé l'article 1692 du code civil la Cour d'appel qui a retenu que, dans le cas où seule une créance a été cédée, la clause compromissoire insérée dans le contrat auquel le cessionnaire n'avait pas été partie en raison du principe d'autonomie qui y est attachée n'a pu être transmise, alors que la clause d'arbitrage avait été transmise au cessionnaire avec la créance* ».

envers le créancier subrogeant[1305]. Comme le suggère l'art. 243 COCC, l'expression « sûretés attachées à la créance » doit aussi être entendue dans son sens technique. Ainsi, M. BOURASSIN rappelle que le terme accessoire « *laisse penser que les créanciers doivent déclarer leurs sûretés, quelles qu'elles soient, puisqu'elles sont toutes des accessoires des créances garanties* »[1306]. C'est encore une illustration de l'intention du législateur de renforcer la fiabilité de la circulation des créances par la promotion de la confiance du cessionnaire. Mieux, en plus du droit surendettement des particuliers, l'extension des accessoires, dans son acception fonctionnelle[1307], de la créance trouve un terrain d'expression propice dans le droit des procédures collectives. Par exemple, comme le souligne P. ROUSSEL GALLE « *l'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit que les cessionnaires de créance font partie du comité des établissements de crédit quelle que soit leur qualité ou la nature de leur créance, elle prend en compte les cessions de créances, et il en va de même lorsqu'elle énonce que l'obligation ou la faculté de faire partie d'un comité constitue un accessoire de la créance et se transmet de plein droit à ses titulaires successifs* »[1308]. En définitive, la grande flexibilité de la notion d' « *accessoires de la créance* » permet d'étendre les garanties légales à l'infini et de les ajuster à l'évolution des pratiques du monde professionnel. Seulement, l'exigence de sécurité juridique ne doit pas être fragilisée en laissant une marge de manœuvre quasi discrétionnaire aux divers acteurs. En plus de la limitation des garanties possibles dans le temps, une limitation matérielle à la mesure de la créance doit être envisageable. Ceci est d'autant plus nécessaire que la liberté contractuelle permet aux parties de prévoir des garanties supplémentaires voire de restreindre l'étendue de celles existantes.

[1305] P. DELEBECQUE, « La finalité d'une garantie : assurer le recouvrement et non l'extinction de la créance principale », note sous arrêt Cass. com., 10 octobre 2000, Bull. civ. III, in *Defrénois*, 15 décembre 2000 n°23, p. 1383. Dans cette décision, le juge soutient que « *constitue une obligation subsidiaire de garantie contre le défaut de recouvrement de la créance cédée auprès du débiteur, le recours dont l'affactureur dispose envers le créancier subrogeant en vertu du contrat d'affacturage et dont l'exercice est garanti par le blocage partiel des fonds qu'il lui verse ; ce recours ne peut dès lors avoir pour effet d'éteindre l'obligation principale dont il est l'accessoire* ».

[1306] M. BOURASSIN, « Sûretés et surendettement des particuliers », in *Petites affiches*, 10 octobre 2012 n°203, p. 4.

[1307] P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, op. cit., p. 43.

[1308] P. ROUSSEL GALLE, « L'apparition de créanciers atypiques », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 septembre 2012 n°5, p. 325.

431. La sécurité juridique substantielle construite autour des garanties conventionnelles. Associée à la liberté contractuelle, la possibilité de définir les garanties conventionnelles dans la cession des créances est une manifestation de la sécurité juridique subjective, c'est-à-dire, celle qui peut être partagée entre le législateur, le juge et les particuliers. Il subsiste cependant un contrôle résiduel lié à la protection des parties. Le contrôle s'exerce en particulier sur les conditions de validité des clauses, notamment le consentement. Ainsi, en matière de cession de parts sociales, D. GALLOIS-COCHET a pu écrire que « *les garanties conventionnelles permettent justement d'échapper à l'imprévisibilité grâce à leur application objective ; elles trouvent précisément leur origine dans l'insuffisance de protection apportée au cessionnaire par la théorie des vices du consentement* »[1309]. L'on peut approfondir ce constat à travers la juste instrumentalisation de la force obligatoire du contrat pour assurer l'efficience[1310] des garanties conventionnelles. C'est dans ce sens que l'exigence de sécurité juridique revient dans la régulation de l'exercice d'une liberté quelconque. L'idée de L. CADIET, « *les restrictions, voire l'exclusion de la garantie, sont en principe valables, sous un certain nombre de réserves ; elles doivent cependant être interprétées d'une manière restrictives en raison des dangers qu'elles présentent pour le cessionnaire* »[1311], trouve à s'appliquer. Plus généralement, la modification conventionnelle des garanties peut porter sur plusieurs éléments, tels que la créance, les accessoires de la créance ou encore la solvabilité du débiteur cédé[1312]. C'est la finalité poursuivie par les garanties conventionnelles qu'il importe de contrôler à l'aune de la raison d'être du mécanisme du transport des créances. Si les clauses tendent à renforcer le recouvrement de la créance à l'échéance, la volonté des parties doit être préservée, à l'inverse, une interprétation stricte de la volonté des parties permettra de rétablir l'équilibre en

[1309] D. GALLOIS-COCHET, « Le dol et els vices du consentement », in *Gazette du Palais*, 20 mai 2010 n°140, p. 21.

[1310] L'efficience est un terme polysémique aussi bien en économie qu'en droit, mais dans la démonstration, nous allons nous référer à la conception grimaldienne du concept. Voir, M. GRIMALDI, « Rapport de synthèse : bilan d'application de l'ordonnance du 23 mars 2006 », in *Petites affiches*, 27 mars 2008 n°63, p. 74. En définissant le terme, M. GRIMALDI estime que « *l'efficience économique suppose des sûretés qui répondent aux attentes des créanciers, pour qui elles sont faites : des sûretés qui soient simples à constituer, rapides à exécuter, et par là même peu coûteuses. Mais, l'efficience économique n'est pas tout : elle doit être mise en balance avec la justice sociale, qui justifie la protection du débiteur* ». C'est justement cet effort de rééquilibrage des finalités qui intéresse la sécurité juridique.

[1311] L. CADIET, « Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », *op. cit.*, n°38 et s.

[1312] Ibid. n°39 et s.

sanctionnant les abus[1313]. Autant que l'abus, l'ordre public contractuel est destiné à disqualifier les stipulations tendant à exclure toute forme de garanties. Il en est ainsi de l'impossibilité d'éluder la garantie du fait personnel[1314]. La posture du législateur ou du juge s'explique par l'analyse globale qu'ils font de l'opération de transport de créances. En effet, la sécurité est pensée de manière intersubjective par rapport au cédant et au cessionnaire. La volonté d'anticiper le paiement ne doit pas mettre en péril l'objectif poursuivi par le cessionnaire en prenant part au mécanisme. Ce type de raisonnement est assez courant également dans la garantie de passif social comme l'atteste la décision de la Cour de cassation en date du 20 septembre 2012[1315]. C'est une lecture des opérations juridiques qui n'est pas isolée, en matière d'assurance par exemple, la jurisprudence montre bien l'importance des garanties conventionnelles à défaut d'extension des garanties légales[1316]. En plus de jouer un rôle subsidiaire dans le renforcement de l'efficacité de la cession, les garanties conventionnelles peuvent parfois se révéler utile en paralysant une garantie légale dans tous ses effets. La Cour de cassation dans sa décision du 21 février 2011 a décidé que « *l'acheteur d'une chose comportant un vice caché qui accepte que le vendeur procède à la remise en état de ce bien ne peut plus invoquer l'action en garantie dès lors que le vice originaire a disparu mais peut solliciter l'indemnisation du préjudice éventuellement subi du fait de ce vice* »[1317]. Le transport de créance qui emprunte la forme d'une vente peut recevoir une solution similaire, si le cédant propose au cessionnaire l'exécution d'une clause contractuelle de garantie le mettant dans sa situation initiale.

[1313] C. AUBERT DE VINCELLES, « Clauses abusives et office du juge », in *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 648. Dans cette affaire (CJUE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, RTD civ. 2009, p. 684), la Cour prévient que « *le juge de l'exécution d'une sentence arbitrale devenue irrévocable doit examiner d'office le caractère abusif de la clause compromissoire, dans la mesure où, selon les règles de procédure nationale, il peut procéder à une telle appréciation dans le cadre de recours similaires internes* ».

[1314] L. CADIET, « Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », *op. cit.*, n°41.

[1315] P. MOUSSERON, « Formalisme et efficacité des garanties de passif consenties par des personnes physiques mariées », note sous arrêt Cass. 1ère, civ., 20 septembre 2012 (n°11-13144), in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 décembre 2012 n°12, p. 837.

[1316] D. KRAJESKI, « Quand une extension légale ne joue pas, il faut s'en tenir à la garantie conventionnelle », note sous arrêt Cass. 2e, civ. 24 novembre 2011 (n°10-21685), in *L'ESSENTIEL Droit des assurances*, 15 janvier 2012 n°1, p. 3.

[1317] S. AKHOUAD, « La réparation chasse la garantie, ou comment une garantie légale peut être malmenée par une garantie conventionnelle », note sous arrêt Cass. com., 1èr février 2011 (n°10-11269), in *Petites affiches*, 28 juillet 2011 n°149, p. 9.

432. Les garanties conventionnelles sont appelées à jouer un rôle important dans la sécurité juridique subjective des parties. Elles seront instrumentalisées selon l'accord des parties entre la borne négative, représentée par les clauses de non-garantie[1318], et la borne positive, actée par les engagements sur la solvabilité. En définitive, les formes de garanties peuvent s'additionner dans un souci d'efficacité de l'anticipation du paiement.

B. L'effectivité des garanties dans la circulation des créances

433. Position du problème. La finalité première de la garantie dans la circulation des créances est d'augmenter les chances de recouvrement. Qui dit recouvrement vise l'assiette de celle-ci qui est le gage général des créanciers. Or, dans la circulation des créances, le cédant a anticipé la réalisation de ses prévisions et espère celles du cessionnaire. Pour arriver à ce dénouement heureux, un certain nombre d'obstacles devront être surmontés, tels que les conflits potentiels entre cessionnaires, les prérogatives du débiteur dans la réalisation effective de l'opération, mais surtout la solvabilité du débiteur cédé au moment du paiement. Il existe d'autres types de conflits relativement à l'interaction entre la cession de créance et les procédures d'exécution ou collectives d'apurement du passif, voire de surendettement. L'effet utile de l'anticipation doit être lu au travers du prisme des solutions proposées par la théorie et la pratique juridico-judiciaire à ces différents problèmes.

434. L'effectivité de la garantie de paiement à l'échéance. Elle est étroitement liée à la solvabilité du débiteur au moment de l'exigibilité de la dette. Auparavant, deux techniques permettent de mesurer les dispositions du débiteur à s'exécuter : l'acceptation de la cession dans un acte authentique[1319] et l'étendue des exceptions qu'il pourra opposer au cessionnaire[1320]. L'acceptation de la cession par le débiteur cédé protège deux types d'intérêts. D'une part, l'intérêt du débiteur, comme le soutient D. MAZEAUD « *l'information du débiteur cédé qui a un intérêt légitime à connaître la personne de son créancier, puisque seul le paiement fait à son véritable créancier sera considéré de bonne foi (art. 1240) et, comme tel,*

[1318] L. CADIET, « Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », *op. cit.*, n°40 et s.
[1319] Art. 1690 du Code civil.
[1320] Art. 242 al. 2 COCC.

libératoire »[1321] ; d'autre part, l'intérêt du cessionnaire, quand le débiteur exprime dans l'acceptation son renoncement aux prérogatives dont il bénéficie[1322]. Quant aux exceptions à opposer au cessionnaire, la jurisprudence s'est montrée assez protectrice du débiteur cédé en intégrant celles qui sont inhérentes à la dette et apparues postérieurement à la signification[1323]. Ainsi, ces exceptions pouvant être relevées par le débiteur sont assez variées[1324] mais doivent avoir pour objet la créance transportée. De ce point de vue, la sécurité du porteur d'un titre est plus large en raison de sa faculté de se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions. En tout état de cause, le comportement du débiteur est une source d'imprévisibilité pour le cessionnaire et peut constituer un risque. Le débiteur n'est pas tenu de révéler au cessionnaire les exceptions qu'il peut éventuellement lui opposer lors de la signification, alors que « *la sécurité des transactions résulte davantage de la prévisibilité, c'est-à-dire de la possibilité de prévoir, grâce à la connaissance, à l'information* »[1325]. Cette incertitude n'est pas absolue, car le débiteur peut écarter cette faculté dans son acte d'acceptation de la cession. Mais, l'acceptation dans un acte authentique de la cession ne constitue pas pour autant une garantie absolue. Elle place le cessionnaire dans une position favorable, tout en souffrant du risque d'insolvabilité du débiteur cédé. En pareilles circonstances, le cessionnaire doit se tourner vers d'autres garanties d'effectivité de son paiement.

435. La solvabilité peut être garantie par le cédant de manière à rassurer le cessionnaire quant à sa participation à l'opération juridique et à son paiement à l'échéance. Dans les cessions de créances professionnelles, cette garantie découle de l'application de l'alinéa 2 de l'art. L. 313-24 du Code monétaire et financier. Ainsi, l'arrêt de la Cour de cassation du 01 février 2011 retient que « *la garantie à laquelle*

[1321] D. MAZEAUD, « Cession de créances », note sous arrêt Cass. 1ère civ., 22 mars 2012 (n°11-15151), Gaz. Pal. 8-12 avril 2012, p. 21, in *Revue des contrats*, 01 juillet 2012 n°3, p. 835.
[1322] L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : conditions », op. cit., n°114. L'auteur écrit que l'acceptation « *n'entraine aucun changement dans la situation juridique du cédé. Celui-ci devra s'acquitter exactement de la même manière qu'il l'aurait fait à l'égard du créancier initial. Il n'en sera autrement que s'il résulte à l'évidence des termes de l'acceptation que le débiteur cédé a entendu se libérer en tout état de cause entre les mains du cessionnaire, en renonçant à invoquer les moyens ou exceptions dont il aurait pu se prévaloir à l'égard du cédant* ».
[1323] Y-M. LAITHIER, « La consécration d'une opinion doctrinale : l'opposabilité des exceptions inhérentes à la créance cédée », note sous arrêt Cass. com., 12 janvier 2010 (n°08-22000), D. 2010, p. 266, in *Revue des contrats*, 01 juillet 2010 n°3, p. 843.
[1324] J. LAURENT, « L'opposabilité au cessionnaire d'une créance de l'exception d'inexécution post-signification », in *Petites affiches*, 25 novembre 2010 n°235, p. 7.
[1325] G. PIETTE, *La correction du contrat*, Thèse, Tome 1, PUAM, 2004, p. 154.

le cédant est tenu lors du paiement en application de l'alinéa 2 de ce texte, porte non seulement sur la solvabilité du débiteur cédé, mais également sur l'existence de la créance cédée »[1326]. Le juge tire une conséquence déjà amorcée par les art. 1694 et 1695 C. civ. qui permettent aux contractants d'étendre les garanties disponibles au moment de la formation du contrat[1327]. Ces dispositions législatives incarnent de formidables outils de gestion du temps, qui est un facteur incontestable d'insécurité s'il est mal géré. C'est dans ce sens que l'anticipation est rééquilibrée par les mécanismes du droit classique des contrats. La force obligatoire devient un instrument de neutralisation des effets indésirables du recouvrement anticipé. A ce propos, nous pouvons être d'accord avec G. PIETTE qui estime que « *la force obligatoire peut désormais signifier que l'exécution du contrat est obligatoire dans son principe, mais pas nécessairement dans toutes ses modalités* »[1328]. Ainsi, la garantie de la solvabilité va permettre d'ajuster la sécurité des parties dans le recouvrement en fonction de l'effet des facteurs temporel et personnel sur le processus. En d'autres termes, le cessionnaire s'appuie sur le droit des obligations classique pour assurer son paiement à l'échéance en cas d'insolvabilité du débiteur cédé. C'est l'une des limites du transport des créances à cause de l'effet libératoire expresse qui fait défaut. Cependant, la garantie de la solvabilité prévient l'aggravation des risques pour le cessionnaire grâce à une position à double détente[1329]. La garantie de solvabilité ne met pas le cessionnaire à l'abri de tous les problèmes qui surgissent dans le recouvrement des créances. En effet, son droit sur la créance peut lui être contesté par d'autres acteurs ayant des intérêts concurrents.

436. La gestion des conflits de droit et l'effectivité de la garantie. L'existence de la créance est rarement un phénomène isolé dans un monde où les intérêts économiques s'entrecroisent. La nature ambivalente du patrimoine fait que la

[1326] Cass. com., 1er février 2011 (n°09-73000), Sté BNP Paribas c/ Sté Herriau et a., in Gazette du Palais, 17 février 2011 n°48, p. 22.

[1327] Art. 1694 « *Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance », art. 1695 « Lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas temps à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé* ».

[1328] G. PIETTE, op. cit., p. 158.

[1329] Il ne faudrait pas également exagérer la posture du cessionnaire, car comme le fait remarquer L. CADIET (Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », op. cit., n°47 et s.) « *La clause de garantie de la solvabilité future du débiteur ne peut aller jusqu'à garantir indéfiniment cette solvabilité. Elle doit s'entendre en ce sens que le cédant n'est responsable de l'insolvabilité que si elle existe au jour de l'échéance de la créance ; la garantie ne peut par conséquent s'étendre au-delà de l'époque fixée par cette échéance* ».

créance faisant l'objet d'un transport puisse être revendiquée par d'autres créancier ou même le débiteur cédé. En effet, le débiteur cédé peut envisager un droit de retrait litigieux si les conditions sont réunies[1330]. Mais la concurrence ne s'arrête pas là, comme en témoigne L. CADIET « *le processus de la cession risquerait de perturber gravement l'ordre juridique si chacun ne pouvait fixer le moment précis où la créance passe d'un patrimoine à un autre. Le débiteur doit connaître celui qu'il peut valablement payer. Les créanciers du cédant, soit qu'ils veuillent bien agir par voie d'action oblique, soit qu'ils procèdent à une saisie-arrêt, ont intérêt à savoir si telle créance existe encore dans le patrimoine de leur débiteur. Les créanciers du cessionnaire doivent quant à eux pouvoir opposer que la créance cédée est effectivement entrée dans le patrimoine de leur propre débiteur* »[1331]. Ce panorama est encore loin d'être exhaustif si l'on n'y greffe tous les problèmes de procédure. Ainsi, la sécurité du cessionnaire est très relative et doit être appréciée à l'aune de la seule opération en cause. En effet, une approche macro-juridique risque de rendre la question autrement plus sensible.

437. Pour résoudre ces conflits, le droit dispose d'un arsenal plus ou moins élaboré permettant d'attribuer la créance à l'un des acteurs. Ainsi, « *lorsque deux signification de cession de créance ont été faites au même débiteur le même jour avec indication de l'heure pour chacune, celle qui a été effectuée la première doit être préférée* »[1332]. Ici, c'est le critère de l'antériorité qui est choisi et c'est une réponse assez usuelle en matière de conflit de droits[1333]. Dans tous les cas de figure, c'est la preuve du droit réclamé qui fera foi et le débiteur peut être amené à désintéresser le créancier qui signifie immédiatement son titre. Il semble que cette même logique prévale dans l'optique des situations complexes, telles que les interactions entre la signification de la cession et l'exercice d'une saisie ou la survenance d'une procédure collective d'apurement du passif[1334]. Ainsi, les conflits

[1330] F. MILOUDI, « Cession de créances, portefeuille de créances et retrait litigieux : une conciliation impossible », in *Petites affiches*, 22 février 2012 n°38, p. 7.
[1331] L. CADIET, « Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », *op. cit.*, n°59.
[1332] P. ENGLISH, « La simultanéité et le droit privé », in *Petites affiches*, 15 février 1999 n°32, p. 5.
[1333] L. CADIET, « Vente – Transport des créances et autres droits incorporels – Cession de créance : effets », *op. cit.*, n°69. L'auteur insiste sur la régulation en affirmant que « *les conflits nés de la transmission multiple d'une créance peuvent prendre bien d'autres formes et opposer par exemple un cessionnaire et un créancier nanti, ou encore un créancier et un subrogé* ».
[1334] ibid., n°70 et 71. Comme le fait observer l'auteur, la réforme de 1991 sur les procédures civiles d'exécution accorde une certaine priorité à la saisie-attribution. Ainsi remarque t-il « *finalement,*

de droits relatifs à la cession de créance sont régulés par la règle générale « *prior tempore potior jus* » qui a l'avantage de la prévisibilité et de la stabilité des situations juridiques régulièrement formées et publiées. Toutefois, l'adage « *specialia generalibus derogant* » tend à s'appliquer pour garantir les conditions d'une sécurité juridique sélective selon les finalités que le législateur assigne à certaines lois (insolvabilité, exécution). Cette méthodologie reste conforme à la sécurité juridique objective dans sa rationalité classique en assurant à l'anticipation de l'exécution un minimum de prévisibilité. Ainsi, les principes classiques contractuels et le formalisme probatoire ou de publicité accompagnent la protection des parties tout au long du processus. C'est l'objectif également du législateur en codifiant les sûretés comme instrument de garantie de la solvabilité du débiteur à l'échéance.

Section 2 - La diversité des garanties de solvabilité découlant des sûretés

438. L'enjeu téléologique majeur attaché à l'existence des sûretés[1335] se situe dans l'existence d'une valeur économique spécifique destinée à conjurer l'insolvabilité du débiteur. Il se déploie par la technique de l'adjonction ou du cantonnement selon que la sûreté est personnelle ou réelle. Dans les deux ces, la finalité reste identique : le paiement du créancier à l'échéance. Ainsi, la sûreté est destinée à accroitre la confiance du créancier qui dispose ainsi d'une garantie supplémentaire par rapport à celle offerte aux créanciers chirographaires. Aujourd'hui, le concept de sûretés négatives se développe comme un élément de renforcement de la prévision des parties, mais le regard suspicieux de la doctrine sur cette pratique incite à les recevoir avec précaution[1336]. La description ne rend pas compte de la complexité des situations qui composent l'univers des sûretés. En effet, l'analyse structurelle des sûretés opère une première distinction qui renseigne sur l'implémentation de l'exigence de sécurité juridique dans la matière. Ainsi, le niveau de formalisation de la

---

comme le font observer MM. Starck, Roland et Boyer, il ne reste comme hypothèse de concours possible que celle où la signification de la cession est concomitante à l'introduction de la saisie (…) selon l'article 43 … les créanciers saisissants viennent en concours si les sommes disponibles ne permettent pas de les désintéresser tous ». Il ajoute que « le cessionnaire ne peut plus faire signifier la cession après le prononcé du jugement déclaratif de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ».

[1335] Aux termes de l'art. 1er de l'AUS « *une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ».

[1336] Y. CHAPUT, « Sûretés négatives », in *JurisClasseur Contrats-Distribution*, Fasc. 2890, septembre 2009, cote 05, 2009.

constitution des sûretés et les mécanismes de réalisation permettent de tracer « la politique des sûretés »[1337] ; tandis que l'approche fonctionnelle des sûretés oblige à considérer leur efficacité à l'aune des finalités assignées à ces garanties. Alors, la confrontation des sûretés aux autres droits intéressant la crise du couple crédit-confiance[1338] pourrait servir d'indicateur de performance. A ce propos, D. LEGEAIS affirme que « *le droit des procédures collectives réformé est un révélateur de défauts structurels de notre droit des sûretés. Les faiblesses de structure et de conception originaires ont été aggravées par les interventions postérieures* »[1339]. Ainsi, relançait-il le débat sur l'existence d'une sûreté idéale susceptible de satisfaire l'objectif de sécurité recherché. Toutefois, une partie de la doctrine indique que « *si certaines sûretés sont sans doute meilleures que d'autres, aucune sûreté existante ne remplit toutes ces conditions. Outre ce rapport de supériorité d'une sûreté par rapport à une autre doit être replacé dans le contexte dans lequel interviennent chacune d'entre elles, il faut, vraisemblablement, reconnaître que la sûreté idéale est une chimère* »[1340]. Loin de l'aventure héroïque de Bellérophon, nous nous contenterons d'évaluer la valorisation des sûretés comme instrument de garantie du recouvrement des créances par la sécurité juridique à travers l'opposition traditionnelle sûreté personnelle et sûreté réelle. La réalisation des attentes des différentes parties sera appréciée dans la relation sujet à sujet (**§1**) et dans le rapport du sujet à l'objet (**§2**).

§ 1 - La garantie de l'exécution dans la relation sujet/sujet

439. La confiance est le domaine de l'intersubjectivité par excellence. Ce postulat transparait dans la définition donnée de la sûreté personnelle par l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés[1341]. Le recours au concept de confiance place les sûretés personnelles dans une dynamique éminemment individuelle et politique en

[1337] M. GRIMALDI « Problèmes actuels des sûretés réelles : rapport français présenté aux journées portugaises de l'association Henri Capitant (20-23 mai 1996 : les garanties du financement », in *Petites affiches*, 26 juin 1996 n°77, p. 7.

[1338] Principalement le droit des procédures collectives d'apurement du passif et le droit du surendettement des particuliers.

[1339] D. LEGEAIS, « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 27.

[1340] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Paris, Sirey, 3ème édition, 2012, p. 17.

[1341] Selon l'art. 4 AUS « *Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie* » et art. 12 AUS qui dispose que « *les sûretés personnelles régies par le présent Acte uniforme sont le cautionnement et la garantie autonome* ».

raison de la gravité de l'engagement du garant[1342]. En conséquence, la sécurité juridique est contrôlée à un double niveau : personnelle à travers le principe de la liberté contractuelle, générale à l'appui des règles d'ordre public de protection. Ainsi, notre étude portera l'influence du principe de sécurité juridique sur la structure de la garantie (A) et sur son efficacité (B).

A. La formalisation de la relation sujet/sujet

440. Prolégomènes. Le droit positif ohada n'envisage que deux formes d'expression dans la relation sujet/sujet : le cautionnement et la garantie autonome[1343]. Elles sont qualifiées de sûretés personnelles et s'opposent à celles réelles[1344]. A titre de droit comparé, la législation française prévoit en plus du cautionnement et de la garantie autonome, la lettre d'intention[1345] ; tandis que la *common law* institue des figures plus complexes[1346]. Cependant, elles poursuivent une finalité identique axée autour de la couverture du risque d'impayé. Pour ce faire, le créancier bénéficie de la garantie apportée par le rapport arithmétique entre le patrimoine du débiteur initial et celui du garant. Ainsi, son attente légitime est de trouver un interlocuteur solvable à l'échéance. Et c'est justement cette prévision que la sécurité juridique subjective du créancier cherche à réaliser. De son côté, le débiteur trouve un moyen de renforcer la confiance du créancier au plan subjectif, et un patrimoine à offrir en garantie au plan objectif. Enfin, le garant peut s'engager pour plusieurs motifs[1347] et dispose au plan technique d'un arsenal de moyens pour paralyser la prétention du créancier ou recouvrer sa créance par le biais des recours personnel ou subrogatoire[1348]. Au croisement de ces différentes prévisions,

[1342] P. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles », in *Petites affiches*, 14 avril 2010 n°74, p. 3.
[1343] Art. 12 AUS.
[1344] Art. 4 AUS.
[1345] Art. 2322 Code civil. Au titre de ce texte la lettre d'intention est « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier ». Les sûretés personnelles ne se limitent pas à celles qui sont énumérées par la réforme de 2006, ainsi, la doctrine distingue entre celles qui sont nommées (cautionnement, garantie autonome et lettre d'intention) et celles qui sont innomées (solidarité passive, délégation imparfaite, stipulation pour autrui, promesse de porte fort, convention de ducroire et assurances-crédits), sur ce point voir, M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-J. JOBARD-BACHELLIER, Droit des sûretés, Paris, Sirey, 3ème édition, 2012, p. 25 et s.
[1346] R. LIBCHABER, « Le trust et la parallel debt devant la Cour de cassation », note sous arrêt Cass. com., 13 septembre 2011, Sté Belvédère, in Joly Sociétés, 01 décembre 2011 n°12, p. 987.
[1347] M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés », in Revue des contrats, 01 juillet 2005 n°3, p. 782.
[1348] C. CHAIGNE, V. DAIDO, M. CHANG, « Les garantie à première demande en droit français : les recours du garant après le paiement », in Petites affiches, 17 juillet 2002 n°142, p. 4.

l'exigence de sécurité juridique doit garantir un équilibre satisfaisant soucieux des droits de chaque partie. Mais, il se pose la question de la méthode adéquate pour y parvenir et celle du contrôle de son effectivité durant tout le processus. Une fois encore, le législateur s'est appuyé sur le formalisme[1349] pour définir le cadre de la relation entre le débiteur, le créancier et le garant. Que la garantie soit accessoire ou indépendante du rapport principal, le contrôle de la régularité de l'engagement est l'instrument permettant de lui conférer une efficacité optimale[1350]. C'est plus précisément, la sanction attachée à l'inobservation du formalisme qui renseigne sur le niveau de sécurité souhaité par le législateur.

441. L'étude des formalités obligatoires permet d'isoler deux types de critères susceptibles de renforcer la stabilité de la garantie. D'une part, la qualité de l'*instrumentum* qui établit l'engagement des parties. D'autre part, les prévisions des parties indiquant la relative maitrise des facteurs économique, temporel et psychologique entourant la garantie. Le cumul de ces critères est une condition nécessaire de l'efficacité de la garantie voire de la sécurité des parties.

442. La sécurité juridique formelle et le renforcement de l'unité de la garantie. Le contrat de cautionnement[1351] est le cadre idéal d'expression des liens d'interdépendance qui démontre l'unité de la garantie. En effet, l'interaction entre la dette du débiteur principal et l'engagement de la caution trouve son fondement dans la théorie de l'accessoire[1352]. Plus exactement, le garant met son patrimoine à contribution pour faire face au risque d'impayé du débiteur principal. D'un point de vue structurel, c'est en cela que la confiance du créancier est objectivement implémentée. Il s'établit un lien proportionnel de croissance entre la solvabilité du

[1349] Art. 14 AUS pour le cautionnement et art. 41 AUS pour la garantie autonome.

[1350] M. GRIMALDI, P. DELEBECQUE, « chronique droit des sûretés », in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 6 décembre 2012 n°49, 1748.

[1351] Art. 13 AUS « Le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ».

[1352] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 76. Les auteurs précisent que « la caractère accessoire du cautionnement puise sa source dans la structure même de l'engagement de la caution, son objet consistant en la dette même du débiteur principal. Le principe de l'unicité de la dette explique ainsi, en partie, l'accessoriété renforcée du cautionnement ». Toutefois, cette théorie n'a pas une portée absolue, aujourd'hui plusieurs dérogations sont notées. Comme l'indique P. DUPICHOT (Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, Paris, LGDJ, 2005, p. 235 et s.) « S'il est incontestable que les dérogations à la règle de l'accessoire se multiplient…le point commun à toutes ces dérogations consiste en effet en leur caractère légal ou prétorien ». Ainsi, le droit des insolvabilités et les pratiques professionnelles accentuent les réserves au caractère accessoire du cautionnement.

garant et la confiance du créancier. La certitude de la solvabilité du garant en cas de défaillance du débiteur principal amplifie la prévisibilité d'un paiement effectif du créancier[1353]. Toutefois, ce postulat arithmétique n'est pas facilement vérifiable en raison de l'effet du temps sur la consistance du patrimoine de la caution. Ce phénomène est matériellement mesurable au jour de la conclusion du contrat de cautionnement[1354]. Il dépend de la volonté des parties à travers la liberté contractuelle qui permet d'ajuster de manière empirique la garantie au montant souhaité par la caution[1355]. Juridiquement, ces relations sont simplifiées par le formalisme de constitution du contrat de cautionnement.

443. La gravité de l'engagement de la caution explique aisément la position adoptée par le législateur au moment de poser les conditions de preuve du contrat de cautionnement[1356]. Ainsi, une lecture corrélée des art. 14 et 17 AUS permet de tirer deux principes renforçant l'exigence d'un écrit d'une certaine qualité pour lier la caution. D'abord, « *le cautionnement ne se présume pas* », ensuite « *le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale garantie est valablement constituée* ». Ainsi, il se pose un problème de preuve de la régularité de l'engagement du garant au moment de la conclusion du contrat à un double niveau. C'est justement à ces questions que le formalisme institué par la loi apporte une certaine réponse tendant à la stabilité du rapport de garantie. La sécurité juridique des parties supportant l'essentiel des risques y trouve un terrain favorable. L'exigence d'un écrit pour la preuve du contrat révèle la valeur accordée au consentement du garant et au contenu du contrat. Dans le premier cas, les vices du consentement sont souvent invoqués par les cautions pour se soustraire à assumer leurs engagements. Mais selon les termes même de D. HOUTCIEFF « *le cautionnement de droit commun – du moins celui qui échappe au Code de la consommation - est résistant à la nullité. Les manquements aux règles de formation*

[1353] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 77. Ainsi, d'après ces auteurs « *l'obligation de la caution ne consiste pas seulement, ni même peut-être principalement, dans le paiement de ce qui est dû par le débiteur principal. En amont de ce paiement, seulement hypothétique, l'engagement de la caution consiste, plus abstraitement, en l'octroi d'une garantie de paiement au créancier, c'est-à-dire lui procurer la confiance nécessaire que requiert l'octroi de crédit au débiteur principal* ».

[1354] Art. 15 al. 3 AUS « *La caution doit présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine* ».

[1355] Art. 14 AUS.

[1356] P. CROCQ (sous la dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, op. cit., pp. 80 et s.

et de validité sont restrictivement envisagés par la jurisprudence : les vices du consentement de la caution sont ainsi rarement admis lorsque celle-ci est avertie »[1357]. C'est ce que confirme l'art. 17 al. 1 AUS en disposant que « *la confirmation par le débiteur, d'une obligation entachée de nullité relative, ne lie pas la caution, sauf renonciation expresse, par la caution, à cette nullité* ». Mais cela ne veut pas dire que les principes contractuels sont sacrifiés, la Cour de cassation dans une décision rendue le 14 novembre 1995 a retenu que « *la banque qui sait que la situation de son débiteur est lourdement obérée au moment où le cautionnement est consenti et qui omet, par une réticence dolosive, de révéler cette situation à la caution, manque ainsi à son obligation de contracter de bonne foi* »[1358]. Dès lors, le cautionnement de droit commun reste soumis à un formalisme protecteur des intérêts du créancier au regard de la souplesse de son lien avec la nullité. La caution peut également compter sur l'interprétation en sa faveur de certaines clauses litigieuses, avec le débiteur, elle est protégée « *les fonctions de la formalité probatoire prescrite par l'article 1326 du Code civil* »[1359].

444. La sécurité juridique par le formalisme est accrue pour le cautionnement impliquant un créancier professionnel et une personne physique. En effet, la jurisprudence récente sur l'application de la sanction prévue à l'art. 341-2 du code de la consommation pour le formalisme de l'acte sous seing privé montre la protection accordée à la caution[1360]. A ce niveau, le contrat de cautionnement développe un formalisme informationnel très particulier destiné à éclairer la caution sur la portée de son engagement[1361]. L'extrême diversité des obligations susceptibles d'être cautionnées justifie l'attention du législateur lors de la constitution de l'opération nonobstant l'objectif de simplicité recherché par les acteurs. En effet, les fonctions du

[1357] D. HOUTCIEFF, « La tendance à la validité du contrat de cautionnement », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, Bull. civ. I, n°132, in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 428.
[1358] P. DELEBECQUE, « Le contrat de cautionnement doit, à peine de nullité, être contracté de bonne foi », note sous arrêt Cass. 1ère, civ., 14 novembre 1995 n°1728 D, in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 février 1996 n°2, p. 121.
[1359] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 92.
[1360] M. GRIMALDI, P. DELEBECQUE, « chronique droit des sûretés », in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 6 décembre 2012 n°49, 1748, n°1-11.
[1361] Parmi les clauses usuelles du cautionnement solidaire souscrit par acte sous seing privé par un particulier au profit d'un créancier professionnel on trouve « *la caution reconnaît être pleinement informée de la nature et de l'étendue du prêt consenti au débiteur principal » ou « la caution indique souscrire son engagement en pleine connaissance de la situation économique et financière de débiteur principal* ». pour plus d'informations, voir F. GUERCHOUN, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, Paris, Dalloz, Editions Delmas, 2008, p. 348 et s.

formalisme probatoire et informatif lors de la constitution du contrat renforcent le caractère d'ordre public de la plupart des dispositions préservant les intérêts des consommateurs. Ici, la sécurité juridique est d'intégration dogmatique.

445. Une autre illustration de la protection de la caution inhérente à l'appréciation du contenu de l'engagement est l'application du principe de proportionnalité. A ce titre, l'art. 17 al. 3 AUS dispose que « *l'engagement de la caution ne peut être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, sous peine de réduction à concurrence de celle-ci, ni excéder ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites* ». C'est une application de la théorie de l'accessoire à travers une interprétation substantielle du formalisme. Cette technique est très favorable à la prévisibilité de la portée de l'engagement du garant sur l'effet patrimonial de la garantie. Car en plus d'être une mesure logique liant techniquement et économique la dette à l'engagement du tiers garant, la proportionnalité fait resurgir l'idée de justice contractuelle dans la garantie. C'est une conséquence partagée par le droit commun du cautionnement et les droits particuliers protégeant les intérêts les plus divers. Ainsi, les critiques contre les lourdeurs du formalisme doivent tenir compte de l'incidence sociale et patrimoniale du risque anormal auquel est souvent exposé le tiers garant. Dans ce sens, il faut concevoir avec M. GRIMALDI que « *la sécurité juridique s'entend ici, non pas de la sécurité que le créancier attend de la sûreté, mais de la sécurité que le citoyen est en droit d'attendre de son système juridique* »[1362]. Si la sécurité est seulement pensée du côté du créancier, on omet la vocation du droit de l'exécution à trouver un équilibre entre les intérêts des diverses parties et en garantir l'effectivité. Mais, c'est en raison de l'étroitesse des relations entre la dette principale et l'obligation du garant que les créanciers explorent l'instrumentalisation du formalisme pour consolider d'autres garanties personnelles. Comme le pense justement P. DUPICHOT « *le cautionnement souffre de la possibilité offerte à la caution d'opposer les exceptions affectant la dette principale et c'est cette possibilité contre laquelle on souhaite lutter par la reconnaissance d'autres techniques de sûreté personnelle* »[1363]. La garantie autonome fait partie de

[1362] M. GRIMALDI, « Rapport de synthèse », in *Petites affiches*, 27 mars 2008 n°63, p. 74.
[1363] P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris, LGDJ, 2005, p. 213.

ces techniques novatrices[1364] fondées sur l'indépendance de la garantie par rapport à la dette principale.

446. L'indépendance de la garantie au contrat de base: la quête d'une sécurité objective dans une relation intersubjective. Il faut d'emblée reconnaître que l'intérêt pratique des garanties autonomes réside dans l'inopposabilité des exceptions. Cette règle permet d'introduire une prévisibilité objective dans les chances de paiement du créancier en cas d'insolvabilité du débiteur principal. En effet, le refus d'accomplissement de la prestation du tiers garant est très contraignant au regard de l'art. 47 AUS. Le renforcement de la sécurité du créancier est assis sur un formalisme strict qui conditionne la validité de l'engagement[1365]. Par ailleurs, le législateur ohada a estimé opportun d'exclure les personnes physiques du mécanisme de la garantie autonome[1366]. La motivation principale de cette exclusion réside dans le danger que l'engagement représente pour le patrimoine du particulier et souvent de son inexpérience face aux professionnels habitués à cette technique[1367]. Toutefois, une doctrine moderne ne partage pas l'option législative communautaire et préconise la reconnaissance de la qualité de garant aux personnes physique[1368]. Un point d'accord entre les deux thèses se trouve dans l'instrumentation du formalisme quelle que soit son orientation. En effet, qu'il soit de

[1364] Ibid. p. 250. L'auteur en reprenant les thèses de la doctrine contemporaine, dresse un classement des sûretés personnelles en : garanties accessoires, strictement dépendantes de l'obligation principale (cautionnement), garanties autonomes (garantie à première demande) et garantie indemnitaire (lettre d'intention).

[1365] Article 41 AUS:

Les garantie et contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité :

- la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome ;

- le nom du donneur d'ordre ;

- le nom du bénéficiaire ;

- le nom du garant ou du contre-garant ;

- la convention de base, l'acte ou le fait, en considération desquels la garantie ou la contre-garantie autonome est émise ;

- le montant maximum de la garantie ou de la contre-garantie autonome ;

- la date ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ;

- les conditions de la demande de paiement, s'il y a lieu ;

- l'impossibilité, pour le garant ou le contre-garant, de bénéficier des exceptions de la caution.

[1366] Art. 40 AUS « *Les garantie et contre-garantie autonomes ne peuvent être souscrites par les personnes physiques sous peine de nullité* ».

[1367] Pour le droit OHADA, voir P. CROCQ (sous la dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, op. cit., pp. 117 et s. R. ROGOWIECZ, P. VIDAL, « La garantie autonome souscrite par un particulier », in *Gazette du palais*, 06 octobre 2001 n°279, p. 2.

[1368] B. DIALLO, *La garantie autonome souscrite par une personne physique : essai de droit comparé (France-Ohada)*, Thèse, Université Paris I, Paris, 2009, 341 p. L'auteur insiste sur la nécessaire protection de la personne physique comme garant mais n'approuve pas son exclusion en raison seulement de la gravité prétendue de l'opération juridique.

validité ou informatif voire probatoire, le formalisme peut permettre à travers la sanction qui en assure l'efficacité de prendre en compte les intérêts des uns et des autres.

447. En considération de l'importance accordée au formalisme, deux sanctions sont prévues. L'une très explicite dans l'AUS : la nullité, l'autre, implicite : la requalification. Pour cette dernière, l'observation de G. PIETTE « *La garantie autonome n'est pas un contrat facile à rédiger. Les praticiens éprouvent souvent des difficultés à se positionner, en raison de sa nature de sûreté non accessoire. Le contentieux en la matière révèle que des actes voulus comme des garanties autonomes sont requalifiés en cautionnement, en raison d'une simple maladresse rédactionnelle* »[1369], en offre les conditions de mise en œuvre. Elle tient plus aux compétences techniques et linguistiques des parties qu'à la réalité psychologique de l'opération. Ici, c'est la sécurité juridique formelle qui est préservée à l'appui des exigences d'intelligibilité et de clarté de l'*instrumentum*. Mais, la mise en garde de D. HOUTCIEFF « *s'il convient de se conformer au modèle légal, l'intangibilité absolue du contenu des mentions manuscrites serait le stigmate d'un fétichisme de la lettre qu'aucune exégèse n'aurait admis* »[1370], reste d'actualité. Quant à la nullité, elle associe les fonctions de protection du formalisme de validité et probatoire. En effet, c'est la réalité du consentement du tiers garant et de l'étendue de la garantie qui est enfermée dans les mentions prévues à l'art. 41 AUS. Le respect des formalités de constitution assure au créancier de disposer de la conjonction de l'inopposabilité des exceptions et de l'effet de garantie associée à l'engagement du tiers garant. Sa sécurité est envisagée dans l'autonomie de la garantie par rapport à la dette principale, mais ce postulat est de plus en plus contesté, en raison de l'évolution de la technique. Ainsi, P. PUIG affirme « *à la fois garantie dépendante et cautionnement indépendant, tel est le nouveau visage contrasté de la garantie autonome dont les*

[1369] G. PIETTE, « La rédaction d'une garantie autonome, conseils pratiques pour éviter la requalification en cautionnement », in Petites affiches, 30 juillet 2010 n°151, p. 10. Pourtant l'auteur estime que « à première vue, il n'est pas extrêmement difficile de rédiger une garantie autonome, au regard du faible nombre de règles contraignantes qui encadrent ce contrat. Le Code civil ne lui consacre qu'un texte, l'article 2321, qui se contente de définir le mécanisme (al. 1er) et de reprendre trois grands principes, posés par la jurisprudence et la pratique : théorie de l'appel manifestement abusif (al. 2), inopposabilité des exceptions (al. 3) et autonomie par rapport à l'obligation garantie (al. 4) ».

[1370] D. HOUTCIEFF, « Propos sur le formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », in Revue des contrats, 01 avril 2004 n°2, p. 408.

contours demeurent encore relativement flous »[1371], or le régime du formalisme dépend singulièrement de la nature de la garantie. A ce propos, P. SIMLER soutient que « *l'existence d'un contrat de base, déjà conclu ou, plus souvent, à l'état de projet, constitue la raison d'être de la constitution de la garantie. Il ne peut y avoir de garantie sans obligation à garantir…Mais le nécessaire lien initial est rompu dès l'instant où la garantie autonome est souscrite* »[1372]. En définitive, le formalisme lors de la constitution de la garantie remplie une fonction particulière d'objectivation du rapport liant le tiers garant au bénéficiaire en précisant la nature et l'étendue de l'engagement. La sécurité des parties résulte alors d'un compromis entre la liberté contractuelle et la rigueur propre à la protection du garant.

448. Dans une perspective fonctionnelle, l'encadrement des sûretés personnelles induit une certaine dose de prévisibilité qui permet à la garantie de jouer favorablement au service de l'exécution. Ainsi, l'efficacité de l'objectivation de la confiance dans la relation interpersonnelle peut donner la mesure du rôle de la technique dans l'exécution en général.

B. L'efficacité de la relation sujet/sujet dans l'exécution

449. Données du problème. La finalité identique assignée aussi bien au contrat de cautionnement qu'à la garantie autonome autorise la recherche des critères de réalisation des attentes légitimes de chaque partie. Ainsi, deux situations doivent être envisagées selon que la réalisation de la garantie met en relation que les parties ou qu'elle s'inscrive dans une interaction avec d'autres procédures liées à l'exécution de créances. Dans le premier cas de figure, l'efficacité de la garantie sera appréciée dans la prévisibilité du paiement dès l'appel à garantie du créancier et de sa faculté à surmonter les obstacles susceptibles d'être dressés par le garant ou le débiteur principal. Dans le second cas, l'efficacité est tributaire de la place accordée au droit du bénéficiaire de la sûreté dans la mise en œuvre des procédures d'insolvabilité. En réalité, il existe un éventail assez large de contraintes auxquelles s'expose le créancier en exerçant son droit de poursuite d'un paiement légitime. Alors, la capacité du système juridique à offrir des solutions adaptées à sa situation sera un

[1371] P. PUIG, « Les garanties autonomes », in *Petites affiches*, 27 mars 2008 n°63, p. 9.
[1372] P. SIMLER, « Garanties autonomes – Nature juridique – Caractères – typologie », Fasc. 2910, in *JurisClasseur contrats et distribution*, 20 décembre 2007, n°32, cote 05-2009.

indicateur probant du niveau de sécurité offert[1373], autrement, les parties auront tendance à puiser dans la pratique les instruments de leur propre sécurité. Au plan individuel, l'enjeu majeur réside dans la confiance aux mécanismes de garantie, notamment à la performance des règles protectrices en cas de défaillance du débiteur[1374]. Il en va de l'intérêt d'une société dominée par l'économie de marché et s'appuyant principalement sur le crédit. La situation idéale étant l'exécution du contrat principal par le débiteur[1375] ou l'extinction de la garantie[1376], il serait plus intéressant de voir la mise en œuvre de la garantie plus propice à l'appréciation de la sécurité juridique en phase contentieuse.

1. L'appel à la garantie et l'extinction des obligations réciproques

450. Les conditions d'exercice d'appel à la garantie sont relativement simples pour le cautionnement[1377] et la garantie autonome[1378]. Dans les deux cas, si elles sont observées, le paiement doit être immédiat. Cependant, la pratique montre que l'exécution du garant suppose l'inexistence de griefs contre la demande du créancier. Or, il s'avère que selon la sûreté, le garant peut opposer des exceptions ou soulever le caractère abusif ou frauduleux de l'appel. Ainsi, le garant dispose d'un ensemble de moyens de défense lui permettant d'échapper à une demande de paiement irrégulière. Dès lors, l'exigence de sécurité juridique doit se manifester dans la gestion des conflits susceptibles de fragiliser le droit de poursuite du créancier ou de porter une atteinte excessive aux prérogatives du garant. Nous allons analyser cette situation selon qu'il s'agit des rapports entre le créancier et le garant ou entre le débiteur et le garant.

[1373] M. GRIMALDI, «Rapport de synthèse », in *Petites affiches*, 27 mars 2008 n°63, p. 74.

[1374] Par exemple les mesures de protection de la caution personne physique, voir P. SIMLER, « une réforme à venir : la réforme du cautionnement », in Y. PICOD, P. CROCQ (sous la dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Paris, Editions juridiques et techniques, 2006, p. 41 et s. l'auteur identifie par exemple : la mention manuscrite, la proportionnalité de l'engagement, le reste à vivre et l'obligation annuelle d'information.

[1375] Art. 36 AUS pour le contrat de cautionnement par exemple.

[1376] Art. 36 et s. pour le cautionnement et art. 49 pour la garantie autonome.

[1377] Art. 23 AUS « *Le créancier ne peut entreprendre de poursuites contre la caution qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet* ».

[1378] Art. 45 AUS. En plus de l'exigence d'un écrit, le texte dispose que « *toute demande de paiement doit être conforme aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonome au titre de laquelle elle est effectuée et doit, sauf clause contraire, être présentée au lieu démission de la garantie ou, en cas de contre-garantie, au lieu d'émission de la contre-garantie autonome* ».

451. L'influence de l'obligation d'information dans l'étendue des droits des parties. Il convient de souligner l'importance de l'information dans l'efficacité de la garantie. Celle-ci concerne principalement l'étendue des engagements du garant en fonction de l'évolution de la situation économique et financière du débiteur[1379]. Elle intervient également en amont lors de la constitution de la garantie, les enseignements tirés des jurisprudences *Macron* et *Nahoum* témoignent de la volonté de corriger les inégalités intrinsèques entre les parties en relation avec les informations patrimoniales « *raisonnablement prévisibles* »[1380]. Mais, elle peut avoir des conséquences substantielles sur les droits du créancier[1381] ou les recours du garant[1382]. L'information augmente la prévisibilité du respect des engagements et constitue en cela un avantage aussi bien pour le créancier que pour le garant. Son effectivité est rattachée à la sanction consacrée par le législateur qui exclut toute disposition contraire (art. 25 AUS). Pour la garantie autonome, la loi n'est pas aussi précise privilégiant l'indépendance des rapports entre les parties, mais pour les besoins de sécurité juridique, la pratique tend à remplir ce vide et augmenter la prévisibilité d'une action du donneur d'ordre ou du contre-garant[1383].

452. L'appel de la garantie et la situation du donneur d'ordre ou du contre-garant. Dans les relations entre le garant et le créancier, la situation de la caution présente plus de complexité en raison de la pluralité des moyens de défense de ce dernier. En effet, dans la garantie autonome, le législateur précise que « *si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse* »[1384], un refus de payer est motivé. La principale contrainte demeure l'établissement du caractère abusif ou frauduleux de la demande par le donneur d'ordre ou le contre-garant. Une approche jurisprudentielle de la question laisse entrevoir une certaine incertitude quant au critère décisif de l'appel manifestement

[1379] Art. 25 AUS.
[1380] C. BRENNER, « De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : d'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure », note sous arrêt Cass. com., 8 octobre 2002, in *Petites affiches*, 18 juillet 2003 n°143, p. 12.
[1381] V. LEGRAND, « Le créancier professionnel et la caution non avertie…Regain », note sous arrêt Cass. com., 2 octobre 2012 (n°11-28331, PB), in *Petites affiches*, 21 novembre 2012 n°233, p. 11.
[1382] A. CONSTANTIN, « De l'incidence de la qualité de dirigeant de la caution, et des informations susceptibles d'être obtenues par elle à ce titre, sur son recours contre le créancier fautif », note sous arrêt Cass. com., 9 juillet 2002 (n°1390 FD) BNP c/ Joly, in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 novembre 2002 n°11, p. 1168.
[1383] P. SIMLER, « Garanties autonomes – Nature juridique – Caractères – typologie », op. cit., n°52.
[1384] Art. 47 AUS.

abusif ou frauduleux[1385], en raison de la démarche casuistique du juge[1386]. Aussi, P. SIMLER admet t-il que « *l'appel est manifestement abusif, non en considération de critères objectifs, mais en raison de la mauvaise foi évidente de l'appelant, c'est à dire de sa conscience de l'absence de droit. Les constations objectives peuvent seulement contribuer à révéler l'évidence de la mauvaise foi* »[1387]. L'efficacité du mécanisme est largement extrapolée au détriment d'une meilleure prévisibilité des griefs pouvant être soulevés par le donneur d'ordre ou le contre-garant. Il est vrai que l'autonomie des rapports juridiques entre les parties est une justification acceptable de cette interprétation des choses. Cependant, l'absence d'une obligation d'information associée à l'étroitesse des recours possibles met le créancier dans une situation trop favorable. En conséquence, la politique jurisprudentielle fait recours aux standards classiques de l'ordre public, de l'abus ou de la fraude pour inclure une certaine dose d'équilibre[1388]. C'est une tentative peut-être détournée de rapprocher le régime de la garantie autonome à son modèle de base : le cautionnement. L'intérêt serait de rééquilibrer les privilèges du créancier et la nécessaire protection du tiers garant.

453. Les exceptions dilatoires et le droit de poursuite du créancier. Les moyens de défense de la caution dépendent en réalité de la forme des liaisons entre le débiteur et le(s) caution(s). Sur la base des prévisions légales de l'art. 20 AUS, nous distinguerons entre le cautionnement simple et celui réputé solidaire. Contre le créancier, la caution simple peut invoquer le bénéfice de discussion[1389] ou le bénéfice de division au titre des exceptions dilatoires[1390], comme stratégie de maitrise du temps dans la procédure. La finalité de ces exceptions n'est pas tant de ne pas payer que de respecter un ordre « logique » dans l'exercice du droit de poursuite par son titulaire. En effet, « *le créancier ne peut poursuivre la caution*

[1385] J-L. COURTIER, « Le contentieux des garanties à première demande », note sous arrêt Cass. com., 28 novembre et 12 décembre 1995, in *Petites affiches*, 03 juillet 1996 n°80, p. 40.
[1386] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 245 et s. Les auteurs précisent que « la jurisprudence n'admet qu'avec parcimonie la caractère abusif ou frauduleux de la garantie ».
[1387] P. SIMLER, « Garanties autonomes – Nature juridique – Caractères – typologie », op. cit., n°80 et s.
[1388] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 245.
[1389] Cette exception n'est pas d'ordre public, les cautions peuvent y renoncer de manière expresse (art. 27 AUS).
[1390] C. JUBAULT, « Les exceptions dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond (1ère partie », in *Petites Affiches*, 15 janvier 2003 n°11, p. 4.

simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal »[1391]. Cependant, la mise en œuvre du bénéfice de discussion emporte quelques préalables procéduraux affectés à la sécurité du créancier. D'abord, étant une exception d'ordre procédural, il doit être soulevé *in limine litis* avec indication des « *biens de ce dernier susceptibles d'être saisis immédiatement sur le territoire national et de produire des deniers suffisants pour le paiement intégral de la dette* »[1392]. Cette précaution tend à sanctionner les manœuvres purement dilatoires de la caution et assure au créancier un surplus de prévisibilité quant à l'exécution de la garantie. Toutefois, le bénéfice de la sécurité juridique s'étend à la caution, dans la mesure où la responsabilité du créancier est admis en cas de rattachement de l'insolvabilité du débiteur à sa négligence[1393]. La discussion n'exclut pas l'obligation de garantie de la caution, elle en diffère l'effet ou en limite le montant, en cela, elle n'est pas une défense absolue tout comme le bénéfice de division. Cette dernière permet à la caution d'ajuster sa garantie à la part contributive qu'elle doit[1394]. L'avantage de la division pour la caution simple est de faire circuler la garantie du risque entre cofidéjusseurs, tandis que pour le créancier, il s'agit plutôt de contenir le risque d'insolvabilité de ces derniers en étant diligent. Globalement, les exceptions dilatoires permettent seulement d'aménager les conditions d'exécution de la garantie sans la remettre en cause. Ils disposent également comme les cautions solidaires[1395] de la faculté d' « *opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal et tendent à réduire, éteindre ou différer la dette* »[1396]. C'est une conséquence prévisible du caractère accessoire du cautionnement[1397]. Ces exceptions sont diverses[1398] et offre à la caution une certaine flexibilité dans la

[1391] Art. 26 AUS.
[1392] Art. 27 al. 1 AUS.
[1393] Art. 27 al. 2 AUS.
[1394] Art. 28 AUS « *s'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles à ce bénéfice, chacune d'elles peut, sur premières poursuites du créancier, demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée* ».
[1395] Si la loi ne montre pas toutes les spécificités structurelles de la solidarité, la doctrine s'attache à relever trois formes de solidarité : solidarité uniquement entre les cautions, solidarité uniquement entre chaque caution et le débiteur principal et solidarité entre les cautions et chaque caution et le débiteur principal (M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 142 et s.).
[1396] Art. 29 AUS.
[1397] D. ARLIE, « La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution », in *Petites affiches*, 03 octobre 2001 n°197, p. 3.
[1398] L. ANDREU, M. JULIENNE, « La délégation incertaine renforcée », note sous arrêt Cass. com., 11 avril 2012 (n°11-13068), in *Petites affiches*, 26 septembre 2012 n°193, p. 10. Il s'agit par exemple de la nullité, de la résolution ou encore de l'exception d'inexécution.

paralysie de la garantie. Dans sa dimension procédurale, la stratégie du garant doit tenir compte du principe de la « *concentration des moyens* », telle que déduite de la jurisprudence *Cesareo* du 07 juillet 2006[1399]. La sécurité juridique est formellement statique en raison de la disposition légale consacrant l'opposabilité des exceptions. Mais, elle est d'expression dynamique, en raison de la singularité de chaque situation. C'est cette logique de protection de la caution qui provoque l'ouverture de recours contre le débiteur principal en cas de réalisation de la garantie.

454. L'efficacité de la garantie et les recours des garants. En contrepartie de la couverture du risque d'impayé du débiteur principal, le garant doit compter sur une prestation capable de sauvegarder son intérêt patrimonial dans l'opération. A ce titre, le législateur ohada adopte une politique législative simple avec l'identité des prérogatives dans le cautionnement ou la garantie autonome[1400]. Construites autour des recours subrogatoire[1401] et personnel[1402], les actions du garant contre le débiteur principal ou les autres garants sont des leviers de « *l'impératif de justice corrective* »[1403]. En effet, l'effet principal de la garantie n'est pas de soustraire le débiteur à son obligation d'exécuter sa prestation, mais de couvrir son insolvabilité à l'échéance. Aussi, en cas de réalisation de la garantie, il est tout à fait concevable que les conditions de l'exécution initiale soient reportées dans les rapports entre le débiteur et le garant. Le garant en procédant au paiement éteint l'obligation principale du débiteur envers le créancier et laisse place au contrat qui lie au débiteur. Cette convention soumise à la force obligatoire s'inscrit dans le droit au remboursement du garant et les recours subrogatoire et personnel lui assurent un surplus de prévisibilité. Seulement, faudrait t-il que le droit au remboursement, pour son efficacité, ne soit contrarié par l'un des motifs de déchéance prévu par la loi. Pour les besoins de la sécurité juridique du garant, le législateur a prévu la possibilité d'exercer des recours avant le paiement ou après le paiement. Ainsi, l'efficacité de l'exécution au profit du garant dépend du respect des conditions de mise en œuvre

[1399] P. RUBELLIN, « La charge de la preuve de l'autorité de la chose jugée au secours de la caution ! », note sous arrêt Cass. com., 22 juin 2010 (n°09-15972), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 septembre 2010 n°8, p. 6.
[1400] Art. 48 AUS.
[1401] Art. 31 AUS.
[1402] Art. 32 AUS.
[1403] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 149.

de ces recours d'un point de vue formel et de la solvabilité des personnes poursuivies d'un point de vue matériel.

455. Le garant peut, dans le cadre de sa protection contre le risque d'insolvabilité du débiteur, exercer les recours avant paiement prévus à l'art. 35 AUS[1404]. Ils lui permettent de solliciter directement le débiteur ou d'appliquer des mesures conservatoires propres à sauvegarder son droit de gage. Mais en réalité, l'objectif de ces recours, comme le soutient D. HOUTCIEFF « *a moins vocation à réparer un dommage qu'à conférer à la caution un moyen de pression sur le débiteur peu diligent, afin que ce dernier se résolve à payer* »[1405]. C'est une résurgence du droit commun du paiement en cela qu'il permet au créancier de sauvegarder son intérêt patrimonial. En matière de garantie autonome, on retrouve une logique similaire lorsque P. SIMLER estime qu' « *en revanche, rien ne peut empêcher le garant de mettre en œuvre avant même que sa propre créance soit exigible certaines mesures conservatoires : action paulienne contre des actes d'appauvrissement frauduleux, demande d'inscription d'une hypothèque judiciaire* »[1406]. Cependant, le succès de telles actions dépend étroitement des informations patrimoniales que le garant peut avoir.

456. L'information est substantiellement au cœur de l'efficacité des recours du garant. Ainsi, la perte du recours subrogatoire ou personnel est assujettie à des conditions positives, telles que l'information du débiteur principal[1407] ou du donneur d'ordre[1408]avant tout paiement. Fort heureusement, cette sanction est atténuée par la reconnaissance d'un recours au profit du garant contre le créancier[1409]. Le droit au

---

[1404] Aux termes de l'art. 35 AUS, « *La caution peut agir en paiement contre le débiteur principal ou demander la conservation de ses droits dans le patrimoine de celui-ci, avant même d'avoir payé le créancier :*
- dès qu'elle est poursuivie ;
- lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements ou en déconfiture ;
- lorsque le débiteur ne l'a pas déchargée dans le délai convenu ;
- lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ».

[1405] D. HOUTCIEFF, « Le recours avant paiement s'exerce avant le paiement : ce qu'il fallait démontrer ? », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2006 (n°05-11167), in *Revue des contrats*, 01 octobre 2006 n°4, p. 1191.

[1406] P. SIMLER, « Garanties autonomes – Régime », Fasc. 2920, in *JurisClasseur Contrats-Distribution*, cote 01-2008, n°90.

[1407] Art. 30 AUS.

[1408] Art. 46 AUS.

[1409] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 151. Ces auteurs disent que « *si la caution négligente ou excessivement zélée perd donc ses recours personnel et subrogatoire contre le débiteur, elle ne supporte cependant pas définitivement la charge de la dette*

remboursement du garant est enfermé dans les recours personnel et subrogatoire qui permettent à ce dernier de récupérer les sommes engagées dans la mise en œuvre de la garantie et accessoirement des intérêts compensatoires et/ou moratoires. Aussi, son droit à l'exécution sera soumis aux règles classiques du recouvrement des créances avec l'incertitude sur la solvabilité du débiteur. Formellement, la sécurité juridique joue son rôle protecteur en ouvrant droit aux recours les plus étendus, sans nécessairement garantir la solvabilité du débiteur. Subjectivement, la diligence du garant dans son droit de poursuite s'affirme comme la garantie la plus sûre de paiement. Dans un autre ordre d'idées, le garant ayant exécuté son obligation peut exercer son droit de poursuite contre les cofidéjusseurs en vertu d'une objectivation les liens de solidarité maintenus par l'unité de la dette[1410]. Dans ce cas, les solutions techniques ne diffèrent pas fondamentalement. Chaque cofidéjusseur réglera sa part contributive et le garant pourra selon les circonstances opérer la division des recours[1411]. Le schéma simplifié de l'efficacité des recours du garant contre le créancier ou le débiteur peut connaître des perturbations lorsqu'il se déroule en présence d'une procédure d'insolvabilité.

2. L'efficacité de l'appel à garantie contrariée par les procédures d'insolvabilité

457. En l'absence d'un droit du surendettement du particulier véritablement codifié, les procédures collectives restent la principale référence dans l'espace ohada. Ainsi, la survenance d'une procédure collective d'apurement du passif affecte la situation du titulaire de la sûreté comme celle du garant[1412]. D'emblée, la sécurité juridique s'exprime à travers le souci de traiter les créanciers de la même manière. Ainsi, le principe de l'égalité entre les créanciers les expose à l'arrêt des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements à partir du jugement d'ouverture de la procédure[1413]. Cette atteinte au droit à l'exécution est motivée par la discipline

principale, puisque les deux alinéas de l'article 2308 du Code civil lui réservent une action en répétition de l'indu contre le créancier ».

[1410] Art. 34 AUS.

[1411] Art. 31 AUS.

[1412] E. SOUPGUI, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Thèse, Yaoundé, 2008, 408 p.

[1413] J-P. SORTAIS, « Admission des créances en cas de paiement reçu post concursum », note sous arrêt Cass. com., 2 octobre 2012 (n°11-20181), in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 décembre 2012 n°6, p. 374.

collective imposée aux créanciers antérieurs pour les besoins de la procédure[1414]. Plus spécifiquement, les risques pour le créancier ou pour le garant se trouvent dans la détermination du *quantum* et dans les chances d'être payé à l'issue de la procédure.

458. Sur la première question, l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels tend à cantonner le montant de la créance[1415], du moins pour la durée de la procédure. Ici, le débiteur principal et la caution partagent le même sort quant au montant à exécuter entre les mains du créancier[1416]. L'identité du montant dû au créancier est une mesure de sécurité juridique objective au sens de la justice corrective, elle permet au garant d'ajuster son engagement à celui du débiteur tout en tirant tous les bénéfices de la procédure d'insolvabilité. Le créancier y trouve son compte quant à la somme principale en cause. Concernant le surendettement des particuliers, il faut distinguer selon que c'est le débiteur principal ou la caution qui fait appel à la procédure de surendettement. Si c'est le débiteur, comme le souligne M. BOURASSIN, les récentes réformes sont restées « *muettes sur l'incidence de l'arrêt des intérêts à l'égard des garants du débiteur surendetté* »[1417]. Mais, la caution surendettée peut prétendre au bénéfice de la procédure si les conditions d'éligibilité sont réunies[1418]. C'est une sécurité à géométrie variable qui attend la caution en cas de surendettement du débiteur personne physique. A l'instar des procédures collectives, il faudrait envisager une harmonisation des solutions, afin d'accroître la prévisibilité de l'exécution. Il en va ainsi de l'incidence des remises de dettes et de délais accordées par le créancier au débiteur. La sécurité juridique est soumise aux impératifs de la procédure collective, en effet, selon la volonté de sauver l'entreprise ou non, l'opposabilité des remises est différemment appréciée[1419]. Ici, encore,

[1414] C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », in *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n°224, p. 11.
[1415] J. COUARD, « Caution en redressement : pas de dérogation à l'arrêt du cours des intérêts » note sous arrêt Cass. com., 16 novembre 2010 (n°09-71935), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 janvier 2011 n°1, p. 6.
[1416] S. BRENA, « Précisons sur l'arrêt du cours des intérêts à l'égard de la caution en difficulté », note sous arrêt Cass. com., 16 novembre 2010 (n°09-71935), in *Bulletin Joly Entreprises en Difficultés*, 01 mars 2011 n°1, p. 37.
[1417] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 288.
[1418] M. BOURASSIN, « Sûretés et surendettement des particuliers », in *Petites affiches*, 10 octobre 2012 n°203, p. 4.
[1419] N. BORGA, « Les garants face à la reprise des poursuites en cours d'exécution du plan », note sous arrêt Cass.com., 10 janvier 2012 (n°11-11482), in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 mai 2012 n°3, p. 144.

l'harmonisation des solutions jurisprudentielles ou la rationalisation des options législatives induirait une meilleure sécurité juridique.

459. Sur la question des recours en paiement, le principe reste la suspension des poursuites individuelles en faveur du débiter principal. Le créancier est dès lors paralysé quant à l'exercice de son action en paiement contre le débiteur. Il peut naturellement déclarer sa créance et subir la procédure de traitement de l'insolvabilité, mais il a la faculté d'actionner également la caution. Ainsi, comme l'atteste P-M. LE CORRE « *l'action en paiement entreprise contre la caution, avant jugement d'ouverture de la procédure du débiteur principal, pourra prospérer après ce même jugement. De la même façon, l'action en paiement pourra être entamée contre elle après jugement* »[1420]. La sécurité juridique subjective du créancier est renforcée par le défaut d'arrêt des poursuites individuelles contre la caution. Cette solution met en exergue le rôle de garantie que doit assurer le contrat de cautionnement. Mais elle n'est pas excessive, car comme le prévoit l'art. 35 AUS, en pareilles circonstances, la caution peut appeler en garantie le débiteur dans le cadre des recours avant paiement[1421]. Seule l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la caution pourra contrarier l'action en paiement du créancier, dans ce cas « *la déclaration de créance au passif de la caution s'imposera même si le débiteur principal est in bonis, et même s'il n'est pas en retard de paiement* »[1422]. En outre, le créancier peut être confronté à des codébiteurs tenus par la solidarité[1423] lors de son action en paiement. Dans cette situation, l'arrêt des poursuites ne les soustrait pas à l'obligation de payer la dette. Ici encore, la survenance d'une procédure collective contre les codébiteurs va conduire le créancier à déclarer au passif de chacun des débiteurs solidaires[1424]. Ces derniers ne sont pas totalement démunis, car ils peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette[1425]. Dans une logique similaire, le créancier peut être sanctionné par

[1420] P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2012-2013, n°712.11, p. 1962.
[1421] La caution sera amenée à déclarer sa créance au passif car elle « *ne peut se réfugier derrière l'absence d'admission au passif pour refuser de payer les créanciers* » (P-M. LE CORRE, op. cit., n°712.12, p. 1962).
[1422] P-M. LE CORRE, op. cit., n°712.13, p. 1964.
[1423] Art. 91 et 92 AUPCAP.
[1424] Art. 90 – 94 AUPCAP.
[1425] E. MOUIAL-BASSILANA, « Le codébiteur solidaire in bonis peut opposer au créancier l'admission de la créance », note sous arrêt Cass. com., 6 octobre 2009 (n°07-22029), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 décembre 2009 n°8, p. 3.

l'admission d'une décharge de la caution, si par son fait exclusif, il prive la caution d'une subrogation dans ses droits et privilèges[1426]. D'un point de vue positif, la réalisation de l'attente du créancier est protégée par la souplesse de son action en paiement contre les garants. Cette règle largement prévisible pour les garants assure la continuité du droit à l'exécution de manière formelle, mais elle n'est pas à l'abri de sa sujétion au régime spécifique des procédures collectives. Globalement, c'est une situation raisonnablement conforme à l'intérêt contextuel des parties.

460. Le garant qui s'est exécuté peut exercer des recours contre le débiteur principal. Le droit au remboursement de la caution ou du garant autonome[1427] est soumis aux règles de la procédure collective du débiteur. Ainsi, pour être efficace, la créance de la caution doit être déclarée au passif si son paiement est intervenu avant l'ouverture de la procédure[1428]. Après, l'ouverture de la procédure, la créance de recours doit également être déclarée[1429]. Il va s'en dire que l'interdiction des poursuites paralyse le droit au remboursement jusqu'à la clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs. La situation entre cofidéjusseurs est presque identique, car la déclaration de la créance est souvent un préalable nécessaire à l'exercice de l'action en paiement[1430]. Pour le cas spécifique du surendettement, comme l'écrit M. BOURASSIN « *la Haute juridiction préserve le montant du remboursement de la caution en interdisant au débiteur surendetté d'opposer les réductions dont il a pu profiter à la caution exerçant un recours après paiement* »[1431]. La situation du garant

[1426] E. LE CORRE-BROLY, « Déclaration de créance échue ou à échoir : un choix lourd de conséquences sur la poursuite de la caution », note sous arrêt Cass. com., 3 juillet 2012 (n°11-21831), in *Gazette du Palais*, 13 octobre 2012 n°287, p. 13. Dans cette décision, le juge estime que « *si, alors que le prêt n'a pas subi la déchéance du terme au jour de la liquidation judiciaire, le prêteur susceptible de bénéficier du transfert de la charge de la sûreté déclare sa créance à titre échu, il se prive du bénéfice de l'article L. 642-12 du Code de commerce et fait ainsi perdre, par son fait exclusif, à la caution la possibilité de se prévaloir d'une subrogation dans ses droits et privilèges* ».

[1427] S. DELRIEU, « Le recours du garant autonome contre le donneur d'ordre en procédure collective », note sous arrêt Cass. com., 19 décembre 2006, in *Petites affiches*, 28 décembre 2007 n°260, p. 14.

[1428] Selon le type de recours, la créance de la caution fait l'objet d'une décaration spécifique : la créance doit être déclarée par le créancier pour le recours subrogatoire, tandis que la caution déclare sa créance dans le cadre du recours personnel.

[1429] D. LEGEAIS, « La date de naissance de la créance de recours de la caution solvens », in *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n°224, p. 57.

[1430] P-M. LE CORRE, op. cit., n°712.97, p. 2022. L'auteur précise que « *même si le paiement effectué au créancier par une caution est intervenu après jugement d'ouverture d'une autre caution, la caution solvens n'aura son recours contre la caution sous procédure collective que si elle a déclaré sa créance au passif du cofidéjusseur, puisque le fait générateur de son recours entre cofidéjusseurs est la souscription du cautionnement et non le paiement effectué* ».

[1431] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 292.

n'est guère éloignée de celle du créancier en raison des effets classiques de la technique de subrogation. En outre, l'applicabilité quasi systématique des règles de la procédure collective dénote une certaine prévisibilité dans l'issue du droit au remboursement du garant. En somme, les garanties personnelles jouissent d'un sort plutôt favorable dans l'exécution des créances, du moins théoriquement[1432]. Quid des sûretés réelles dans la garantie du recouvrement des créances par la valorisation du patrimoine recouvrable.

§ 2 - La garantie de l'exécution dans le rapport sujet/objet

461. La confiance entre le créancier et le débiteur peut aussi se mesurer dans la relation établie entre la dette du second et le bien qu'il propose comme garantie au premier. C'est davantage un rapport entre la représentation économique du bien et la représentation psychologique de son effet sur l'exécution du lien juridique les unissant qui est objectivé. Théoriquement, l'attente légitime du créancier est confortée par une situation avantageuse résultant de la constitution de la garantie[1433]. Techniquement, c'est l'assurance d'être payé en premier, en cas de concours avec d'autres créanciers, qui motive le créancier. Ces dimensions objective et subjective se retrouvent au cœur de la problématique de l'efficacité des sûretés réelles dans le droit de l'exécution.

462. Le droit positif ohada a consacré une pluralité de sûretés réelles dans sa nouvelle codification du 15 décembre 2010[1434]. Elles poursuivent cependant une finalité identique, garantir la dette en renforçant la confiance du créancier. C'est ce postulat qui intéresse notre démonstration dans un premier temps. En effet, les

---

[1432] Ibid. p. 296. M. BOURASSIN soutient que les espaces « *laissés à la liberté contractuelle pourraient favoriser la satisfaction des attentes spécifiques des créanciers, partant l'efficacité subjective des sûretés personnelles* ».

[1433] Cette condition est importante dans l'efficacité des sûretés réelles. Ainsi, J-J. ANSAULT (*Le cautionnement réel*, Paris, Defrénois, lextenso-éditions, Tome 40, 2009, pp. 50-51) pense que « *prétendre subordonner le régime entier du contrat de cautionnement réel à celui du cautionnement de droit commun trahit la volonté des parties en réalisant une affectation non préférentielle qui consiste à amputer le contrat d'un élément technique essentiel et, dans ce domaine, de le rendre sans intérêt et de tromper les espérances légitimes du créancier* ».

[1434] Art. 50 AUS «*Les sûretés mobilières sont : le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges* ».

Art. 190 « *L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables.*

Elle est légale, conventionnelle ou judiciaire ». Pour le cas français, voir O. GOUT, « Le droit des sûretés réelles mobilières après l'ordonnance du 23 mars 2006 », in *Petites affiches*, 18 mai 2006 n°99, p. 4.

mécanismes de la garantie permettent de voir les éléments objectifs sur lesquels repose la prévisibilité de l'exécution. Dans un second temps, la mesure de l'efficacité dépendra de la réalisation des attentes légitimes de chaque partie, ainsi sera déterminée subjectivement, l'intérêt d'une telle garantie pour l'exécution. L'analyse des sûretés listées par le droit ohada montre que le principe repose sur une instrumentalisation du droit de propriété aux fins de garantie. Le créancier et le débiteur pouvant convenir de la modalité la plus appropriée pour leur opération. Ainsi, l'affectation d'un bien en garantie peut se faire avec ou sans dépossession[1435]. Cette faculté semble cependant être dictée par la nature du bien ou son utilité, plutôt que par des convenances personnelles. En tout état de cause, la technique sert uniquement la finalité poursuivie[1436]. Pour y parvenir, le législateur est intervenu sur la constitution des sûretés réelles en alliant simplicité et formalisme[1437]. Dans cette optique, l'inscription des sûretés s'affirme comme le pivot du système d'opposabilité de la garantie aux tiers[1438]et de la définition du rang du créancier[1439], en sus de la liberté contractuelle. Aujourd'hui, la distribution des sûretés réelles fait ressortir un diptyque fonctionnel[1440] qui confère à ces garanties une vertu préférentielle ou exclusive en cas de concours avec d'autres créanciers (art. 4 et 226 AUS). A cet égard, elle présente un intérêt majeur dans l'appréciation du respect de la prévision des parties en cas de défaillance du débiteur avec ou sans ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif. Certes, la dimension structurelle des sûretés réelles est très importante, mais il nous semble plus opportun d'avoir une approche fonctionnelle susceptible de révéler la protection des prévisions des parties dans la préférence (A) et dans l'exclusivité (B).

A. La garantie de l'exécution fondée sur la préférence

463. Position du problème. Les sûretés conférant un droit de préférence au créancier ne s'évincent pas de la lettre de l'article 50 AUS, le législateur préférant la distinction entre les sûretés mobilières et la sûreté immobilière. Néanmoins, il est

[1435] M. COMBE, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 8.
[1436] P. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés réelles », in *Petites affiches*, 16 avril 2010 n°76, p. 7.
[1437] M. LATINA, J-F. SAGAUT, « La responsabilité du notaire en matière de sûretés », in *Defrénois*, 30 mai 2011 n°10, p. 976.
[1438] Art. 51 AUS.
[1439] G. HUCHET, « Le principe de l'égalité des créanciers confronté à la répétition de l'indu », note sous arrêt Cass. com., 12 mai 2009, in *Gazette du Palais*, 29 octobre 2009 n°302, p. 16.
[1440] C. GINESTET, « La qualification des sûretés », in *Defrénois*, 28 février 1999 n°4, p. 203.

possible de classer les sûretés réelles en tenant compte du droit de préférence. Ainsi, selon une doctrine « *les sûretés par préférence dans le concours sont des mécanismes juridiques qui offrent à un créancier, confronté au concours d'autres créanciers du même débiteur, le droit d'être préféré à ces derniers ou à certains d'entre eux* »[1441]. Le patrimoine du débiteur étant le gage général de tous les créanciers, ce mécanisme permet d'opérer une discrimination légitime entre les créanciers du débiteur. Plus que la vision techniciste des sûretés conférant une préférence, c'est l'assiette de la garantie et le rang du créancier au moment du paiement qui importe. En effet, la confiance entretient une relation proportionnelle à la consistance de l'assiette[1442] et au caractère utile du rang lors de la réalisation de la garantie. Ainsi, la sécurité juridique subjective du créancier est basée sur ces deux éléments objectifs en vue son effectivité. En principe, c'est la liberté contractuelle qui permet de fixer les éléments essentiels de la garantie[1443] et les formalités de publicité[1444] peuvent aider à confirmer le rang[1445]. Toutefois, les sûretés réelles pouvant être également d'origine légale ou judiciaire, l'assiette ou le rang peuvent être fixés d'autorité. En tout état de cause, ces deux paramètres sont des indicateurs importants de prévisibilité dans l'exécution. Pareillement, les réponses du droit positif ou de la jurisprudence aux conflits entre droits de préférence sont un facteur de stabilité dans la hiérarchisation des intérêts relatifs à l'exécution. Par conséquent, la confiance du créancier sera renforcée si sa prévision coïncide avec la solution proposée. Plus généralement, la préférence étant une discrimination, le droit de l'exécution doit s'efforcer à trouver des équilibres entres les intérêts en présence. D'une part, la liberté patrimoniale du débiteur et les contraintes affectant les biens y incluent ; d'autre part entre la finalité de l'exécution et les prévisions de chaque créancier.

[1441] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 403.
[1442] La prise en compte de biens futurs dans la constitution de certaines garanties élargie considérablement l'intérêt de la détermination de l'assiette.
[1443] Art. 93 et s. pour le gage, art. 126 pour le nantissement, art. 182 pour les privilèges spéciaux, etc.
[1444] Art. 170 AUS pour les éléments ayant trait au droit de propriété intellectuelle.
[1445] Art. 179 AUS pour les privilèges généraux.

1. Les prérogatives du bénéficiaire en cas de préférence

464. Elles découlent de la nature du bien affecté à la garantie de la dette ou de l'origine de la sûreté. Les prérogatives sont très variées[1446] mais peuvent être regroupées autour de deux finalités dans le droit de l'exécution. En effet, les prérogatives du bénéficiaire de la préférence permettent soit de conserver l'assiette de la garantie ou d'être payé prioritairement. C'est en cela qu'elles contribuent à protéger les prévisions des créanciers. Toutefois, le constituant n'est pas en reste, puisque ses intérêts seront préservés chaque fois que l'équilibre est rompu par un fait illicite du créancier.

465. La préservation de l'assiette de recouvrement. Relativement à la conservation de l'assiette, le droit de suite[1447] est l'instrument approprié pour maintenir le bien donné en garantie dans le patrimoine du débiteur. L'art. 97 al. 2 AUS reconnaît ce droit au créancier lorsque la publicité[1448] de la garantie a été régulièrement effectuée[1449]. C'est un moyen qui épouse les contours de la saisie conservatoire principalement ou les actions classiques du créancier sur le patrimoine du débiteur. D'ailleurs, c'est l'effet recherché par le créancier qui sollicite une sûreté judiciaire[1450]. Dans ce cas précis, le débiteur peut en invoquant l'art. 259 D. 31 juillet 1992, solliciter le cantonnement de la sûreté afin d'éviter toute atteinte excessive à sa liberté patrimoniale (art. 218 AUS). Techniquement, c'est la publicité de la

---

[1446] S. PIEDELIEVRE, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », in *Defrénois*, 30 mai 2006 n°10, p. 791.

[1447] C. KRIEF-SEMITKO, « L'article 2276 du Code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l'ordonnance du 23 mars 2006 », in Gazette du Palais, 28 aout 2008 n°241, p. 5. Selon l'auteur, « *La notion de droit de suite a deux acceptions en doctrine. La première, très large, définit le droit de suite come la prérogative du titulaire d'un droit réel d'exercer ce droit sur la chose entre quelques mains qu'elle se trouve, en fait ou en droit. La seconde, plus restrictive, définit le droit de suite comme la faculté de faire saisir le bien hypothéqué même dans le patrimoine d'un tiers auquel il aurait été cédé ou transmis* ». Dans le droit de l'exécution, les deux propositions peuvent faire l'objet d'une approche fonctionnelle unique.

[1448] N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Marseille, PUAM, 2007, p. 338. L'auteur précise que « *la valeur de la publicité dépend de sa fonction au sein de la sûreté. En effet, si la publicité est exigée à titre de validité son absence doit être sanctionnée par une nullité. Au contraire, lorsqu'elle n'est requise qu'à titre d'opposabilité aux tiers, son défaut n'annule pas la validité…mais rend…inopposable aux tiers* ».

[1449] Art. 97 al. 2 « *Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du consti- tuant ne peuvent être regardés comme des possesseurs de bonne foi et le créancier gagiste peut exercer son droit de suite à leur encontre* ».

[1450] Avec la réserve que le bien peut être aliéné. Dans ce cas, « la sûreté opère théoriquement le même effet de consignation que la saisie conservatoire » pour la part qui revient au créancier poursuivant (V. VIGNEAU, « Règles spécifiques à l'inscription d'hypothèque judiciaire provisoire », in Droit et pratique des voies d'exécution, op. cit., n°631.21, p. 590).

garantie qui réalise son opposabilité aux tiers. Le respect des formalités de publicité permet au tiers acquéreur de connaître la situation du bien avant d'acquitter le prix convenu. Autrement, l'entiercement peut faciliter aussi la conservation du bien donné en gage[1451]. Sinon, comme le prévient P. PETEL « *à l'évidence, le droit de suite porte en lui les germes d'un conflit d'intérêts entre le créancier titulaire de la sûreté et le tiers détenteur, qui peut être un acquéreur ayant payé le prix de la chose au débiteur et se trouve ainsi exposé au risque de le payer deux fois* »[1452]. A contrario, lorsque la vente concerne un bien non soumis aux formalités de publicité, la bonne foi peut soustraire l'acquéreur aux effets du droit de suite. L'efficacité du droit de suite est surtout perceptible sur les garanties n'entrainant pas une dépossession[1453]. En effet, l'aliénation du bien peut entrainer sa purge et exposer le créancier à reporter son droit sur la valeur du bien ou à déclarer son droit de suite à la procédure[1454] selon les cas. L'enjeu se trouvant plutôt dans l'accessibilité de l'information pour les tiers[1455]. Ainsi, l'organisation du système de publicité de la garantie sera un facteur d'efficacité de celle-ci, à l'inverse le contentieux risque de se multiplier. En définitive quelle que soit la sûreté réelle considérée, si la dépossession ne s'accompagne pas d'une traçabilité suffisante du bien, le droit au créancier de s'opposer à l'aliénation illégitime du bien risque d'être compromis[1456].

466. Les critères objectifs et subjectifs de préférence. L'efficacité de la sûreté réelle peut être éprouvée au moment de sa réalisation en cas de défaillance du débiteur. Plusieurs techniques permettent au créancier d'obtenir un paiement plus ou moins rapide avec ou sans l'intervention du juge[1457]. En effet, suivant la nature de la sûreté garantissant la créance ou le rang du créancier, les prérogatives du créancier

[1451] Art. 101 AUS.
[1452] P. PETEL, « L'exercice du droit de suite à l'encontre d'un tiers détenteur placé sous procédure collective », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 54. L'auteur ajoute à propos de l'interaction entre le droit de suite et les procédures collectives que « *pour prioritaires qu'ils soient, créanciers superprivilégiés et créanciers de la procédure ne sont que des créanciers du détenteur, actuel propriétaire de l'immeuble grevé. Ils ne peuvent donc avoir, sur l'immeuble, plus de droits que leur débiteur. Comme lui, ils doivent subir la priorité d'un droit réel qui grevait déjà l'immeuble quand il est entré dans le patrimoine du tiers détenteur en redressement ou en liquidation judiciaire* ».
[1453] Gage sans dépossession, nantissement, hypothèque…
[1454] P-M. LE CORRE, « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », in *Petites affiches*, 19 mai 1999 n°99, p. 4.
[1455] A. CISSE, B. DIALLO, « L'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier et des fichiers connexes », in *Droit & Patrimoine*, n°201, Mars 2011, p. 62 et s.
[1456] C. KRIEF-SEMITKO, op. cit., p. 5. « En fait de meubles, possession vaut titre », l'absence de dépossession engendre l'apparence d'une propriété pleine et entière du constituant.
[1457] M. GRIMALDI, P. DUPICHOT, « Durée et sûretés », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n°1, p. 95.

peuvent accroître la réalisation de ses prévisions. Ces éléments objectifs sont fonction des options de politique législative en matière économique et sociale[1458] comme le témoigne les suites de l'affaire Lip[1459]. Dans cet ordre d'idées, le législateur a institué un ensemble de privilèges[1460] qui augmentent la prévisibilité de l'exécution au profit des bénéficiaires. L'existence des privilèges influent sur l'utilité du classement de son bénéficiaire au moment de la distribution des deniers. Ainsi, les art. 225 et 226 AUS instaurent un classement qui matérialise la préférence accordée aux créanciers concernés. Un surplus de souplesse accompagne la volonté de faciliter le paiement à l'appui de l'art. 180 AUS qui dispense à certains créanciers les formalités de publicité. Si d'un point de vue structurel, le classement est un élément de prévisibilité de l'ordre de priorité de la préférence, au plan substantiel, l'assiette de la garantie renseigne sur la potentialité du paiement. L'addition de ces deux dimensions mesure la sécurité juridique subjective du créancier privilégié. Seulement, l'ouverture d'une procédure collective peut être un facteur d'insécurité juridique pour le créancier privilégié. En effet, non seulement, il est contraint par la discipline collective imposée aux créanciers[1461], mais la priorité de sa préférence subit une mutation importante. Dans ce contexte, l'ordre établit par le droit des procédures collectives prime sur celui de droit commun, propre au droit des sûretés. Il ressort de l'art. 166 AUPCAP sur la réalisation des immeubles et de l'art. 167 AUPCAP sur celle des meubles, que deux créances priment toutes les autres. Il s'agit des frais de justice et des créances salariales. Ce choix autoritaire[1462] est purement politique et se justifie par la mission d'intérêt général du mandataire de justice ou le caractère alimentaire du salaire et accessoires. Il rend aléatoire la stabilité du rang acquis en considération du droit organisant la garantie[1463]. Cette redistribution autoritaire est en réalité le fruit d'une approche juridico-sociétale de l'endettement en opposition à une conception économique qui tendrait à privilégier le

[1458] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 410. Pour ces auteurs, au nom de la justice distributive ou commutative, l'existence des privilèges poursuit la satisfaction d'un intérêt général ou d'un intérêt particulier et rend à chaque fois souhaitable un paiement.
[1459] P-M. LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », in *Gazette du Palais*, 21 juillet 2007 n°202, p. 3.
[1460] Art. 179 pour les privilèges généraux et art. 182 pour les privilèges spéciaux.
[1461] Art. 134 AUPCAP pour le redressement judiciaire, art. 147 et 150 AUPCAP pour la liquidation judiciaire.
[1462] Art. 132 AUPCAP « *Le droit de préférence des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur le prix des biens cédés s'exerce dans l'ordre prévu par les articles 166 et 167* ».
[1463] Par exemple, les créanciers bénéficiant d'un privilège général sur les immeubles passent au 5ème rang, tandis que ceux bénéficiant d'un privilège spécial sur les meubles sont relégués au 6ème rang.

crédit et sa promotion[1464]. Au final, la chance d'être payé dépend davantage de la consistance de l'actif du débiteur ou des solutions négociées entre les acteurs. L'apostrophe de P-M. LE CORRE « *les créanciers doivent comprendre que leur intérêt à négocier, en amont de l'ouverture d'une procédure collective. S'ils ne sont pas suffisamment empreints d'une volonté de conciliation, alors ils seront confrontés à une sauvegarde. Les débiteurs doivent voir dans la sauvegarde ce que le chef des armées voit dans la bombe atomique : une arme de dissuasion, à n'utiliser que pour exploser les créanciers rebelles. Elles doit rester d'usage exceptionnel, car c'est une arme de guerre et il est préférable de recourir à la négociation, prenant le doux nom de conciliation* »[1465] est assez évocatrice.

467. La souplesse relative des modes de réalisation. Les sûretés réelles conventionnelles connaissent un regain d'efficacité avec la diversification des modes de réalisation de la garantie. Ainsi, le pacte commissoire et l'attribution judiciaire, vu l'interdiction la clause de voie parée[1466], permettent de se faire payer promptement pour le gage ou le nantissement[1467]. L'attractivité du pacte commissoire repose sur la relative simplicité de sa constitution et de sa réalisation[1468]. Mais pour les besoins de sécurité juridique, le législateur a posé un certain nombre de contraintes visant à protéger les intérêts du constituant en raison de sa vulnérabilité ou de la nature du bien engagé[1469], voire pour rééquilibrer les prérogatives de chaque partie[1470]. En somme, ce mode d'exécution est traité avec beaucoup de suspicion en raison de son caractère dangereux pour le patrimoine du débiteur qui sert d'assiette à ses autres créanciers[1471]. Par conséquent, l'ouverture d'une procédure collective fragilise la faveur accordée au créancier. La jurisprudence « *Cœur Défense* » offre une parfaite illustartion des incidences de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde sur un

[1464] F. GREAU, « Pour un véritable privilège de procédure », in *Petites affiches*, 12 juin 2008 n°118, p. 4.
[1465] P-M. LE CORRE, « Eclairage – L'objectivisation des conditions d'ouverture de la sauvegarde », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 mai 2012 n°3, p. 142.
[1466] H. CROZE, « Dans quelles conditions une vente amiable peut-elle être passée pendant une procédure de saisie immobilière ? », in *Gazette du Palais*, 10 juin 2008 n°162, p. 2.
[1467] G. ROGER MPONDOMBOKA, « Réflexions sur le nouveau droit du nantissement de créance de l'espace Ohada », in *Petites affiches*, 08 juin 2011 n°113, p. 3.
[1468] D. BAZIN-BEUST, « Une analyse du pacte commissoire…ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? », in *Petites affiches*, 19 mai 2001 n°99, p. 50. L'auteur précise que « *le pacte commissoire se matérialise soit par une clause du contrat constitutif de la sûreté soit par un avenant* ».
[1469] Ibid. pour les consommateurs et la protection de la résidence familiale par exemple.
[1470] Ibidem. Essentiellement la fraude et les clauses abusives.
[1471] V. art. 104 AUS.

pacte commissoire[1472]. Ainsi, la neutralisation du pacte commissoire devant une procédure d'insolvabilité est un facteur d'échec de la prévisibilité d'appropriation du bien induite de son mécanisme. L'absence par principe du juge peut expliquer la relativité du moyen de réalisation contrairement à l'attribution judiciaire. En raison de son indépendance à l'égard de l'ordre des sûretés[1473], l'attribution judiciaire reste une technique très favorable au créancier poursuivant. Les seules contraintes pouvant perturber les prévisions du créancier sont le différentiel de valeur entre l'objet du gage et la créance garantie d'une part, et l'ouverture d'une procédure collective d'autre part. Sur le premier aspect, l'art. 105 AUS dispose qu' « *en cas d'attribution judiciaire ou conventionnelle, lorsque la valeur du bien excède le montant qui lui est dû, le créancier gagiste doit consigner une somme égale à la différence s'il existe d'autres créanciers bénéficiant d'un gage sur le même bien ou, à défaut, verser cette somme au constituant* ». Par contre, si la valeur du bien est inférieure, la différence place le créancier gagiste dans la situation d'un créancier chirographaire pour le solde[1474]. Concernant le second aspect, les règles de la procédure neutralisent l'effet attributif du mécanisme le temps de la procédure. Aussi, l'efficacité de l'attribution judiciaire est t-elle conditionnée par la déclaration des créances et la formulation de la demande préalablement à la réalisation du bien[1475]. Par ailleurs, si la procédure d'ordre est écartée, l'attribution judiciaire n'est pas l'outil absolu car le droit de rétention offre plus de flexibilité. Autrement, une protection supplémentaire est accordée au créancier quant à la continuité de la préférence par l'effet de la subrogation réelle[1476]. C'est un choix qui étend la garantie à la valeur du bien et non plus à sa consistance au moment de la constitution. Il permet également de paralyser l'argument tiré de la perte ou de la destruction de la chose en réduisant le risque d'impayé. En effet, l'aléa affectant la valeur ou l'existence du bien est couvert par le mécanisme de la subrogation qui augmente la probabilité de recouvrement grâce à l'assurance. Cette combinaison accroit la prévisibilité de l'assiette de la préférence

[1472] G. TEBOUL, « La sauvegarde reprend des couleurs : le nouvel arrêt Cœur Défense », note sous arrêt Cass. com., 8 mars 2011, in *Petites affiches*, 14 mars 2011 n°51, p. 6.
[1473] H. LEFEVRE, « Les conséquences de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives », in *Petites affiches*, 27 mars 2008 n°63, p. 71.
[1474] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 443.
[1475] C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Paris, Litec, 2001, p. 209.
[1476] Art. 182 AUS pour les meubles et 197 AUS pour les immeubles.

pour le droit de poursuite du créancier. A ces techniques renouvelées, s'ajoute la saisie qui reste encore la méthode de réalisation usuelle.

468. Quelle que soit la portée de la saisie choisie[1477], elle reste d'un secours important pour le créancier désirant être payé par préférence. Certaines sûretés réelles y trouvent une efficacité appréciable. Le fonds de commerce[1478], les créances[1479], les droits d'associés et valeurs mobilières[1480], les comptes bancaires[1481] ou encore les droits de propriété intellectuelle[1482] se prêtent à la condition édictée à l'art. 104 AUS qui dispose que « *faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution auxquelles le contrat de gage ne peut déroger* », sous réserve des règles de la saisie-attribution pour certaines sûretés[1483]. La procédure de saisie assure la sécurité juridique à travers les règles précédemment évoquées[1484]. Toutefois, les prévisions du créancier peuvent être déjouées par les droits d'autres créanciers venus en concours.

2. Efficacité de la préférence et conflits de droits concurrents

469. Il existe plusieurs situations conflictuelles possibles dans le droit des sûretés réelles. Elles peuvent être consécutives à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant ou à l'exercice d'une voie d'exécution sur le bien gagé. Les conflits de droits concurrents provoquent deux risques majeurs pour le créancier. Un risque absolu axé sur l'insuffisance de l'actif du débiteur et un risque conjoncturel découlant d'une modification du rang de la préférence[1485]. Généralement, l'insuffisance d'actif « *fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions* »[1486]. Mais pour les créanciers privilégiés, l'inaction du syndic dans les trois

[1477] Art. 104 AUS.
[1478] Art. 178 AUS.
[1479] Art. 134 AUS.
[1480] Art. 144 AUS.
[1481] Art. 137 AUS.
[1482] Art. 158 et 161 AUS.
[1483] Le nantissement de compte bancaire par exemple.
[1484] Supra, titre II, Partie I.
[1485] M. SENECHAL, G. COUTURIER, « Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ? », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 septembre 2012 n°5, p. 328.
[1486] Art. 174 AUS.

mois suivant la décision de liquidation des biens permet de réaliser éventuellement la garantie[1487]. Cette rupture d'égalité est à mettre au profit de la préférence mais n'est pas l'antidote à l'insolvabilité du débiteur. Cependant, elle n'exclut pas la concurrence des autres créanciers sur le prix de la réalisation de la garantie. En effet, des règles d'ordre procédural affectent aussi bien l'assiette que le classement. Comme l'indique un auteur « *la réalisation de ce droit, tout comme les bénéfices qui peuvent en être retirés, ne suivent nullement le droit commun. Le droit des entreprises en difficulté déroge en effet à celui-ci, d'une part, en encadrant l'exercice des droits de préférence, d'autre part, en bouleversant la hiérarchie des droits de préférence. Il en résulte souvent un déficit de sécurité, caractéristique de l'inefficacité pour une sûreté* »[1488]. Donc, le risque d'impayé persiste malgré le privilège de la préférence. Entre créanciers privilégiés, le conflit se situe souvent au niveau de l'antériorité du titre qui fonde la préférence. La sécurité juridique est subordonnée dans ce cas, au formalisme de la publicité qui rend le droit opposable. Comme le constate I. TOSI, « *La publicité permet d'écarter le jeu de la règle prior tempore, potior jure. Elle donne à certains tiers la possibilité de ne pas se voir opposer un acte translatif si celui-ci n'est pas publié, précisément parce que sa vocation principale est la résolution des conflits de droits concurrents* »[1489]. Ainsi, les art. 165 et s. AUPCAP conforte cette méthode de résolution en y ajoutant celle de la proportionnalité en cas d'égalité de rang. En définitive, le règlement des conflits de droits en matière de sûretés réelles impliquant une procédure collective est plus une affaire de politique législative, qu'une question de pure technique juridique. L'on convient avec la voix autorisée de C. SAINT-ALARY-HOUIN que « *l'ordre devient à géométrie variable ou à rang variable* »[1490]. La préférence ayant une connotation fortement subjective, la sécurité juridique qui est forcement contextuelle, n'est pas à l'abri des variations dues aux raisons de la faveur, en cela, elle s'oppose presque à l'exclusivité.

[1487] Art. 149 AUS pour les meubles et art. 150 al. 3 AUS pour les immeubles.
[1488] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 691.
[1489] I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Paris, LGDJ, 2006, p. 477.
[1490] C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse colloque : Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis », in *Petites affiches*, 20 septembre 2000 n°188, p. 40.

B. La garantie de l'exécution assise sur l'exclusivité

470. Prolégomènes. L'exclusivité est un concept à contenu variable en droit[1491]. Généralement, l'exclusivité est imaginée dans le rapport de propriété comme une prérogative absolue que confère l'appropriation à son titulaire et qui trouve dans le droit positif plusieurs moyens de défense[1492]. Comme le traduit J. LAURENT « *la relation exclusive que constitue la propriété fait défense aux tiers d'interférer dans le rapport qui unit le propriétaire à son bien, de quelque manière que ce soit* »[1493]. Toutefois, dans le rapport de sûretés, l'exclusivité renvoie à une prévisibilité renforcée du paiement en cas de réalisation de la garantie. Ainsi, nous convenons avec la remarque de F. MACORIG-VENIER que « *les créanciers propriétaires jouissent d'une situation favorable car ils peuvent espérer un paiement rapide, sans souffrir, par ailleurs, des règles de concours. Ils sont à l'abri des règles de la procédure restreignant le droit à paiement des créanciers, y compris ceux qui jouissent d'un droit de préférence* »[1494]. Même si cette faveur reste relative en raison de l'équilibre des intérêts en matière d'insolvabilité.

471. En droit ohada, la sûreté conférée aux créanciers détenteurs est prévu à l'art. 67 AUS qui 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, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2, du présent Acte uniforme* ». Il ressort de ce texte que deux conditions matérielles et une condition temporelle assurent la sécurité juridique du créancier détenteur. En effet, il faut d'une part, une détention légitime et d'une faculté de rétention[1495], et d'autre part, l'effet libératoire du complet paiement pour le débiteur. Parmi les situations où les créanciers sont propriétaires, il y'a la réserve de propriété[1496], la cession de créance à titre de garantie[1497] et le transfert fiduciaire d'une somme d'argent[1498]. Ces différentes techniques reposent sur une instrumentalisation de la propriété à travers un mécanisme d'affectation autour de la

[1491] P. GOURDON, *L'exclusivité*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 455, 2006.
[1492] J. LAURENT, *La propriété des droits*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé Tome 537, 2012, p. 391 et s.
[1493] Ibid. p. 391.
[1494] F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 59.
[1495] Art. 68 AUS.
[1496] Art. 72 AUS.
[1497] Art. 80 AUS.
[1498] Art. 87 AUS.

cession ou de la retention[1499] ainsi que son adaptabilité à la nature des biens suivant la théorie de la rétention fictive[1500]. Toutefois, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, l'adverbe « légitimement » devait être encadré pour rendre le droit de rétention suffisamment stable et efficace. A l'instar des voies d'exécution, la rétention suppose une créance liquide, certaine et exigible. Mieux, le législateur exige la preuve d'un « *lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue* »[1501]. La connexité, quelle soit matérielle ou juridique, permet de transcender la différence de source de la rétention pour se focaliser sur l'effet de garantie du mécanisme[1502]. Si ces conditions sont réunies, la prévisibilité de paiement du créancier propriétaire semble renforcée au delà de tout doute raisonnable. Dans ce sillage, l'exclusivité est conçue pour être la garantie « ultime » contre l'insolvabilité du débiteur[1503]. Cependant, le droit de l'exécution n'est t-il pas à proprement parler un droit d'équilibre ? Ainsi, même jouissant de cette prérogative, le créancier propriétaire peut être contrarié par la nécessité de sauvegarder des droits légitimes concurrents au nom de la sécurité juridique.

1. La protection de l'exclusivité dans le paiement du créancier.

472. Elle est assurée principalement au moyen de deux techniques : l'opposabilité du droit exclusif et le paiement hors concours du créancier.

473. L'opposabilité du droit exclusif du créancier. Elle est une condition de son efficacité vis-à-vis des tiers ou des parties selon le cadre juridique de la garantie sollicitée. En effet, l'opposabilité de l'exclusivité n'est pas toujours assujettie à la publicité de la garantie. Dans le droit de rétention, la publicité n'est pas requise pour son opposabilité aux tiers. La Cour de cassation dans sa décision du 03 mai 2006 rappelé que « *le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette et peut être exercé pour toute créance qui a pris*

[1499] A. BARDET-BLANVILLAIN, « Le droit de rétention : un domaine en deux dimensions », in *Petites affiches*, 25 mars 2005 n°60, p. 9.
[1500] P-M. LE CORRE, « Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 68.
[1501] Article 68, « *Le droit de rétention ne peut s'exercer que :*
- si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible ;
- s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue ;
- et si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur ».
[1502] Art. 69 AUS.
[1503] N. GERBAY, « Une place pour un droit de rétention ex dispari causa…? », in *Gazette du Palais*, 20 janvier 2009 n°20, p. 3.

naissance à l'occasion de la chose retenue »[1504]. Cette solution apparaît comme suspecte aux yeux de la doctrine[1505], mais elle corrige l'absence de prérogatives particulières du créancier rétenteur. Ainsi, concrètement, l'opposabilité réside bien dans un refus de restituer le bien. Cette conséquence ressort de la remarque de H. NARAYAN-FOURMENT « *le droit de rétention a un effet purement négatif : le refus de restituer le bien. Sa force se mesure donc au besoin que le débiteur peut avoir de la chose remise au créancier* »[1506]. L'idée d'une justice distributive privilégiant la possession matérielle de la chose pourrait justifie éventuellement l'extension de l'opposabilité du droit de rétention. A contrario, le législateur ohada subordonne l'opposabilité des droits du créancier propriétaire à un formalisme de validité et de publicité spécifiques. Ainsi, pour la réserve de propriété, elle doit être constatée par un écrit à peine de nullité[1507] et l'opposabilité *erga omnes* n'est acquise qu'à partir de sa publication régulière au RCCM[1508]. Les cessions de créances ou le transfert fiduciaire de sommes d'argent partagent le même formalisme de validité[1509] même si les conditions d'opposabilité sont adaptées à la particularité de chaque situation[1510]. Ainsi, l'opposabilité aux tiers pour la cession née à partir de l'inscription au RCCM[1511] et pour le transfert dès la notification à l'établissement teneur du compte[1512]. Toutefois, le numerus clausus du législateur ohada[1513] ne doit pas masquer l'utilisation conventionnelle de la propriété dans l'élargissement des garanties exclusives[1514]. C'est l'exemple du crédit-bail en matière mobilière ou immobilière[1515], le crédit-bail en matière bancaire prévu par la loi de 2008 et la pension dite « *livrée* »

[1504] O. DESHAYES, « L'efficacité du droit de rétention se confirme », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 24 septembre 2009 (n°08-10.152), in *L'ESSENTIEL droit des contrats*, 01 novembre 2009 n°10, p. 2.
[1505] S. PIEDELIEVRE, « Droit de rétention », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 24 septembre 2009 (n°08-10.152), in *Gazette du Palais*, 05 novembre 2009 n°309, p. 13.
[1506] H. NARAYAN-FOURMENT, « Le droit de rétention dans le gage : l'arme absolue du créancier », note sous arrêt Cass. com., 4 juillet 2000, Bull. civ. IV n°136, p. 123, in *Petites affiches*, 08 juin 2001 n°114, p. 20.
[1507] Art. 73 AUS.
[1508] Art. 74 AUS.
[1509] Art. 81 AUS pour la cession de créance à titre de garantie et art. 88 AUS pour le transfert fiduciaire.
[1510] M. SAKHO, « Dossier pratique sur les techniques d'optimisation des sûretés : les pièges à éviter. Les diligences à respecter », in *Revue de l'ERSUMA* – Droit des affaires & Pratique professionnelle – n°1, juin 2012, p. 481.
[1511] Art. 82 AUS.
[1512] Art. 89 AUS.
[1513] Art. 4 AUS.
[1514] P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op. cit., p. 690 et s.
[1515] M. SAMB, « Le droit du crédit-bail dans l'espace ohada : étude comparative des lois camerounaise et sénégalaise », in *Revue de l'ERSUMA*, op. cit., p. 359.

du Règlement 15/2002/CM/UEMOA. Nonobstant l'ingéniosité des praticiens à multiplier les combinaisons entre le droit de propriété et la liberté contractuelle, c'est la fonction de garantie qui intéresse notre démonstration. Il en va ainsi, de la fiducie qui connaît un regain d'intérêt en raison de la flexibilité du mécanisme[1516]. Dans cette optique, ces mécanismes seront efficaces tant que l'ordre public et la force obligatoire du contrat suffiront à leur exécution, mais en cas de survenance d'une procédure d'insolvabilité, leur intérêt risque d'être très atténué. De manière très pragmatique, le législateur entend contrôler l'utilisation de la propriété comme garantie en usant du formalisme, qu'il soit de validité ou de publicité[1517]. Il en est ainsi car les conséquences de la défaillance du débiteur s'attaquent directement à son pouvoir sur des éléments de son patrimoine.

474. Le paiement hors concours du créancier. Le droit de rétention éprouve son efficacité en présence de droits concurrents. En dehors de cette hypothèse, s'il s'exerce alors que la détention s'est opérée sans fraude ni violence, il s'avère que le créancier rétenteur est dans une position très sûre quant au paiement[1518]. Pour les créanciers propriétaires, la réalisation de leurs attentes subjectives empruntent d'autres voies. L'existence d'une clause de réserve de propriété oblige le débiteur à s'acquitter de sa prestation, à défaut, le créancier dispose du droit de revendiquer le bien[1519] ou de porter son droit de propriété sur des créances de ce dernier[1520]. La reprise du bien dépend de l'état de la chose au moment de la reprise. En effet, si le bien est existant, il peut être revendiqué en raison de son individualisation, au cas contraire, c'est la valeur du bien qui est considérée. Si le bien est aliéné ou détruit, l'action en revendication porte sur l'indemnité d'assurance ou le prix consenti par le sous-acquéreur. Au regard de la sécurité juridique formelle, l'action en revendication semble être conforme aux attentes du créancier propriétaire qui retrouve la pleine propriété de son bien[1521], mais sa sécurité juridique substantielle est souvent déjouée

[1516] M. GRIMALDI, « La fiducie : Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », in *Defrénois*, 15 septembre 1991 n°17, p. 897.
[1517] Art. 112 AUPCAP.
[1518] Art. 70 al. 2 AUS. Le créancier peut même vendre le bien et consigné le prix si les charges de la conservation deviennent trop importantes ou les biens menacés de perdre toute valeur.
[1519] Art. 77 AUS.
[1520] Art. 78 AUS.
[1521] C. QUEZEL-AMBRUNAZ, « Clause de réserve de propriété, délivrance brevi manu et procédure de sauvegarde », note sous arrêt Cass. com., 3 juillet 2012 (n°11-20425), in *Petites affiches*, 06 décembre 2012 n°244, p. 8.

par le retour du bien. Comme l'a pertinemment constaté D. VOINOT « *le droit commun ne connaît pas les pièges procéduraux du droit commercial où, derrière le masque souriant de la réserve de propriété, se cache souvent le visage grimaçant du revendiquant déçu* »[1522].

475. La propriété cédée à titre de garantie offre un mode de réalisation plus radicale à partir de l'effet translatif du mécanisme. Ainsi, la cession de créance et l'aliénation fiduciaire d'instruments financiers ou la fiducie-sûreté permettent au créancier d'être payé immédiatement et hors concours[1523]. Mais elles posent deux séries de risques : le caractère souvent occulte des transactions et la célérité des opérations qui s'adapte mal aux standards du droit commun. Or la remarque pertinente de R. LIBCHABER, « *la séduction exercée par une technique étrangère résulte d'abord de l'attraction produite par les règles de fond du système où elle s'épanouit : c'est la substance du droit qui fait envie, non les institutions qui l'incarnent et la révèlent* »[1524], s'appliquerait à bien des égards à l'intégration de la fiducie dans le droit ohada. En effet, l'attribution judiciaire ou l'appropriation immédiate des biens cédés en garantie répond aux attentes du créancier propriétaire, mais elles risquent de compromettre les droits des créanciers du constituant ou du bénéficiaire selon le cas. Ainsi, l'efficacité du paiement doit reposer sur une meilleure prévisibilité du paiement en cas de conflits de droits. Les seules règles contenues dans l'AUS ne permettent pas de prendre en compte les situations conflictuelles relativement au patrimoine fiduciaire et les interactions avec une procédure d'insolvabilité.

2. L'efficacité de l'exclusivité à l'épreuve des droits concurrents

476. Le conflit de droits en matière de sûretés réelles est complexe et pluriel. En effet, plusieurs cas de figure peuvent se présenter. Certains sont réglés par l'AUS (art. 57), d'autres trouvent une solution dans les règles applicables aux procédures

[1522] D. VOINOT, « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés », in *Petites affiches*, 27 mars 2008 n°63, p. 43890.
[1523] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 330 et s. comme l'écrivent les auteurs « *l'efficacité, enfin, a principalement deux causes : d'une part, les contraintes et sacrifices imposés par le droit des procédures collectives aux créanciers sont fréquemment déclarés inapplicables ; d'autre part, la protection des créanciers cessionnaires découle de l'attribution immédiate et de plein droit à leur profit des valeurs remises en garantie* ».
[1524] R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », in *Defrénois*, 15 septembre 2007 n°17, p. 1194.

d'insolvabilité. Ainsi, le principe *prior tempore, potior jure* permet de trancher le conflit entre une gage sans dépossession régulièrement publié et un droit de rétention postérieurement constitué[1525] sur le même bien. La solution est parfaitement adaptée à la sécurité juridique formelle dans la mesure où l'effet de l'opposabilité empêche l'usage ultérieur de la propriété à titre de garantie. Dans ce cas précis, la relativité du droit de rétention est une manifestation prévisible du triomphe de l'équité sur la possession. Cette logique est étendue aux autres formes de sûretés réelles grâce à la publicité obligatoire du droit exclusif. Mais, elle n'empêche pas la fragilisation du droit exclusif du créancier propriétaire lorsque la créance cédée n'est pas purgée. L. BOUGEROL-PRUD'HOMME le démontre si bien en écrivant que « *la propriété reste impuissante face à des droits dont elle ne peut remettre en cause l'existence : le transfert de propriété – à titre de garantie ou de réalisation d'une sûreté traditionnelle – connaît une limite qui lui est inhérente dans l'adage Nemo Plus juris et l'opposabilité subséquente des sûretés antérieures munies d'un droit de suite, lesquelles peuvent être réalisées entre les mains du créancier fiduciaire ou attributaire* »[1526].

477. L'insolvabilité du débiteur à l'échéance doit normalement faire jouer la garantie souscrite, mais la survenance d'une procédure d'insolvabilité va inverser la logique en modifiant la prévision du créancier. Comme le soutient S. PIEDELIEVRE « *l'ouverture d'une procédure collective fige en grande partie les droits des créanciers munis de sûretés réelles, ce qui démontre, si besoin en était que le droit du redressement et de la liquidation judiciaires n'est plus une voie d'exécution destinée à permettre le paiement des créanciers* »[1527]. A cet effet, l'encadrement de l'exclusivité par les règles de la procédure collectives aboutit à une sécurité à géométrie variable pour les créanciers[1528]. Le droit de poursuite et l'assiette de la créance sont relativement affectés par le principe d'égalité des créanciers et la situation du bien dans le droit de rétention ou les propriétés-garanties. En effet,

[1525] Art. 107 al. 2 AUS.
[1526] L. BOUGEROL-PRDUD'HOMME, *Exclusivité et garantie de paiement*, Thèse, Université Paris II, 2010.
[1527] S. PIEDELIEVRE, « La mise en œuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives », in *Petites affiches*, 20 septembre 2000 n°188, p. 12.
[1528] F-X. LUCAS, « Rapport de synthèse », in Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 septembre 2012 n°5, p. 336. L'auteur estime que « *lorsque l'on considère l'efficacité des sûretés, les unes voyant leur efficacité affectée par la survenance de la procédure collective, les autres au contraire se trouvant parfaitement préservées. Ces différences de traitement sont le plus souvent injustifiables* ».

l'interdiction des paiements, l'arrêt de l'inscription des sûretés[1529] et du cours des intérêts[1530] a pour conséquence de neutraliser le droit de poursuite[1531] et de cantonner le montant de la créance. Afin de préserver l'exclusivité, les créanciers titulaires de sûretés réelles doivent déclarer leurs créances sous peine de forclusion[1532]. A ce titre, le conseil de P. ROUSSEL GALLE, « *la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles apparaît en définitive assez contrastée et pour l'essentiel, on en est réduit à conseiller au moins par prudence, de procéder à la déclaration de la créance et de la sûreté qu'elle quelle soit, prudence qui d'autant plus recommandée si l'on songe à la sanction de l'absence de déclaration* »[1533]. Cependant, cette question interpelle les sûretés fondées sur la propriété retenue ou cédée à titre de garantie. Si la question n'est pas clairement tranchée en droit ohada des procédures collectives[1534], elle est assez controversée en France[1535]. Le postulat paraît pourtant simple, tant que le sauvetage de l'entreprise est raisonnablement possible, l'exclusivité est sacrifiée au nom de la procédure d'insolvabilité[1536] ; au cas contraire, elle tend à retrouver une efficacité réelle au profit du créancier propriétaire. La solution est conforme à la sécurité juridique formelle dans la mesure où l'équilibre entre les intérêts présents emprunte la théorie utilitariste en évitant la propagation d'un risque d'insolvabilité systémique[1537]. Pour ce faire, la déclaration de la créance tend à protéger les créanciers dans la masse[1538], surtout si la garantie a été consentie durant la période suspecte. Elle protège également les créanciers propriétaires surtout en raison de l'imperfection du caractère souvent occulte des garanties consenties. Il est vrai que la fiducie-sûreté offre encore plus de souplesse, car pouvant opérer un transfert de propriété dès la défaillance du débiteur et en dehors de la procédure[1539]. L'une des questions qui mérite d'être posée serait de

[1529] Art. 73 AUS.
[1530] Art. 77 AUS.
[1531] Art. 75 AUS.
[1532] Art. 79 AUS.
[1533] P. ROUSSEL GALLE, « La déclaration de créances et les sûretés réelles », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 37.
[1534] Art. 101 et s. pour la revendication seulement.
[1535] F. PEROCHON, « Les sûretés immobilières classiques dans les procédures collectives », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 49.
[1536] P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », in *Revue des procédures collectives*, n°1, Janvier 2009, Dossier 10.
[1537] T. PIAZZON, La sécurité juridique, op. cit., p.541.
[1538] Art. 120 et s. AUS.
[1539] F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 59. L'auteur écrit que « *pour ceux dont le bien a quitté et les mains et le patrimoine du débiteur pour intégrer les*

savoir l'étendue des pouvoirs du syndic durant le délai précédant la remise des sommes au bénéficiaire, si la notification intervient après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Théoriquement, la procédure ne bloque pas l'exclusivité, mais le syndic peut trouver utile de désintéresser le créancier si la valeur des biens transférés excède largement les créances garanties. C'est dans une logique similaire que le paiement des créanciers titulaires de droits exclusifs est rendu possible dans la procédure collective. Ainsi, selon les mots de M. BOURASSIN « *le droit des entreprises en difficulté permet aux créanciers rétenteurs ou propriétaires de biens utiles à la procédure d'être payés, moyennant l'extinction par voie accessoire de leur garantie* »[1540]. Ce principe déroge à la règle de l'interdiction des paiements et rejoint le privilège reconnu aux créanciers de la masse par l'art. 108 AUPCAP. Ainsi, en l'état actuel du droit positif, les créanciers admis au paiement hors concours jouissent d'une meilleure prévisibilité de paiement sans être à l'abri d'un concours entre droits exclusifs ou des règles protectrices du constituant vulnérable[1541]. Ce rapport entre l'exclusivité et le droit de l'exécution a été bien perçu par la doctrine qui considère que « *les droits exclusifs peuvent s'avérer décevants sur le terrain de la sécurité juridique : d'une part les praticiens n'ont pas nécessairement conscience de leurs limites et des risques inhérents à leur multiplication ; d'autre part, leur caractère occulte altère en pratique leur efficacité* »[1542].

Conclusion chapitre 2 du Titre 1

478. La meilleure garantie du créancier réside dans le paiement volontaire de la dette à l'échéance par le débiteur. Pour atteindre cet objectif, le droit positif offre une diversité de moyens instrumentalisant la liberté contractuelle ou le recours au juge, s'il ne s'agit pas d'une disposition légalement purement. C'est toute la question des garanties légales, judiciaires et conventionnelles affectées au paiement des

mains et le patrimoine d'un tiers (cession Dailly) ou un patrimoine judiciaire dont eux-mêmes (ou un tiers) sont titulaires, il n'est même pas besoin de revendiquer. La réalisation de la sûreté va se produire en dehors de la procédure ».

[1540] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., p. 672.

[1541] F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n°30, p. 59.

[1542] L. BOUGEROL-PRDUD'HOMME, *Exclusivité et garantie de paiement*, Thèse, Université Paris II, 2010.

créances. Elles sont utilisées différemment selon que le créancier souhaite mobiliser immédiatement du crédit ou non. Dans le premier cas, l'anticipation du paiement est devenue une technique usuelle avec la possibilité de faire circuler la créance. C'est un procédé classique en théorie générale des obligations avec les opérations portant sur les créances[1543]. L'exigence de sécurité juridique saisit la circulation des créances à travers deux moments. Lors de la naissance de la convention, le formalisme permet d'assurer la stabilité des prévisions des parties. A l'exécution, l'unité de la dette donne une tournure objective à la relation des parties. Ainsi, globalement le système de contrôle se montre performant, sauf à considérer les transmissions successives et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité[1544]. Dans le second cas, le créancier cherche à renforcer ses chances de paiements au moyen d'une cause de préférence ou d'exclusivité. La garantie reposera sur l'intervention d'un tiers ou la mise en jeu d'un bien. C'est l'enjeu du droit des garanties sur le recouvrement des créances. Quelle soit personnelle ou réelle, la garantie tire son efficacité dans le respect des prévisions des parties surtout dans la défaillance du débiteur[1545]. A l'épreuve de la sécurité juridique subjective, il s'avère que la garantie a une efficacité assez relative[1546], justement à cause de sa confrontation avec la sécurité juridique objective incarnée par les options de politique législative. Les garanties sont victimes de la sophistication de leurs aspects économiques au détriment de la sécurité juridique.

Conclusion du Titre premier Partie 2

479. Le respect volontaire de ses engagements par le débiteur doit demeurer l'un des fondements du droit de l'exécution. Aussi, nous avons pu voir que toutes les techniques de garantie du paiement, qu'elles se rapportent à la détermination de l'actif recouvrable ou sa valorisation, convergent vers cet idéal.

[1543] P. CATALA, « La genèse et le dessein du projet », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°1, p. 11.
[1544] R. LIBCHABER, « Vente », note sous arrêt Cass. civ., 3ème, 4 décembre 2002, in *Defrénois*, 28 février 2003 n°4, p. 245.
[1545] M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N. JOBARD-BACHELLIER, op. cit., « La sûreté idéale existe-t-elle ? », p. 17.
[1546] V. CATILLON, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques », in *Petites affiches*, 08 août 2008 n°159, p. 7.

480. La détermination de l'actif recouvrable est rendue difficile par plusieurs facteurs aggravant l'insécurité juridique du créancier. La liberté patrimoniale du débiteur ne doit pas être l'objet d'une atteinte excessive de la part du législateur, du juge ou du créancier. Elle fait référence à la propriété qui est un droit fondamental à mettre en concurrence avec le droit de poursuite du créancier. De l'avis éclairé de J. B. SEUBE, il faut « *le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux* »[1547]. C'est un aspect délicat de l'intégration de sécurité juridique, qui à bien des égards est souvent dogmatique et au profit de l'intérêt général. Le procédé est critiquable au regard de la « *fondamentalisation* » des droits subjectifs[1548], mais le législateur reste encore l'appui le plus solide de la sécurité juridique.

481. La valorisation du patrimoine par l'apport des garanties est un puissant révélateur de l'inégalité des créanciers dans le paiement. L'enjeu axiologique réside dans la légitimité des causes de préférence entre les droits concurrents. La volonté individuelle ou l'autorité de la loi apporte des réponses suivant les cas relevés. Dans ces conditions, la sécurité juridique de peut être qu'à géométrie variable au risque d'imposer une égalité détachée de tout fondement raisonnable. Cependant, le risque d'insécurité juridique tient davantage à l'hégémonie de la rationalité économique qu'aux techniques juridiques[1549]. Tant que dure ce postulat, il sera difficile de conjurer les conflits qui vont se multiplier et bousculer l'accessibilité des règles et la prévisibilité des solutions.

482. Finalement, la garantie structurelle du paiement par l'exigence de sécurité juridique repose sur l'amélioration de l'assiette du droit de poursuite et dans la résolution des conflits entre créanciers sur ces mêmes actifs recouvrables. Il est évident que les solutions législatives et jurisprudentielles continueront à être discutées[1550], mais l'exigence de sécurité juridique est le résultat d'un équilibre entre intérêts divergents, donc une certaine philosophie d'intervention. En effet, son

[1547] J-B. SEUBE, « Bail commercial et CEDH », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2005 n°4, p. 1093.
[1548] P. GLAUDET, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », 100e Congrès des notaires de France : 1ère commission, in *Petites affiches*, 31 mars 2004 n°65, p. 3.
[1549] P. DUPICHOT, « L'efficience économique du droit des sûretés réelles », in *Petites affiches*, 16 avril 2010 n°76, p. 7.
[1550] P-M. LE CORRE, « Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté ? », in *Petites affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 9. J-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », in *Petites affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 37.

objectif est de traduire la norme inscrite à l'art. 162 COCC en une réalité fonctionnelle quelle que soit les circonstances du recouvrement. Dans ce contexte, la matérialisation de cette philosophie de l'action, certes complexe, permettra de comprendre le renouvellement de la conception de l'exécution.

TITRE II – LA GARANTIE SUBSTANTIELLE DE L'EXECUTION : PROPOSITION D'UNE RELECTURE DE L'EXECUTION

483. Le droit positif de l'exécution marque la consécration d'un état de la question à un moment donné de sa construction. Son immobilisme peut conduire à une posture dogmatique préjudiciable à l'adaptation du droit aux évolutions sociales[1551]. Un tel constat révèle quelques préoccupations d'ordre juridique et sociologique. En effet, l'exécution des créances conçue comme un « phénomène juridique »[1552] permet l'exploration conceptuelle et contextuelle d'un rapport de pouvoir entre le créancier et le débiteur. Cette interrogation sur les techniques d'exécution est également une méthode d'affirmation de leur légitimité dans un Etat de droit. En réalité, c'est le paradigme de la contrainte, au cœur de l'exécution, qui nécessite une légitimation sans cesse renouvellée pour son effectivité. C'est pourquoi, il est important de concilier la dimension empirique et celle théorique dans la compréhension des tendances actuelles du recouvrement des créances. Dans ce sens, la « mesure » semble être l'indicateur déterminant de la légitimité de l'exécution des créances. Aussi, la proposition de relecture de l'exécution prend en compte les limites inhérentes à l'objectivité dogmatique et au subjectivisme naïf pour s'essayer à la synthèse d'un modèle d'exécution praticable.

484. La praticabilité du modèle dépend de l'intensité des relations entre ses éléments variables et structurels. A leur niveau optimal, l'on aboutit à un point d'équilibre satisfaisant entre la politique et la technique juridique, de sorte que l'outil d'exécution des créances soit la plus pertinent possible. Au cas contraire, les règles tirées du droit commun réinvestissent le champ de l'exécution tiraillé entre le régime générale des obligations et la procédure civile. La solution adoptée est essentiellement orientée vers le pragmatisme du recouvrement[1553], même si les questions relatives à la systématisation restent importantes. Par rapport à cette logique, l'exigence de sécurité juridique se détache de son abstraction symptômatique en agissant comme un cadre de rationalisation de l'exécution. En

[1551] A. SUPPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Editions du Seuil, Coll. Points-Essais, 2ème édition, 2009.
[1552] J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., pp. 180 et s.
[1553] D. CARAMALLI, « Obligataires et déclaration de créances : le pragmatisme jurisprudentiel », in *Petites affiches*, 08 juillet 2004 n°136, p. 19.

cela, l'exigence de sécurité juridique s'appuie sur les concepts d'intérêt et de valeur pour réaliser l'équilibre entre les aspects juridiques et économique de l'opération d'exécution. ce mode opératoire a le mérite de rester conforme à la réalité de la créance, objet de l'exécution, qui est un phénomène normatif et patrimonial. Dès lors, la sécurité juridique oppose à l'objectivité dogmatique, incarnation du degrè ultime de sécurité objective, la nuance de la rationalité (**Chapitre 1**), et à la subjectivité, reflet de la sécurité subjective, la finalité de l'exécution (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 – PAR-DELA L'OBJECTIVITE DOGMATIQUE : LA RATIONALITE DE L'EXECUTION

485. M. DELMAS-MARTY avait raison de dire que « *pour responsabiliser les titulaires de pouvoir, il ne suffira pas de passer de la soft law à la hard law. Encore faudra-t-il éviter l'instrumentalisation du droit au profit du plus fort* »[1554]. En effet, la construction d'un système effiace d'exécution repose sur un choix raisonné de valeurs à promouvoir[1555] et un mécanisme adapté de mise en œuvre de la contrainte si nécessaire. Ainsi, la jusitifcation de l'exécution ne doit pas seulement poursuivre un but d'objectivation réducteur d'un droit fondamental, mais intégrer les facteurs épistémologiques d'une conception renouvellée de cette dernière. Dès lors, la compréhension de la politique juridique de l'OHADA montre une double recherche de légitimation et d'efficacité. D'abord, la légitimation des fondements théoriques de l'exécution qui, tirant invariablement leurs sources dans un droit subjectif, doivent cependant présenter une valeur explicative susceptible d'intégrer les évolutions sociales. En effet, au-delà des reflets de la dogmatique juridique, la légitimiation de l'exécution est avant une reflexion sur son sens et son utilité sociale (**Section 1**). Ensuite, la réforme OHADA a posé un cadre judiciaire original destiné à renforcer l'efficacité du droit communautaire[1556]. Cette entreprise de modernisation pose de nouvelles contraintes à la prévisibilité de la procédure d'exécution de sorte que la légitimation du modèle juridictionnel devient un impératif pour son attractivité[1557]. Ainsi, les options de rationalisation des procédures d'exécution disponibles renseignent sur la légitimité de l'offre juridictionnelle et son adéquation aux objectifs affirmés (**Section 2**). Enfin, la prise en compte de l'exigence de sécurité juridique est dépendante de la mise en cohérence de ces dimensions indissociables de l'exécution des créances.

[1554] M. DELMAS-MARTY, *Résister responsabiliser anticiper*, op. cit., p. 150.
[1555] G. ALPA, « Les principes directeurs dans les avants-projets de réforme européens », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2013 n°1, p. 430.
[1556] A. AKAM AKAM, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA* (sous la dir. A. AKAM AKAM), Paris, Harmattan, 2009, pp. 21-36.
[1557] P-G. POUGOUE, « Présentation générale du système OHADA », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA* (sous la dir. A. AKAM AKAM), op. cit., pp. 11-19.

Section 1 – La légitimité de la rationalité interprétative de l'exécution

486. Le concept de rationalité interprétative doit être compris comme un principe « *qui reconnaît simultanément l'existence de deux niveaux de références, collectif et individuel, qui s'articulent sans se confondre et influencent conjointement le comportement de l'agent* »[1558]. Le droit étant un instrument de régulation sociétale, c'est sous ce double rapport que l'exécution sera appréhendée. En effet, dans le processus de l'exécution des créances, les parties sont amenées à adopter des stratégies individuelles souvent basées sur une asymétrie d'informations et dans un environnement socio-économique incertain, ce qui ne favorise pas la sécurité juridique. Or, pour formaliser ces initiatives individuelles, l'ordre juridique doit se baser sur faits et actes raisonnablement prévisibles. Cependant, le recours aux instruments classiques du droit contractuels ou des procédures civiles d'exécution révèle certaines insuffisances liées à l'imprécision des concepts[1559] ou au manque d'efficacité des mesures adoptées[1560]. Il en est ainsi des notions de liberté et de pouvoir qui caractérisent singulièrement les prérogatives du créancier dans l'exécution[1561]. De la même manière, le débiteur étant soumis à l'obligation du respect de la parole donnée[1562] peut s'y soustraire par convenances personnelles ou suite à un événement indépendant de sa volonté[1563].

487. L'exigence de sécurité juridique doit être apte à garantir un minimum de certitude quant à l'intention des parties de satisfaire aux attentes légitimes découlant des prévisions réciproques. A ce titre, elle induit une interversion substantielle du caractère obligatoire de l'exécution sans remettre en cause la structure du concept, dans le souci de renforcer l'exécution. Ainsi, d'une part, la force obligatoire s'accorde

---

[1558] A. BUTTARD, M. GADREAU, « D'une rationalité instrumentale à une rationalité interprétative de l'agent : l'hypothèse de rationalité en débat », in *leg.u-bourgogne.fr* (consulté le 20 janvier 2013).
[1559] J-C. WOOG, « Diorama d'un demi-siècle », in *Gazette du Palais*, 27 mai 2000 n°148, p. 5.
[1560] T. TITONE, F. COULON, « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », in *JCP – Entreprise et Affaires* – n°23 – 9 juin 2011, pp. 25-30. Comme le constate les auteurs, « *l'exécution d'un contrat est soumise à des conditions extérieures aux parties difficilement prévisibles au moment de la conclusion du contrat sans toutefois constituer des cas de force majeure* ».
[1561] T. GENICON, « Choix entre exécution forcée et résolution : souplesse dans l'exercice de l'option…mais jusqu'à quand ? », note sous arrêt Cass. civ., 25 mars 2009 (n°08-11326), in *Revue des contrats*, 01 juillet 2009 n°3, p. 1004.
[1562] J-B. SEUBE, « Une lecture bien exigeante de l'article 1134 alinéa 1er du Code civil », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 18 mars 2009 (n°07-21260), in *Revue des contrats*, 01 octobre 2009 n°4, p. 1490.
[1563] D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un entre-deux perfectible », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°1, p. 67.

avec l'essence d'un acte de prévision : l'attente[1564] ; d'autre part, la force exécutoire est également en phase avec un principe essentiel : la possibilité. Au cœur de ces préoccupations ontologiques propres à l'exécution, la légitimité du système est paradoxalement garantie par des concepts moralement féconds quant à sa prévisibilité. Ainsi, l'objectivité dogmatique symbolisée par une interprétation statique et souvent inefficace de l'obligatoriété est secourue par un postulat interprétatif dynamique des valeurs sous-jacentes à l'exécution : l'éthique[1565]. Elle est conçue dans sa vocation à la neutralité axiologique[1566] afin de conserver à la sécurité juridique son objectivité principielle. Par conséquent, la légitimité de toute exécution devra se fonder sur les principes de loyauté (§1) et de proportionnalité (§2) pour une sécurité juridique praticable et non seulement idéale.

§ 1 – La légitimité éthique : La loyauté

488. Le devoir général de loyauté interpelle doublement le sujet de droit. Dans sa conception extensive, il oblige au respect de la loi dans son sens systémique[1567]. Dans une acceptation restreinte, elle peut être appréhendée sous la forme intersubjective[1568]. Cependant, son contenu reste relativement invariable : le respect des prévisions juridiques. Dans le droit de l'exécution, la loyauté induit une double exigence qui justifie la protection du créancier et du débiteur. Ces postulats d'inspiration éthique visent d'abord à responsabiliser les parties et inciter une exécution volontaire conforme aux prévisions initiales. En effet, la légitimité de l'exécution repose sur un principe moral à dimension individuelle, la bonne foi (A) et sur une référence collective à caractère social, la solidarité (B).

[1564] H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », in *Petites affiches*, 06 mai 1998 n°54, p. 44. L'auteur y exprime une idée fondamentale « *respecter le contrat, c'est respecter les prévisions des contractants et celles-ci ne doivent pas être trahies, si l'on veut bien admettre que le contrat est le plus sûr moyen – sinon le seul – dont dispose l'homme pour se projeter dans l'avenir, projection elle-même indispensable* ».

[1565] G. AMEDEE-MANESME, « Ethique et droit privé », in *Gazette du Palais*, 22 décembre 2001 n°356, p. 15.

[1566] M-F. RENOUX-ZAGAME, « Du principe de correspondance au principe d'altérité : éthique et droit au regard de l'histoire juridique », in *Gazette du Palais*, 22 décembre 2001 n°356, p. 10.

[1567] L'art. 34 al. 4 AUDCG désigne l'une des finalités du RCCM comment devant « *permettre de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de loyauté nécessaires au développement des activités économiques* ».

[1568] L'art. 217 AUDCG vise expressément le devoir de loyauté dans les rapports entre l'agent commercial et son mandant.

A. Une obligation positive individuelle : la bonne foi

489. Position du problème. La bonne foi est sous doute l'une des notions les plus contestées et pourtant les plus fréquemment évoquées dans les relations juridiques. La cause de ce paradoxe tient à son origine ambiguë oscillant entre la morale et le droit. Elle fait partie des présupposés[1569] les plus classiques du droit des contrats et se poursuit notamment dans son exécution. Sans nécessairement les confondre, le droit positif utilise de manière interchangeable les principes de loyauté et de bonne foi[1570]. Cette confusion notionnelle traduit en réalité la plasticité du concept qui se prête à plusieurs interprétations et applications qu'elles soient jurisprudentielles ou doctrinales[1571]. Ainsi, la bonne foi est invoquée pour trancher des conflits de droits concurrents[1572] ou pour imposer une obligation de motivation[1573].

490. Le recours à la bonne foi ou à la loyauté est d'abord un indicateur de la posture axiologique des parties au moment de la formation de la convention ou lors de son exécution. Les propos de L. MOSSER l'indiquent clairement, « *cette notion pourrait être définie comme un comportement honnête, exclusif de toute intention malveillante. Ce concept juridique a pour objectif central d'éviter l'insécurité* »[1574]. Justement, l'exigence de sécurité juridique utilise le concept dans la perspective d'une obligation faite aux parties de maintenir un climat de confiance tout au long de l'exécution des prestations. Ainsi, l'incidence de la bonne foi est tantôt appréciée positivement comme un facteur de clémence, tantôt négativement en cas d'abus ou de fraude. Le droit positif sénégalais ne semble pas offrir une définition précise de la bonne foi, il en fait plutôt un référentiel technique suivant la finalité poursuivie par le législateur. En matière de preuve, la bonne foi est parée sous les traits d'une

[1569] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 428 et s. l'auteur y identifie l'égalité, la rationalité et l'utilité comme les présupposés classiques du contrat concernant les parties, ces éléments sont sous-tendus par la bonne foi qui conditionne la posture axiologique des parties au moment de conclure le contrat ou de l'exécuter.

[1570] J. ROCHFELD, « Le contrat et la Cour européenne des droits de l'homme (II) : l'articulation de l'exigence spéciale de bonne foi et les droits fondamentaux », note sous décision CEDH, gde ch., 12 septembre 2011, Palomo Shànchez et autres c/ Espagne, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2012 n°1, p. 29.

[1571] L. AYNES, « Bonne foi », note sous arrêt Cass. com., 10 juillet 2007 (n°06-14768), in *Revue des contrats*, 01 octobre 2007 n°4, p. 1107.

[1572] G. VINEY, « Le conflit entre le droit du créancier à l'exécution en nature de l'obligation contractuelle et le respect des droits acquis par les tiers de bonne foi », note sous arrêt Cass. civ. 3e, 4 mai 2006 (n°04-61051), in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 295.

[1573] D. MAZEAUD, « Bonne foi », note sous arrêt Cass. civ. 3e, 20 octobre 2004 (n°Y 03-10406), in *Revue des contrats*, 01 avril 2005 n°2, p. 264.

[1574] L. MOSSER, « Droit des sociétés : de la bonne foi à la loyauté », in *Gazette du Palais*, 17 mars 2009 n°76, p. 45.

présomption simple contribuant à renverser la charge de la preuve[1575]. Elle sert aussi de cadre d'interprétation aux lacunes dans le contrat[1576], ou à valider le paiement fait au créancier apparent[1577]. Ainsi, au-delà des controverses autour de la bonne foi, c'est le « *raisonnement téléologique* »[1578] qui appuie son usage dans le droit de l'exécution qui intéresse notre analyse.

491. La bonne foi dans une approche fonctionnelle peut être une source d'insécurité juridique en raison de la démarche casuistique du juge. En effet, son appréciation souveraine provoque soit une grande instabilité des solutions admises, soit un réflexe conservateur[1579]. Toutefois, la liberté d'appréciation du juge est contrôlée par l'exigence du respect des prévisions légitimes des parties conformément à la jurisprudence « *Les Maréchaux* »[1580]. Donc, le principe de bonne foi doit rester en adéquation avec le cadre objectif servant à sa validité tout en réalisant les finalités subjectives nécessaires à une exécution des créances praticables. C'est à ce prix qu'elle devient légitime et s'insère comme une obligation tout au long de l'exécution.

492. La bonne foi, facteur de clémence dans l'exécution. L'effet du principe de bonne foi dans l'exécution ne doit pas être a priori surestimé. Selon qu'elle s'applique au créancier ou au débiteur, sa fonction peut varier. Le principe sert surtout de curseur au législateur ou au juge pour se décider en faveur d'une mesure de clémence. Dans cette perspective, la bonne foi prend la forme d'un mécanisme correcteur des inégalités ou du déséquilibre dans la vie des obligations des parties. Ainsi, à la suite de G. TEBOUL, nous constatons d'après le Doyen RIPERT que « *la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire*

[1575] Art. 10 COCC « *En toute hypothèse, la bonne foi est présumée et c'est celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver* ».
[1576] Art. 103 COCC.
[1577] Art. 167 COCC.
[1578] Y-M. LAITHIER, « Le déclin de la bonne foi ? », note sous arrêt Cass. 2e civ., 25 février 2010 (n°09-11352), in *Revue des contrats*, 01 juillet 2010 n°3, p. 814.
[1579] M. BENILLOUCHE, « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », in *Petites affiches*, 29 juillet 2004 n°151, p. 6.
[1580] O. DESHAYES, « La troisième chambre civile fait sienne la jurisprudence Les Maréchaux sur l'exécution de bonne foi des contrats », note sous arrêt Cass. civ. 3e, 9 décembre 2009 (n°04-19923), in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 février 2010 n°2, p. 4. Le juge avait décidé que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ni à s'affranchir des dispositions impératives du statut des baux commerciaux* ».

pénétrer la règle morale dans le droit positif »[1581]. Dans une situation simple impliquant un débiteur et l'un de ses créanciers, la bonne foi peut légitimer l'octroi de délais de paiement ou d'un moratoire tel que prévu à l'art. 173 COCC[1582]. Mais, elle ne se suffit pas pour légitimer la paralysie du droit de poursuite. Le principe de bonne foi doit s'articuler aux considérations économiques affectant la situation patrimoniale du débiteur. Elle confère à un fait objectif, la difficulté de payer à l'échéance, un accent moral qui peut être qualifié en vulnérabilité. Ainsi, cette faculté reconnue au juge a un domaine d'application très large, excluant a priori les dettes fiscales[1583] et les créances alimentaires. De la même manière, le fait objectif doit être sérieux et légitime pour justifier une atteinte au droit de poursuite du créancier. Aussi, le droit des voies d'exécution permet t-elle d'instrumentaliser les difficultés d'exécution en s'appuyant sur la bonne foi par application de l'art. 39 AUPSRVE[1584]. Bien que laissée à l'appréciation souveraine des juges, la difficulté économique doit présenter suffisamment d'objectivité quant à sa preuve[1585].

493. Toutefois, l'appréciation de la bonne foi du débiteur ne tient pas seulement compte de la dimension financière, elle s'inscrit également dans la stratégie procédurale du débiteur. A l'occasion de sa décision rendue le 12 avril 2001, dans l'affaire SAVANA SALY c/ Alassane TALL et autres, la CA de Dakar confirme l'ordonnance du juge des référés qui refuse le bénéfice de la clémence au débiteur

[1581] G. TEBOUL, « La bonne foi en droit des affaires », in *Gazette du Palais*, 17 mars 2009 n°16, p. 3.
[1582] Art. 173 al. 2 COCC « *en dehors du recouvrement des dettes fiscales et sauf dispositions contraires de la loi, les juges peuvent, en considération de la situation de débiteur, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés ne pouvant jamais excéder une année, pour le paiement de n'importe quelle obligation et surseoir à la continuation des poursuites* ».
[1583] Ce principe n'est pas absolu. En effet, le contribuable peut solliciter un délai auprès de l'administration fiscale pour une difficulté passagère. Voir art. 706 CGI (version 27 – 12 – 2012) « *Sous réserves des dispositions du Décret portant Règlement sur la comptabilité publique et interdictions légales et réglementaires, le contribuable qui reconnaît le bien-fondé d'une imposition établie en son nom peut introduire une demande de remise gracieuse en matière d'impôts sur le revenu pour cause d'indigence ou de gène* ».
[1584] Art. 39 AUPSRVE « *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiaires, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année* ».
[1585] J-F. GUILLEMIN, « Table ronde : le regard des professionnels », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2009 n°1, p. 355. L'auteur termine son étude en soulignant que la confiance accordée au juge sur son intervention « *ne disparaît que lorsque le droit et l'action du juge ne sont plus lisibles et prévisibles, lorsqu'ils ne remplissent plus leur rôle de stabilisation de la règle de droit et leur mission d'intervention pour faire respecter le contrat tel que les parties l'ont voulu. Cette confiance disparaît lorsque l'intervention du droit du juge est un facteur d'imprévisibilité et d'insécurité, lorsque la latitude dont dispose le juge l'autorise à modifier l'équilibre convenu* ».

en rappelant les conditions de recevabilité d'une discontinuation des poursuites[1586]. Dans une décision en date du 20 juin 2006, la Cour de cassation consolide la distinction entre la dimension économique et morale concernant l'exécution des obligations et comme le suggère C. RADE « *l'employeur qui conclut un contrat de travail doit, comme tout contractant, en assurer l'exécution fidèle et loyale* »[1587]. En effet, le référent moral doit s'entourer d'un minimum de prévisibilité pour être objectivement pertinent. Pour y parvenir, la motivation du juge doit indiquer, d'une part, un rattachement à la fois intellectuel et matériel de l'élément moral de la bonne foi à la volonté réelle des parties, et d'autre part, l'objectivation de l'atteinte au droit du créancier. Cette exigence est soulignée par O. ANSELME-MARTIN, lorsqu'il écrit qu'il faut « *mettre en évidence non des obligations nouvelles, qui ne se relient qu'artificiellement à la volonté réelle des parties, mais des suites de l'obligation, qui, elles, en découlent inéluctablement sauf si le juge étire trop l'obligation* »[1588]. En définitive, avant d'être rapportée aux parties, l'obligation de bonne foi est d'abord un principe qui s'impose au législateur et au juge sous la forme d'un impératif de justice dans leur action. Mais pas n'importe quelle justice, la justice qui s'inscrit dans le droit à un procès équitable devant un juge indépendant et impartial[1589].

494. La bonne foi permet au débiteur en difficulté de solliciter l'assistance judiciaire dans le traitement collectif de ses difficultés économiques et financières. Même si la loi n'en fait pas une exigence expresse, il est possible de le déduire de la lecture corrélée des art. 29 et 33 AUPCAP[1590]. En effet, du point de vue procédural,

[1586] CA de Dakar, ch. civ. et com., 12 avril 2001 (n°228), Hôtel SAVANA SALY c/ Alassane SALL et 68 autres, in *Répertoire de jurisprudence*, op. cit. p. 43.
[1587] C. RADE, « Contrat de travail : rien n'excuse le non paiement des salaires », note sous arrêt Cass. soc., 20 juin 2006 (n°05-40662), in *Revue des contrats*, 01 octobre 2006 n°4, p. 1171.
[1588] O. ANSELME-MARTIN, « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », in *Petites affiches*, 22 janvier 1997 n°10, p. 17.
[1589] P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, Thèse, Université Gaston Berger, Saint-Louis, 2010.
[1590] Art. 29 al 1 AUPCAP « *La juridiction compétente peut se saisir d'office, notamment sur la base des informations fournies par le représentant du Ministère Public, les commissaires aux comptes des personnes morales de droit privé lorsque celles-ci en comportent, les associés ou membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine* ».
Art. 33 al. 1et 2 AUPCAP « *La juridiction compétente qui constate la cessation des paiements doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.*
Elle prononce le redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux. Dans le cas contraire, elle prononce la liquidation des biens ».

plusieurs obligations assignées au débiteur[1591] permettent de voir l'incidence de la bonne foi. D'abord, l'initiative de la procédure lui impose les obligations de transparence[1592] et de collaboration avec les organes de la procédure. Ensuite, tout au long de la procédure, les techniques de restriction des pouvoirs du débiteur ou de reconstitution, voire de réalisation de son actif l'astreignent au respect du principe de bonne foi[1593]. Enfin, dans l'optique d'une admission du débiteur à une procédure de surendettement post-procédure collective, la bonne foi risque d'être un indicateur pertinent[1594]. Toutefois, le droit positif actuel continue à entretenir une méfiance soutenue vis-à-vis de la bonne foi dans les procédures collectives commerciales[1595]. Cependant, la contradiction interne au doit des procédures d'insolvabilité traduit une politique législative quasi incohérente. En effet, le doit du surendettement des particuliers fait de la bonne foi l'un des critères d'éligibilité du débiteur au bénéfice de la procédure[1596]. Or, cette sélectivité ne semble pas être justifiée à priori, même si la Haute Cour exerce son rôle de gardienne de la cohérence jurisprudentielle[1597]. La bonne foi pourra être objectivée en légitimant le discours sur les rapports de la morale au droit comme principe de rééquilibrage des intérêts contradictoires. Le discours dogmatique[1598] semble exclure ce rapprochement théorique qui est pourtant

[1591] G. TEBOUL, « La bonne foi et les procédures collectives », in *Gazette du Palais*, 17 mars 2009 n°76, p. 20.

[1592] F-X. LUCAS, « Absence de faute du débiteur de bonne foi qui omet de signaler l'existence d'une créance », note sous arrêt Cass. com., 16 juin 2009 (n°08-70003), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 septembre 2009 n°5, p. 3. Dans cette affaire, le juge retient que « *les débiteurs ont pu de bonne foi penser que la procédure collective n'avait été ouverte que du chef de leurs activités professionnelles et qu'ils n'avaient donc pas à mentionner sur la liste à remettre au représentant des créanciers leurs dettes personnelles* ».

[1593] M. SENECHAL, « Le droit de rétention peut être légitimement invoqué à l'encontre d'un tiers de bonne foi », note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 24 septembre 2009 (n°08-10152), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 novembre 2009 n°7, p. 3.

[1594] P. RUBELLIN, « Le gérant condamné pour insuffisance d'actif est éligible à une procédure de surendettement », note sous arrêt Cass. 2e civ., 12 avril 2012 (n°11-10228), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficultés*, 10 mai 2012 n°5, p. 2. Dans cette décision, le juge estime que « l'action en comblement de passif n'exclut pas en soi le bénéfice pour le gérant des mesures de traitement du surendettement ».

[1595] A. BENABENT, « La question de la bonne foi dans les procédures collectives », in *Gazette du Palais*, 27 février 2003 n°58, p. 37.

[1596] Y. DAGORNE-LABBE, « L'obligation de bonne foi du débiteur surendetté », note sous arrêt Cass. civ. 2e, 15 janvier 2009, in *Petites affiches*, 31 mars 2009 n°64, p. 14.

[1597] Ibid.

[1598] X. MAGNON, « En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique ? », in http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC7/MagnonTXT.pdf. Dans ce sens l'auteur estime qu' « *un discours dogmatique, que nous entendons comme étant celui qui vise à décrire et à systématiser le contenu du droit positif et de la jurisprudence, ayant un présupposé théorique normativiste, tend alors à établir les significations des différents énoncés prescriptifs dans un ordre juridique donné* ».

nécessaire à la prise en compte de l'évolution sociale. Dans ce sens, la vision de F. GENY selon laquelle « *le juge doit mesurer la valeur des droits que les parties invoquent devant lui en considérant le but moral, économique ou social que ces droits favorisent et en les mettant en balance avec les intérêts que leur exercice contrarie* »[1599] est particulièrement d'actualité. Par conséquent, il n'est point question d'une conception naïve de la bonne foi, mais de son intégration objective et dynamique dans le contrôle du droit de poursuite et la moralisation de l'exécution. A défaut, l'absence de loyauté est sanctionnée.

495. La bonne foi, la valeur objective d'une présomption potentiellement subjective. La qualité procédurale de la bonne foi dans l'exécution est strictement liée à une donnée objective de nature intellectuelle : la connaissance des difficultés[1600]. En effet, l'intention des parties au moment de l'engagement ou de l'exécution est affectée d'une incertitude consubstantielle très forte. Il ressort des propos de J. GHESTIN que « *la subjectivité la plus grande est celle des motifs personnels, internes et divers, qui ont contribué à déterminer la volonté de s'engager de l'une des parties* »[1601]. En dépit des règles sur l'ordre public contractuel et la force obligatoire du contrat, l'intention des parties reste incertaine aux deux extrémités de l'exécution[1602]. Ainsi, dans l'exécution, le juge a tendance à sanctionner l'absence de bonne foi en recourant à des éléments concrets de nature à garantir un procès équitable. Pour le juge, l'objectivation de la bonne foi est d'abord une question d'éthique professionnelle, qui empêche l'aveuglement de l'impartialité objective par l'impartialité subjective[1603]. Par conséquent, la démarche casuistique du juge conduit à un ajustement du raisonnement sur la valeur au contraire d'un jugement de valeur incontestablement subjectif et dangereux pour la sécurité juridique. Dans les procédures d'insolvabilité par exemple, le législateur donne un faisceau d'indices

[1599] B. FRYDMAN, G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 3ème édition, 2010, p. 84.
[1600] F. FERRIERE, V. AVENA-ROBARDET, *Surendettement des particuliers 2012/2013*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 4ème édition, 2012, p. 46. Ici les auteurs parlent du caractère personnel de la bonne foi du débiteur.
[1601] J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, LGDJ, 2006, p. 112.
[1602] Ibid. p. 113. L'auteur estime toutefois que « *si le volonté des parties reste de nature subjective, quoique beaucoup moins que les mobiles personnels et internes de l'une des parties, la recherche de cette volonté commune par interprétation du contrat peut introduire des éléments incontestablement objectifs* ».
[1603] N. FRICERO, « Renvoi pour cause de suspicion légitime », note sous arrêt Cass. 2e civ. , 27 janvier 2011 (n°10-01182), in *L'ESSENTIEL Doit des entreprises en difficulté*, 03 mars 2011 n°3, p. 5.

précis à la mauvaise foi en recourant aux présomptions[1604]. Tandis que dans les procédures civiles d'exécution, c'est le juge qui reste maitre de l'appréciation du contenu de la mauvaise foi[1605]. Cependant, une exigence identique d'objectivité s'impose à eux[1606].

496. N'étant qu'une simple présomption, la bonne foi supposée du créancier ou du débiteur peut être combattue et provoquer des sanctions particulières. Cette faculté tend à restreindre l'impact de la bonne foi dans l'exécution pour des motifs de prévisibilité. Alors, le juge a souvent recours aux concepts de fraude ou d'abus pour disqualifier un comportement contraire à la loyauté dans l'exécution[1607]. Le droit à l'exécution doit être mis en œuvre de bonne foi par le créancier. Ce serait une tautologie que de le rappeler, c'est pourquoi elle doit s'évincer de la lecture de l'art. 28 AUPSRVE. Seules les prérogatives conférées par la loi restent disponibles pour le créancier. Tout « *manquement délibéré* »[1608]est sanctionné par la responsabilité ou la déchéance de l'acquis procédural. Il en est ainsi, car la légitimité de son attente doit correspondre à celle de son action dès l'exigibilité de la créance ou pour les mesures conservatoires[1609]. Pour le débiteur, la mauvaise foi le prive de toute sollicitude et l'expose à la rigueur de l'exécution forcée.

497. L'obligation de bonne foi dans l'exécution désigne plus simplement l'obligation d'adopter un comportement prévisible tout en donnant des informations complètes et exactes. C'est cette conformité vis-à-vis de la norme qui rend l'exécution loyale, donc socialement acceptable. Elle correspond à un principe de justice sociale[1610] qui vise à responsabiliser aussi bien les entreprises que les individus dans le traitement de

[1604] Art. 197 AUPCAP.
[1605] Art. 47 AUPSRVE.
[1606] G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., p. 244. Evoquant le danger d'une immixtion judiciaire sur le fondement de la bonne foi, l'auteur estime que le « *risque d'une inégalité des contractants devant l'appréciation de leur bonne foi est un argument supplémentaire en faveur du rejet de cette théorie comme fondement de la correction du contrat* ». Dans le droit de l'exécution par contre, la bonne foi est inévitable en raison de la situation du débiteur qui tend à inverser cette présomption et justifie souvent la suspicion qui pèse sur lui. Les indices tirés de son comportement contractuel influent largement sur certaines solutions à l'impayé : le concordat préventif par exemple.
[1607] J. MESTRE, « Propos introductifs : Colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », in *Gazette du Palais*, 24 mai 2012 n°145, p.6.
[1608] B. LAGARDE, « L'abus réprimé : la correction par le juge », in *Gazette du Palais*, 19 décembre 2009 n°353, p. 33.
[1609] Art. 32 AUPSRVE. Ce texte pose une limite à l'incidence de la bonne ou mauvaise foi, car le fait générateur de l'indemnité de réparation est la poursuite de l'exécution sans titre.
[1610] Sur cette question voir, M. DELMAS-MARTY, *Résister, Responsabiliser, Anticiper*, Paris, Editions du Seuil, 2013.

l'impayé. Elle a également une vertu préventive en contribuant à limiter l'endettement en fonction de la capacité de chaque acteur dans les rapports économiques. La bonne foi impose une autolimitation objective à géométrie variable plus conforme à la réalité sociale. Ainsi, la sécurité juridique n'est plus seulement l'apanage du système juridique, qui s'efforce de garantir un équilibre raisonnable, mais un curseur individuel et collectif entre le pouvoir et le devoir, entre l'être et le devoir-être. Ainsi, l'obligation de loyauté pourra légitimer une exécution à visage social, voire solidariste.

B. Une obligation positive collective : la solidarité

498. Problématique. L'intérêt principal de la solidarité[1611] comme postulat éthique dans l'exécution est lié à la question de l'égalité. En effet, l'impayé crée une situation d'inégalité[1612] à plusieurs niveaux si l'on prend en compte la relation entre le créancier et le débiteur d'une part, entre le débiteur et les autres créanciers et d'autre part, entre les créanciers d'un même débiteur. Cette situation qui pose une complexité à plusieurs niveaux impose une réflexion quant à la rationalisation des poursuites et la hiérarchisation des intérêts concurrents. Ainsi, l'idée même de trouver des principes gouvernant ces rapports d'inégalité et d'en légitimer l'utilisation intéresse la sécurité juridique dans l'exécution. L'approche critique du droit de l'exécution permet de voir les solutions apportées par le droit positif et certainement d'en mesurer la pertinence dans le droit de l'exécution en relation avec les attentes individuelles de chaque partie. Devant les dettes, la figure de la solidarité est très classique en matière familiale[1613], droit des sociétés[1614], droit des obligations[1615] et dans les procédures collectives d'apurement du passif[1616]. Cependant, ces solidarités structurelles tirent leur fondement dans la spécificité des institutions qui les consacrent. Comme le remarque fort justement I. DAURIAC « *mettre les couples dans leur diversité à l'épreuve de la solidarité ménagère, c'est vérifier dans quelle mesure, à vouloir vivre en ménage, chacun s'expose à éprouver au passif la*

[1611] M. BORGETTO, R. LAFORE, « Solidarité », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public (sous la dir. J-B. AUBY)*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 529-539. Le concept de solidarité est saisi par différentes catégories et disciplines juridiques, mais conserve une certaine unité dans sa finalité de protectio del'intérêt général.
[1612] Sur le concept d'inégalité voir, A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Editions du Seuil, 2000.
[1613] Art. 390 CF pour les dettes du ménage.
[1614] Art. 270 AUSCGIE pour les sociétés en nom collectif par exemple.
[1615] Art. 136 COCC pour l'obligation de réparer les dommages. Art. 234 et s. pour les cas de solidarité (active ou passive).
[1616] Art. 183 AUPCAP pour l'action en comblement du passif mettant en œuvre la solidarité.

douloureuse éthique de la mise en commun »[1617]. Alors que dans le droit de l'exécution, surtout forcée, la mise en commun n'est pas un choix existentiel, mais une conséquence accidentelle objectivée par l'unité du gage général des créanciers.

499. Les options de solidarité dans l'exécution peuvent être d'origine conventionnelle, judiciaire ou légale. Toutefois, la question éthique qui se pose demeure toujours, pourquoi consentir un sacrifice dans son droit légitime d'être payé ? Sans doute, pour une question d'efficacité en considération des motifs invoqués pour justifiés le principe de l'égalité des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif[1618]. Mais au delà de cette axiome purement technique, se cache un choix axiologique qui rejoint les préoccupations de justice sociale dans le droit de l'exécution. Ainsi, le principe de solidarité épouse les nouvelles théories fondatrices du droit des obligations parmi lesquelles : la solidarité contractuelle[1619]. Seulement, il s'agit plus d'un emprunt de valeurs que d'une juxtaposition théorique. Comme le soutient J. CEDRAS, le solidarisme contractuel « *adopte le principe de réalité, suivant GENY, GOUNOT et DUGUIT dans leur dénonciation des abstractions logiques et des fictions métaphysiques* »[1620]. La solidarité n'est pas seulement le reflet moralisateur d'options hautement sociales mais également le fondement privilégié de toutes les techniques objectives de rééquilibrage des inégalités dans l'exécution.

500. La correction des inégalités par la solidarité. L'hypothèse de départ exclue toute prétention à l'exhaustivité, ainsi que la réalisation d'un équilibre parfait entre tous les intérêts en présence. La solidarité est ici plus technique, c'est-à-dire finalisée et pragmatique. L'objectif est d'atteindre une exécution praticable mais pas forcément idéale ou juste au sens des intérêts individuels. Certes, la méthode peut être discutée, voire critiquée mais elle assure la prévisibilité minimale qui sied à la sécurité juridique dans l'exécution. Pour y parvenir, nous partirons du postulat de la

[1617] I. DAURIAC, « Les couples à l'épreuve de la solidarité ménagère », in *Gazette du Palais*, 11 décembre 2008 n°346, p. 18.
[1618] C. LEGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », in *Gazette du Palais*, 06 août 2002 n°218, p. 2.
[1619] Pour des considérations théoriques sur le concept, voir A-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, LexisNexis, 2006.
[1620] J. CEDRAS, « Liberté – Egalité – Contrat : Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport Cour de cassation 2003 : l'Egalité*, Paris, La documentation française, 2004, p. 186 et s.

conception de l'éthique chez RAWLS[1621] pour l'affiner avec les théories récentes sur l'inégalité[1622].

501. La première forme de correction assurée par la solidarité est toujours latente et existe aussi bien chez le créancier que le débiteur. Il s'agit de la patience manifestée par le créancier envers son débiteur devant l'inexécution initiale[1623]. Quelque soit la forme de cette intervention, elle reste globalement une option subjective qui peut être fondée sur des raisons objectives (relations d'affaires soutenues, rapport de dépendance). Le risque se trouve plutôt au niveau de l'incidence de la patience du créancier sur son droit de poursuite[1624]. Etant généralement admise en dehors d'un recouvrement contentieux, cette forme de solidarité latente est opportune tant que la bonne foi du débiteur est réelle, autrement elle présente des risques identiques au recouvrement amiable. La patience s'accorde avec cette solidarité circonstancielle en imposant un sacrifice au créancier. D. MAZEAUD a bien illustré cet état en écrivant que « *la patience est décidément une vertu essentielle et toujours plus exigeante pour les créanciers dans notre droit contemporain des obligations* »[1625]. Cette assertion est encore davantage vérifiée à l'épreuve des procédures d'insolvabilité qui consacre la forme dynamique de la solidarité. En effet, la patience des créanciers est objectivée par une discipline collective qui oblige les créanciers à coopérer dans l'optique d'un paiement futur. Selon la gravité de la situation économique et financière du débiteur[1626], le juge peut instrumentaliser l'égalité des créanciers dans l'intérêt de la procédure. Dans ce contexte, la solidarité assume une fonction technique tout en gardant sa valeur morale. Il en est ainsi car, à l'inverse du ménage, « *l'intérêt collectif des créanciers est un mythe qui s'apparente plus à un conglomérat d'intérêts individuels hétéroclites*

[1621] La conception de l'éthique chez RAWLS est marquée par la transcendance d'une idée partagée du bien sur les intérêts individuels et égoïstes. Ainsi, de méthodes telles que le consensus. Pour plus de développements théoriques voir, B. FRYDMAN, G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 18 et s.

[1622] A. SEN, *Repenser l'inégalité*, op. cit., p. 75 et s.

[1623] L. GAUDIN, *La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, Paris, Defrénois, 2009.

[1624] S. LE GAC PECH, « Principes généraux et droit prospectif », in *Petites affiches*, 24 juin 2011 n°125, p. 4.

[1625] D. MAZEAUD, « Le consommateur de crédit immobilier surendetté », in *Petites affiches*, 29 juin 1999 n°128, p. 21.

[1626] L'éligibilité aux différentes procédures prévues par l'Acte uniforme dépend largement du critère économique, art. 5 AUPCAP pour le règlement préventif et art. 25 AUPCAP pour le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

qu'à une véritable communauté »[1627]. Ainsi, la solidarité agit comme un impératif éthique qui rappelle aux créanciers que la détérioration de la situation du débiteur compromet le recouvrement des créances à l'égard de tous, qu'un équilibre dynamique est nécessaire entre le droit individuel de chacun à l'exécution et la préservation du gage général[1628]. Mais, il n'est pas question de disparition des inégalités tenant à la disparité des situations individuelles des créanciers, elles sont simplement transcendées par la fiction juridique propre aux procédures d'insolvabilité.

502. La solidarité est davantage un état relatif à la moralité de la procédure et son caractère temporaire relativise le sacrifice au niveau formel. Mieux, elle est de portée relative, car la variété des droits de poursuite s'y reflète notamment pour les créanciers propriétaires, les créanciers contre la masse ou encore les salariés. Ainsi, la solidarité comme explication éthique de la discipline collective est favorisée par l'interdiction des poursuites, l'interdiction des paiements et l'arrêt des opérations qui aggravent le passif du débiteur[1629]. Ces outils relevant de la technique juridique doivent favoriser l'amélioration du contenu objectif du référentiel moral. Ainsi, à une inégalité substantielle et empirique correspond une égalité formelle et théorique qui a le mérite de proposer quelques solutions aux conflits d'intérêts.

503. Cependant, la critique de l'imprécision de la solidarité dans ce contexte particulier doit être écartée car comme le suggère A. SEN, « *si l'idée que l'on veut exprimer contient une ambiguïté de fond, une formulation précise de cette idée doit essayer de saisir cette ambiguïté et non l'évacuer* »[1630]. La solidarité dans l'exécution praticable n'est pas une solution définitive aux problèmes posés par l'inégalité des parties, mais un moyen éthique de parvenir à un compromis acceptable entre les

[1627] A. MARTIN-SERF, « L'évolution législative et les conflits », in *Gazette du Palais*, 26 juin 2008 n°178, p. 9. L'auteur rappelle que « *le droit des procédures collectives vise actuellement, tout ensemble, à assurer la survie du maximum d'entreprises, l'apurement du passif et un traitement égalitaire des créanciers…une branche du droit qui a l'ambition de satisfaire tant d'intérêts divers et souvent contradictoires est forcément empreinte de la complexité inhérente aux compromis difficiles* ».
[1628] Ce sont des considérations théoriques et éthiques similaires qui semblent gouverner le droit des succession ou la communauté entre époux quant au paiement des dettes, voir M. GRIMALDI, « Propos conclusifs », in *Petites affiches*, 24 avril 2003 n°82, p. 65.
[1629] P. TIGER, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'Ohada », in *Petites affiches*, 13 octobre 2004 n°205, p. 35. Cette étude est intéressante en raison de la perception anthropologique du problème de la solidarité et de son influence dans la conception africaine des procédures collectives.
[1630] A. SEN, *Repenser l'inégalité*, op. cit., p. 89.

intérêts en conflit. En ce sens, il est possible que son imprécision aide le juge à suivre l'évolution des politiques législatives sans remettre en cause la cohérence d'ensemble de l'ordre juridique. Par conséquent, selon que l'entreprise est prioritaire ou certaines catégories de créanciers, la solidarité implique que des acteurs subissent un sacrifice « légitime socialement » sans être forcement juste au plan de l'éthique individuelle. Ce rééquilibrage axiologique tient compte du caractère évolutif des méthodes d'exécution et des options sociales de progrès économiques. Seulement, une telle démarche pose deux séries de problèmes : le premier est relatif à la hiérarchisation des droits fondamentaux, le second un conflit entre rationalité économique et rationalité juridique autour de l'exécution.

504. La solidarité à l'épreuve de sa légitimité. La licéité de l'exécution est globalement soumise au critère de la validité formelle[1631]. Ce faisant, elle occulte la dimension axiologique symbolisée par l'antagonisme entre le droit de propriété et la dignité humaine dans l'exécution. Nonobstant sa valeur économique, le patrimoine sert de support matériel à la dignité humaine grâce à son pouvoir de satisfaction des besoins fondamentaux individuels et aussi de gage aux créanciers. Il est donc au cœur d'une contradiction entre une prétention individuelle au bien-être et une vocation économique de garantie. Le conflit est d'autant plus profond, qu'il reflète l'opposition entre les valeurs marchandes et les valeurs non marchandes[1632]. Or, comme le constate N. MOLFESSIS, « *la dignité n'est pas un droit subjectif que l'on peut aliéner* »[1633]. Ainsi, l'équilibre entre le droit à l'exécution et la dignité humaine garde des contours incertains largement illustrés par les incessantes réformes législatives du droit des insolvabilités[1634]. Seulement, le problème n'est pas d'ordre arithmétique, il est métaphysique, insaisissable par la seule technique juridique. Alors, au problème de l'équilibre entre ces intérêts supérieurs, le droit positif propose des réponses provisoires axées sur le principe du collectif. Le constat de A. SUPPIOT, « *en proie à des formes nouvelles de féodalisation, L'Etat semble avoir renoncé à saisir au travers des lois stables, générales et abstraites un monde dont la*

[1631] M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », in *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n°3, p. 679.
[1632] M. DELMAS-MARTY, « Ordre juridique et paix positive », in *Monde diplomatique*, Juillet 2003, pp. 4-5.
[1633] C. PETTITI, « La dignité, dimension et protection », in *Gazette du Palais*, 11 juin 2000 n°193, p. 46.
[1634] P-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2012-2013*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 6ème édition, 2011.

complexité lui échappe : la loi se fait règle à validité limitée, ou bien elle s'efface »[1635], traduit le déplacement du champ de la légitimité vers un pragmatisme empreint de relativité. Dans cette hypothèse, la figure de la solidarité apparaît comme un instrument de lutte contre les exclusions dues aux risques de la vie[1636]. Elle permet au débiteur consommateur de bénéficier du concours de la loi en cas de surendettement ou au débiteur professionnel d'une procédure collective praticable. En conséquence, la solidarité poursuit l'objectif de lutte contre l'exclusion en essayant de concilier l'obligation du débiteur de faire face à ses engagements avec les possibilités offertes par sa situation économique et financière. Ce but met en exergue la problématique du rapprochement entre la rationalité économique et juridique dans l'exécution.

505. L'idée de base est d'inscrire dans le droit de l'exécution, la notion d'efficience empruntée aux théories économiques[1637]. Autrement, voir si le variable moral incarné par la solidarité remet en cause l'aspect économique de l'exécution. Ce postulat n'est vrai que si l'exécution vise uniquement la réalisation de l'intérêt individuel du créancier. Dans ce cas, le paiement effectif est le seul moyen de mesure de l'efficience et l'utilité du droit de l'exécution se résume à la satisfaction que ce paiement procure au créancier. Mais cette analyse utilitariste ne rend pas compte de la réalité des interactions entre le droit et l'économie. L'utilité dans l'exécution n'est pas uniquement « *la concrétisation objective d'un état désiré* », elle est également un concept téléologique qui confère un sens à l'exécution. Ainsi, le paradoxe entre la poursuite de l'utilité individuelle par le créancier et celle de l'utilité sociale par le législateur ou le juge est résolu par un équilibre ajustable en fonction de la finalité de l'exécution en cours. Selon les options législatives en vigueur, la solidarité peut servir de fondement moral à l'efficience des réponses apportées à l'impayé. En effet, comme l'écrit fort justement M-A. FRISON-ROCHE, « *l'efficience caractérise l'aptitude d'une règle à produire les effets pour l'obtention desquels on l'a adoptée, et plus largement encore l'aptitude d'un système à faire advenir les phénomènes qui lui*

[1635] A. SUPPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Editions du Seuil, 2005, p. 101.
[1636] Sur le fondement constitutionel de la solidarité, voir D. ROMAN, « Constitution et solidarité », in *Petites affiches*, 22 janvier 2009 n°16, p. 68.
[1637] M-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in *Petites affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 15.

sont bénéfiques »[1638]. Par conséquent, les réticences vis-à-vis de l'état actuel de l'exécution posent plus le problème de l'acceptabilité des restrictions au droit de poursuite que celui d'un rapport purement économique ou interpersonnel. Or, cette légitimité ne peut pas être uniquement technique ou économique pour devenir praticable, il faut que la nécessité et l'utilité de l'atteinte procède d'un soubassement moral facilement partagé. Ainsi, les ajustements qui seront profitables à une exécution praticable pourront être efficaces en réglant le problème de la proportionnalité de l'atteinte et du but poursuivi par le législateur ou le juge.

§ 2 – La légitimité technique : La proportionnalité

506. C'est plutôt de la légitimité de la méthode d'arbitrage des conflits de droits ou d'intérêts dont il est question[1639]. En effet, les justiciables doivent prétendre à une meilleure prévisibilité des techniques utilisées par les juges pour déterminer l'intensité des atteintes portées à leurs droits. C'est un besoin de sécurité juridique déjà largement éprouvé en droit de la concurrence[1640]. En droit privé, la proportionnalité est une technique regardée avec beaucoup de méfiance en raison de son imprécision et de son imprévisibilité[1641]. Cependant, si pour des besoins de clarté et d'intelligibilité des textes juridiques ou de la jurisprudence, la précision conceptuelle est très importante, l'usage des standards flous n'est pas un blocage dirimant dans la réalisation des prévisions juridiques[1642]. En effet, il existe un ensemble de faits objectifs dans chaque situation permettant de faire jouer à la proportionnalité son rôle de rééquilibrage des inégalités. Ainsi, nous convenons avec T. GENICON que « *le standard juridique, c'est la mise à l'écart d'une règle générale et abstraite pour un traitement juridique au cas par cas. Cela ne signifie pas pour autant que toute prévisibilité est exclue, car les observateurs peuvent identifier après*

[1638] Ibid. p. 15.

[1639] L'imprécision de la notion de proportionnalité nous décide à justifier son utilisation comme fondement de l'exécution praticable. En effet, dans le droit privé en général, la proportionnalité se manifeste comme un concept surtout fonctionnel et non comme un principe fiable d'un point de vue conceptuel (v. G. PIETTE, *La correction du contrat*, op. cit., p. 251 et s.). mais dans le droit de l'exécution, la proportionnalité joue un rôle fondamental aussi bien au plan conceptuel que fonctionnel. L'exécution n'est pas un concept négatif évoquant uniquement la faillite d'un débiteur, mais une procédure finalisée autour du droit de poursuite. Dans un sens pratique, la proportionnalité sert d'outil de mesure entre les moyens de l'exécution et ses finalités.

[1640] D. ROSKIS, C-M. DOREMUS, « Sanctions des pratiques anticoncurrentielles : vers plus de transparence et de prévisibilité », in *Contrats Concurrence Consommation n°8*, Août 2011, Etude 11.

[1641] V. GOESEL-LEBIHAN, « Discours introductif : les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n°46, p. 5.

[1642] L. SERMET, « Le contrôle de proportionnalité dans la convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n°46, p. 26.

coup des orientations au moyen de l'accumulation et de la synthèse des cas d'espèce, pour expliciter les standards et offrir une relative anticipation des décisions rendues par tel juge »[1643]. Sans occulter l'intérêt de l'intelligibilité dans la poursuite de la sécurité juridique, la fonction du principe de proportionnalité n'est pas de s'inscrire comme une règle de fond du droit, mais comme une technique de contrôle de l'usage d'une prérogative individuelle. Dans cette perspective, il ne convient pas de rechercher systématiquement la légitimité du devoir général de proportionnalité derrière un texte légal, comme c'est le cas avec l'art. L. 341-4 du C. de la consommation, mais de prendre en compte également la marge d'appréciation du juge. L'on peut aussitôt relever l'incertitude autour de cette liberté laissée au juge de donner un contenu prévisible à la proportionnalité, cependant, c'est faire abstraction des acquis jurisprudentiels tant en droit constitutionnel[1644] qu'en droit administratif dans l'intégration de la proportionnalité dans le contrôle juridictionnel[1645]. C'est aussi avoir une conception purement formaliste du droit, voire positiviste. Autrement, l'un des intérêts du recours à la proportionnalité comme fondement de l'exécution praticable est d'inclure l'opportunité dans l'appréciation judiciaire à l'instar de la théorie du bilan[1646]. En effet, comme le soutient E. NAIM-GESBERT, « *la norme mute, le contentieux aussi. Contingente et évolutive, elle dessine une constellation dont le juge adapte les contours et la teneur, attestant de la quête de la meilleure réponse possible* »[1647]. Ainsi, la légitimité de la proportionnalité dans l'exécution doit être vue comme une donnée fonctionnelle et finalisée, un principe à géométrie variable capable de proposer des réponses praticables. Si tel est le cas, la proportionnalité permet de vérifier la sécurité attachée aux moyens de l'exécution (A) et à ses finalités (B).

[1643] D. MAZEAUD, T. GENICON, « L'équilibre contractuel, trop c'est trop ? », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2012 n°4, p. 1469.

[1644] N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 287, 1997, p. 216 et s. dans sa thèse, l'auteur démontre l'usage finalisé du principe de proportionnalité à travers l'exemple des délts et peines, ainsi estime t-il que « *la nécessité d'une peine privative était fonction de quatre impératifs : la protection de la société, la punition du coupable, l'amendement du condamné et la préparation de son insertion* ».

[1645] P. SERRAND, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence récente », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 01 juillet 2012 n°4, p. 901.

[1646] P. FRAISSEIX, « La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir », in *Petites affiches*, 09 septembre 2005 n°180, p. 3.

[1647] E. NAIM-GESBERT, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n°46, p. 54.

A. La proportionnalité et les moyens de l'exécution

507. Position du problème. La liberté de choix des mesures d'exécution comporte en soi un risque inhérent à l'exercice de toute liberté : l'abus de liberté[1648]. Ainsi, la proportionnalité serait un instrument de protection du créancier vis-à-vis de sa propre prérogative et un outil de protection du débiteur contre l'abus de ce dernier. Aussi, le constat selon lequel « *la sollicitude du législateur va très loin, par exemple, lorsqu'il s'agit de protéger le débiteur surendetté* »[1649] amène logiquement à s'interroger sur l'incidence de cette faveur sur le droit au recouvrement du créancier. Dans les deux hypothèses, il s'agit de la confrontation entre des intérêts contradictoires mais socialement légitimes. Si le droit à l'exécution peut aisément s'adosser sur le respect de la parole donnée, la sollicitude légale ou jurisprudentielle doit s'appuyer sur des critères qui confèrent à la modération ou à l'atteinte un minimum de prévisibilité[1650]. Alors, c'est le critère de la nécessité ou celui de l'adéquation entre les moyens et l'objectif poursuivi qui sont utilisés alternativement ou cumulativement. En réalité, la nécessité repose sur un ensemble de critères secondaires d'ordre juridique ou économique[1651]. Ces critères permettent de vérifier la légitimité de la mesure effectuée par le juge et rendent relativement objectives les décisions formulées. En fait, c'est le contrôle de la motivation du juge qui va démontrer la rigueur de son raisonnement et sa conformité avec l'exigence de sécurité juridique[1652]. En effet, la proportionnalité n'est pas d'une opportunité à toute épreuve, elle doit s'insérer logiquement dans le rapport de droit en cause. Cela évite au juge de détourner le principe de sa vocation au profit de sa conception personnelle de l'équité[1653]. En

---

[1648] D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », in *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n°2, p. 644.

[1649] C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 380, 2002, p. 371.

[1650] N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 326, 2000, p. 270 et s. Dans sa thèse, l'auteur démontre comment le « *juge écarte la lettre eu profit de l'esprit de la loi protégeant le conommateur* » en phase avec sa politique de justice sociale.

[1651] G. TEBOUL, « Vers une évolution du droit des groupes : la jurisprudence sur le Règlement communautaire sur l'insolvabilité », in *Petites affiches*, 06 mars 2007 n°47 p. 6.

[1652] B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques : aspects théoriques et pratiques*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 403, 2003, p. 43 et s. L'auteur montre que « *la sanction de la cassation pour dénaturation de l'écrit permet à la Cour suprême d'affirmer, sous le sceau de l'article 1134 du Code civil et du respect de la volonté des parties, le priorité de l'efficacité de la clause claire et précise* ». Une logique similaire peut être transposée dans le contrôle effectué par le juge de l'exécution.

[1653] M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public Tome 229, 2003, p. 2. L'auteur souligne que « *le juge ne doit pas se muer en justicier, sa mission se limite à assurer le respect de la norme de droit positif, de sorte que l'équité, conçue*

définitive, l'instrumentalisation du principe de proportionnalité poursuit l'objectif de conciliation d'une part, entre la prérogative du créancier et les moyens à sa disposition, d'autre part, entre l'assiette de sa créance et le patrimoine du débiteur.

508. La garantie d'une proportionnalité qualitative de l'exécution. L'intervention du juge doit être uniquement guidée par l'intérêt de l'exécution. Pour ce faire, ce n'est pas la liberté de choix du créancier qui est restreinte, mais plutôt le moyen choisi pour contraindre son débiteur à s'exécuter qui est contrôlé. Toutefois, il peut arriver que le créancier ne puisse pas exercer son choix à cause de l'ouverture d'une procédure de traitement de l'impayé[1654]. En dépit de cette restriction tenant à la structure même de l'exécution collective, le créancier reste libre de déterminer sa stratégie de recouvrement[1655]. Mais cette liberté est soumise à des conditions précises posées par l'art. 28 AUPSRVE et le COCC[1656]. Il s'agit principalement de choisir parmi les mesures proposées et contrôlées par la loi. La mesure de la proportionnalité entre les moyens disponibles et l'objectif du recouvrement ne concerne pas spécifiquement l'addition de ceux-ci[1657] mais l'effet utile de la contrainte quant à l'exécution. Selon les propos de J-C. WOOG, « *l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation* »[1658]. Ainsi, l'effet utile de la contrainte agit comme un standard juridique pouvant orienter l'appréciation de l'équilibre entre l'intensité de la contrainte et l'exécution du débiteur pour le montant de la créance due[1659]. Sous ce rapport, la théorie de l'effet utile de la contrainte[1660] sert à prévenir les risques d'abus liés à

traditionnellement comme la recherche d'une justice individuelle est censée être inopérante, inexistante ».

[1654] S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, op. cit., p. 460 et s.

[1655] WOOG (J-C.), SARI (M-C.), WOOG (S.), *Stratégie contentieuse du créancier*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2ème édition, 2006.

[1656] Il s'agit des mesures fixées par le Titre I du Livre deuxième consacré aux effets des obligations.

[1657] WOOG (J-C.), SARI (M-C.), WOOG (S.), *Stratégie contentieuse du créancier*, op. cit., p. 213. L'auteur y indique qu' « *il arrivera au contraire, souvent, que le créancier, simultanément, inscrive une hypothèque, puis pratique une saisie conservatoire des créances et une saisie conservatoire sur les biens meubles corporels ou, plus tard, une saisie immobilière en même temps qu'une saisie attribution* ».

[1658] Ibid. p. 213.

[1659] C'est un mode de raisonnement très usité en droit du commerce international et qui permet de donner « un sens et un effet utile » aux textes de référence, v. A-C. MARTINEAU, « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC : études de la justification dans les discours juridiques », in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 01 juillet 2007 n°4, p. 991.

[1660] M-A. FRISON-ROCHE, « L'efficacité des décisions en matière de concurrence : notions, critères, typologie », in *Petites affiches*, 28 décembre 2000 n°259, p. 4.

l'usage d'une prérogative individuelle et favoriser son usage selon les prévisions objectives du système juridique en cause. La proportionnalité évoquée ici n'est pas qu'arithmétique ou formaliste, elle est d'abord substantielle ou qualitative. En effet, il s'agit d'un équilibre interne imposé au créancier dans la cohérence de l'exercice du droit de poursuite. Comme le constate remarquablement J-C. WOOD, « *la mobilité qu'impose la stratégie conduit à adapter le choix en fonction de critères variables, qui peuvent être hiérarchisés* »[1661]. C'est un contrôle dynamique qui implique en amont le créancier ou son représentant, en aval, le juge de l'exécution saisi. Cette hypothèse est corroborée par le critère procédural de la proportionnalité qui donne à l'objectivité toute sa mesure : le titre exécutoire. En effet, le titre exécutoire sert à apprécier l'étendue des possibilités du créancier en relation avec son objectif de recouvrement[1662]. Avec le titre, la mesure de la proportionnalité s'associe aux critères d'efficacité et de légalité. Ainsi, en son absence, le créancier s'expose à des sanctions, invalidant sa stratégie, si la contrainte exercée sur le débiteur est privée de fondement postérieurement. Par conséquent, la proportionnalité devient comme le souligne M. BEHAR-TOUCHAIS, une « *proportionnalité validante* »[1663]. Dès lors, le critère de la proportionnalité s'affirme comme un fondement opératoire dans une exécution praticable en impliquant une certaine coïncidence entre le choix du créancier et la nature de son droit[1664].

509. Le même raisonnement s'applique au débiteur quant à ses moyens de défense contre la prétention du créancier. Sa contestation doit être fondée et légitime pour prospérer. Ainsi, en cas de résistance abusive[1665], il s'expose à des sanctions compromettant sa situation. Par conséquent, la proportionnalité est forcément

[1661] WOOG (J-C.), SARI (M-C.), WOOG (S.), *Stratégie contentieuse du créancier*, op. cit., p. 215.
[1662] G. EID, « Mesures d'exécution sur les véhicules terrestre à moteur : moyens de protection du créancier », in *Petites affiches*, 20 août 1997 n°100, p. 9.
[1663] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117, p. 3. L'auteur soutient qu' « *il y a deux domaines où le principe de proportionnalité existe en droit privé : deux domaines qui sont d'ailleurs proches l'un de l'autre. Dans ces cas, en principe, l'ordre public ou l'égalité stricte devraient interdire la mesure envisagée mais la proportionnalité va permettre de la valider. C'est en cela que nous parlerons de proportionnalité substitut de l'ordre public et de la proportionnalité substitut de l'égalité* ».
[1664] WOOG (J-C.), SARI (M-C.), WOOG (S.), *Stratégie contentieuse du créancier*, op. cit., p. 215. Selon les auteurs, l'obligation de donner favoriserait les saisies propres à l'attribution ou la vente et les obligations de faire ou l'exercice d'un droit réel, la saisie appréhension ou celle destinée à la revendication.
[1665] B. BURY, B. LE BARS, « Mécanismes de gestion du risque d'abus », in *Gazette du Palais*, 11 février 2010 n°42, p. 13. Tel que l'indique les auteurs, la proportionnalité est un remède à l'esprit de chicane dans les procédures d'exécution. Avis que nous partageons amplement.

systémique dans l'exécution et ne peut être envisagée de manière unilatérale. Elle contribue à rendre l'exécution praticable en exigeant du créancier et du débiteur l'adéquation de leurs stratégies au cadre de l'exécution tel qu'envisagé par le droit positif. Toutefois, l'on ne peut contester une certaine incertitude quant à la mesure de cette proportionnalité eu égard à la marge d'appréciation du juge. Ainsi, un critère quantitatif s'ajoute au critère qualitatif : la valeur de la prestation.

510. La garantie d'une proportionnalité quantitative dans l'exécution. Elle se déduit de la valeur pécuniaire de l'obligation qui doit être exécutée. Ici, l'adéquation entre la prétention du créancier et les moyens du débiteur est essentiellement analysée sous l'angle économique. La jurisprudence récente se faisant l'écho de la législation consumériste impose un rapport de proportionnalité entre l'engagement de la caution et ses facultés patrimoniales réelles[1666]. Ainsi, commentant la décision de la Cour de cassation en date du 2 octobre 2012, M. MIGNOT relève que « *le pourvoi est rejeté par une décision qui met en évidence une relative convergence entre le devoir jurisprudentiel et le devoir légal de proportionnalité (C. consom., art. L. 341-4)* »[1667]. La mesure quantitative de la proportionnalité permet une analyse concrète de la portée de l'engagement du débiteur sur sa situation patrimoniale. Elle est en cela un facteur de contrôle de l'assiette du gage des créanciers et d'amélioration de la prévisibilité du paiement. Même si elle semble se limiter aux relations consubstantiellement inégalitaires entre professionnels et consommateurs, cette proportionnalité ajoute un surplus de prévisibilité dans le recouvrement des créances en jouant doublement sur le formalisme des contrats de consommation[1668] et le pouvoir modérateur du juge[1669]. En effet, les professionnels devront imaginer des contrats plus sûrs pour un débiteur davantage éclairé. De leur côté, les juges devront éviter que la sollicitude envers les débiteurs en difficulté ne se transforme en injustice contre la prétention légitime du créancier. Ainsi, la proportionnalité sera toujours formelle, mais avec une densité matérielle construite autour de la capacité

[1666] A. MAIROT, « La proportionnalité ou la recherche d'équilibre », in *Petites affiches*, 13 décembre 2012 n°249, p. 13.
[1667] M. MIGNOT, « L'exigence jurisprudentielle de proportionnalité du cautionnement », note sous arrêt Cass. com., 2 octobre 2012 (n°11-28331), in *L'ESSENTIEL Droit bancaire*, 01 décembre 2012 n°11, p. 6.
[1668] L. GRYNBAUM, « Toujours plus de proportionnalité », in *Revue des contrats*, 01 avril 2005 n°2, p. 529.
[1669] G. VINEY, « La réparation en nature du dommage contractuel et le principe de proportionnalité », in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 297.

patrimoniale réelle du débiteur. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé dans on arrêt du 8 novembre 2011 que « *la sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social. Tel n'est pas le cas du cautionnement réel offert par une société en nom collectif qui offre en garantie son seul bien immobilier et qui expose son patrimoine à une disparition totale sans aucune contrepartie pour elle* »[1670].

511. Le droit des procédures collectives d'apurement du passif connaît également une application circonstanciée du principe de proportionnalité. Le postulat n'est pas nouveau car dans la distribution des deniers, la répartition proportionnelle est envisagée formellement[1671] et depuis longtemps. Toutefois, le principe tend à s'appliquer aux différentes composantes de la structure de l'exécution collective. En effet, l'altération du principe d'égalité entre les créanciers est corrigée parfois grâce au recours à la proportionnalité[1672], tandis qu'elle profite au dirigeant social comme le rapporte P. NABET, « *le principe de proportionnalité a bien vocation à s'appliquer aux sanctions des dirigeants dont l'entreprise est en procédure collective et les arrêts récents de la Cour de cassation ne font que le mentionner expressément* »[1673]. Centrée prioritairement sur l'appréciation de la sanction[1674], la proportionnalité risque de s'imposer comme référentiel technique à l'ensemble de la procédure, même si la généralisation de la démarche n'est pas toujours opportune.

512. L'appréciation quantitative de la proportionnalité se rencontre également de manière indirecte sous la forme de la subsidiarité. Ainsi, l'art. 28 al. 2 AUPSRVE dispose que « *sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles* ». L'importance patrimoniale et sociale de l'immeuble justifie cette restriction, quand bien même la disproportion de valeur servirait de

[1670] A-S. BARTHEZ, « Exigence de proportionnalité et sûreté réelle pour autrui », note sous arrêt Cass. com., 8 novembre 2011 (n°10-24438), in *Revue des contrats*, 01 octobre 2012 n°4, p. 1272.
[1671] Art. 167 AUPCAP.
[1672] J-M. CALENDINI, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », in *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117, p. 51.
[1673] P. NABET, « Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives », in *Petites affiches*, 08 avril 2010 n°70, p. 3.
[1674] G. TEBOUL, « Les derniers produits frais : une petite revue d'actualité sur le droit des entreprises en difficulté », in *Petites affiches*, 13 juillet 2011 n°138, p. 6.

prétexte objectif. Dès lors, la proportionnalité n'est pas seulement instrumentale, elle est finalisée en vue d'une exécution praticable.

B. La proportionnalité et les conceptions normatives de l'exécution

513. Position du problème. L'acceptation de la proportionnalité comme fondement technique dans l'exécution praticable dépend des fonctions qui lui sont dévolues. Si dans un sens restreint, la proportionnalité peut permettre d'ajuster les inégalités dans le processus d'exécution, elle ne saurait se suffire de ce rôle neutre au risque de n'être qu'un outil dangereux pour les prévisions des parties[1675]. En effet, il n'est pas de l'office du juge de toujours apprécier l'utilité ou l'opportunité des engagements à exécuter. A contrario, un sens plus large de la proportionnalité tendrait à inclure les motifs tirés de l'évolution du contenu de la justice sociale. Ainsi, la méthode utilisée par le juge pour atteindre un équilibre qualitatif ou quantitatif dans l'exécution est justifiée doublement. Dans un premier temps, il s'agira d'un ajustement objectif des prérogatives des parties fondé sur les notions classiques d'ordre public et d'abus. Cette tendance a l'avantage d'accroitre la prévisibilité de l'intervention correctrice du juge et accessoirement de l'étendue du résultat qui sera obtenu. Comme le souligne de manière pertinente D. MAZEAUD, « *le maintien de la sécurité juridique et l'instauration de la justice contractuelle seront donc dépendants d'un savant dosage entre la capacité d'indignation face à de telles injustices et le sens de la mesure quant à leur éventuelle correction* »[1676]. Cependant, sa généralisation est source d'insécurité juridique car elle impose une précision dogmatique des situations d'écart à la norme ou d'inégalités à corriger. Or dans une matière comme l'exécution, la fixité des situations d'inégalités provoque des disparités dans la recherche des réponses propices à la multiplication des solutions informelles[1677]. Ainsi, il ne serait pas superflu que le juge use de la proportionnalité dans la recherche de solutions particulières selon les circonstances de la cause. Cette approche pragmatique a le mérite du réalisme et l'inconvénient de l'imprécision

[1675] C. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Paris, Litec, coll. Litec professionnel : le droit à la performance, 2010. Ainsi, le contrat permet de donner la mesure de la satisfaction du créancier et celle de l'engagement du débiteur, le juge doit trouver un équilibre entre les deux en cas de conflit en respectant les prévisions légitimes des parties.

[1676] D. MAZEAUD, «Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117, p. 12.

[1677] C'est le problème du traitement de la légitime défense, la question de la proportionnalité entre l'agression et la riposte, entre l'atteinte aux biens et la réponse sur la personne, v. M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1ère édition, 1992, p. 236 et s.

en cas de tentative de synthèse. Pour une exécution praticable, l'instrumentalisation de la proportionnalité passe par une meilleure articulation des outils conceptuels subséquents. En effet, selon que le juge privilégie une appréciation *in concreto* ou *in abstracto*, le résultat penche vers une finalité spécifique qui valide une conception objective (A) ou subjective (B) dans l'exécution.

514. Proportionnalité et conception objective de l'exécution. L'idée d'une différenciation entre les préoccupations de justice sociale voire individuelle et la cohérence du système juridique dans la réalisation des prévisions légitimes des parties commande cette relation. Elle impose une mesure précise du rapport entre la prérogative du créancier et l'engagement du débiteur. Cette précision est déduite non pas des circonstances particulières au cas à juger mais d'une règle impérative qui fixe les écarts à ajuster. Il s'agit d'associer l'exécution à la protection de l'intérêt général représenté par la stabilité des prévisions légitimes des parties. Ainsi, la prérogative du créancier n'est ajustée que si la modération est expressément conforme à la légalité[1678]. Ici, c'est la formalisation de la mesure qui est l'enjeu et à travers elle la prévisibilité de l'ajustement opéré par le juge. C'est l'exemple de la condamnation du tiers qui fait obstacle à l'exécution de payer la cause de la saisie[1679]. Dans ce cas, la proportionnalité est transposée dans la relation entre le tiers et le créancier saisissant pour un souci d'efficacité à la fois juridique et économique. A l'instar de la force obligatoire du contrat, il faut au maximum éviter l'immixtion correctrice du juge[1680]. A défaut, le juge devra faire correspondre son appréciation avec les standards d'objectivation du comportement anormal. En l'occurrence, le créancier ou le débiteur est placé dans une situation telle que son acte ou son action est objectivement illicite[1681]. Cette perspective dénote de la volonté du législateur ou du juge de donner à la mesure un fondement rationnel tiré

[1678] Dans le sens visé, la légitimité est réduite à la légalité et propose une lecture dogmatique de la relation entre le fait et l'interprétation du juge selon le système d'inférence kelsennien, voir F. OST, M. VAN DER KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 517.

[1679] Art. 38 AUPSRVE. Même s'il s'agit d'une condamnation, la proportionnalité ici vise une juste mesure entre le préjudice du créancier et le comportement anormal du tiers engageant sa responsabilité.

[1680] V. GOESEL-LEBIHAN, « Discours introductif : les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », in *Petites affiches*, 05 mars 2009 n°46, p. 5.

[1681] M. CARCENAC, « De la responsabilité sans faute à la faute objective », in *Revue générale du droit des assurances*, 01 janvier 1998 n°1998-1, p. 32.

des présupposés structurels de l'ordre juridique[1682]. Ainsi, la prévisibilité de l'ajustement est étroitement liée au comportement de la partie lors de l'usage d'une prérogative légitime[1683]. Plus exactement, la proportionnalité met en évidence sa proximité avec la théorie de l'abus et l'exigence de bonne foi[1684]. Par conséquent, l'appréciation in abstracto confère à la mesure « *une certaine lisibilité et sécurité juridique* »[1685]. En ce sens, le droit de la consommation est assez illustratif en fixant le principe de la modération préalablement à son application à un cas concret. De la même manière, l'art. 39 AUPSRVE prévoit la possibilité pour le juge de modérer l'intensité de la prétention du créancier en fonction de la situation du débiteur. Il n'est pas précisé le quantum de la modération, mais les critères de nécessité et de proportionnalité s'imposent.

515. Se situant au-delà des données factuelles entourant l'usage anormal d'une prérogative destinée à assurer l'exécution de la créance, la conception objective cherche avant tout la consolidation du caractère exceptionnel de la modération. En effet, la contrainte en elle-même est déjà une atteinte à la liberté du débiteur, donc sa mise en œuvre doit respecter les critères de nécessité et de proportionnalité[1686]. Le mécanisme est intéressant en ce qu'il aménage le système probatoire au profit de la partie réputée faible tout en permettant de faire jouer la faute ou le risque comme fondement de la modération. Toutefois, l'appréciation in abstracto de la proportionnalité en favorisant l'objectivité met en danger l'équilibre qui doit exister entre les intérêts légitimes des parties. En effet, l'intérêt du créancier est souvent sacrifié sur l'autel de la subjectivité au nom d'une certaine conception de la justice sociale[1687]. Sans doute, H. LECUYER avait pressenti l'importance de ce risque en affirmant qu' « *en regardant la proportionnalité objective comme une fin en soi, la jurisprudence accepte qu'elle puisse œuvrer contre la volonté des parties. On assiste*

[1682] P. MOUZET, « Le rapport de constitutionnalité », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 01 juillet 2007 n°4, p. 959.
[1683] M. MEKKI, « Chronique de jurisprudence : responsabilité civile », in *Gazette du Palais*, 10 juin 2010 n°161, p. 18.
[1684] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », in *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117, p. 3.
[1685] J. MEURANT, « La doctrine du juge sur les procédures », in *Droit fiscal n°24*, 15 juin 2006, p. 36.
[1686] C. RADE, « La mise en œuvre de la clause de mobilité avec obligation de résidence doit être conforme au principe de nécessité et de proportionnalité », in *Revue des contrats*, 01 avril 2005 n°2, p. 381.
[1687] N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117, p. 21.

alors à l'éclosion d'un principe de proportionnalité objective qui ne bénéficie plus de la légitimité que lui conférait son support subjectif, une proportionnalité détachée des volontés et qui affecte la prévisibilité contractuelle »[1688].

516. Proportionnalité et conception subjective de l'exécution. L'appréciation *in concreto* permet de ramener la juste mesure aux circonstances entourant chaque espèce abordée par le juge. Ainsi, en l'absence d'une conception abstraite de l'écart entre l'usage normal de la prérogative et le but recherché, le juge doit établir une atteinte significative pour légitimer la modération. La conception subjective sert quasiment à individualiser la mesure de la disproportion et étendre la protection judiciaire aux cas nouveaux qui pourront se présenter. Elle autorise ensuite la prise en compte des qualités individuelles des parties, telles la profession, le statut, l'expérience, la situation patrimoniale entre autres. La subjectivité incite enfin à finaliser la mesure en l'associant à un intérêt social légitime. Dans toutes ces dimensions, la proportionnalité assume une fonction validante de la mise en œuvre du droit à l'exécution. Seulement, le juge ne dispose pas d'un pouvoir arbitraire dans son intervention correctrice[1689]. Il doit respecter doublement un impératif d'efficience liée à la nature même de l'exécution. D'une part, l'efficience juridique qui renvoie à la portée normative ou substantielle du rapport entre la prérogative du créancier et l'engagement du débiteur ; d'autre part, l'efficience économique qui représente le résultat métrique entre la valeur de la créance et la prestation du débiteur. Si le premier variable de l'analyse du juge est cantonné à un jugement de valeur[1690] sur l'utilité et la nécessité de la mesure de contrainte choisie, le second paramètre indique un jugement de la valeur de l'exécution. Sous ce double rapport, le contrôle de l'appréciation du juge est fonction des éléments de sa motivation au moment de modérer l'intensité de la contrainte exercée par l'une des parties sur l'autre. Et c'est en cela que la méthode subjective est décriée comme étant trop incertaine voire fluctuante[1691]. Elle induit une casuistique que seule une étude globale et étalée dans

[1688] H. LECUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », in *Petites affiches*, 30 septembre 1998 n°117, p. 31.
[1689] C. GIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 207.
[1690] P. STOFFEL-MUNCK, « La relativité de la faute contractuelle », in *Revue des contrats*, 01 avril 2007 n°2, p. 587.
[1691] O. DUFOUR, « Nous veillons à éviter les divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour : Entretien avec Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », in *Petites affiches*, 29 août 2006 n°172, p. 3.

le temps permet de systématiser pour dégager des tendances. Il est sûr que le monde des affaires s'accommode mal d'un tel degré d'incertitude. Mais, la conception subjective s'affirme justement comme un moyen d'atteindre une efficacité sélective et pragmatique de la proportionnalité en évitant d'en faire un principe général fuyant. Elle permet également de sanctionner l'intentionnalité dans la mise en œuvre de l'exécution en déjouant le confort illusoire du comportement objectivé[1692]. Dans cette perspective, le juge s'appuie sur une considération globale de la stratégie du créancier ou du débiteur pour en déterminer l'équilibre. Ainsi, il sera possible d'évaluer le caractère significatif du déséquilibre entre les prérogatives de l'un et l'intérêt légitime juridiquement protégé profitant à l'autre. Toutefois, cette subjectivation est relative[1693] car l'intervention du juge doit toujours rester une exception et non le principe en la matière. Il en est ainsi car l'exécution volontaire est la règle dans le recouvrement des créances et la satisfaction du créancier doit correspondre à l'engagement réel du débiteur.

517. L'exécution praticable doit pouvoir s'appuyer sur une légitimité éthique conforme aux présupposés contractuels en phase avec l'évolution de la structure économique et sociale servant de cadre à la relation entre le créancier et le débiteur. Ce postulat doit s'accompagner d'un environnement judicaire adéquat permettant aux parties d'aspirer à une meilleure protection de leurs intérêts dans l'exécution.

Section 2 – La flexibilité de la rationalité procédurale de l'exécution

518. Le choix d'un système judiciaire pour connaître de l'exécution est un indice de la politique juridique globale relative à l'environnement des affaires dans une société donnée. Il semble traduire l'option retenue pour déterminer l'originalité et la cohérence de la matière juridique[1694] se rapportant à l'exécution. La sécurité juridique

[1692] G. PIGNARRE, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », in *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n°2, p. 611.

[1693] N. DAMAS, « Validité de la clause de non-concurrence : de la contrepartie pécuniaire en particulier au contrôle de proportionnalité en général », note sous arrêt Cass. soc. 10 juillet 2002, in *Petites affiches*, 31 janvier 2003 n°23, p. 16.

[1694] Cette question se pose pour toutes les disciplines juridiques qui revendiquent leur autonomie. Il en est ainsi par exemple du droit administratif au Sénégal ou le débat sur l'unité ou la dualité de juridiction impacte sur les contours et la richesse de la matière administrative (v. B. KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif*, Thèse, Université d'Orléans, 1983). Pour une matière comme l'exécution qui est à cheval entre plusieurs disciplines, une telle question revêt une importance particulière d'autant plus que l'harmonisation au niveau OHADA représente un palier supérieur d'intérêt.

au sens substantiel ou normatif doit correspondre à une sécurité judiciaire au plan processuel. Sans cette mise en articulation entre les deux niveaux de sécurité, le droit de l'exécution risque d'être ineffectif quels que soient les principes consacrés.

519. La sécurité judiciaire appelle une analyse pertinente de l'organisation de la structure juridictionnelle et des moyens offerts aux parties pour réaliser leurs stratégies dans le processus d'exécution. Sur le premier point, l'organisation judiciaire permet de noter l'existence d'une dualité juridictionnelle découlant de l'existence d'un organe communautaire, la CCJA, à côté des juridictions nationales. Ainsi, seule l'exposé critique de l'articulation des compétences entre ces instances permet de vérifier de manière heuristique la sécurité judiciaire. A cela s'ajoute une préoccupation d'ordre téléologique : la qualité de la justice. Ainsi, en termes de performance, la sécurité judiciaire est la combinaison entre une structure rationalisée[1695] et des procédures simples et suffisamment prévisibles. Dans la logique d'une exécution praticable, le modèle juridictionnel de base offre aux justiciables une flexibilité certaine dans l'accès et le déroulement de la procédure et la garantie de l'exécution des décisions prises. Ainsi, la pertinence des stratégies procédurales tend à éliminer les incertitudes liées à une justice imprévisible et peu autoritaire.

520. La volonté politique constatée, à la lecture du Traité Ohada[1696], s'inscrit dans ce mouvement et semble consacrer un renouvellement de la fonction du juge de l'exécution (**§1**). Cependant, l'influence du modèle économique libéral tend à appréhender la fonction de juger à travers la loi de l'offre et de la demande. Cette recherche de compétitivité conduit à un bouleversement du paradigme traditionnel de la verticalité au profit d'un schéma négocié où l'évitement du juge judiciaire est parfois un signe de pragmatisme (**§2**). L'exécution praticable est alors au cœur d'une tension entre la liberté des parties et l'autorité de l'Etat sur un enjeu unique : un modèle de justice performant.

§ 1 – Le renouvellement du modèle juridictionnel de l'exécution

521. La construction dualiste du système judiciaire de l'exécution soulève quelques problèmes relatifs à la multiplication des procédures particulières et à la

[1695] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 409 et s.
[1696] Art. 1er Traité OHADA.

cohérence de la matière pour des besoins de sécurité juridique et judiciaire. En effet, les procédures d'insolvabilité tendent à se spécialiser (entreprises en difficultés, surendettement) et la compétence des juges à connaître des modifications importantes d'un point de vue fonctionnel et parfois structurel. Ces mutations perturbent doublement la prévisibilité du processus juridictionnel. D'une part, elle pose la question de l'articulation des compétences entre les instances concernées, d'autre part, l'harmonisation des solutions jurisprudentielles dans l'espace communautaire. Au plan théorique, la réponse semble évidente car le Traité OHADA prévoit la primauté de la CCJA sur les juridictions nationales, mais les contraintes structurelles et matérielles liées à la posture du juge national peuvent perturber cette hiérarchie[1697]. Dans ce sens, la sécurité judiciaire est tributaire d'un double impératif : la cohérence de l'architecture juridictionnelle (A) et l'unité téléologique dans l'interprétation des règles de l'exécution (B).

A. La cohérence structurelle : entre simplification et mise en ordre

522. Position du problème. Au Sénégal, le modèle juridictionnel est marqué par la coexistence entre un ordre interne homogène[1698] et une construction communautaire en évolution privilégiant l'existence d'une Cour commune[1699]. Cependant, l'articulation entre les deux ordres est réglée par l'art. 10 du Traité Ohada grâce au principe de la supranationalité[1700]. Ainsi, a priori, les conflits de compétence en

[1697] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

[1698] La loi organique n°2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême (JORS n°6420 – 153e année du 8 août 2008, p. 755). Dans l'exposé des motifs, le législateur estime que le système issu des lois organiques n°92-23, n°92-24 et n°92-25 relatives au Conseil constitutionnel, au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation était inefficace en raison de plusieurs facteurs conjugués : lenteur du traitement des litiges, spécialisation des magistrats non satisfaisante et rationalisation budgétaire inefficiente. Ainsi, la nouvelle loi revient à l'architecture de l'ordonnance de 1960 jugée plus opérationnelle. Pour les aspects historiques v. K. MBAYE, Y. NDIAYE (sous la dir.), *Organisation judiciaire, procédures et voies d'exécution*, Abidjan, NEA, 1982, p. 227 et s. Aujourd'hui avec la Cour suprême il faut compter aussi les institutions crées par la loi n°84-19 du 2 février 1984 fixant organisation judiciaire au Sénégal (JORS n°4992 du 3 mars 1984, pp. 124-125) afin de fixer le paysage judiciaire sénégalais.

[1699] Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008 (ohada.org). Notamment les articles 13 et 14.

Article 13

« Le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties. »

Article 14 (tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008)

« La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions. »

[1700] P. DIEDHIOU, « L'article 10 du Traité de l'Ohada : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », in *Rev. dr. unif*. 2007, pp. 265-284. Comme l'indique l'auteur « *La CCJA a conclu dans son avis*

matière d'exécution ne doivent pas se poser et le créancier adaptera sa stratégie de recouvrement en fonction de la procédure en cause. La jurisprudence *Epoux KARNIB* de la CCJA du 11 octobre 2001 rappelle la primauté normative de l'Ohada et l'autorité de son interprétation sur celle des juridictions nationales compétentes[1701]. Ainsi, l'homogénéité du contentieux de l'exécution doit être garantie par le rôle de gardienne jouée par l'instance suprême communautaire. Toutefois, le contentieux de l'exécution s'affirme plutôt comme une mosaïque de procédures avec autant de juges compétents que de procédures spécifiques[1702]. En effet, les droits de l'insolvabilité admettent l'intervention d'une pluralité de juges suivant les particularités du recouvrement en cause[1703]. La généralité de la compétence d'attribution du Tribunal régional facilite en principe l'identification du juge compétent, mais pour certaines procédures, ce dernier doit être désigné expressément[1704] avec un rôle spécial. Or, comme le résume T. D. SOW « *la demande des justiciables, c'est d'accéder à une justice prévisible et sécurisée* »[1705]. Ainsi, la question qui se pose est relative à la clarté de l'offre de justice et à la prévisibilité de la solution au litige. Pour ce faire, il faut considérer le postulat de départ : l'éclatement des compétences et le résultat souhaité : l'efficacité du traitement juridictionnel de l'insolvabilité. En réalité, c'est le modèle du contrôle de l'exécution qui dicte la pertinence des choix opérés par la politique normative communautaire. Contrairement au Règlement « insolvabilité »[1706], qui privilégie pour l'instant la méthode de la règle de conflit afin d'harmoniser les procédures nationales d'insolvabilité, l'Ohada procède à une unification des règles matérielles dans le but de simplifier l'approche contentieuse. Toutefois, le problème des rapports entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales pose le débat sur l'efficience du modèle actuel de l'exécution.

---

consultatif n°001/2001/EP en date du 30 avril 2001 que l'article 10 du Traité contient une portée abrogatoire qui découle du principe de supranationalité ».

[1701] Ibid. p. 280.

[1702] Par exemple le juge-commissaire de l'art. 39 AUPCAP ou le JEX de la loi du 9 juillet 1991 en France.

[1703] V. P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, op. cit., p. 218 et s.

[1704] Art. 4 AUPCAP pour la désignation du juge compétent dans l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

[1705] T. D. SOW, Discours d'usage Substitut du Procureur de la République sur le thème : Sécurité juridique et sécurité judiciaire (15 janvier 2003), in *Audience solennelle de rentrée des cours et tribunaux* vol. VI, année 2002-2003, Dakar, EDJA, p. 20.

[1706] Règlement (CE) n°1346/2000 du CONSEIL du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE 30.6.2000, L. 160/1.

523. La rationalisation de l'ordre juridictionnel de l'exécution. L'ordre juridictionnel de l'Ohada est conçu sur la base du paradigme de la verticalité en ce qui concerne les matières faisant l'objet d'une harmonisation[1707]. De ce point de vue, les contraintes liées à l'éclatement des compétences sont dissoutes dans l'autorité reconnue à la CCJA[1708]. En effet, le Traité Ohada parle de la compétence élargie de la CCJA en ces termes « *les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats-Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat-Partie* »[1709]. Il ressort de ce texte un prolongement de la supranationalité normative sur l'architecture judiciaire des Etats de l'espace Ohada. C'est une conséquence qui peut paraître surprenante par la méthode mais très utile lorsque l'on considère l'objectif de lisibilité de la carte judiciaire et de prévisibilité de la solution applicable à un litige. Cette construction pragmatique de la sécurité judiciaire se rapproche du modèle américain[1710] de justice en distinguant entre les matières relevant de l'autorité suprême de la CCJA et le contentieux exclusif aux cours suprêmes nationales[1711]. Ce rapport du droit à l'espace[1712] est traité comme un facteur de renforcement du droit à l'exécution en facilitant la procédure de recouvrement des créances. L'interaction entre ces deux composantes du phénomène normatif est un élément « *structurant du système*

[1707] Art. 14 TOHADA.
[1708] Ibid.
[1709] Art. 20 TOHADA.
[1710] Des auteurs comme F. OST et M. VAN DE KERCHOVE parlent de réalisme américain en traitant leur approche de la structure du système juridique qui conditionnent également la structure judiciaire pour montrer l'influence de la conception du droit sur celle de la justice et la place du juge (F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 192 et s).
[1711] N. FALL, « L'impact de l'érection de la CCJA de l'OHADA dans les systèmes judiciaires nationaux », in www.institut-idef.org (consulté le 24 février 2013). Dans sa communication, le Président de la CCJA soutient qu' « *ainsi au sommet de la pyramide judiciaire des Etats, l'OHADA a opéré un important transfert de compétences des juridictions suprêmes nationales vers la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA. Le champ des compétences transférées qui s'élargit au rythme de l'harmonisation du domaine très extensible du droit des affaires qui couvre ainsi à ce jour le droit commercial, le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le droit des sûretés, les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, les procédures collectives d'apurement du passif, le droit de l'arbitrage, le droit comptable, et le droit des contrats de transport de marchandises par route. Le droit du travail, le droit des contrats, et le droit de la vente aux consommateurs pourraient s'y ajouter ; l'élaboration du droit des sociétés coopératives et mutualistes est en phase d'achèvement* ».
[1712] J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 165.

juridique »[1713]. En effet, la notion d'ordre judiciaire dans ce sens tire sa logique de la valeur explicative du paradigme procédural de J. HABERMAS[1714].

524. L'Ohada, en tant qu'organisation, impose la légitimité de la CCJA par le biais de la supranationalité et l'exclusion des situations conflictuelles dans les matières unifiées[1715]. Pour consolider la place prioritaire de la CCJA, deux techniques sont essentiellement utilisées. Ainsi, comme l'affirme G. KENFACK-DOUAJNI « *en confiant à la CCJA la mission de veiller au respect du droit uniforme dans chaque Etat en se substituant aux juridictions nationales, la juridiction commune assure, par là même, l'unification de la jurisprudence aussi bien à travers sa fonction juridictionnelle qu'à travers sa fonction consultative* »[1716]. La première évite les conflits et permet de garantir en amont la prévisibilité de la jurisprudence, c'est l'avis de la CCJA par l'entremise de sa compétence consultative[1717]. La seconde est inscrite dans le contentieux, sous la forme d'un pouvoir d'évocation[1718]. Il s'agit d'une prérogative exorbitante[1719] qui est dévolue à la CCJA dans le souci d'une bonne administration de la justice dans l'espace OHADA[1720]. Aussi, sa mise en œuvre doit obéir à certains critères propres à renforcer sa légitimité. D'abord, les conditions de son intervention doivent être claires, c'est-à-dire motivée par la poursuite d'un intérêt général[1721]. Ensuite, l'effet de son usage doit respecter l'objectif primordial de sécurité juridique et/ou judiciaire quant à la solution retenue par le CCJA. Enfin, le pouvoir d'évocation doit être instrumentalisé selon une finalité pacificatrice dans la

[1713] J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Sécurité juridique et droit économique : propos introductifs », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 8 et s.
[1714] J. HABERMAS, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1992 (pour la traduction française), p. 456 et s.
[1715] Art. 14 TOHADA révisé.
[1716] G. KENFACK-DOUAJNI, « L'expérience internationale de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », in *L'indépendance de la justice : Actes du deuxième congrès de l'AHJUCAF*, Dakar, 7-8 novembre 2007, pp. 143-156.
[1717] Art. 14 al. 2 TOHADA révisé.
[1718] Art. 14 al. 5 TOHADA.
[1719] N. FALL, op. cit., l'auteur indique que « *ce pouvoir d'évocation général et impératif au regard des termes du Traité peut même aboutir à un élargissement de la saisine de la Cour au-delà des limites du droit harmonisé quand l'application et l'interprétation de normes internes connexes apparaissent nécessaires à la solution du litige* ».
[1720] O. GABARDA, « l'intérêt d'une bonne administration de la justice : étude de droit du contentieux administratif », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 01 janvier 2006 n°1, p. 153.
[1721] J. FOMETEU, « Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA* (sous la dir. André AKAM AKAM), Paris, Harmattan Cameroun, pp. 37-69.

mise en communication des systèmes judiciaires. Cependant, il convient de relever que l'existence d'un ordre judiciaire imaginé comme cohérent d'un point de vue interne ne peut prétendre à l'effectivité que s'il arrive à surmonter les résistances structurelles relatives à l'autonomie des juridictions suprêmes nationales[1722].

525. La mise en cohérence du système juridictionnel de l'exécution. Elle s'avère nécessaire comme l'incarnation d'une politique cohérente de justice en matière d'exécution. Cette mise en cohérence est le résultat d'un processus de coordination entre les actions de l'ordre judiciaire communautaire et les systèmes judiciaires nationaux.

526. La mise en cohérence du système juridictionnel de l'exécution poursuit deux objectifs clairs dans le renforcement de la sécurité judiciaire. Un objectif général de promotion d'une justice efficace et de qualité[1723] et un objectif spécifique méthodologique[1724] d'articulation des compétences judiciaires autour de l'exécution. Seulement, l'approche méthodologique choisie par le droit uniforme Ohada présente deux contraintes majeures. D'une part, il s'agit de résoudre le conflit résiduel tenant à l'autonomie procédurale des juridictions nationales[1725] dans le processus d'intégration de l'ordre juridictionnel Ohada ; et d'autre part, les critères de délimitation des différentes compétences restent largement imprécis même si la CCJA continue à réaffirmer sa primauté[1726]. La problématique de l'autonomie procédurale tient en l'existence d'une conception souverainiste du service public de la justice et des interactions entre les pouvoirs constitués[1727]. En effet, la réglementation de la procédure au niveau régional est incomplète eu égard aux

[1722] Dans ce sens, l'ordonnancement de l'ordre judiciaire présente des difficultés identiques à l'organisation normative entre instances communautaires. Comme le suggère les théoriciens belges, « au regard de la dogmatique juridique classique des boucles étranges ou hiérarchies enchevêtrées qui, si souvent, déjouent l'ordonnancement hiérarchisé des normes juridiques » (M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1992, p. 55).

[1723] V. Systèmes judiciaires européens : Efficacité et qualité de la justice, in *Les études de la CEPEJ n°18*, Editions 2012, pp. 403 et s. Le rapport précise que « *la promotion et la protection de l'accès à la justice, l'organisation efficace des tribunaux et de procédures judiciaires pertinentes adaptées aux besoins et aux attentes de la société, le développement d'un service public de la justice tourné vers les usagers* » constituent des indicateurs sérieux d'une justice efficace et de qualité.

[1724] L'étude comparative des systèmes nationaux est avant tout une question de posture méthodologique afin de dégager des critères de synthèse et une amorce théorique pertinente. V. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains : Approche comparative*, Paris, LexisNexis, 2e édition, 2008.

[1725] N. FALL, op. cit., p. 4.

[1726] G. KENFACK-DOUAJNI, op. cit., p. 152. Sur les défenses à l'exécution provisoire par exemple.

[1727] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 118.

dispositions nationales organisant les recours contre les décisions rendues par les juges du fond en matière d'exécution[1728]. Une solution serait d'initier l'adoption d'un code unique de procédure civile pour l'espace Ohada avec une consécration définitive du modèle hiérarchique retenue pour la CCJA. Toutefois, cette posture radicale implique la coordination des options politiques en matière de justice[1729]. Ainsi comme le suggère P-G. POUGOUE, « *l'idéal serait d'avoir dans l'espace OHADA une carte judiciaire relativement harmonisée sur la juridiction et la procédure commerciales, les juridictions d'urgence, les juges d'exécution, les juges d'appui en matière d'arbitrage, les règles de la coopération judiciaire* »[1730]. En dehors de cette hypothèse, il est possible de promouvoir des solutions techniques de coopération entre le modèle hiérarchique de l'ordre juridique Ohada et les systèmes judiciaires nationaux, qui restent les juridictions de droit commun dans l'espace Ohada. Ainsi, le renvoi préjudiciel présente un intérêt procédural particulier dans la conciliation des prérogatives entre la CCJA et les juridictions suprêmes nationales[1731]. Pour ce faire, la compétence préjudicielle[1732] de la CCJA doit respecter certaines conditions formelles : pour les matières uniformisées, elle peut être obligatoire, tandis que lors d'un contentieux connexe, elle doit rester facultative. En effet, le pouvoir d'évocation peut permettre d'harmoniser l'interprétation du droit uniforme Ohada si le point de droit posé justifie l'intervention de la CCJA. En amont, la technique de l'avis peut également servir à anticiper les variations autour de l'interprétation des règles communautaires.

527. Par ailleurs, la coexistence du modèle institutionnel Ohada autour de la CCJA avec le modèle de la justice de proximité permet de concilier des logiques plurielles

[1728] L'organisation des recours portés devant la CCJA après saisine d'une juridiction suprême nationale souligne cette incomplétude. En effet, l'incompétence de la juridiction est un élément dirimant pour la partie demanderesse si elle n'est pas soulevée devant l'autorité nationale, ensuite la matière du litige peut conduire à des situations étriquées. La CCJA n'est en principe compétente que dans les matières uniformes.

[1729] V. P-G. POUGOUE, "Missions et organisation de l'OHADA", in *Etudes pour 2e réunion des Forces vives de l'OHADA*, Cotonou 16-17 octobre 2012, pp. 27 et s.

[1730] Ibid. p. 27.

[1731] J. FOMETEU, op. cit., pp. 62-64. En relevant les contraintes à une bonne utilisation du recours préjudiciel, l'auteur propose le recours à un renvoi qui permettrait à la CCJA et aux juridictions suprêmes nationales de communiquer sur les points de droit qui relèveraient de la compétence exclusive de chacune d'elles. Enfin, dans l'optique de garantir l'effectivité de la procédure renvoi, l'auteur préconise un pourvoi dans l'intérêt de la loi. La proposition garde un intérêt pratique certain, mais elle souffre des maux consubstantiels relatives à la vision hiérarchique de la CCJA.

[1732] V. M-O. PARIS, « Le renvoi préjudiciel en interprétation : lien entre le juge national et le juge communautaire », in http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12_Jurisdictions/2005_Paris_FR.pdf (consulté le 18 mars 2013).

d'exécution des créances. En pratique, les justiciables peuvent prétendre à une offre de justice flexible et adaptée à la réalité sociologique des parties[1733]. Du point de vue processuel, la justice de proximité s'inscrit dans une perspective de redistribution des compétences et d'allégement des juridictions d'instance[1734]. En termes de sécurité judiciaire, la cohabitation entre ces deux modèles de justice pose a priori un problème d'adaptation du discours sur la justice à ces instances. Ils ne sont pas en conflit, mais plutôt dans une relation complémentaire sur la base d'une délimitation claire des règles de compétence[1735]. L'agencement structurel de ces modèles de justice permet de mesurer l'évolution du rôle attribué au juge dans l'exécution.

B. La cohérence téléologique : vers un juge protecteur

528. Données du problème. La figure du juge a toujours été l'objet de préoccupations diverses tant son rôle est central dans l'évaluation des performances d'un système normatif[1736]. Les fonctions assignées au juge évoluent au fil du temps mais restent essentiellement axées autour de la meilleure interprétation possible des règles de droit[1737]. Toutefois, une approche critique de la jurisprudence[1738] permet d'entrevoir la variation de la posture du juge sur les conséquences possibles de son intervention eu égard aux situations juridiques affectées par la solution retenue. Ainsi, l'impératif de sécurité juridique tend à devenir un paradigme décisionnel servant de fondement à l'action correctrice du juge[1739]. Le droit de l'exécution n'échappe pas au

---

[1733] V. S. D. NDIAYE (coordinatrice de la Maison de justice de Kaolack), in www.seneweb.com/news/Justice/Kaolack (consulté le 18 décembre 2012).elle précise que « les saisines en matière de créances occupent la première place dans nos interventions et nous avons réussi à recouvrer la somme de 4,6 millions sur une demande globale de remboursement de 6,2 millions ».

[1734] M. VERICEL, « Le retour (provisoire) des juridictions et juges de proximité en matière civile : A propos de la loi du 24 décembre 2012 », in *JCP édition générale n°6*, 4 février 2013, n°132, pp. 230-233.

[1735] Pour l'instant, le critère n'est pas clairement défini. Il semble que le choix de la saisine d'un juge déterminé soit sur la base de la volonté des parties.

[1736] V. G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1993.

[1737] F. OST, M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 355 et s. V. les développements consacrés à « l'interprétation judiciaire et le postulat de rationalité du législateur ».

[1738] ibib. p. 355. D'emblée les auteurs admettent que « *l'étude critique du raisonnement judiciaire, et plus particulièrement de l'interprétation des textes juridiques par le juge, ne peut manquer d'être, d'entrée de jeu, confrontée à un paradoxe : alors que la nature même du langage juridique confère inévitablement au juge un large pouvoir d'interprétation, il semble que, dans l'ensemble, les magistrats fassent un usage très modéré de ce pouvoir créateur, la jurisprudence se caractérisant généralement par son homogénéité et sa stabilité* ».

[1739] F. TESSON, « Un juge en équilibre : entre droits des justiciables et sécurité juridique », in *Petites Affiches*, 07 avril 2011 n°69, p. 17.

mouvement de renouvellement de la fonction du juge malgré le caractère très technique qu'on semble lui prêter.

529. S'inspirant de la politique jurisprudentielle en matière de droits humains[1740], le droit de l'exécution consacre un renouvellement de l'interprétation des procédures de recouvrement des créances à la lumière de catégories nouvelles comme la dignité humaine ou l'intérêt supérieur de l'entreprise. Cette impulsion inverse la tendance d'une application mécanique des principes d'exécution vers une prise en compte plus large de l'impact des solutions jurisprudentielles sur des paradigmes tels que l'efficacité, la performance, la survie entre autres. Cette évolution n'est pas sans risques à l'aune de la sécurité juridique et judiciaire. En effet, le pouvoir juridictionnel s'émancipe du cadre formel de son contrôle avec l'aide d'une approche substantialiste des droits individuels[1741] ; or, cette liberté constitue une menace à la prévisibilité de la solution qui sera retenue. Dés lors, il se pose la question de la légitimité du pouvoir du juge dans la hiérarchisation des intérêts en conflit et plus spécifiquement de la validité de son raisonnement en cas de décision. L'existence de la CCJA apporte une réponse à l'inscription du pouvoir juridictionnel dans un ordre normatif homogène, mais elle ne donne pas la mesure de la réalité de ce pouvoir en privilégiant la dimension institutionnelle[1742]. Ainsi, les pouvoirs concurrents des juridictions suprêmes nationales et de la CCJA dans l'interprétation du droit de l'exécution doivent trouver les compromis favorables à la sécurité juridique des justiciables. C'est sans doute se poser la question du modèle juridictionnel adéquat à l'exécution des créances et du degré du contrôle juridictionnel de la procédure de recouvrement. Dans ces deux situations, la marge de manœuvre du juge dépend des valeurs promues par le système de recouvrement des créances et de leurs interactions avec les intérêts en présence.

530. La juridictionnalisation de « *paradigmes légitimants* ». Il s'agit plutôt du recours à un ensemble de moyens substantiels devant garantir la mise en œuvre

[1740] E. ZOLLER, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis sur les droits fondamentaux », in *Petites Affiches*, 04 juin 2008 n°112, p. 26.
[1741] V. BOCCARA, « Découvrir le mouvement derrière la permanence », in *Petites Affiches*, 18 février 2013 n°35 p.
[1742] l'intégration de la CCJA dans les systèmes judiciaires nationaux s'est faite par la technique de la substititon à travers un mécanisme autoritaire de transfert de compétences. Au plan institutionnel c'est la solution est claire, mais au plan substantiel, elle manque de précision en raison de l'importance de la matière contentieuse eu égard aux disciplines uniformisées. V. N. FALL, op. cit., pp. 2-4.

d'une exécution praticable. Leur usage dans la résolution des litiges se rapportant à l'exécution dépend d'une part, des relations structurelles que le juge entretient avec le système qui le consacre, et d'autre part, du rapport intellectuel entre le juge et les normes qui composent sa *ratio legis*. Ces deux phénomènes sont articulés autour du complexe de relations incarné par l'office du juge[1743]. Traditionnellement, la perspective d'une sécurité judiciaire optimale suppose un « *jugement-transcription* »[1744], circonstance dans laquelle, le juge conserve une posture neutre tant du point de vue procédural que substantiel. Le juge de la CCJA est quasiment imaginé dans ce sens eu égard à la volonté affichée d'unifier la jurisprudence dans l'application du droit communautaire. Ce schéma correspond le mieux à une interprétation prévisible du droit OHADA. Seulement, la vision de la justice moderne est inspirée par le paradigme du procès équitable[1745]. Il en résulte un renouvellement de l'action du juge qui est chargé de veiller au respect des droits individuels et à l'observation stricte des règles de procédure qui réorganisent son office. Pour ce faire, il faut au moins que deux conditions soient réunies : la présence de droits subjectifs et une opposition d'intérêts légitimes[1746]. Quelle que soit la juridiction saisie[1747], l'accès au prétoire doit être conforme aux régles de compétence afin de garantir la prévisibilité raisonnable de la sécurité juridique institutionnelle. Aujourd'hui, cet impératif est assis sur l'art. 7 de la CADHP[1748] qui consacre le droit à un procès équitable. Il impose au juge de respecter les droits subjectifs fondamentaux des

[1743] B. BERNABE, « La part historique de l'office du juge », in http://www.ihej.org/la-part-historique-de-loffice-du-juge/ (consulté le 24 mars 2013).
[1744] G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, op. cit., p. 164 et s. Comme le suggère l'auteur *« le jugement-transcription est l'expression juridictionnelle du monologisme. C'est la manifestation, dans les relations de la loi et du jugement, de l'existence e ces systèmes de droit…caractérisés par leur intégration maximale et leur transitivité fondamentale* ».
[1745] Le choix du vocable de paradigme s'explique en partie par le contenu imprécis de la notion de procès équitable qui toutefois est atténué par l'homogénéité de l'interprétation processuelle qui en est faite. V. C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable en droit* (sous la dir. C. PERELMAN, R. VANDER ELST), Bruxelles, 1984, pp. 363-374.
[1746] L. BRIAND, « La question prioritaire de constitutionnalité et les règles du procès équitable », in *Gazette du Palais*, 19 janvier 2010 n°19, p. 17.
[1747] Par exemple pour le juge des référés, les conditions d'urgence, d'absence de contestation sérieuse et de péril dans le recouvrement doivent être justifiées, v. J. VUITTON, X. VUITTON, *Les référés*, Paris, LexisNexis, coll. Pratique professionnelle, 2ème édition, 2006, p. 7.
[1748] La charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Banjul) est adoptée le 28 juin 1981 à Nairobi (Kenya). Il est entré en vigueur le 21 octobre 1986.

justiciables parmi lesquels : le droit à l'exécution et les droits de la défense[1749]. L'émergence et la vulgarisation de ces concepts substantiels traduisent une option politique de transcription formelle de l'Etat de droit dans le domaine de la justice[1750]. Comme le soutient N. FRICERO, « *si on a pu critiquer la tyrannie des apparences, force est de constater que la légitimité du tribunal, la crédibilité de ses décisions, sont conditionnées par le fait que les jugements sont rendus dans des conditions telles qu'aucun soupçon légitime de partialité ne puisse naître dans l'esprit du justiciable* »[1751]. Cependant, la traduction concrète de ces paradigmes épouse des voies diverses sous la forme d'une recherche d'équilibre entre les prétentions divergentes des parties et surtout dans l'intérêt de l'exécution. Il en est ainsi des délais de paiement, des modalités du recouvrement amiable et de l'imputation des paiements[1752]. Mais d'autres finalités servent au juge à arbitrer entre les intérêts concurrents tout en conférant à sa décision la légitimité requise. En droit des procédures collectives, l'intérêt supérieur de l'entreprise joue ce rôle[1753]. Il permet d'opter pour des solutions favorables à la rationalité économique mais juridiquement supportables plutôt qu'à des applications partielles du raisonnement judiciaire classique à un problème complexe[1754]. Ceci explique que des mesures d'exécution puissent permettre de contourner le caractère dérogatoire des règles de la procédure collective, surtout dans le domaine des saisies attributions de créances[1755]. A un

[1749] On retrouve ces réalités dans la pratique jurisprudentielle anglo-saxone sous les concepts de due-process values et due-process of law, v. F. OST, M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 323-329.

[1750] G. TIMSIT, *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1995, p. 111 et s.

[1751] N. FRICERO, « L'exigence d'impartialité objective s'oppose à la saisine d'office du tribunal de commerce », note sous décision Cons. Const., 7 décembre 2012, n°2012-286 QPC, Sté Pyrénées services et a. (chronique de jurisprudence de droit des entreprises en difficulté), in *Gazette du Palais*, 19 janvier 2013 n°19, p. 25.

[1752] A. PROVANSAL, « Le point sur les impayés…Prix de la morale : 9,80 € », in *Gazette du Palais*, 02 août 2011 n°214, p. 6.

[1753] N. FRICERO, « L'exigence d'impartialité objective s'oppose à la saisine d'office du tribunal de commerce », op. cit., p. 25. L'auteur indique que « *l'entreprise doit donc bénéficier devant le juge de toutes les garanties que lui apporte le procès équitable : contradiction, exercice de voies de recours, force exécutoire des décisions… La contrepartie inévitable est l'application des exigences relatives au procès équitable et, notamment, de l'impartialité objective du juge qui statue* ».

[1754] G. FARJAT, « Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 63.

[1755] C. LEFORT, « Le droit des procédures collectives à l'épreuve du droit des voies d'exécution », note sous arrêt Cass. com. 2 mars 2010 (n°08-19898), in *Gazette du Palais*, 22 juin 2010 n°173, p. 19.

autre niveau, la dignité humaine[1756] continue de justifier des aménagements légaux ou jurisprudentiels à la rigueur de l'exécution[1757]. En effet, l'extension du champ des insaisissabilités ou la subsidiarité de la voie judiciaire est le résulat de l'impact des droits humains sur le droit de l'exécution. Ainsi, R. LAUBA choisit de parler de « *moralisation des procédures d'exécution* » pour désigner ce phénomène[1758]. Toutefois, l'usage de ces paradigmes ou outils conceptuels, voire techniques reste soumis à la validité du raisonnement judiciaire comme critère d'appréciation de leur intégration à la problématique de la sécurité judiciaire.

531. La légitimation du raisonnement judiciaire. L'autorité du juge pourrait permettre d'appréhender sa décision comme étant suffisament fondée, mais la particularité du contentieux de l'exécution commande une approche raisonnée de l'arbitrage des intérêts en présence. Ainsi que l'admet H. HELFRE, « *l'objectivité n'est pas une illusion : pour un juge, c'est à la fois une démarche nécessaire et un résultat à obtenir* »[1759]. Or, la sécurité juridique et judiciaire s'affirme dans ce besoin d'objectivité comme un indicateur de la validité plurielle des actes de nature juridique[1760]. Aussi, pour que la décision qui ordonne l'exécution soit légitime, il faut que l'explication dépasse le simple cadre de l'article visé par le magistrat pour fonder la solution. C'est d'ailleurs tout le sens des propos d'A. BOLZE « *le raisonnement du juge dans la réalité est de loin plus complexe qu'une simple qualification juridique retenue par le tribunal* »[1761]. En effet, le juge se livre à une analyse constructiviste de type structuraliste[1762], c'est-à-dire qu'il part des contraintes logiques imposées par la spécificité du raisonnement judiciaire pour tirer des conclusions propices aux

[1756] C. PETTITI, « La dignité – dimension et protection », in *Gazette du Palais*, 11 juillet 2000 n°193, p. 46.
[1757] Le cas de l'explusion est assez symptomatique de cette forme de recours à des principes qui légitiment une procédure dérogatoire en matière d'exécution. En effet, en France, l'obligation d'informer le Préfet avant certaines expulsions et ses conséquences sur la validité de la procédure est révélatrice, v. R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, op. cit., pp. 498-499.
[1758] R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, op. cit., pp. 12-13.
[1759] H. HELFRE, « Peut-on juger avec objectivité ? », in *Gazette du Palais*, 16 juin 2005 n°167, p. 2.
[1760] F. OST, M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 270. Les auteurs présentent les trois pôles de la validité plurielle autour de la légalité, de l'effectivité et de la légitimité.
[1761] A. BOLZE, « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », in *Gazette du Palais*, 18 février 2003 n°49, p. 4.
[1762] P. BOURDIEU, *Choses dites*, Paris, Les éditions de minuit, coll. Le sens commun, 1987. La matrice conceptuelle de P. BOURDIEU peut être utilisée également dans le cas du droit de l'exécution où le droit positif remplace les structures sociales objectives et l'appréciation du juge, le construit parfois subjectif. Il va de soi que l'autonomie du juge obéit en dernier ressort aux principes applicables à l'autorité de la chose jugée et aux voies de recours contre ses décisions.

particularités de chaque situation d'exécution. Ainsi, les référés sur difficultés d'exécution offre l'exemple d'une application concrète de ce postulat. L'absence d'une définition précise des difficultés d'exécution permet au juge de faire une synthèse raisonnablement prévisible des éléments objectifs et subjectifs du cas litigieux[1763]. Une situation similaire peut être retrouvée dans les procédures collectives d'apurement du passif à propos des salariés et quant à la protection de leurs créances au regard de la règle de l'égalité des créanciers[1764]. Dans ces différentes hypothèses, le rôle protecteur du juge est motivé par l'existence d'un intérêt supérieur qui explique la paralysie de la mécanique de l'exécution tout en bénéficiant d'une légitimité objective : l'entreprise[1765], la famille[1766], la dignité, l'emploi[1767] notamment. En effet, la légitimité du raisonnement judiciaire est garantie en partie par les textes qui organisent son activité interprétative[1768] et en partie par l'existence de paradigmes légitimants. La sécurité judiciaire ne peut être déconnectée de ces paramètres de la validité du processus décisionnel qui lui confère l'objectivité raisonnablement prévisible.

532. Le rôle protecteur du juge est souhaité pour la garantie des droits des uns et des autres, mais son intervention suscite également des réserves liées à la tentation d'une transgression de la norme qui remettrait en cause la légitimité de la décision[1769]. Ainsi, les parties sont souvent amenées à explorer d'autres voies d'exécution des créances, pas seulement par méfiance du juge mais surtout par souci d'efficacité de la procédure.

[1763] La relation du juge à son imaginaire interprétatif est relativisée par les exigences de régularité et de sécurité inhérentes au droit. Dans ce sens, v. M. van de KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeux*, op. cit., p. 29.

[1764] D. JACOTOT, « Droit social et droit des entreprises en difficulté. Les créances salariales : un traitement particulier et protecteur », in *Entreprises en difficulté* (sous la dir. P. ROUSSEL GALLE), Paris, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, pp. 501-530.

[1765] C. BAILLY-MASSON, « L'intérêt social, une notion fondamentale », in *Petites Affiches*, 09 novembre 2000 n°224, p. 6.

[1766] F-X. LUCAS, « L'attraction du conjoint in bonis dans la procédure collective », in *Petites Affiches*, 24 avril 2003 n°82, p. 4. L. ANTONINI-COCHIN, « Régimes matrimoniaux et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté* (sous la dir. P. ROUSSEL GALLE), op. cit., pp. 209-229.

[1767] F. CASORLA, « Sécurité juridique et entreprise en difficulté : rapport de synthèse », in *Petites Affiches*, 12 janvier 1994 n°5. D. JACOTOT, « Droit social et droit des entreprises en difficulté. La rupture du contrat de travail », in *Entreprises en difficulté* (sous la dir. P. ROUSSEL GALLE), op. cit., pp. 531-569.

[1768] Art. 99 et s. COCC.

[1769] G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, op. cit., p. 195 et s.

§2 – La promotion du pragmatisme processuel : le paradigme de la négociation

533. L'émergence des modes alternatifs de règlement des différends est liée à une conception nouvelle de la justice[1770]. En effet, la recherche d'un modèle de justice dépouillé des incovénients du système judiciaire traditionnel : complexité, lenteur, coût élévé, etc., est à l'origine de la diversification des procédures de recouvrement des créances[1771]. Selon l'approche critique que l'on adopte sur cette thématique, les MARD se présentent comme une alternative ou une concurrente du schéma traditionnel de l'exécution. D'un point de vue idéologique, ils se rattachent au modèle économique capitaliste[1772] pour asseoir leur légitimité. D'un point de vue stratégique, les MARD participent d'une rationalisation procédurale dictée par les impératifs de coûts et de délais. Ainsi, la justice est devenue un variable du calcul rationnel des acteurs en vue d'optimiser l'exécution. Par conséquent, le choix de la procédure adaptée de recouvrement est plus un enjeu de gestion du risque judiciaire que la simple application d'une législation préexistante[1773]. Cependant, l'absence de lisibilité quant au régime juridique global de ce modèle transactionnel impose une certaine prudence quant à l'efficacité réelle du mécanisme[1774]. En effet, la protection des intérêts des parties doit être garantie quelle que soit la procédure choisie. Chaque procédure a un coût d'opportunité qui indique sa probabilité de mise en œuvre et la prévisibilité de son efficacité. Ainsi, se pose la question de l'adéquation des exigences de la sécurité juridique avec la flexibilité souhaitée dans l'exécution. Seule une sécurité juridique dynamique permet d'accompagner le mouvement (A) tout en préservant les intérêts essentiels à la justice sociale comme valeur fondamentale (B).

A. L'opportunité du modèle négocié d'exécution des créances

534. Prolégomènes. Comme le suggère O. DEHARO « *l'objectif est de parvenir à un agrément réciproque des parties sur une solution commune qui représente la*

[1770] J-C. GOLDSMITH, « Petite et grande histoire du Règlement ADR par la CCI », in *Gazette du Palais*, 15 novembre 2001 n°319, p. 36.
[1771] A. BOLZE, « Le procès, risque à éviter : Les modes alternatifs de règlement des litiges », in *Revue générale du droit des assurances*, 01 juillet 2010 n°2010-03, p. 841.
[1772] P. COPPENS, « La fonction du droit dans une économie globalisée », in *RIDE 3/2012* (t. XXVI), p. 269-294.
[1773] B. CERVEAU, « Le risque juridique : affaire de spécialistes ou de gestionnaires de risque ? », in *Gazette du Palais*, 24 février 2001 n°55, p. 2.
[1774] S. AMRANI-MEKKI, « Absence de sanction processuelle aux clauses de conciliation préalables contenues dans un contrat de travail », in *Gazette du Palais*, 09 mars 2013 n°68, p. 33.

somme des subjectivités de chacune des parties »[1775]. C'est la finalité qui est expressément assignée à toute transaction sur les difficultés d'exécution d'une créance. En effet, le modèle transactionnel de résolution des litiges emporte un ensemble de présupposés théoriques[1776] favorables à l'intégration de la prévisibilité des solutions qui seront retenues. Il en est ainsi de l'autonomie de la volonté, qui au plan substantiel offre un large spectre de possiblités relativement au choix du mode approprié ou de la norme applicable à la solution commune. Cette flexibilité dans le choix de la personne du juge et dans la détermination des règles applicables laisse persister une certaine incertitude quant à la physionnomie actuelle de la justice. En réalité, la négociation du traitement du litige ou de la solution précise ne doit pas contredire les principes supérieurs tels que l'égalité des parties, la contradiction et la loyauté dans l'exécution de la décision. Loin des arcanes de la justice institutionnelle, la négociation présente un risque pour la sécurité subjective d'une des parties et pour la sécurité objective en considération de l'idéologie de justice dans les Etats de droit. Ainsi, le modèle transactionnel s'avère opportun si d'un point vue structurel, la déjudiciarisation offre des garanties de préservation des intérêts des parties.

535. La promotion du caractère volontaire de l'exécution. Le paradigme de la négociation regroupe un ensemble de techniques préventives et curatives destinées à faire face à la pathologie du recouvrement des créances. Il suscite davantage un problème d'ordre méthodologique qu'une contrainte de légitimité dans une économie ultra libérale[1777]. En effet, le recours au modèle contractuel permet d'expliquer en grande partie la légitimité théorique de l'exécution négociée[1778]. Ainsi, la liberté contractuelle permet aux parties d'insérer dans le contrat initial des clauses consacrées à l'aménagement du contentieux par le biais de la déjudiciarisation[1779]. A ce stade, la liberté des parties détermine la forme de justice alternative tout en

[1775] O. DEHARO, « Rationalité juridique et opportunité économique : la méiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », in *Petites Affiches*, 13 février 2012 n°31, p. 3.
[1776] M. NACHI, *Justice et compromis, élements de sociologie morale et politique*, Liège, ULG, 2006, p. 105 et s.
[1777] J-F. PERRIN, « L'autonomie de la volonté et le pluralisme juridique, aujourd'hui », in *w3.aislf.univ-tlse2.fr* (consulté le 1er avril 2013).
[1778] A. SUPIOT, *Homo juridicus*, op. cit., pp. 135-175. Dans la partie consacrée à « *la force obligatoire de la parole* », l'auteur montre que le carctère universel et fondateur de l'adage pacta sunt servanda, il légitime et conditionne la création des prévisions contractuelles et leur exécution conformément à leurs attentes.
[1779] C'est l'exemple de la clause compromissoire et du compromis d'arbitrage qui sont prévus à l'art. 21 TOHADA.

préfigurant la bonne disposition du débiteur d'exécuter la décision qui sera prise par le juge désigné[1780]. Cette alternative n'est pas exclue par le droit positif OHADA qui dispose en son art. 1er AUPSRVE, que les voies d'exécution ne seraient envisageables qu' « *à défaut d'exécution volontaire* ». Une logique similaire prévaut dans la loi de 1991 à travers le caractère subsidiaire de l'exécution forcée[1781]. D'un point de vue anthropologique, le mécanisme de la négociation trouve une expression favorable dans les sociétés où la solidarité et la responsabilité sont des facteurs de renforcement du tissu social[1782]. Le droit de l'exécution, de par son objet et ses effets sociaux, se prête plus ou moins facilement à la négociation.

536. Les supports de négociation entres les parties sont nombreux et évolutifs mais ils ont pour dénominateur commun de faire abstraction de l'imperium du juge. Le droit positif OHADA permet d'entrevoir une justiciabilité plurielle[1783] essentiellement autour de l'arbitrage. En effet, l'instrumentalisation de la volonté s'insère dans le cadre d'un arbitrage institutionnel ou d'un arbitrage ad hoc[1784]. Cependant, l'intégration de la volonté dans le dénouement du litige n'est pas cantonnée à l'existence d'une clause spécifique ou à l'abstraction de l'office du juge ordinaire. En effet, l'art. 30 CPC permet aux parties de « *comparaître volontairement aux fins de conciliation devant le juge compétent* ». Cette liberté précise présente l'avantage d'intervenir à tout moment de la procèdure avec les mêmes garanties qu'un acte juridictionnel[1785]. Mieux encore, la technique de la médiation[1786] permet à l'approche volontariste du contentieux de trouver un ancrage dans la plupart des litiges relatifs aux affaires.

[1780] F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermes : trois modèles du juge », in *La force du droit* (sous la dir. P. BOURETZ), Paris, Ed. Esprit, 1991, pp. 241-272. Ces modèles du juge correspondent à des fonctions spécifiques du rapport entre la loi et sa finalité de régulation sociale. Selon les besoins des parties, le choix du juge s'orientrera vers l'un deux, v. également G. TIMSIT, Les figures du jugement, op. cit.
[1781] Art. 2 L. 91-650 du 9 juillet 1991.
[1782] M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 252 et s. l'auteur montre à travers les exemples des tribunaux de camarades et decommunautés de quartier des formes de justice négociée qui permettent aux parties à un litige de trouver des solutions volontaires conformes à l'idéologie dominante dans leurs sociétés respectives. C'est une approche très pertinente en Afrique où la société tend à l'emporter sur l'individu.
[1783] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 37 et s.
[1784] P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit uniforme africain, 2002.
[1785] Art. 30 et 31 CPC.
[1786] F. MONEGER (sous la dir.), *La médiation en débat*, Paris, editoo.com, Institut de droit économique et des affaires, Centre de recherche juridique Pothier, Université d'Orléans, 2002. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, 6e édition, coll. « Que sais-je ? », 2012.

537. Le paradigme de la négociation est surtout pertinent dans la perspective d'une articulation de la rationalité économique au phénomène de la justice[1787]. En effet, c'est une méthode très éprouvée dans la résolution des litiges concurrentiels[1788]. Elle offre des garanties de rapidité, de souplesse, de confidentialité propices aux relations d'affaires. Ainsi, la négociation trouve dans le recouvrement amiable un terrain de prédilection. C'est d'ailleurs dans ce domaine que les clauses de renégociation ou les arrangements post impayés prennent un sens particulier pour la sécurité subjective des parties. Ils permettent d'objectiver la confiance légitime en empêchant la survenance d'un procès souvent long, coûteux et dont les résultats sont incertains[1789]. L'instrumentalisation de la volonté s'inscrit principalement dans une stratégie de contournement du risque d'impayé en construisant la sécurité juridique des parties autour d'une solution négociée. Toutefois, elle suppose un minimum de règles pour assurer la sécurité juridique objective dans l'exécution. Il faut que l'égalité des armes entre les parties et le recours effectif à un juge puissent être réels[1790]. Ainsi, l'encouragement de l'exécution volontaire, plus conforme avec les principes fondamentaux de l'exécution, doit tenir compte des impératifs de la justice contractuelle.

538. La garantie des intérêts individuels dans la négociation. A l'mage du contrat, la solution négociée doit refléter tant dans sa forme que dans le fond l'existence et l'intégrité du consentement des parties. La sécurité juridique subjective s'exprime dans la théorie volontariste que si cette dernière est conforme avec le droit objectif[1791]. Nonobstant la place importante accordée à la liberté dans la résolution du contentieux, celle-ci reste ambivalente dans sa fonction. En effet, elle détermine la nature juridique de la solution adoptée tout en justifiant la contrainte qui sera exercée probablement sur la partie défaillante. Cette ambivalence est plus complémentaire que contradictoire. Dans le droit de l'exécution, la volonté constructive est par essence perçue comme la manifestation de la normalité du comprtement social des

[1787] M-A. FRISON-ROCHE, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends », in *Droit et économie de la régulation. 3*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005, p. 269-287.
[1788] A. VIALFONT, « Le droit de la concurrence et les procédures négociées », in *Revue internationale de droit économique 2/2007* (t. XXI, 2), p. 157-184.
[1789] S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice Promouvoir la juridiversité », in *Petites Affiches*, 14 juin 2012 n°119, p. 3.
[1790] S. AMRANI MEKKI, « La déjudiciarisation », in *Gazette du Palais*, 05 juin 2008 n°157, p. 2.
[1791] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 430 et s.

parties et comme l'expression de la normativité du lien d'obligation exécuté[1792]. Toutefois, l'analyse critique de son intégration dans le traitement de l'inexécution permet de constater la variabilité de son contrôle en fonction de l'instance pertinente. Ainsi, l'intervention du juge dans le processus de négociation semble offrir plus de garanties d'égalité des parties qu'en son absence. Ce postulat initial s'impose en raison de la supervision de la négociation par une instance juridictionnelle disposant de prérogatives particulières en la matière. Par exemple, l'arbitrage institutionnel OHADA autorise la CCJA à se substituer aux parties afin d'améliorer le déroulement de la procédure[1793]. Cependant, il doit être admis avec prudence en raison de l'objectif recherché par les parties ou des enjeux attachés au litige[1794].

539. Globalement, les intérêts individuels des parties convergent dans le choix du juge[1795], du droit applicable et des suites à donner à la solution négociée. Il s'agit de trouver un équilibre entre les attentes légitimes des parties étant donné que l'égalité initiale est rompue par la défaillance de l'une des parties. Ainsi, l'hypothèse d'une égalité des armes entre les parties est de portée relative car elle est incontestablement soumise à la tension de facteurs exogènes au lien contractuel de base (ouverture d'une procédure d'insolvabilité, variation de la solvabilité du débiteur). Aussi, si au plan formel la validité du consentement des parties ou le respect des règles de procédure suffit à attester de la sécurité juridique dans la négociation ; au plan substantiel, l'intérêt doit être apprécié concrétement eu égard aux circonstances de la cause. Par exemple, dans la saisie-vente, l'art. 115 AUPSRVE reconnaît au débiteur la faculté de proposer une solution négociée au

[1792] V. M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1982, p. 5 et s. En appliquant la méthode systémale au phénomène criminel, l'auteur parvient à dégager des constantes dans l'analyse de la relation entre l'écart à la norme sociale et les réponses apportée par le corps social ou l'Etat sans que ces dernières ne se contredisent nécessairement. Devant le phénomène de l'impayé, une logique similaire peut être retrouvée si l'on considère le recouvrement amiable et le recouvrement forcé.

[1793] P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p.113. Comme le suggère l'auteur « *afin de renforcer son efficacité, l'acte uniforme organise, en son article 5, une procédure destinée à contourner le blocage d'une partie qui, après avoir accepté une convention d'arbitrage, tenterait de bloquer le processus de constitution du tribunal arbitral* ».

[1794] E. LOQUIN, « Sécurité juridique et relations commerciales internationales », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., pp. 467-494. L'auteur montre à travers la jurisprudence des tribunaux arbitraux la prise en compte des exigences de sécurité juridique et judiciaire (sentence Ripert-Panchaud, 2 juillet 1956).

[1795] F. MEGERLIN, « Médiation et arbitrage », in *La médiation en débat*, op. cit., p. 41. Selon l'auteur, ce choix est hautement stratégique et doit correspondre au respect d'un ensemble de critères dont le moins important n'est pas la compétence.

créancier afin de préserver son intérêt patrimonial dans l'exécution de la créance[1796]. La solution peut éventuellement s'étendre aux autres créanciers du débiteur dans le cadre d'un concours de saisies sur les mêmes biens[1797]. En droit des procédures collectives également le recours au règlement préventif permet, par le biais de la négociation, de trouver des solutions au problème des impayés en amont de l'homologation du concordat[1798]. Cependant, il est possible que la volonté des parties se deploie dans un contexte d'insolvabilité pour le débiteur. A ce propos, L-C. HENRY précise que « *l'arbitrage ne peut faire l'économie des dispositions impératives du droit de l'insolvabilité. La jurisprudence a consacré les principes cardinaux du droit des entreprises en difficulté pour en préserver la cohérence* »[1799]. En définitive, quel que soit le support de la négociation dans le traitement de l'impayé, la sécurité juridique est garantie par les mécanismes propres à chaque discipline. Elle fait l'objet d'une détermination casuistique, ce qui est conforme avec la spécificité des solutions négociées. Elles permettent d'éviter une sollicitation précoce ou inopportune du juge mais ne font pas disparaître l'incertitude quant au paiement de la créance. C'est pourquoi, le contrôle de cette méthode pragmatique de traitement de l'impayé peut conduire à la correction des atteintes aux attentes légitimes des uns et des autres.

B. Le contrôle de l'exécution négociée des créances

540. Problématique. Les modes alternatifs de résolution des litiges ont beacoup davantages en raison de leur flexibilité. Cependant, ils doivent s'inscrire dans les exigences du procès équitable ou de la justice contractuelle pour être légitimement efficace. Cette adéquation se vérifie en principe à la lecture de la convention liant les parties et fixant les conditions de dénouement du litige. Par rapport au paradigme de la négociation, deux séries de conséquences peuvent être tirées de l'existence d'une convention. Une attente d'ordre juridique consécutive à la régularité de l'acte transactionnel : la force obligatoire de la convention. Une attente économique résultant de l'objet même du droit à l'exécution. Ces deux éléments structurent les

[1796] Pour plus de considérations pratiques, v. J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée droit OHADA*, op. cit., p. 200 et s.
[1797] Art. 75 AUPSRVE.
[1798] Art. 2 et 15 AUPCAP.
[1799] L-C. HENRY, « Arbitrage et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté*, op. cit., pp. 489-500.

attentes légitimes des parties dans une solution négociée[1800]. Même si T. PIAZZON estime que « *fonder le contrat sur le respect des attentes légitimes peut constituer un danger pour la sécurité des transactions qui suppose l'intangibilité des droits contractuels* »[1801], il est possible de nuancer cette affirmation au regard de l'objet des conventions portant sur les solutions négociées relatives à l'impayé. En effet, la prise en compte des principes directeurs du procès équitable dans le réglement transactionnel permet d'encadrer l'interprétation des attentes des parties dans une perspective substantielle. Par ailleurs, l'existence d'un contentieux des solutions négociées assure la sauvergarde de la sécurité juridique par les moyens classiques du contrôle juridictionnel[1802]. Ainsi, l'attraction des actes transactionnels dans le champ du contrôle juridictionnel permet non seulement de dépasser l'analyse contractualiste, mais également de faire de l'intérêt de l'exécution un critère de légitimation des solutions conventionnelles à l'impayé.

541. Le problème de fond dans le contrôle des solutions négociées réside dans la confrontation entre l'exigence de sécurité juridico-judiciaire et la théorie volontariste de résolution des litiges. Il peut être détaillé selon deux orientations complémentaires dont l'une est théorique et l'autre pratique. Ainsi il s'agira, d'un point de vue théorique, d'articuler les intérêts individuels promus par la théorie volontariste et l'intérêt de l'exécution, objectivement déterminable. D'autre part, l'existence et l'effectivité des garanties procédurales restent importantes.

542. La subjectivité de la négociation à l'épreuve de l'objectivité de l'exécution : un contrôle statique. Dans un univers où le procès est conçu comme un risque, le système judiciaire classique est soumis à une forte concurrence des pratiques transactionnelles. Le risque est dès lors assez conséquent pour l'exigence de sécurité juridique en raison des tentations d'abus entourant la liberté des parties. En effet, l'offre de justice alternative diffère de la justice judiciaire de par sa flexibilité et surtout par l'évitement du formalisme de la procédure classique qui contraint les

[1800] J. CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », in *Revue international de droit économique 1/2009* (t. XXIII, 1), p. 5-32.
[1801] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., p. 429. Mieux, l'auteur conclut que « *l'opposition entre sécurité subjective et sécurité objective est une fausse question en droit des contrats* » et que la vraie question concerne l'équilibre entre la sécurité juridique et la justice contrcatuelle.
[1802] F. MEGERLIN, « Médiation et arbitrage », op. cit., p. 58.

parties[1803]. Cette situation est d'autant plus intéressante lorsque se présente l'hypothèse d'un contrat entre un professionnel et un non professionnel. A ce propos, la doctrine a pu montrer les dangers liés à l'instrumentalisation de la négociation préalable au détriment d'un recours effectif à un juge[1804] en matière de délais[1805]. Or, dans le recouvrement des créances, la partie défaillante a un besoin objectif de protection si l'inexécution n'a pas une origine frauduleuse. Ainsi, l'intérêt des modes alternatifs est inversemment proportionnel à la spécificité des intérêts à protéger[1806]. Pour les petites créances et en cas de relations d'affaires soutenues, la négociation peut être un lieu pertinent et efficace de recouvrement[1807]. Mais, dans l'otique de garantir le principe du contradictoire et de corriger les effets négatifs de l'inégalité des parties, le système transactionnel doit s'adapter aux garanties procédurales du procès classique[1808]. C'est en ce sens que la sécurité juridique objective s'affirme dans l'environnement transactionnel. Au-delà du contrôle de l'intégrité du consentement, l'intérêt de l'exécution est préservé par la nécessité d'une formalisation accrue de la procédure amiable[1809]. En effet, c'est le caractère ambivalent de l'acte transactionnel qui permet de faire converger les intérêts des parties avec l'intérêt de l'exécution, le subjectif et l'objectif[1810]. La négociation est à la

[1803] A. BOLZE, « Le procès, risque à éviter : Les modes alternatifs de règlement des litiges », op. cit., p. 841.

[1804] G. COHEN-JONATHAN, « Le droit au juge », in *Liber amicorum Jean Waline*, Gouverner, administrer, juger, Paris, Dalloz, 2002, pp. 471 et s.

[1805] E. CAMOUS, « Droits des délais et modes alternatifs de règlement des conflits », in *Gazette du Palais*, 14 octobre 2003 n°287, p. 8. Comme le reconnaît l'auteur « *que les négociations perdurent et c'est le droit d'accès au juge qui se trouve menacé. Ce constant révèle à lui seul les profondes perturbations que suscite l'innovation contractuelle sur notre système judiciaire. Il illustre également la nécessité pour le droit de s'adapter en permanence. C'est à cette condition que les modes alternatifs parviendront à préserver le capital de symphatie dont ils bénéficient et à constituer une réelle source de progrès pour notre système juridique* ».

[1806] C. AUBERT DE VINCELLES, « Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation », in *Revue des contrats*, 01 avril 2012 n°2, p. 465.

[1807] C'est l'exemple du juge de proximité qui offre un cadre intéressant pour les litiges portant sur de petites sommes, v. P. LABIANO, *La justice de proximité pour résoudre les litiges du quotidien*, Paris, Vuibert, coll. Guid'Utile, 2004. Pour les entreprises de taille critique, v. T. COME, G. ROUET, *Les stratégies juridiques des entreprises*, Paris, Vuibert, coll. Entreprendre, 1997, p. 80 et s. comme le démontre les auteurs « *face à un conflit, l'entreprise doit privilégier la réponse immédiate et chiffrable. Ce qui explique la montée de la médiation, de l'arbitrage et de la conciliation même judiciaire en ce qui concerne les modes externes et la croissance des sanctions internes ou l'évolution des réglements intérieurs dans les entreprises. Le respect d'une certaine éthique et l'affirmation de leur citoyenneté obligent les entreprises à résoudre rapidement les conflits* ». p. 89.

[1808] A. GIRAUD, S. GOOSSENS-HLISNYKOVA, « Reconnaissance mutuelle et droit de la défense dans l'espace judiciaire eurpéen », in *Gazette du palais*, 24 décembre 2009 n°358, p. 5.

[1809] C. PEULVE, « La dimension procesuelle de la procédure participative », in *Petites Affiches*, 16 avril 2012 n°76, p. 6.

[1810] G. DEHARO, « La transaction : sécurité et confidentialité ? », in *Petites Affiches*, 07 octobre 2008 n°201, p. 7. L'auteur précise que « *le règlement alternatif des litiges ne signifie pas pour autant*

fois un acte contractuel et une réalité processuel, c'est ce qui permet au juge de retrouver ses pouvoirs à l'occasion du contentieux spécifique à la justice alternative. Le recouvrement des créances offre l'occasion de confronter la rationalité volontariste et utilitarsite qui légitime la justice alternative à la rationalité du service public de la justice[1811]. De cette confrontation, ce n'est certainement pas la justice judiciaire qui sort perdante. En réalité, c'est à partir de son modèle que la justice transactionnelle tente de gagner sa légitimité en assurant une meilleure sécurité aux parties.

543. Le contrôle des garanties procédurales : un contrôle dynamique. L'une des particularités des modes alternatifs est de déterminer de manière conventionnelle les règles de compétence, l'objet du litige et la mission confiée au tiers chargé de dénouer le litige. L'objectif principal est de parvenir à une solution consensuelle au mieux des intérêts de chaque partie sans compromettre les garanties attachées à un bon procès. Ces dernières touchent aussi bien aux prétentions des parties qu'à la personne du juge et à la force exécutoire de la solution qui sera trouvée. Ainsi, en cas de difficultés d'exécution de la solution négociée, il appartient au juge compétent de se prononcer sur ces divers points en conformité avec les règles de procédure classiques et la volonté des parties. En matière d'arbitrage, le juge contrôlera par exemple, l'existence de la convention d'arbitrage[1812] et sa portée comme le suggère la jurisprudence ABELA[1813]. En effet, le recours à l'équité fragilise la prévisibilité attachée au caractère stable de la norme juridique, comme le soutient P. DE BELVAL en disant que « *le droit est une garantie contre la tyrannie de la subjectivité* »[1814].

---

l'éviction du droit. A côté des garanties contractuelles, les parties bénéficient donc des garanties fondamentales de la procédure. Il en résulte que la sécurité des parties relève moins de la qualification de transaction_et, conséquence du régime défini par le Code civil_que de sa nature hybride qui lui permet de rechercher les garanties tant processuelles que substantielles dans le droit des contrats et le droit processuel ».

[1811] G. DEHARO, « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitarsite de la justice ? », in *Petite Affiches*, 13 février 2012 n°31, p. 3.

[1812] G. CUNIBERTI, « Divergence d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage », in *Cahiers de l'arbitrage*, 01 avril 2011 n°2, p. 433.

[1813] D. MOURALIS, « Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : Quelques précisions et illustrations », in *Cahiers de l'arbitrage*, 01 janvier 2012 n°1, p. 167.

[1814] P. DE BELVAL, « Petite refléxion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », in *Gazette du Palais*, 08 mai 2012 n°129, p. 11.

544. En partant du jugement[1815], l'on peut décrypter le mode opératoire du contrôle des garanties procédurales. Le jugement étant le modèle par défaut de la sécurité juridique dans un système judiciaire rationalisé et optimisé. Ainsi, les critères du contrôle concernent tant l'aptitude de l'auteur de l'acte que l'instrumentum et son effet utile. En premier lieu, le contrôle de la compétence rappelle la problématique de l'office du juge dans sa relation avec l'objet du litige[1816]. Ainsi, dans les procédures négociées, la détermination de la compétence reste un facteur objectif de traçabilité des conditions de résolution du litige. Selon que le juge intervienne ou pas dans la négociation, les modalités de la compétence du tiers varient[1817] mais restent toujours soumises à l'acceptation des parties[1818]. Dès lors, la similutude substantielle des principes de compétence entre la procédure juridictionnelle et les procédures négociées autour de l'adéquation juge-objet du litige semble offrir la garantie souhaitée relative à la sécurité juridique[1819]. Il se pose plus une contrainte intrinsèque liée à l'aptitude de la personne désignée à répondre à l'attente des parties qu'un problème pur de technique procédurale. A cet effet, l'indépendance du tiers qui intervient dans le traitement du différend recense toutes questions relatives à la garantie d'une justice objective[1820]. En effet, l'indépendance du juge de manière générale est le fondement explicatif de la neutralité de sa position et de la légitimité de la décision prise[1821]. A ce propos, la Cour de cassation, dans une décision rendue le 13 mars 2013 souligne l'importance attachée à l'indépendance et l'impartialité du tiers[1822]. Celle-ci est d'autant plus importante que la doctrine admet, en général, que ce tiers n'est ni le mandataire des parties, ni une personne assumant

[1815] F. EUDIER, « Jugement », in *Répertoire procédure civile*, Paris, Dalloz, octobre 2002.

[1816] M. DOUCHY-OUDOT, « L'office du juge », in *Liber amicorum Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles GOUBEAUX*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 99-108. L'auteur soutient que « *la fonction de l'objet du litige dans la détermination de la mission du juge chargé de dire le droit demeure à titre principal* ».

[1817] La détermination de la compétence des juges chargées de la négociation ne doit aucunement occulter les règles d'attributions impératives de compétence, v. B. MOREAU, « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, avril 2004, n°25-180.

[1818] M. DOUCHY-OUDOT, J. JOLY-HURARD, « Médiation et conciliation », in *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, septembre 2006, n°83-118.

[1819] C'est une problématique qui est très importante au regard des relations entre les solutions négociées et les décisions juridictionnelles ayant une influence sur ces dernières. V. B. LE BARS, « Impact de la transaction sur l'exequatur d'un jugement étranger », in *JCP*, Edition générale, n°15, 8 avril 2013, p. 711.

[1820] J-D. BREDIN, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », in *Justices n°3 Janvier/Juin 1996*, pp. 161-166.

[1821] L. CADIET, S. GUINCHARD, « La justice à l'épreuve des pouvoirs, les pouvoirs à l'épreuve de la justice », in *Justices n°3 Janvier/Juin 1996*, pp. 1-12.

[1822] Cass. 1ère civ., 13 mars 2013 (n°12-20.573), in *JCP édition générale*, n°13, 25 mars 2013, p. 591.

nécessairement une charge publique[1823]. Mieux, l'indépendance du tiers laisse présumer la garantie par les parties d'un déroulement loyal de la procédure et de l'exécution effective de la solution retenue.

545. Selon les propos de H. MOTULSKY, « *l'efficacité des droits, voire leur nature profonde, ne s'éprouve réellement que dans la lutte judiciaire ; et il est probable que, sans celle-ci, la notion de droit même au sens subjectif n'existerait pas* »[1824]. Cette conclusion peut être transposée dans les procédures négociées à travers la matrice des droits de la défense. Au pemier rang de ces derniers figure le principe du contradictoire[1825] qui assure à la négociation le dépasement des subjectivités par l'objectivité principielle du concept. En effet, la contradiction est un procédé abstrait et objectif qui permet d'apprécier l'impartialité du juge, la loyauté de la procédure et la qualité de la décision qui sera prise grâce à l'étude critique de sa motivation[1826]. Les procédures négociées ne sauraient se soustraire ainsi à un principe élevé au rang de droit fondamental à caractère constitutionnel[1827]. En outre, l'efficacité des droits s'analyse dans l'effet utile de la solution négociée, c'est-à-dire son effectivité. Celle-ci varie selon l'issue et la forme de la soclution négociée. En effet, suivant que la négociation se soit effectuée dans le cadre d'une instance ou non[1828], les conséquences attachées à la négociation peuvent différer. De manière générale, le succès de la négociation permet au débiteur et à ses créanciers de renégocier les modalités du paiement en s'appuyant sur l'autorité de la chose contractée[1829] ou jugée[1830]. Dans ce contexte, que le contrat soit judiciaire ou pas, la sécurité juridique des parties est assujettie à la force de la volonté dans la préservation de l'intérêt. Le cadre de négociation peut renforcer l'élément objectif de la sécurité juridique, mais

[1823] A propos de l'arbitrage, v. B. MOREAU, « Arbitrage en droit interne », op. cit., n°193.
[1824] H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *ADP* 1964, t.9, pp. 215.
[1825] F. EUDIER, « Jugement », op. cit., n°110 et s.
[1826] B. MOREAU, « Arbitrage en droit interne », op. cit., n°222. Le recours à l'amiable composition ne saurait pas faire échapper à l'arbitre l'obligation de motiver la raison de sa décision. P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 226 et s. selon l'auteur, « l'Acte uniforme exige, à peine de nullité et sans réserver la convention contraire des parties, que ces motifs soient exprimés matériellement dans la sentence ».
[1827] Art. 9 Constitution de 2001, « la défense est un droit absolu ».
[1828] Dans le système judiciaire sénégalais, à côté des formes d'arbitrage de la CCJA, le CPC propose la conciliation préalable du juge.
[1829] Exemple en droit de la consommation, v. F. FERRIERE, P-L. CHATANT, *Surendettement des particuliers*, Paris, Dalloz, 3ème édition, 2006, p. 146 et s. n°53.
[1830] Art. 23 AUA. Aussi, la sentence permet de pratiquer des mesures conservatoires ou d'obtenir une mesure d'exécution telle que la saisie-attribution de créances, v. P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 234.

c'est bien l'intersubjectivité qui permet de gérer de manière pragmatique une exécution praticable[1831]. En cas d'échec de la négociation par contre, la garantie d'effectivité des droits individuels s'oriente vers le droit commun de l'exécution. A cette fin, c'est l'existence de voies de recours qui assure la continuité du droit à un procès équitable même dans un univers transactionnel[1832]. Elle est également une condition d'objectivation des modes transactionnels de traitement des difficultés d'exécution par intégration des principes correcteurs classiques : ordre public, nullités, incompétence, obligation de motivation, principe du contradictoire[1833].

Conclusion chapitre premier titre 2

546. L'hypothèse d'une rationalité spécifique à l'exécution est motivée doublement. D'une part, elle répond au souci de justifier le renouvellement de la conception de l'exécution. En effet, il s'agit de la migration d'une approche unilatérale et dogmatique de l'exécution vers une vision finalisée et pragmatique du recouvrement. Ce changement de paradigme s'est accompagné d'une revitalisation des présupposés théoriques de la contrainte jusqu'ici basée sur le recours à la force symbolique de la décision judiciaire et matérielle des agents d'exécution. Aujourd'hui, l'image de la contrainte associe une dimension éthique voire humaniste, à une dimension téléologique gouvernée par l'utilité. L'exécution n'est plus un concept traumatisant, mais une prérogative inscrite dans un processus pluraliste. Les figures de la contrainte dans l'exécution connaissent une gradation allant de la théorie volontariste à la force exécutoire des décisions juridictionnelles. D'autre part, cette mutation de l'exécution a eu des incidences procédurales majeures. Ainsi, l'articulation du modèle judiciaire classique à la justice alternative a ouvert de nouvelles perspectives aux parties d'élaborer des stratégies pertinentes de recouvrement sans perdre les garanties offertes par la « *fondamentalisation* » de l'exécution[1834]. Dans cette relecture de l'exécution, l'exigence de sécurité juridique s'est adaptée aux instruments théoriques et pratiques en contextualisant son mode opératoire. Cette méthode dynamique est plus souple sans perdre en efficacité, car la persistance du

[1831] L. FIN-LANGER, « Médiation et droit du contrat », in *La médiation en débat*, op. cit., p. 86 et s. dans ce sens l'auteur précise qu' « *à condition de trouver un médiateur compétent, neutre et indépendant, il faudrait autoriser le juge à contrôler le contenu de l'accord conclu pour éviter les abus : il pourrait alors s'agir d'une véritable matière gracieuse. Cela donnerait des garanties peut-être plus fortes que dans le cadre de la médiation conventionnelle qui peut être source d'injustice* », p. 88.
[1832] M. DOUCHY-OUDOT, J. JOLY-HURARD, « Médiation et conciliation », op. cit., n°157 et s.
[1833] P. MEYER, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., p. 251 et s.
[1834] S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, op. cit., p. 158 et s.

contrôle judiciaire de l'exécution est une garantie en dernier recours. Certes, il subsiste des difficultés relatives à la structure ambivalente du système juridictionnel OHADA[1835] et à l'efficacité relative des solutions négociées, mais des voies d'optimisation des mécanismes d'exécution existent. Elles sont à trouver dans le sens que la société entend donner au droit à l'exécution et en fonction de la hiérarchisation des valeurs qui gravitent autour du contrôle de la contrainte. La sécurité est inscrite dans ce mouvement sans cesse renouvelé.

[1835] ND. DIOUF, « Le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé », in *Rapport annuel de la Cour suprême 2010*, Dakar, Cour suprême, Juillet 2011, pp. 169-187.

CHAPITRE 2 – AU-DELA DE LA SUBJECTIVITE : LA FINALITE DE L'EXECUTION

547. L'exécution praticable poursuit la satisfaction d'une nécessité juridico-économique conçue sous la forme d'attentes légitimes. L'attente légitime[1836] est un concept pluriel et relatif qui permet de synthétiser un contenu de politique juridique et une prérogative[1837] individuelle au sens strict de l'exécution. Le sens théorique de l'attente légitime a une portée ontologique incontestablement lié à l'existence de la créance, objet du recouvrement. En effet, elle découle du lien obligationnel qui doit être exécuté ou qui ne l'a pas été[1838]. Or, l'exécution est encadrée de manière dogmatique par la force obligatoire des conventions ou la force exécutoire des décisions juridictionnelles dans leur fonction politique. La valeur symbolique et matérielle de celle-ci se renouvelle en tenant compte des évolutions de l'environnement social de l'exécution. Aujourd'hui, l'attente légitime permet d'évaluer la performance d'un ordre juridique sur la base de son aptitude à réaliser cet objectif à mesure individuelle[1839]. Toutefois, sa protection suppose qu'elle soit appréhendée de manière à être rationnellement et raisonnablement prévisible. Cette exigence propre à la sécurité juridique est une condition de l'efficacité juridique[1840] de l'attente des parties dans l'exécution. A cette fin, une approche finaliste du droit de l'exécution permet de corriger les imperfections du rapport entre les prérogatives du créancier et celles du débiteur[1841]. Elle assure aussi la continuité de l'exécution des créances nonobstant la complexité des interactions entre les stratégies de recouvrement et la protection nécessaire du débiteur. Ainsi, l'attente légitime des parties peut recevoir une traduction juridique praticable structurée par la finalité de l'exécution (**Section 1**).

548. L'exécution des créances est une réalité économique subséquente à la nature patrimoniale de l'opération juridique. Elle est exprimée à travers un complexe de

[1836] T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2013 n°1, p. 336.
[1837] D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », in *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n°02, p. 644.
[1838] J. ROCHFELD, Les grandes notions du droit privé, op. cit., p. 425 et s.
[1839] G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 347.
[1840] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit., p. 259 et s.
[1841] M. DONNIER, J-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, op. cit., p. 13 et s. selon les auteurs, la politique juridique est parfois la source de l'insécurité en renversant les priorités du droit de l'exécution au sens strict. En effet, dans certaines procédures d'insolvabilité, le paiement ne semble plus être la priorité des pouvoirs publics.

données techniques et normatives tenant à l'objet de la prestation des parties. Dans la relation entre le créancier et le débiteur, cette réalité économique est construite autour de la contrepartie. Cette dernière renvoie à la valeur de la créance et détermine l'étendue de l'obligation du débiteur et l'assiette de la contrainte. Ainsi, la valeur[1842] cristallise l'attente économique objective des parties dans l'exécution. En effet, son instrumentalisation rationnelle permet de préserver les intérêts des parties dans l'exécution selon la finalité poursuivie par l'ordre normatif de référence. L'exigence de sécurité juridique dans une approche finaliste permet de dépasser la dichotomie objectif/subjectif grâce à la neutralité technique du concept de valeur (**Section 2**).

Section 1 – La finalité de l'exécution et l'attente juridique des parties

549. La perception de l'attente juridique dans le domaine de l'exécution oscille entre la théorie volontariste et la contrainte légale, entre le contrôle du juge et l'efficacité de l'exécution[1843]. Cette hésitation souligne la complexité de la place à conférer à cette notion dans l'amélioration de la sécurité juridique des parties dans l'exécution. En effet, elle doit cristalliser l'équilibre entre les intérêts individuels et l'intérêt général d'une part, et entre l'acte d'exécution et la théorie générale de l'exécution d'autre part. Pour y arriver, l'attente juridique doit recevoir un contenu précis rendant son instrumentalisation plus aisée et assumer une influence positive dans la prévisibilité de l'exécution. De manière pragmatique, l'attente juridique est au cœur d'une double fonction qui singularise sa finalité dans l'exécution. D'abord, elle assure une fonction normative d'ordre structurel relativement à la théorie générale de l'exécution (**§ 1**). Ensuite, elle renforce l'adaptabilité de la sécurité juridique dans sa fonction prédictive (**§ 2**).

§ 1 – La fonction normative de l'attente juridique dans l'exécution

550. L'attente juridique des parties dans l'exécution est marquée par une sorte d'aporie dans la perception du paiement : la nécessaire coexistence de l'invariance et de l'adaptabilité dans la conception de l'acte d'exécution. En effet, l'acte d'exécution qui réalise le payement est soumis à la tension de son identité en

[1842] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 229 et s.
[1843] L. VOGEL, « Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ? », in *JCP – Entreprise et affaires – n°12*, 21 mars 2013, pp. 33-38.

interaction avec sa finalité[1844]. Autrement dit, la portée normative de l'acte d'exécution inscrite dans l'extinction de la créance et sa portée pratique attestée par la satisfaction du créancier. Ainsi, l'invariance de l'acte d'exécution permet de l'envisager de manière unitaire que le droit de poursuite soit engagé individuellement ou de manière collective. Dans ce cas, l'attente juridique revêt une nature objective et permanente qui facilite son intégration dans la théorie de l'exécution (A). Toutefois, l'impératif de maintenir le caractère volontaire du payement nécessite un ajustement de la traduction juridique de la satisfaction qui constitue le substrat de l'acte d'exécution. Dès lors, toute approche dogmatique mettrait en échec le besoin d'adaptation de l'attente des parties à partir de la variabilité incitative de la prestation (B). La combinaison de ces dimensions donne une pleine mesure à l'attente juridique comme fondement opératoire d'une exécution praticable.

A. L'acte d'exécution : entre l'attente conventionnelle et l'attente normative ou la problématique de l'unité de l'attente juridique

551. Données du problème. La compréhension de l'acte d'exécution comme la conséquence de l'exercice d'un droit subjectif en cas d'impayé occulte une réalité plus complexe liée à la dissociation de la créance et de la contrainte[1845]. En effet, la simplification conceptuelle de l'exécution dissimule la superposition d'une attente substantielle liée à la créance et d'une attente procédurale consécutive au déploiement d'une stratégie de recouvrement. C'est une réssurgence de la nature ambivalente de l'acte d'exécution, qui est est le point de rencontre d'éléments structurels de la créance et de la contrainte[1846]. En cela, l'acte d'exécution est assimilable à n'importe quel acte juridique, comme le montrent J-L. AUBERT et F. COLLART DUTILLEUL, « *par nature et par essence, l'acte juridique engage son auteur et que la contrainte est inhérente à l'activité juridique volontaire, ce qui est dans la logique de sécutité qu'implique la fonction organisationnelle du droit* »[1847]. Or, il appert que le fondement de la contrainte est justement l'intérêt du créancier de voir

[1844] J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil : le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005, p. 583 et s.
[1845] S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, op. cit., p. 55.
[1846] Le titre exécutoire résume parfaitement cette situation en associant dans son formalisme les références tirées de la source de la créance, la désignation des parties et la formule exécutoire propre à l'acte juridictionnel, v. R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, op. cit., p. 18 et s.
[1847] j-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat : droit des obligations*, Paris, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 4e édition, 2010, p. 104.

son droit à l'exécution réalisé grâce aux moyens juridiques disponibles[1848], c'est-à-dire la liaison causale entre la créance et la prérogative tirée de l'existence d'un droit subjectif autonome : le droit à l'exécution. En effet, la construction juridique de la théorie de l'exécution est très liée à l'objectivation de l'intérêt dans les rapports contractuels[1849]. Il ressort de l'existence de la créance une prérogative procédurale sous la forme d'une faculté à contraindre la volonté du débiteur. A ce niveau, il apparaît un rattachement entre deux intérêts distincts[1850] mais dont la continuité logique assure au créancier une protection globale de la situation juridique. Un exemple peut être trouvé dans la suspension de la contrainte en cas d'impossibilité d'agir du créancier[1851]. Cette relation entre le fond et la procédure constitue le fondement explicatif de l'attente juridique du créancier dans l'acte d'exécution. Cette attente tirant sa légitimité technique de sa double dépendance au paiement, il est possible d'expliquer l'originalité de l'acte d'exécution à travers les éléments structurels de ce dernier.

552. L'attente juridique fixée par l'unité structurelle de l'exécution. La formalisation du paiement par l'art. 162 COCC traduit une option politique du primat de la liberté sur la contrainte. Cette tendance confirme l'exécution volontaire comme mode normal d'extinction des obligations. Techniquement, l'exécution opère à un double niveau qui permet de saisir les nuances qui existent entre le paradigme de l'exécution et les situations réelles qui inervent l'impayé en tant que pathologie. Ainsi, comme le laisse entendre J-J. BARBIERI, le droit des contrats est « *également le*

[1848] T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Thèse, Bruxelles, Larcier, 2005. Comme le soutient l'auteur, « *l'intérêt de contracter ou de ne pas contracter est évidemment capital dans une société d'échanges généralisés. Nul ne peut douter qu'il est porteur également d'intérêt général* ».

[1849] Ibid. p. 191 et s. n° 125-129. Les relations entre droit subjectifs et intérêts légitimes permettent de voir le cheminement épistémologique dans la construction de certaines catégories juridiques. A cet effet, l'auteur part des thèses de ROUBIER, R. von JHERING, A. GERVAIS et F. OST pour souligner l'importance des interactions entre le droit subjectif, l'action en justice et la protection de l'intérêt légitime. La théorie générale de l'exécution n'échappe pas à ce cadrage conceptuel qui influe dans la compréhension de la légitimité de l'acte d'exécution.

[1850] Le premier intérêt s'attache à l'exitence de la situation contractuelle, plus précisemment à l'existence de la contrepartie, le second s'attache à l'exécution de la créance, c'est-à-dire à l'utilité concrète du rapport contractuel pour les parties. Le premier intérêt s'épuise dans la certitude de la créance, tandis que le second peut nécessiter l'obtention d'un titre exécutoire s'appuyant sur le premier, d'où l'idée de continuité.

[1851] A. CAYOL, « Modulation des effets du revirement relatif aux conditions d'action d'un créancier contre les associés d'une société civile », in *JCP* – Entreprise et affaires – n°12, 24 mars 2011, pp. 16-19.

champ privilégié des nuances et des subtilités »[1852]. Le législateur emprunte une technique d'abstraction afin de simplifier le fondement théorique de l'exécution et d'en fixer un modèle unitaire et qualitatif. L'abstraction renforce l'unité formelle de l'exécution et influence la vérification de la réalisation de l'attente du créancier quel que soit l'environnement de l'impayé. En effet, elle relativise la distance entre les procédures individuelles et celles collectives d'exécution. Cette approche objective de l'exécution est intéressante dans la mesure où elle transcende les objections tirées des variations factuelles liées au traitement de l'impayé. A l'instar du débat doctrinal sur la nature du paiement[1853], l'unité structurelle de l'exécution est assurée par la généralisation du postulat législatif du débiteur raisonnable. Ainsi, la sécurité juridique est aidée par la neutralité technique de la formule de définition du paiement qui assimile l'acte du débiteur à la réalisation de l'intérêt du créancier dans la situation juridique pertinente. Mieux, cet intérêt doit correspondre, dans la conception objective du paiement, à l'attente du créancier quelle que soit la nature de l'opération.

553. La rationalité qui prévaut dans la construction de l'attente juridique dans le processus d'exécution est essentiellement technique. En effet, il s'agit d'une action concrète destinée à atteindre un résultat prédéfini par le législateur et qui coincide avec le but poursuivi par l'une des parties[1854]. C'est pourquoi le degré d'abstraction dans la formalisation de l'exécution permet d'envisager plusieurs modèles de recouvrement sans remettre en cause la convergence des attentes des créanciers. Ainsi, le renouvellement du champ théorique de l'exécution grâce à de nouveaux paradigmes contractuels s'articule parfaitement avec le postulat législatif de départ. Il se prolonge dans le dépassement de l'opposition entre une définition explicative et une définition constructive de l'exécution[1855]. L'acte d'exécution se révèle, dans ce contexte, comme le déroulement d'une volonté orientée vers la satisfaction de

[1852] J-J. BARBIERI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in *Revue des contrats*, 01 avril 2006 n°2, p. 621.
[1853] J-D. BASCUGNANA, « Précisions juridiques sur le paiement », note sous arrêt Cass. 1ère civ, 16 septembre 2010 (pourvoi n°09-13847), in *Petites affiches*, 21 janvier 2011, p. 10.
[1854] G-G. GRANGER, « Rationalité et raisonnement », Conférence du 17 janvier 2000, in www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/rationalite_et_raisonnement.896, consulté le 01 juin 2013.
[1855] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 165 et s. Ces auteurs soulignent avec pertinence que « *ce qui réduit cependant la portée de cette opposition, c'est qu'une définition, très fréquemment, n'est ni purement explicative ni purement constructive et , sans impliquer l'adoption d'une signification radicalement nouvelle, peut consister soit dans le simple choix d'une des significations préexistantes d'un terme, soit dans la redéfinition de l'une de celles-ci, en y apportant certaines modifications ou certaines précisions* ».

l'attente des parties suivant les formes juridiques prescrites[1856]. C'est-à-dire l'expression d'une volonté dont le but poursuivi est objectivement prédictible, mais le résultat incertain en raison de l'interférence avec des facteurs perturbants exogènes, tels que l'effet du temps, les incidents de procédure ou encore le comportement aléatoire du débiteur. Toutefois, la perception normative de l'attente juridique, une fois ramenée à l'acte d'exécution expose les prémisses d'une sécurité juridique objective pour conserver son unité intellectuelle. Il en est ainsi car l'exécution est un acte à la fois technique et social. Cette dualité est combinée autour d'un formalisme d'efficacité[1857] qui évite les contradictions d'une logique strictement contractuelle ou exclusivement procédurale. En réalité, l'assimilation de l'attente juridique au paiement autorise la conjonction entre un résultat déjà construit et le processus légitime de sa réalisation au moyen du droit, autrement dit une sécurité juridique de l'exécution par le droit pour le droit. Cette vocation tend à se confirmer en raison du caractère finalisé de l'acte d'exécution.

554. L'attente juridique finalisée par l'extinction de la créance. L'acte d'exécution entretient un rapport systémique avec la situation juridique liant les parties. En effet, il permet, à travers l'extinction de la créance, de mettre un terme à l'attente du créancier en même temps que toute action visant à réaliser un recouvrement[1858]. Même si l'acte d'exécution privilégie le caractère concret du résultat attendu de l'exécution[1859], il intégre des paramètres normatifs, techniques et sociologiques qui relativisent les présupposés théoriques de l'extinction des créances. Ainsi, les critiques que J. GHESTIN adresse à l'énumération des causes d'extinction des créances et des dettes[1860] à l'art. 1234 C. civ. trouve une pertinence particulière au regard de la théorie de l'acte d'exécution dans le recouvrement des

[1856] V. art. 28 AUPSRVE.

[1857] Sur le formalisme, V. N. TIEN DIEN, *Le formalisme en matière contractuelle dans les droits français et vietnamien*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2011.

[1858] C. BRENNER, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », in *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n°4, p. 1431. L'auteur pose un constat identique en traitant de la prescription, notamment de ses aspects substantiels et procéduraux.

[1859] J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens – les obligations*, op. cit., p. 2472. Comme l'atteste la définition du paiement « *payer, dans un sens large, c'est dénouer (solvere) le lien de droit résultant d'une obligation* ».

[1860] J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., pp. 579 et s. Les auteurs estiment que la liste dressée par le législateur à l'art. 1234 est incomplète et inexacte en raison de l'ommission de certaines causes d'extinction de la créance comme la délégation, mieux certaines causes empêchent simplement toute possibilité d'exécution. En plus, l'art. 1234 ne prend pas en compte ceratines évolutions propres aux procédures collectives et de surrendettement des particuliers.

créances. Au-delà de l'incomplétude du texte, c'est un changement de philosophie ou d'option de politique juridique qui n'est pas pris en compte par le Code civil français ou le COCC. L'extinction de la créance dans la théorie de l'exécution ne peut être réduite à une analyse contractuelle purement formaliste, au moins pour deux raisons : d'abord, on ne saurait nier qu'avec difficultés que l'interférence de l'intérêt général avec le droit individuel du créancier perturbe l'efficacité de son attente malgré le dogme de l'effet obligatoire des conventions. En outre, la fondamentalisation du droit à l'exécution a donné naissance à un conflit épistémologique sur le statut de l'exécution à l'épreuve d'un impératif d'humanisation des rapports sociaux[1861]. En définitive, la cohérence de la structure de l'attente juridique du créancier ne peut se soustraire à la politique d'extinction des créances associant les logiques du droit commun et celles des droits spéciaux rattachés à l'apurement du passif. L'évaluation de cette cohérence dépend techniquement de la preuve de la libération du débiteur. En effet, elle permet de vérifier l'accomplissement de la prestation satisfactoire du débiteur ou les circonstances propres à le libérer de son engagement quelle que soit son origine par ailleurs[1862]. A cette fin, la formalisation des règles de la preuve renforce la sécurité juridique dans l'exécution. En effet, comme le soutient très justement J-F. CESARO « *la vérité judiciaire est encore particulière en cela qu'elle en conditionne une autre : la vérité du fait détermine la vérité du droit* »[1863]. Ce postulat est davantage conforme aux dispositions de l'art. 9 COCC sur la charge de la preuve. En même temps c'est une condition permettant de consolider la confiance légitime[1864] en donnant une portée technique importante à des situations fondées sur l'apparence tel le paiement exécuté de bonne foi entre les mains du créancier de bonne foi[1865]. Dans ces conditions, le transfert du débat théorique sur les modalités d'extinction de l'obligation sur la preuve de cette dernière accroît la sécurité juridique formelle sans nécessairement compromettre la sécurité substantielle.

[1861] Sur les raisons et les stratégies de ce conflit lié à la fondamentalisation de certains droits. M. DELMAS-MARTY, *Résister responsabiliser anticiper*, op. cit., pp. 195 et s.
[1862] V. Rapport annuel 2012 Cour de cassation, Livre 3 consacré à la preuve, in www.courdecassation.fr.
[1863] J-F. CESARO, « Vérité et renouement », Avant-propos à l'étude sur la preuve, in Rapport annuel 2012 Cour de cassation, op. cit., www.courdecassation.fr (consulté le 8 juin 2013).
[1864] C. AMATO, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2013 n°1, p. 351.
[1865] Art. 167 COCC.

555. La construction normative de l'attente du créancier a pu également justifier, pendant un temps, une atteinte au droit à l'exécution du créancier en admettant l'extinction de la créance non déclarée[1866]. La remise en cause de cette règle, même si elle témoigne du dynamisme du droit des procédures collectives, illustre le caractère finalisé de l'attente juridique et son autonomie fonctionelle par rapport à l'analyse purement contractualiste de l'acte d'exécution. Ces différences marquent très nettement la subtilité existant entre l'attente purement conventionnelle du créancier et l'attente normative dans l'exécution.

B. L'acte d'exécution influencé par la prestation : l'attente juridique une figure à géométrie variable ou la problématique du pluralisme de l'exécution

556. Position du problème. Suivant la distinction entre l'attente conventionnelle du créancier et l'attente normative modelée par le droit de l'exécution, il est possible d'envisager également une dissociation substantielle dans l'obligation du débiteur. En effet, au-delà de l'homogénéité formelle de l'obligation à exécuter, l'on peut identifier deux composantes majeures dans l'obligation qui gardent une influence importante dans la réalisation de l'attente juridique. La dimension structurelle renvoie à la problématique de la divisibilité de l'obligation[1867], tandis que la dimension substantielle fait référence à l'objet de paiement[1868]. Fondamentalement, le dogme de l'efficacité contractuelle favorise une exécution en nature de l'obligation du débiteur, mais aussi bien la théorie générale des obligations que la théorie de l'exécution admettent une flexibilité. Toutefois, elle s'inscrit dans la recherche de vitalité du rapport d'obligation, notamment dans la logique d'adaptation de l'exécution à l'évolution socio-économique. Dans cette perspective, c'est la compréhension des enjeux de l'ouverture de la conception de l'obligation qui pousse à faire primer une herméneutique du discours sur l'obligation. A ce propos, l'on note une certaine permanence des préjugés propices à l'interprétation symbolique[1869] de l'obligation comme étant ce qui est formellement convenu sans contredire le mouvement de renouvellement du contenu le l'obligation que traduit le glissement sémantique vers

[1866] P-M. LECORRE, « Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté ? », in *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 9.
[1867] Art. 175 COCC.
[1868] Art. 174 COCC.
[1869] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 373 et s.

la prestation[1870]. L'intérêt de la distinction entre les concepts réside dans le degré de précision du second par rapport au premier[1871]. Cette donnée est très favorable à une théorie pluraliste de l'objet de l'exécution. L'utilité de cette démarche est de souligner la variabilité des moyens d'exécution sans altérer la structure du paiement plus conforme à l'exigence de sécurité juridique.

557. L'intérêt comme fondement d'un pluralisme structurel du paiement. L'indivisibilité du paiement procède d'une logique de simplification de la prestation du débiteur[1872]. Plus exactement, elle vise à associer la temporalité de la prestation à sa dimension matérielle. Ainsi, la satisfaction du créancier est mesurée objectivement sur la base de la coordination de l'action du débiteur à l'attente conventionnelle ou normative du créancier à date échue. Dans cette perspective, l'intérêt du créancier réside dans l'indivisibilité entre la prestation du débiteur et son attente[1873]. L'exemple parfait serait une exécution spontanée du débiteur dès que la créance devient exigible. Cependant, il faut concevoir l'indivisibilité dans sa double dimension temporelle et matérielle pour en comprendre les enjeux avec le principe de la sécurité juridique.

558. Dans sa dimension temporelle, l'indivisibilité est un outil de gestion pragmatique des rapports de propriété autour de la créance. En effet, que cela soit dans le cadre de l'indivision légale ou de droit commun, « *l'intérêt principal attaché à toute créance est de déterminer par qui et dans quelle mesure son exécution pourra être exigée* » comme le suggère C. GAVALDA-MOULENAT[1874]. C'est la conséquence d'une garantie structurelle qui est accordée au créancier permettant de

[1870] T. REVET, « La structure du contrat, entre unilatéralité et bilatéralité », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2013 n°1, p. 327. A ce propos, l'auteur précise que « *l'obligation n'est qu'une promesse de prestation ou de sa contrevaleur monétaire, dont le respect dépend donc étroitement de la personnalité autant que du patrimoine du débiteur* ».

[1871] J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n°1, p. 47.

[1872] C'est un principe largement admis même pour les effets des obligtions divisibles, cf. art. 1220 C. civ. nonobstant l'admission de quelques exceptions en matière successorale et en droit de la consommation.

[1873] C. GAVALDA-MOULENAT, « L'indivision des créances », in *Petites Affiches*, 07 juin 2007 n°114, p. 3. L'auteur traite de l'importance des interactions entre la nature de la créance et son exécution dans le cadre de l'indivision. Ainsi, même si le principe reste la divisibilité de la créance, il est possible que l'indivisibilité conventionnelle ou légale de la créance contraigne les créanciers à écarter une exécution partielle. Ainsi, pour des raisons de sécurité juridique, l'exécution de la créance peut être inscrite de manière objective dans une modalité favorisant l'intérêt général au détriment de l'intérêt particulier d'un créancier.

[1874] Ibid.

déjouer les effets non désirables du temps sur l'exécution de la prestation par le débiteur. Toutefois, le principe d'indivisibilité est interprété en fonction de la conception normative de l'exécution selon une finalité subjective de l'exigence de sécurité juridique. Ainsi, en droit de la consommation plus particulièrement, le rapport du temps au principe d'indivisibilité pourra être modifié par le juge[1875] ou par la commission de surendettement des particuliers au moyen des délais de paiement et rééchelonnements[1876]. A notre avis, l'approche réaliste de l'exécution devrait l'emporter sur toutes autres considérations d'ordre purement principiel d'autant que la finalité réside dans la garantie de l'exécution. Il en va de même de la dimension matérielle de l'indivisibilité.

559. La créance étant une réalité unitaire du point de vue conceptuel[1877], il est acceptable que la prestation devant être accompli épouse cette forme simple. Le législateur pose le principe à l'art. 175 COCC ou aux art. 1217 et 1218 C. civ. En l'occurrence, l'art. 175 COCC rappelle le caractère subsidiaire du fractionnement de la créance dans l'exécution. L'intérêt de cette approche réside dans la précision des modalités d'exécution devant une pluralité de sujets ou d'objets complexes[1878]. Ainsi, c'est par le biais d'une interprétation contextuelle des règles posées par l'art. 1217 et 1218 C. civ. que la sécurité subjective des créanciers ou débiteurs est préservée. En effet, la question de l'obligation alimentaire[1879] illustre cette position en permettant une grande souplesse quant à l'exercice du droit de poursuite[1880] et l'admission de la divisibilité de la prestation[1881]. Par une logique similaire propice à l'humanisation de l'exécution, le droit du surendettement des particuliers instrumentalise le pouvoir de révision judiciaire dans un sens favorable aux intérêts du débiteur[1882]. Avec le mouvement de codification du droit de la consommation, de telles solutions pourraient présenter une prévisibilité suffisante et renforcer la légitimité de l'atteinte à l'intérêt du créancier, surtout professionnel. En droit des entreprises en difficulté, le

[1875] Selon les cas, le juge pourra recourir à l'art. 1244-1 C. civ. ou à l'art. L. 331-7 C. consom.
[1876] V. *Surendettement des particuliers*, op. cit., 3e édition, 2006, pp. 195 et s.
[1877] GHESTIN J. (sous la dir.), *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., pp. 19 et s.
[1878] J. KLEIN, « La preuve de la solidarité passive », note sous arrêt Cass. civ. 3eme, 11 juillet 2012 (10-28535 PB), in *Revue des contrats*, 01 janvier 2013 n°1, p. 123.
[1879] La question de l'obligation alimentaire est traitée au Sénégal par les art. 260 et s. CF.
[1880] Art. 269 CF.
[1881] L. MAUGER-VIELPEAU, « Les sujets et l'objet de la dette alimentaire », in *Petites Affiches*, 24 juin 2010 n°125, p. 21.
[1882] D. MAZEAUD, « Rapport français », in *L'endettement*, op. cit., pp. 140 et s.

principe d'un paiement partiel ne soulève pas de contraintes majeures[1883]. En effet, la qualité du créancier peut constituer un critère pertinent de répartition des deniers ou de mise en œuvre d'un paiement provisionnel[1884]. Le conflit d'intérêts proviendrait surtout de la confrontation des règles de l'indivision avec celles des procédures collectives. Dans ce cas de figure, les solutions viendraient de la considération de l'indivisaire débiteur et de la séparation civile des gages des créanciers[1885].

560. La structure du paiement, notamment sa dimension intellectuelle (obligation) et matérielle (prestation), doit garder sa cohésion juridique afin de s'intégrer dans les schémas possibles de l'exécution. En effet, elle permet de distinguer l'acte d'exécution, gage de sécurité objective, des effets attachés à sa réalisation, eux susceptibles d'une grande variabilité.

561. L'intérêt comme explication d'un pluralisme substantiel de l'extinction de la créance. La variabilité des moyens d'extinction de la créance est une donnée admise en droit positif. En effet, elle se conçoit par une lecture combinée de l'art. 174 COCC et des dispositions du chapitre III du Livre II sur les effets des obligations[1886]. Ainsi, la prestation éventuelle du débiteur est détachée de l'attente réelle du créancier dans plusieurs cas de figure pour des motifs d'intérêt général ou en raison d'une politique juridique de tolérance. « *Les lois d'indulgence ou de complaisance se sont multipliées. Les créanciers sont incités à la patience voire à la résignation* »[1887], ces mots de J. DERRUPPE traduisent la transition sémantique et législative qui

---

[1883] P-M. LE CORRE, *Droit des entreprises en difficultés*, Paris, Dalloz, coll. Mementos dalloz, 4ème édition, 2011, p. 119.

[1884] Ibid. p. 120.

[1885] S. DELRIEU, « Indivision et droit des entreprises en difficulté », in P. ROUSSEL GALLE (sous la dir.), Entreprises en dificulté, op. cit., pp. 259-285. L'auteur indique qu'en « *définitive, les droits de poursuite collectifs et individuels des créanciers sont déterminés par référence à deux éléments :*

- *le premier s'entend de l'appréciation du sort du bien indivis par rapport à la procédure collective ouverte contre un indivisaire ;*
- *le second réside dans la portée de la séparartion civile des gages des créanciers* ».

[1886] Le chapitre III est consacré aux autres modes d'extinction de l'obligation, notamment la prescription, la remise de dettes, la compensation, la dation en paiement, etc.

[1887] j. DERRUPPE, « Rapport de synthèse », in *L'endettement*, Travaux de l'Association Henri Capitant – journées argentines tome XLVI - 1995, Paris, LGDJ, 1997, p. 24. De l'aveu même de l'auteur du rapport de synthèse, cette donnée modifie les présupposés théoriques du droit des créances et dettes, comme il l'affirme « *le droit au crédit s'accompagne du droit de ne pas toujours rembourser. La théorie juridique la plus classique subit un vrai séisme. Ses fondements sont ébranlés : plus de respect de la parole donnée, plus de confiance dans l'engagement. Les perspectives les plus sombres se profilent : méfiance, repli sur soi, paralysie des échanges. Si les débiteurs font la loi et bénéficient du droit de rester débiteurs autant qu'il leur plaira ou de cesser de l'être sans payer, où trouvera-t-on des créanciers ?* ».

prévaut dans la perception du phénomène de l'extinction des créances. Or, au regard du principe de la sécurité juridique, cette situation représente un niveau d'incertitude voire d'imprévisibilité anormal pour le créancier. L'explication semble se trouver dans les orientations de la politique juridique de l'exécution des créances. Ainsi, l'objectif n'est plus de garantir incontestablement la satisfaction du créancier, mais de poursuivre un objectif d'intérêt social ou la compatibilité de l'acte d'exécution aux nécessités induites par d'autres logiques juridiques, tel que le droit cambiaire[1888].

562. La dissociation de l'extinction de la créance d'avec l'attente conventionnelle du créancier obéit à une approche fonctionnelle de l'acte d'exécution. La sécurité juridique objective est sacrifiée au profit d'un intérêt social jugé supérieur par le législateur ou le juge[1889]. Ainsi, l'acte d'exécution dans sa conception normative admet une pluralité de mode d'extinction sans tenir compte nécessairement de l'attente légitime du créancier. Ce faisant, il se pose comme un instrument privilégié de protection de certains intérêts catégoriels[1890]. Cette hiérachisation des intérêts pour expliquer l'extinction de la créance sans la satisfaction conventionnelle du créancier résulte d'une prise de position idéologique favorable à l'élimination de la vulnérabilité économique dans les transactions[1891]. De ce fait, le recours à des outils conceptuels assurant une fonction de politique juridique[1892] permet de disqualifier la prévision explicite du créancier au nom d'une légitimité pluraliste[1893]. En réalité, c'est la conception normative de l'attente du créancier qui assure le renouvellement des stratégies d'extinction de l'obligation à des degrés divers[1894]. Toutefois, il n'est pas souhaitable que la discrimination positive[1895] en faveur des débiteurs vulnérables soit généralisée, car le paiement de la dette doit rester le principe afin de garder la

[1888] J. GHESTIN (sous la dir.), *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., p. 609. L'auteur donne l'exemple du payement partiel d'une lettre de change qui ne peut être réfusé par le porteur du titre.
[1889] Dans le cas du surendettement des particuliers par exemple, nous admettons avec D. MAZEAUD que « peu importe, donc, que les créanciers puissent un jour recouvrer leurs créances ; l'objet des procédures de surendettement est autre. Il s'agit, en priorité, de lutter contre les risques de précarité et d'exclusion sociale auxquels les débiteurs sont confrontés. », D. MAZEAUD, « Rapport français », in *L'endettement*, op. cit., p. 141.
[1890] V. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, op. cit., pp. 258 et s.
[1891] V. T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., pp. 277 et s.
[1892] A l'instar des fictions juridiques, ces outils conceptuels permettent de remplir plusieurs fonctions dans la théorie de l'exécution : c'est outils renvoient au raisonnable, à l'exécution praticable, à la nécessité, etc. V. J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 326.
[1893] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 274.
[1894] Selon les circonstances, ces stratégies peuvent varier de l'exécution forcée totale à l'effacement intégral des dettes, v. P-M. LE CORRE, « Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté », in *Peitites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 9.
[1895] J. BOURGAB, *Les discriminations positives*, Paris, Dalloz, coll. A savoir, 2007.

confiance des créanciers. Cette dernière peut être raisonnablement rendue objective par l'anticipation des évolutions affectant l'environnement juridique et factuel de l'exécution. Il se pose alors le problème de l'intégration du risque d'impayé dans l'élaboration d'une stratégie d'exécuton praticable.

§ 2 – La fonction prédictive (sociale) de l'attente juridique dans l'exécution

563. L'attente juridique n'est pas seulement une manifestation de la cause de l'engagement des parties, elle sert également de critère d'évaluation de l'effectivité de la satisfaction du créancier. Toutefois, le rattachement de l'attente juridique à la satisfaction n'est pas uniquement une opération intellectuelle, elle est subordonnée aux évolutions affectant l'environnement juridique et factuel de l'exécution. Ainsi, cette liaison est d'autant plus complexe que le niveau d'incertitude doit être correlé à la disponibilité de l'information sur la situation du débiteur et à l'effet du temps sur la stratégie de recouvrement du créancier. Cependant, il est possible de réduire l'incertitude liée à la satisfaction du créancier par un ajustement dynamique de l'attente du créancier aux variations de la situation patrimoniale du débiteur. Ce faisant, il convient d'associer l'attente du créancier au paradigme du risque[1896], qui reflète les possibilités réelles du débiteur de faire face à son engagement, pour réussir la conjonction entre la solvabilité et la prédictibilité du paiement. Du point de vue de la sécurité juridique, cette posture méthodologique permet au créancier de contourner l'efficacité limitée de certaines procédures d'exécution forcée en intégrant le risque dans la compréhension de l'exécution. En pratique, il s'agit de mieux anticiper l'insolvabilité du débiteur (**A**), en favorisant la réactivité des créanciers. En outre, le recours au risque sert d'outil de prédiction du comportement des débiteurs et de critère de séléction des meilleures stratégies de recouvrement (**B**). Dans les deux situations, l'attente juridique est un instrument prédictif favorable à la subjectivisation de la sécurité juridique.

A. L'anticipation de l'impayé par la fonction risque dans l'exécution

564. Position du problème. Approcher l'impayé par le risque est une démarche aux frontières du droit et de la gestion. En effet, l'objectif n'est pas en soi d'éliminer l'incertitude du champ de l'exécution que de le comprendre tout en l'intégrant dans

[1896] Pour une étude complète de la notion et de ses implications dans les différentes branches du droit, v. Rapport Cour de cassation 2011 : Le risque, Paris, *La documentation française*, 2012.

les prévisions des parties. Dans le recouvrement des créances, la prise en compte du risque se manifeste tout au long du processus menant à l'extinction de la créance. Ainsi, il se rapporte tant à la solvabilité de l'auteur du paiement qu'au choix de la procédure d'exécution de la créance. Le créancier poursuivant doit être en mesure de définir les vulnérabilités affectant l'exécution normale de sa créance et gérer les conséquences y afférantes. Rapportée à la sécurité juridique, l'incidence du risque dans l'exécution peut être analysée dans l'interaction entre le paradigme de prédictibilité et le contexte de l'exécution[1897]. Alors, la sécurité juridique entretiendra un rapport proportionnel de croissance avec le niveau de prédictibilité de l'exécution.

565. La prédictibilité techniquement rend compte de la relation entre l'ocurence du risque et la réduction de ses effets néfastes sur l'exécution[1898]. Autrement, de la probabilité qu'un paiement se déroule suivant les prévisions initiales des parties. Pour être réaliste, le postulat de départ du créancier admet un niveau de risque acceptable lié à l'incertitude inhérente à toute activité sociale[1899]. De la sorte, loin des standards purement théoriques, l'analyse de l'exécution par le risque traduit un besoin de maitrise de l'environnement réel du paiement en vue de l'opérationalisation de la stratégie du créancier. Cependant, il convient de souligner que la prédictibilité de l'exécution est tributaire de la confiance légitime des parties dans le système juridique[1900] d'une part, et de la perception du risque d'autre part[1901]. En effet, de la stabilité relative du système juridico-judiciaire, dépend la réussite du management de la dette.

566. Si dans les relations entre particuliers la trajectoire de l'anticipation paraît plus simple, il en est autrement des rapports profesionnel/professionnel et professionnel/consommateur. La première difficulté survient dans l'identification du risque et dans sa compréhension ensuite. La seconde contrainte est liée à l'opportunité d'une généralisation de la méthode au régard du principe de sécurité

[1897] V. DESPORTES, A. DRISSI, « La tolérance au chaos : un facteur d'efficacité ? », in *Le journal de l'école de Paris du management*, 2013/4 n°102, pp. 9-16.
[1898] R. BRANCHE et al., « Choisir son cap dans l'incertitude », in *Le journal de l'école de Paris du management*, 2012/4 n°96, pp. 8-15.
[1899] P. COPPENS, « La fonction du droit dans une économie globalisée », in *RIDE* 3/2012 (t. XXVI), pp. 269-294.
[1900] F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de portection de la confiance légitime en droit public français », in *Droit et société*, 2004/1 n°56/57, pp. 143-149.
[1901] B. BURY, « Prévision en droit des contrats bancaires : utopie ou nécessité ? », in *Gazette du Palais*, 30 décembre 2010 n°364, p. 20.

juridique. A ces deux interrogations, la normalisation du risque tente d'apporter une certaine réponse[1902]. Celle-ci obéit aux critères de stabilité et de prévisibilité mais c'est sous l'angle utilitariste que se révèle son importance dans l'anticipation de l'impayé.

567. Cartographie des risques dans l'exécution. Deux tendances de réduction des risques dans l'exécution coexistent. D'une part, l'effort communautaire de construction d'un droit de l'exécution adapté et efficace[1903] ; d'autre part, l'ingéniosité des créanciers à surmonter les arcanes du processus de désintéressement. Malgré les différences d'approches, ces systèmes poursuivent une finalité semblable : déterminer la sensibilité de l'exécution aux chocs juridiques, économiques et temporels. Pour y arriver, il s'agira surtout de recenser les différents risques suceptibles d'affecter l'exécution des créances[1904]. Aujourd'hui, la pratique consiste à dresser la cartographie des risques à partir de modèles théoriques explicatifs. L'activité de recouvrement des créances s'y prête parfaitement étant entendu que la défaillance du débiteur constitue, assez souvent, le point de départ des stratégies du créancier. Ainsi, de l'avis de G. DEHARO, « *cette cartographie permet une identification rapide des risques et une corrélation avec l'information juridique pertinente qui devient ainsi accessible* »[1905]. Dans notre exemple, deux risques principaux pèsent sur l'exécution. Un risque matériel relatif à la solvabilité du débiteur et un risque procédural attaché à la mise en œuvre de la stratégie de recouvrement.

568. Le risque d'insolvabilité. C'est la caractérisation majeure du binome vulnérabilité/menace dans le processus d'exécution. L'insolvabilité apparaît toujours comme une fatalité pour le créancier et parfois une issue espérée pour le débiteur en difficulté. Cependant, c'est la probabilité du risque d'insolvabilité qu'il importe

[1902] Sur la normalisation de la définition du risque, v. www.iso.org/iso/fr/home/standards/iso31000.htm (consulté le 18 juillet 2013). A ce propos, les auteurs estiments que « *l'évaluation du risque fait partie intégrante du management du risque ; elle consiste à fournir un processus structuré permettant aux organismes d'évaluer dans quelle mesure leurs objectifs peuvent être affectés, d'analyser les conséquences ainsi que la vraisemblance de celles-ci et la probabilité d'occurrence des risques avant de décider s'il est nécessaire de procéder à un traitement supplémentaire* ».

[1903] P-G. POUGOUE et al., « Actes uniformes », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 71.

[1904] B. BURY, « Prévision en droit des contrats bancaires : utopie ou nécessité ? », op. cit., p. 20. Le repérage des risques semble dépendre de la spécificité de chaque activité économique, l'auteur montre l'exemple des contrats bancaires pour lesquels le risque est lié soit à la composition de la dette ou à la capacité de remboursement de l'emprunteur.

[1905] G. DEHARO, « La gestion du risque juridique dans l'entreprise », in *Petites Affiches*, 04 janvier 2011 n°2, p. 6.

d'évaluer[1906] plutôt que son résultat qui ne fait que confirmer l'impayé. A cet effet, la sécurité juridique du créancier est inversément proportionnelle à l'occurrence d'une insolvabilité. Une telle mesure dépend des éléments de la stratégie d'anticipation du créancier[1907]. Si le créancier isolé a tendance à opter pour une approche spéculative basée sur une profonde asymétrie d'information, les entreprises privilégient le modèle expertal[1908] voire l'intelligence des risques[1909].

569. Le risque d'insolvabilité se manifeste à travers les difficultés de paiement qui vont du simple retard à l'impossibilité absolue d'honorer ses engagements exigibles[1910]. Au-delà du critère de gravité qui opère une hiérarchisation entre ces étapes, c'est la méthode de détection du risque qui permet d'anticiper de manière précoce la réalisation du risque[1911]. Là également, il existe une nette différence entre le créancier ou le débiteur isolé, la masse des créanciers et les entreprises. En effet, les circonstances factuelles rendant le solde négatif de la situation patrimoniale insurmontable[1912] seront appréciées en fonction du profil de l'entité en difficulté et du seuil de tolérance au risque[1913]. Ainsi, le risque d'insolvabilité se présente comme un facteur objectif d'insécurité juridique même si son évaluation est souvent conduite selon une méthodologie spécifique à chaque catégorie d'acteurs du droit de l'exécution. De ce fait, il s'apprente au risque procédural qui épouse des contours similaires.

570. Le risque procédural. Si l'insolvabilité est un risque souvent imputable au seul débiteur, le déroulement de la procédure induit des risques à la charge des deux

[1906] Ainsi, l'on peut se référer à la définition suivante du risque « *identifier et quantifier une perte potentielle et que cette perte soit associée à une probabilité d'occurrence de l'événement* », v. M. ARMATTE, « Crise financière : modèles du risque et risque de modèle », in *Mouvements* 2/2009 (n°58), pp. 160-176.
[1907] F. COLLARD, « Les agences de notation », in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2012/31-32 n°2156-2157, pp. 5-60.
[1908] J. PETEY, « Les déterminants du risque d'insolvabilité dans l'indsutrie bancaire », Une approche en termes de frontière de production, in *Recherches économiques de Louvain*, 2004/4 Vol. 70, pp. 401-424.
[1909] B. BESSON, J-C. POSSIN, « L'intelligence des risques », in *Market Management*, 2006/3 Vol. 6, pp. 104-120.
[1910] C. ZOLYNSKI, « Les retards de paiement dans les contrats commerciaux sont harmonisés…a minima », in *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 01 avril 2011 n°4, p. 6.
[1911] O. HERMANN, « Allemagne : Comment intervenir au plutôt pour sauver les entreprises ? », in *Petites Affiches*, 27 novembre 2009 n°237, p. 57.
[1912] P. PETEL, « Le critère d'ouverture de la sauvegarde », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, 01 septembre 2012 n°5, p. 308.
[1913] X. LEDUC, « Le client profane, le client averti, le client responsable et la loi *Lagarde* », in *Gazette du Palais*, 30 avril 2011 n°120, p. 7.

parties. En effet, comme le souligne la Cour de cassation dans son rapport 2011, « *la prise en charge du risque est parfois l'effet inéluctable d'une initiative individuelle qui est à l'origine même de ce risque. Tel est le cas lorsque le titulaire d'un droit sanctionné par une décision de justice la fait exécuter, à ses risques et périls, en dépit de son caractère non encore irrévocable* »[1914]. Dans cette conception, le risque sembler s'adosser à l'initiative audacieuse des parties, mais il est plus complexe dans ses manifestations tant la procédure de recouvrement est empreinte d'incertitudes. En effet, en dehors de la nature téméraire de ceratines demandes, il est envisageable qu'une interaction entre diverses procédures perturbe les prévisions légitimes d'une partie et devienne un risque de nature procédurale. Cependant, il est possible de classifier les risques de procédure en deux catégories sur la base d'un critère fonctionnel lié à l'autonomie des parties. Ainsi, la première catégorie laisse une place importante au pouvoir de décision du créancier ou du débiteur concernant le choix d'agir ou de patienter. C'est le cas de l'exécution provisoire[1915], des manœuvres dilatoires[1916] ou d'une procédure abusive et vexatoire[1917]. Bien que le risque soit assumé par le créancier, les conséquences pour le débiteur peuvent s'avérer suffisamment graves. A ce titre, l'exigence de sécurité juridique joue rétroactivement son rôle protecteur dès la réformation de la décision provisoire[1918]. En outre, du fait de l'existence possible d'un préjudice consécutif à l'exécution forcée de la décision provisoire, le créancier peut être condamné à réparer[1919] car « *la sanction juridique naturelle de la mauvaise appréciation d'un risque se situe sur le terrain du droit de la responsabilité* »[1920]. Cette sanction reste

[1914] Rapport Cour de cassation 2011, op. cit., p. 121.
[1915] Ibid. p. 123.
[1916] Elles sont nombreuses et contingentes, mais certaines se rapportent plus au respect des principes directeurs du procès. Dans une affaire rendue par le Tribunal régional de Saint-Louis en date du 15 avril 2008 (n°23 de l'ordonnance du 15 avril 2008, inédit), le juge déclare son incompétence en retenant que pour mettre en échec l'exécution provisoire d'une décision d'expulsion qu'il « *est indiscutable que les moyens soulevés par la défense sont relatifs à des questions de prpriété du terrain, lesquelles questions échappent normalement à la compétence du juge des référés* ».
[1917] TRSL, 03 juin 2008 (n°60 du jugement du 03/06/2008), Héritiers de feu Adama CISSE/ SENELEC et SONAM. Dans cette décision, le juge écarte le caractère abusif ou vexatoire de la procédure en raison de l'absence d'une intention de nuire ou d'erreur. La stratégie du juge consiste à faire une transposition de la théorie de l'abus de droit prévue à l'art. 122 COCC à la procédure d'exécution dans l'optique de suppléer l'absence d'un fondement juridique à l'abus de procédure. Ainsi, si la demande ne démontre pas l'existence d'une intention de nuire, le juge hésite à accorder une réparation du préjudice de manière automatique.
[1918] Rapport Cour de cassation 2011, op. cit., p. 126.
[1919] Ibid. p. 127.
[1920] P. RAIMBOURG, M. BOIZARD (sous la dir.), *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2006-2007, p. 1179.

particulièrement prévisible pour le créancier en raison de l'art. 32 AUPSRVE qui en pose le principe.

571. La seconde catégorie de risque se rattache à la procédure elle-même, quelle soit interne ou internationale[1921]. Le créancier titulaire d'un droit subjectif à l'exécution doit composer avec la nature systémique du droit de gage général. Il résulte de ce caractère que sa prétention s'inscrit dans un complexe de relations pouvant anéantir ses prévisions soit du fait d'une concurrence avec d'autres droits[1922], soit du fait d'une décision judiciaire modifiant les conditions d'accomplissement de sa prévision. Les hypothèses de risque procédural sont très nombreuses, notamment les incidents de saisies, le cantonnement du montant de la créance, les nullités des actes de procédure, la neutralisation d'une procédure individuelle d'exécution par la survenance d'une procédure collective d'apurement du passif[1923], le refus par la force publique de prêter son concours[1924]. Par conséquent, le risque procédural peut être linéaire ou diffus[1925] en fonction des circonstances de l'exécution. Mais ce qu'il importe de préciser au sujet de la sécurité juridique, c'est la prise en charge du risque au niveau individuel et par le système.

B. Le management de l'exécution par la fonction risque

572. Prolégomènes. L'objectif central de cette problématique est d'établir une correlation entre la rationalité des parties à l'exécution et la compréhension qu'elles ont du risque d'impayé[1926]. Plus simplement, il s'agit de mesurer le résultat de l'ancticipation sur la coordination des comportements entre le créancier et le débiteur. Dans ce contexte, l'interprétation du risque par les parties peut conduire à des solutions très diverses allant de la satisfaction totale prévue à l'échec absolu. Ainsi, l'exigence de sécurité juridique devient un facteur de coordination des stratégies du créancier et du débiteur en même temps qu'un instrument de garantie d'un équilibre

[1921] S. GUINCHARD (sous la dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, chap. 351 « Incidents de compétence », p. 746.
[1922] A-D. WANDJI-KAMGA, « Biens et droits insaisissables », in *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., p. 440 et s.
[1923] R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, op. cit., pp.
[1924] TRHC Dakar, 14 juillet 2004 (indédit). Dans cette décision, le juge retient la responsabilité de l'Etat en raison du refus d'assistance de l'huissier instrumentaire par les gendarmes (v. P-A. TOURE, *Le traitement du contentieux extrapénal en droit OHADA*, conférence club OHADA UGB, 2013.
[1925] Rapport Cour de cassation 2011, op. cit., pp. 217 et s.
[1926] P-A. TAILLARD, « Quel degré de rationalité favorise la coordination des agents ? » Un exemple, in *Revue d'économie politique*, 2006/1 Vol. 116, pp. 23-42.

satisfactoire pour tous[1927]. Devant une telle situation, les outils juridiques de recouvrement seront utilisés en fonction des critères d'intérêt et d'utilité[1928] dans la mesure où l'incertitude est consubstantielle à l'exécution[1929]. En effet, la relation de la startégie des parties au risque est fortement déterminée par le contexte de l'exécution et surtout la disponibilité de l'information nécessaire à la prise de décision. La sécurité juridique se décline sous deux aspects selon que le besoin de protection est individuel ou collectif. Dans le premier cas de figure, la prédictibilité est de portée individuelle avec une vocation purement instrumentale de la sécurité juridique, tandis que dans le second schéma, la prédictibilité tient compte d'intérêts divergents d'où sa finalité conciliatrice. Il n'existe pas de frontière définitive entre les deux axiomes, tout dépend de l'intérêt protégé et des références axiologiques du système juridico-judiciaire considéré[1930].

573. L'acceptation du risque comme un critère d'évaluation de la performance dans l'exécution n'est pas unidirectionnelle. Dans sa dimension simplifiée, elle privilégie une démarche casuistique pour obtenir un résultat probant et dans sa dimension systémique, elle intègre une analyse multiniveaux susceptible d'aboutir à un équilibre favorable à toutes les parties.

574. Prédiction casuistique et management intersubjectif du risque d'impayé. L'anticipation des risques par les parties repose sur la prise en compte des conditions objectives et subjectives concourrant à la réalisation de l'exécution. Ainsi, c'est le cadre de l'exécution qui fixera les déterminants du management des risques y afférants. Selon que l'exécution soit amiable ou forcée, la rationalité des parties va fluctuer en relation avec les éléments factuels et psychologiques de la stratégie de chacun. En cas de recouvrement amiable par exemple, le magement communicationnel s'avère être un outil puissant de prédiction du comportement futur des parties[1931]. En effet, la confiance réciproque qui s'établit entre les parties en

[1927] C. BIDARD, « Intoduction », in *Revue d'économie politique*, 4/2005 (Vol. 115), pp. 373-378.
[1928] B. DEFFAINS et al., « Economie des procédures judiciaires », in *Revue économique*, 2007/6 Vol. 58, pp. 1265-1290.
[1929] H. MAAFI, « Anomalies du choix rationel en incertitude : Taxonomie des Echecs Empiriques du Principe d'invariance », in *Revue d'économie politique* 1/2013 (Vol. 123), pp. 29-49.
[1930] B. DEFFAINS, « Introduction à l'analyse économique des systèmes juridiques », in *Revue économique*, 2007/6 Vol. 58, pp. 1149-1262.
[1931] I. COUSSERAND, D. BLIN, « La communication à l'épreuve des mutations économiques », in *Communication et organisation* (en ligne), 37/2010 (mis en ligne le 01 juin 2010), http:communicationorganisation.revues.org/129.

négociation fonctionne comme un indicateur du niveau de sécurité juridique et permet d'anticiper sur les fluctuations conjoncturelles[1932] susceptibles de perturber la réalisation des prévisions définies. Dans ce sens précis, la sécurité juridique est intersubjective et son effritement sous l'effet du temps ou en raison du comportement de l'une des parties est conditionné par des variables objectifs tels que le non respect d'une échéance convenue après la défaillance initiale ou l'introduction d'une instance judiciaire mettant un terme au caractère négocié du recouvrement. Toutefois, il est presque rédhibitoire de tenter une généralisation de cette forme de prediction en raison des faiblesses de la réflexion analytique[1933]. Tout au plus, il est possible d'admettre que la démarche casuistique permet d'associer plusieurs niveaux de sécurité juridique en fonction du partenaire.

575. Dans une phase de transition, c'est-à-dire privilégiant la négociation sans totalement exclure le contentieux, l'approche client[1934] propose des outils d'optimisation du recouvrement tout en maintenant un niveau de confiance suffisant dans les relations futures. Ainsi, tout en restant intersubjective pour la définition du seuil de sécurité juridique, l'activité de recouvrement cherche à réduire l'impact négatif induit par l'impayé pour le débiteur et par le déroulement des procédures d'exécution pour le créancier[1935]. En effet, l'anticipation dans ce contexte est le résultat d'un subtil équilibre entre réactivité et proactivité donnant une place appréciable à un facteur psychologique d'importance : le sens de la responsabilité. Loin des clichés du dogmatisme juridique, c'est un déploiement de la dimension axiologique associée à l'exigence de sécurité juridique par la question de la validité juridique[1936]. Aussi, les partenaires choisissent-elles entre une sécurité négociée et une sécurité imposée par l'ordre public de l'exécution des créances[1937].

[1932] B. BELLONE et al. « Les marchés financiers anticipent-ils les retournements conjoncturels ? », in *Economie & prévisions*, 1/2006 n°172, pp. 83-99.
[1933] G. O. FAURE, « Le traitement négocié du conflit dans les sociétés traditionnelles », in *Négociations* 1/2011 n°15, pp. 71-87.
[1934] L. FABIEN, « Relation client », in *Gestion* 4/2008 (Vol. 33), p. 33.
[1935] F. PONS, N. SOUIDEN, « Comment minimiser les effets négatifs des rappels de produits ? », in *Gestion* 1/2012 (Vol. 37), pp. 26-35.
[1936] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 262.
[1937] Sous ce rapport, les techniques de négociations relativement au processus de paix dans le monde offrent beaucoup d'exemple de correlation coût/risque, v. D. G. PRUIT, « Les communications de coulisse dans les négociations inter-groupes : avantages et risques », in *Négociations* 1/2009 n°11, pp. 11-29.

576. Dans une phase contentieuse, l'anticipation du risque relève plus d'un savoir-faire procédural que des facultés cognitives des uns et des autres. En effet, dépendant de l'obtention d'un titre provisoire ou définitf, la stratégie des parties laisse une place plus ou moins relative à l'occurrence de certains risques. A chaque stade de la procédure de recouvrement, il s'agira de voir « *le contenu de la prédiction plutôt que l'interprétation de son indétermination* »[1938]. Globalement, il s'agit des incidents de procédure[1939] liés à l'exécution de la décision du juge ou, plus grave, de l'insolvabilité du débiteur postérieurement à la décision d'exécution. Ici, l'intersubjectivité réside dans la coordination des solutions raisonnablement admises par le problème en cause. Ainsi, l'anticipation garde un caractère résiduel, notamment, à cause de l'intervention d'un tiers (le juge) dont l'univers prédéfini des possiblités peut déjouer les prévisions. Ceci est d'autant plus vrai que l'exécution s'inscrit parfois dans un environnement systémique.

577. Prédiction systémique et transfert de risques. En dehors du postulat logico-formel de l'interaction isolée entre un créancier et son débiteur, l'exécution s'incrit le plus souvent dans un complexe de relations autour du patrimoine[1940] des agents économiques. Cette mutation de l'exécution des dettes s'est accompagnée d'un changement de perception du risque chez les acteurs de l'économie[1941]. Sous l'impulsion du monde de la finance, le risque est devenu l'objet d'une politique spéculative orientée vers une plus grande anticipation des défaillances du débiteur[1942]. En ce sens, le recul de la confiance dans les transactions a été dissimulé dans l'objectivation des méthodes et techniques de dillution du risque[1943]. En effet, à l'aide de formules mathématiques complexes, l'on assiste à un

[1938] A. RUBINSTEIN, « A propos de la lecture de deux modèles théoriques de négociation », in *Négociations* 1/2012 n°17, pp. 23-33.
[1939] S. GUINCHARD (sous la dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, chap. 351 « Incidents relatifs au cours de l'insatnce », p. 759 et s.
[1940] B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens », in *Defrénois*, 15 mars 2009 n°5, p. 504.
[1941] T. KIRAT et al. « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », in *Revue internationale de droit économique* 3/2005 (t. XIX, 3), pp. 291-318.
[1942] A. D'ANDRIA, « Existe-t-il des alternatives aux banques capitalistes ? », in *La revue des sciences de gestion* 3/2001 n°249-250, pp. 53-56.
[1943] V. FORTI, « La titrisation des créances en droit comparé. Contribution à l'étude de la propriété », in *Bulletin Joly Bourse*, 01 avril 2012 n°4, p. 190. Selon l'auteur « *les créances titrisées composent le trust fund, une masse patrimoniale distincte du patrimoine de l'entreprise financée et de celui des investisseurs, mais également du patrimoine personnel du gestionnaire : ces biens ne peuvent ni être saisis par ses créanciers, ni faire partie de son actif dans le cas où il ferait l'objet d'une procédure collective* ».

phénomène de transfert du risque[1944] en dehors du cadre juridique classique. A échelle réduite, le transfert s'adosse à la liberté contractuelle pour admettre une sécurité juridique graduelle et plurielle. Comme l'atteste A. COURET, « *un professionnel est dans l'attente d'un degré de sécurité corrélé à un degré de rentabilité. La perception de la rentabilité peut le conduire à accepter contractuellement l'insécurité* »[1945]. Au niveau global, ce mouvement encouragé par la dérégulation des marchés financiers a provoqué une perte de répères aussi bien dans la localisation du risque que dans son anticipation[1946]. Ainsi, l'objectif est d'optimiser la rentabilité des produits financiers structurés tout en évitant d'exécuter les créances en cas d'impayé[1947]. L'exigence de sécurité juridique est alors soumise à la tension entre le marché et le droit, entre la rationalité financière et les logiques juridiques.

578. Aujourd'hui, le point d'équilibre de la prédictibilité systémique des effets négatifs de l'impayé se situe dans les niveaux de combinaisons possibles entre l'autonomie contractuelle et les règles prudentielles en matière de finance[1948]. Il convient, dans le cadre spécifique de notre réflexion, d'écarter le risque système affectant les activités bancaires et de ne considérer que le risque de crédit dans son sens restreint[1949]. Ainsi, la prédictibilité systémique intéressera les opérations complexes telles que la titrisation des créances[1950] ou les procédures collectives d'apurement du passif[1951]. En outre, la recherche de sécurité juridique s'inscrira dans une dynamique de stabilisation du cadre de l'anticipation de l'impayé tout en étant adaptable aux évolutions rapides des transactions d'affaires. Il doit en être ainsi car

[1944] X. DE KERGOMMEAUX, « Titrisation », in P. RAIMBOURG, M. BOIZARD (sous la dir.), *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, op. cit., pp. 479 et s.
[1945] A. COURET, « La sécurité financière », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 379.
[1946] A. RONCIN, « La finance mondiale dans la tourmente », in *Revue de l'OFCE* 4/2007 n°103, pp. 169-196.
[1947] S. PRAICHEUX, « La réforme de la titrisation, d'un point de vue critique », in *Bulletin Joly Bourse*, 01 avril 2009 n°2, p. 144.
[1948] X. DE KERGOMMEAUX, « Titrisation », op. cit., pp. 479 et s.
[1949] V. BRUNEL, « Gestion des risques et risque de crédit », in www.univ-evry.fr/modules/ressources/download/default/m2if/brunel/poly_gestion_des_risques.pdf (consulté le 24 juillet 2013).
[1950] Réglement n°02/2010/CM/UEMOA relatif aux Fonds communs de titrisation de créance et aux opérations de titrisation dans l'UEMOA du 30 mars 2010; v. H. BOUCHETA, « L'obligation de rétention en matière de titrisation », in *Bulletin Joly Bourse*, 01 mars 2010 n°2, p. 194.
[1951] D. MARTIN, M. FRANCON, « Marchés financiers et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté*, P. ROUSSEL GALLE (sous la dir.), op. cit., pp. 589 et s.

la sécurité par le droit et pour le droit[1952] se heurte aux limites objectives imposées par l'automatisation des techniques de transfert du risque d'impayé[1953]. En définitive, même si l'on écarte les aléas de la spéculation inhérente au marché financier, il n'en demeure pas moins un besoin de protection de l'épargant ou du retraité par une politique d'encadrement transparent des mécanismes d'investissement de leurs fonds[1954]. En effet, ils ne sont pas à l'abri d'une défaillance du système avec un coût social important et imprévisible[1955]. Cette situation résulte d'une dissociation entre la dimension purement normative de l'acte d'exécution et la dimension économique qui traduit l'essence patrimoniale de la créance. Cette transmutation est rendue possible grâce à la discontinuité du lien entre la valeur et son support juridique dans le processus de recouvrement. En effet, à l'instar des dérivés de crédit, il est possible de subordonner la sécurité juridique des agents économique à une contractualisation séléctive axée autour de la valeur[1956]. Celle-ci s'impose désormais comme un paradigme incontournable dans l'appréciation de l'efficacité de l'exécution.

Section 2 – La finalité de l'exécution et l'attente économique des parties

579. L'attente économique des parties est structurée par le paradigme de la valeur qui représente un lien fondemental, explicatif et fonctionnel entre la créance et son exécution. L'idée d'une prise en compte de la valeur n'est pas nouvelle dans la pensée civiliste, notamment en droit des biens[1957] et en droit des contrats[1958], elle est seulement appréciée autrement dans l'exécution des créances. En effet, le principe de la valeur permet un renouvellement des techniques d'exécution en élargissant le gage général des créanciers et les possibilités de rapports juridiques sur ses éléments constitutifs[1959]. Dans cette perspective, c'est l'efficacité qui prime généralement sur les considérations d'ordre axiologique. L'acte d'exécution ne

[1952] B. CERVEAU, « Le risque juridique : affaire de spécialistes ou de gestionnaires de risque ? », in *Gazette du Palais*, 24 février 2001 n°55, p. 2.
[1953] Parmi ces techniques nouvelles, nous avons l'algotrading, v. E. PFLIMLIN, L. CHECOLA, « L'essor vertigineux du trading algorithmique », in www.lemonde.fr/economie (consulté le 24 juillet 2013).
[1954] Y. BROUSSOLE, « Les principales dispositions de la Directive du 21 mai 2013 du Parlement européen et du Conseil », in *Petites Affiches*, 17 juillet 2013 n°142, p. 4.
[1955] Y. GUYON, « Aspects juridiques des fonds d'épargne retraite », in *Petites Affiches*, 15 octobre 1997 n°124, p. 14.
[1956] X. DE KERGOMMEAUX, « Titrisation », in P. RAIMBOURG, M. BOIZARD (sous la dir.), *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, op. cit., pp. 522 et s.
[1957] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., pp. 229 et s.
[1958] M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, Thèse, Université de Toulouse 1, 2000, pp. 404 et s.
[1959] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., pp. 351 et s.

représente plus seulement la mise en œuvre d'une prérogative juridique légitime mais aussi le résultat d'un calcul d'opportunité favorable à l'intérêt individuel des parties. Par conséquent, l'exigence de sécurité juridique apparaît comme une réalité distributive au détriment d'une plus grande prévisibilité. Seulement, l'admission d'un tel système d'exécution des créances s'accompagne nécessairement d'une politique juridique perméable à un traitement différencié des parties au recouvrement. Ainsi, une position d'équilibre consisterait à réaffirmer la neutralité objective de la valeur dans l'appréciation de la créance (**§1**) tout en s'ouvrant à une approche subjective de la valeur dans l'extinction de l'obligation (**§2**).

§ 1 – L'attente économique et la valeur objective de la créance

580. La formulation d'une théorie de l'attente économique sous l'angle de la valeur devrait s'entendre des éléments objectifs qui en fondent la structure et déterminent son appartenance à « *un système juridique donné* »[1960]. Elle permet également une subjectivisation de sa fonction[1961] dans l'extinction des créances particulièrement par le juge. On peut sûrement objecter le caractère contingent du concept et l'incertitude qui s'en évince relativement à l'exigence de sécurité juridique, mais il permet de surmonter les apparentes contradictions entre le droit et l'économie dans la théorie de l'exécution. Ainsi, il s'établit une lecture dialectique entre la valeur et l'intérêt dans le souci de protection des parties[1962].

581. En raisonnant sur une intégration de la valeur dans la théorie de l'exécution[1963], il est possible de réduire l'incertitude par une approche quantitative de l'attente économique des parties (**A**), puis d'adapter le niveau de protection de chaque partie par une appréciation qualitative de l'attente économique (**B**).

A. La valeur de la créance, critère d'équivalence dans l'exécution

582. Position du problème. L'instrumentalisation de la valeur dans le recouvrement s'impose en évidence si l'on considère que l'exécution en nature des

[1960] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., pp. 278 et s. Dans la conception du système juridique que suggèrent les auteurs, il est possible d'intégrer une vision pluridisciplinaire de la matière normative, notamment les prémisses de la théorie économique sur les biens et la valeur.

[1961] H. CAUSSE, « Valeurs mobilières : un concept positif », in *Petites Affiches*, 21 octobre 1994 n°126.

[1962] A. RACLET, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », in *Petites Affiches*, 06 août 2001 n°155, p. 17.

[1963] Y. THOMAS, « La valeur des choses », in *Annales Histoire, Sciences Sociales* 6/2002 (57e année), pp. 1431-1462.

obligations est le principe. En effet, elle sert d'instrument d'appréciation de l'équivalence[1964] entre la prestation du débiteur et l'attente économique du créancier. Celle-ci se fait quantitativement à partir d'un référentiel servant d'unité de mesure : la monnaie[1965] ou le prix selon les cas[1966]. Dans cette hypothèse, il s'agit d'une équivalence logique et formelle entre l'offre d'exécution du débiteur et l'attente quantifiable du créancier. Ce postulat coïncide avec les exigences d'une sécurité juridique objective en raison de la symétrie qui existe entre la valeur de la dette et la valeur de la créance[1967]. Plus fondamentalement, il existe un alignement parfait entre les prévisions structurelles du contrat et la réalité de l'exécution de la créance, cette dernière étant une conséquence logique de la première. Cette dynamique s'insère dans la théorie de l'exécution doublement. D'une part, c'est une réalisation formelle et matérielle du concept de paiement ; d'autre part, elle marque une certaine indifférence entre les formes d'exécution quant au résultat poursuivi. Ainsi, le paradigme de la valeur emporte une conséquence pratique dans le recouvrement des créances en affectant à l'acte d'exécution une stabilité normative et mathématique indéniable. Toutefois, une telle continuité dans la relation entre l'obligation et son exécution suppose une certaine constance dans la conception de la valeur. En effet, la valeur doit s'inscrire dans une prévisibilité certaine qui transcende le simple cadre intersubjectif d'un rapport d'obligation ou dans un principe dogmatique de nominalisme monétaire pour s'adapter à la réalité de l'exécution[1968].

[1964] E. LE DOLLEY, « L'équivalence en droit financier », in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 février 2009 n°2, p. 204.
[1965] A. REBEYROL, « Valeur, équivalent général et numéraire : le mot franc est le nom d'une chose qui n'existe pas », in L'Argent (sous la dir. M. DRACH), Paris, *La Découverte « Recherches »*, 2004, pp. 113-130.
[1966] M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, Thèse, op. cit., pp. 8 et s.
[1967] C'est une application concrète de la théorie de « valeur comparable » dans les rapports d'obligations. Pour plus de développements v. S. LEMIERE, « Un salaire égal pour un emploi de valeur comparable », in *Travail, genre et sociétés* 1/2006 n°15, pp. 83-100.
[1968] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit., p. 297. Les auteurs montrent qu'à l'instar du théorème de Gödel en mathématiques, le système juridique s'appuie sur des référents méta-juridiques pour leur validité. De la même manière, la valeur doit s'inscrire dans un système plus large pouvant justifier un rapport d'équivalence entre la créance et la prestation du débiteur.

583. La finalité de la valeur comme outil d'équivalence dans l'exécution est d'assurer une formalisation de l'égalité créance/dette. C'est une condition nécessaire et suffisante d'existence de la sécurité juridique objective dans l'exécution[1969].

584. La valeur, instrument d'évaluation objective dans l'exécution. Les situations juridiques se prêtant à une objectivation de la valeur sont nombreuses et variées. L'objectif étant d'assurer une exécution économiquement utile tenant compte des variations induites par la temporalité juridique[1970]. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les ajustements prévus par le système normatif pour englober les hypothèses de nivellement entre l'équivalence économique de départ et celle à l'arrivée.

585. La théorie des dettes de valeur[1971] permet d'illustrer l'instrumentalisation de la valeur comme critère de protection des créanciers dans l'exécution des obligations. L'intérêt de cette théorie est d'inclure une flexibilité dans l'appréciation de l'équivalence entre la prestation et la créance. Ainsi, l'on admet avec la doctrine qu'en référence avec la monnaie, comme unité de mesure, « *l'établissement d'une date d'évaluation devient fondamental, soit pour la détermination de la valeur d'un bien, soit pour déterminer l'étendue d'une créance* »[1972]. Au-delà de l'atteinte portée au principe du nominalisme, c'est l'utilité de l'exécution pour son bénéficiaire qui importe. Ainsi, certains ont pu parler de l'existence d'un « *droit à une valeur* »[1973]. Dans toutes ces hypothèses, le critère explicatif est rattaché à l'économie générale

---

[1969] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, thèse, op. cit., pp. 267. L'auteur rappelle à juste titre que « *la question du respect des prévisions juridiques des sujets de droit ne saurait toutefois être éludée, car nous sommes bien au cœur véritable de l'impératif de sécurité juridique : le droit ne doit pas déjouer, ne doit pas trahir les prévisions juridiques légitimement élaborées par les sujets de droit* ».

[1970] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 304. Comme le suggèrent les auteurs « *ce sont inévitablement des considérations d'effectivité et de légitimité qui modalisent le champ d'application de la norme* ».

[1971] F. GRUA, « Monnaie – Dettes de valeur – Principales applications. Liquidation » (actualisation N. CAYROL), *JurisClasseur Civil Code*, App. Art. 1235 à 1270 (21 mai 2012). Selon cette théorie, les dettes de valeur permettent une réévaluation du montant de la dette en tenant compte de l'équilibre économique réel au moment du paiement.

[1972] F. C. ROSIORU, *Les dettes de valeur*, Thèse, Université de Cluj-Napoca, 2011. L'auteure ajoute que « *par rapport à d'autres unités de mesure, préétablies de façon objective et permanente, la monnaie est la seule unité de mesure dématerialisée, déterminée à l'aide du processus subjectif d'évaluation* », in http://doctorat.ubbcluj.ro/sustinerea_publica/rezumate/2011/drept/rosioru_felicia_catalina_fr.pdf (consulté le 03 août 2013).

[1973] P. MALAURIE, L. AYNES, Les biens, Paris, Defrénois, 4ème édition, 2010, pp. 97-98. Les auteurs précisent que « *dans l'obligation, Saleilles considère plus la valeur économique et patrimoniale de la prestation que le lien juridique et personnel qu'elle établit entre créancier et débiteur* ».

du rapport d'obligation[1974]. C'est le résultat technique qui prime sur la question de la justice contractuelle. Ce faisant, c'est la portée normative de la valeur qui est mis en exergue et l'exigence de sécurité juridique est instrumentalisée dans ce sens. En effet, il s'agit de privilégier « *la sécurité juridique substantielle sur le droit formel* »[1975]. Cependant, cette théorie opposant nominalisme et valorisme n'est pas exclusive dans le rééquilibrage subjectif de la relation prestation/créance en vue d'éteindre l'obligation du débiteur. La compensation est également une technique utilisant la valeur objective dans l'exécution des obligations.

586. La compensation prévue aux art. 215 à 217 COCC est un mécanisme objectif d'extinction des dettes privilégiant la dimension normative de la valeur. La compensation, quelle soit légale, judiciaire ou conventionnelle, produit un résultat identique sur le rapport d'obligation liant le créancier au débiteur[1976]. Par sa nature hybride, paiement-extinction, la compensation opère sur la valeur des créances en cause par la technique de l'équivalence formelle. Ainsi, si les dettes sont d'importance inégale, l'effet extinctif s'étend « *jusqu'à concurrence de la plus faible des deux dettes* »[1977]. La réalisation de la compensation confère un surplus de sécurité lorsqu'elle est invoquée en tant qu'exception. Sous la plume de J-P. TOSI, nous pouvons constater que « *l'effet extinctif de la compensation éteint les dettes réciproques de façon automatique, sans qu'il y ait à tenir compte du moment où elle a été invoquée ; il s'y attache, pour la partie non compensée de la dette, un effet interruptif faisant courir un nouveau délai de prescription qu'avait bien interrompu ici une demande en paiement* »[1978].

587. L'objectivation de l'équivalence par la valeur dans l'extinction des créances trouve un intérêt particulier dans le droit des entreprises en difficulté. Nonobstant son caractère spécialement dérogatoire au droit commun du paiement, le corpus juridique de l'insolvabilité admet la compensation des créances connexes[1979]. A ce propos, il

[1974] S. SPAHR, *Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales*, Fribourg, Editions universitaires Fribourg SUISSE, 1994, in www.gbv.de (consulté le 03 août 2013).
[1975] H. ULLRICH, « La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 85.
[1976] P. SIMLER, « Fasc. Unique : Contrats et obligations – Causes d'extinction des obligations », in *JurisClasseur Civil Code*, art. 1234 (mise à jour 27 juin 2010), n°33.
[1977] Art. 216 COCC.
[1978] J-P. TOSI, « Invocation de la compensation légale et délai de paiement », note sous arrêt Cass. com. 30 mars 2005, in *Petites Affiches*, 18 mai 2005 n°98, p. 14.
[1979] Art. 109 AUPCAP.

est soutenu que « *la garantie accordée est alors particulièrement efficace dans le cadre d'une procédure collective puisque le créancier, qui ne peut poursuivre individuellement le recouvrement de sa créance, n'a pas à s'acquitter de sa propre dette. C'est justement le montant de sa dette qui constitue la garantie de paiement la plus efficace pour le créancier déclarant jusqu'à ce que l'effet extinctif de la compensation puisse pleinement jouer et éteindre les créances connexes à concurrence du montant de la plus faible* »[1980]. Le droit des sûretés n'échappe pas également à la compensation aussi bien par l'invocation d'une créance personnelle[1981] par la caution poursuivie que celle « *de la demande reconventionnelle en dommages-intérêts suivie d'une compensation* »[1982] en cas de responsabilité du créancier poursuivant. Toutefois, pour des raisons évidentes de sécurité juridique, la portée du droit à la compensation doit être relativisée surtout en présence d'une créance alimentaire[1983]. Ainsi, la solution technique admet une réserve axiologique qui remet en cause seulement le motif de la compensation et non le procédé en soi. En conséquence, l'équivalence objective s'attache à la sécurité formelle car, du point de vue substantiel, il est possible d'avoir un traitement différencié des situations en cause. Alors, l'évaluation objective de la créance par la valeur peut aussi être comprise comme une technique de substitution à côté de l'équivalence arithmétique.

B. La valeur de la créance, critère d'évaluation du potentiel de recouvrement

588. Données du problème. Le décalage entre la prestation attendue et celle reçue peut être traduite en termes économiques par le biais de la valeur et prendre un sens dans la théorie générale de l'exécution. Dans cette perspective, la valeur renvoie à un référentiel de détermination de l'étendue de la créance[1984]. Elle sert d'une part, à fixer le quantum de l'obligation du débiteur ; et d'autre part, à évaluer la satisfaction du créancier. Alors, le potentiel de recouvrement désigne le différentiel

[1980] J-P. TRICOIRE, « La compensation judiciaire des créances connexes dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire », note sous arrêt Cass. com. 30 juin 2009, in *Petites Affiches*, 08 janvier 2010 n°6, p. 6.
[1981] Art. 37 AUS.
[1982] M. GRIMALDI, P. DUPICHOT, « Durée et sûretés », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n°01, p. 95.
[1983] D. TOUCHENT, « Le droit à compensation et la responsabilité pécunaire du salarié », note sous arrêt Cass. soc., 20 avril 2005, in *Petites Affiches*, 13 janvier 2006 n°10, p. 16.
[1984] J. GHESTIN (sous la dir.), *Le régime des créances et des dettes*, op. cit., pp. 214 et s. la question de l'étendue de la créance est à mettre en relation avec le principe de l'indivisibilité de la créance.

entre la valeur initiale nette de la créance à recouvrer et la valeur effectivement reçue par le créancier au jour du paiement. Dans cet ordre d'idées, la coïncidence entre la prestation attendue et la prestation reçue est une garantie de bonne exécution du rapport d'obligation. A l'opposé, l'écart entre les deux, en plus d'être une forme d'inexécution de l'obligation initiale, renseigne sur l'effectivité de l'arsenal juridique dédié au recouvrement des créances. De ce fait, la problématique de la valeur comme critère d'évaluation du potentiel de recouvrement doit être mis en relation avec le concept de solvabilité du débiteur et celui de patrimoine en général[1985]. En effet, si la sécurité juridique formelle préserve le principe de la créance, la sécurité subjective des parties peut inciter ces dernières ou le juge à admettre une valeur de substitution pouvant éteindre la créance du débiteur. La conception exclusivement économique de la créance accorde une place privilégiée à la « *maîtrise de la valeur* »[1986] comme une fonction de l'utilité du recouvrement. Ainsi, la conservation de la valeur intrinsèque de la créance[1987] devient l'enjeu principal dans la mise en œuvre de la technique de substitution entre la valeur intiale et la valeur potentielle. Cependant, l'effet du temps sur les situations juridiques est susceptible de provoquer des interférences avec des réalités économiques perturbatrices des prévisions des parties. Il en est ainsi des bouleversements économiques[1988] majeurs ou de la volatilité des prix dans certains secteurs[1989]. Afin de tenir compte de cette complexité, les prévisions des parties s'inscrivent dans une structure complexe[1990] dominée par l'évaluation méthodique[1991] de la valeur[1992] de substitution. Aussi, l'exigence de sécurité juridique assure t-elle la protection des parties en adaptant le rapport des valeurs au rapport d'obligation liant les parties à l'exécution.

[1985] A. SERIAUX, « Patrimoine », in *Rép. civ. Dalloz*, Janvier 2010.
[1986] E. CHARRIER, « Jean Dumarchey : le contrôle de la valeur, clé de lecture d'une œuvre de théorie comptable », in *Comptabilité – Contrôle – Audit* 3/2005 (Tome 11), pp. 35-60.
[1987] Y. BIONDI, « La juste valeur, enfin une évaluation proche de la réalité », in *Petit bréviaire des idées reçues en management*, Paris, La Découverte, 2008, pp. 210-218.
[1988] F-J. CREDOT, « Le cadre juridique du passage à l'euro », in *Petites affiches*, 03 janvier 1997 n°2, p. 4.
[1989] L. RUET, « Manipulation de cours : comment un simple particulier peut fausser les cours de bourse de sociétés cotées afin de provoquer des baisses artificielles », in *Petites Affiches*, 27 décembre 2006 n°258, p. 3.
[1990] Ibid. pp. 210 et s.
[1991] S. PRIGENT, « L'hypothèque rechargeable : analyse et formules », *Defrénois*, 30 septembre 2007 n°18, p.1268.
[1992] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., pp. 389 et s.

589. La valeur potentielle dans l'exécution : entre intérêt du créancier et capacité du débiteur. Le principe du nominalisme monétaire[1993] associé à l'effet obligatoire des actes d'exécution paralysent normalement toute spéculation autour de la valeur réelle de la créance. Le paiement intégral est le principe comme le rappelle le législateur à travers les dispositions de l'art. 162 COCC. Toutefois, des difficultés objectives liées à la solvabilité du débiteur ou subjectives consécutives à la stratégie de recouvrement du créancier peuvent induire une valeur désincarnée du rapport d'obligation primaire[1994]. Il en est ainsi de toutes les techniques permettant la circulation de la valeur de l'obligation indépendamment de l'équivalence matérielle entre la valeur de départ A et celle d'arrivée B[1995]. Cette pratique est courante dans l'évaluation de l'indemnité du créancier en cas d'inexécution contractuelle[1996]. Seulement, notre propos s'intéresse à l'admissibilité du rapport de valeur dans la théorie de l'exécution.

590. Les techniques de détermination de la valeur potentielle d'une créance sont sujettes à critique[1997], mais la méthode d'évaluation reste pour la plupart identique. Comme l'indiquait dejà MM. MAZEAUD à propos de l'indemnisation « *le juge du fond peut et doit tenir compte de la hausse des prix intervenue en cours d'instance et même après un rapport d'expertise. A cette fin, le tribunal peut donc se référer au dit rapport pour l'analyse des caractéristiques du préjudice ainsi que des techniques et des coûts de réparation à un instant donné pour, par ailleurs, modifier le quantum de l'indemnité accordée au regard de l'indemnité suggérée par l'expert* »[1998]. Ainsi, le respect du principe de l'attente économique commande l'utilité de la prestation du débiteur en termes de pouvoir d'achat actuel[1999] ou de finalité dans la circulation de la valeur. L'écart de valeur dans le rapport d'obligation suit l'intérêt du créancier sous

[1993] A. BENABENT, « La révision du passé entre les parties », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2008 n°1, p. 15. L'auteur note certaines limites inhérentes au principe du nominalisme monétaire en ce qui concerne les restitutions. En effet, la projection temporelle de la valeur peut permettre de voir un décalage entre la valeur nominale de la somme reçue et la valeur actuelle du même montant.
[1994] A. REYGROBELLET, « Les bons de capitalisation : des créances, dont on peut déterminer le propriété », note sous arrêt Cass. civ. 2ème, 10 juillet 2008, in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 décembre 2008 n°12, p. 984.
[1995] B. LE BARS, « Pour une approche juridique du certificat de valeur garantie », in *Bulletin Joly Bourse*, 01 novembre 1998 n°6, p. 811.
[1996] G. VINEY, « La réparation du dommage contractuel », in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 281.
[1997] J. DUPICHOT, « L'indemnisation », in *Petites Affiches*, 31 août 2006 n°174, p. 33.
[1998] Ibid. p. 33.
[1999] P. BOURGEOIS, « Décryptage : pouvoir d'achat et salaires nets stagnent depuis 20 ans ? », in *Regards sur l'économie allemande* 4/2007 (n°83), pp. 37-38.

une forme concrète et subjective car la situation du débiteur reste un invariant en raison du nominalisme affectant les dettes monétaires. A l'inverse, la solvabilité du débiteur constitue une variable symétrique proportionnelle à l'utilité qu'en espère le créancier et de manière objective. De sorte que l'évaluation de l'écart dans le rapport de valeur est toujours fonction de la valeur potentielle de la créance au jour de l'exécution. Cette relation se prolonge dans tous les cas de figure où le paiement de la créance fait intervenir des techniques intermédiaires de détermination de la valeur entre le moment où la créance est née et la date où elle doit être exécutée. C'est le cas des effets de commerce ou des valeurs mobilières en raison du décalage possible de leur exécution.

591. Sécurité substantielle et potentialité du paiement au créancier. Le droit cambaire offre un observatoire intéressant des règles dérogatoires en matière de paiement[2000]. En raison du décalage existant entre le moment de création du titre et la date effective de l'encaissement de la valeur par son bénéficiaire, plusieurs événements peuvent contrarier les prévisions des parties. Il en est ainsi de l'ouverture d'une procédure collective. Dans un tel contexte, la sécurité juridique objective impose un arbitrage entre le droit commun du paiement et la sécurité des affaires relativement à l'utilisation des effets de commerce. Il semble que la « *primauté du droit cambaire* »[2001] soit la solution de principe retenu. Ainsi, la détermination de la valeur du patrimoine recouvrable est évaluée en dehors des sommes dues au titre du paiement des effets émis antérieurement au jugement d'ouverture[2002]. De sorte que le paiement potentiel des créanciers bénéficiaires du privilège n'est pas remis en cause. Il en est ainsi du transfert de la provision[2003] ou du principe de l'irrévocabilité des ordres de transfert[2004]. Dans toutes ces circonstances, la balance entre le patrimoine potentiellement saisissable et le patrimoine effectivement disponible est déterminée par les fluctuations de la valeur découlant de l'application des règles cambiaires. La saisie-attribution des comptes bancaires

[2000] C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Paris, Litec, 7ème édition, 2008.
[2001] C. HOUIN-BRESSAND, « Instruments de paiement et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté*, op. cit., pp. 571-587.
[2002] Ibid. pp. 577-578.
[2003] Ibidem. P. 581.
[2004] Art. 6 Règlement 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiements dans les Etats membres de l'UEMOA.

donne une illustration de ce phénomène[2005]. Ainsi, la valeur potentielle détermine l'étendue du paiement qui selon le cas peut être intégrale, partielle ou inexistante. Toutefois, il demeure que cette question est plus matérielle que normative, car le caractère dérogatoire des règles cambiaires offre un surplus de prévisibilité[2006].

592. L'intérêt de la valeur de la créance dans l'exécution est directement rattachable à la problématique de l'utilité de la prestation du débiteur pour le créancier. Celle-ci peut être appréhendée d'un point de vue théorique à travers le concept de « *satisfaction du créancier* »[2007] et d'un point de vue pratique par l'extinction de l'obligation. Sous l'angle de la sécurité juridique, la liaison entre la satisfaction et l'attente économique est assujettie à la tension entre la sécurité subjective du créancier et la sécurité objective de la théorie générale des obligations[2008].

§ 2 – L'attente économique au regard de la subjectivité de l'exécution

593. Pour justifier la subjectivation dans le rapport contractuel au moment de son exécution, J. ROCHFELD évoque un « *déplacment des pouvoirs vers le créancier* »[2009]. Cette remarque semble s'incrire dans la problématique nouvelle des prérogatives contractuelles des parties à côté de la substance des obligations contenues dans l'acte contractuel[2010]. Notion très controversée[2011], la prérogative contractuelle semble pourtant correspondre à la réalité du pouvoir du créancier dans l'exécution et parfois des dispositions du débiteur. En effet, l'acte d'exécution s'analyse en une prérogative procédurale subséquente à l'acte de procédure qui en constate la mise en œuvre[2012]. De ce fait, il n'est pas inconciliable avec les choix individuels des parties tout au long du processus de recouvrement des créances.

[2005] C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, op. cit., pp. 216 et s.

[2006] Y. BROUSSOLE, « Le Décret du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du Code des procédures civiles d'exécution », in *Petites Affiches*, 13 juillet 2012 n°140, p. 6.

[2007] A. ETIENNEY, « La durée de la prestation, ou le temps dans la satisfaction du créancier », in *Petites Affiches*, 01 mars 2007 n°44, p. 4.

[2008] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, op. cit., pp. 422 et s.

[2009] J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°1, p. 113.

[2010] D. HOUTCIEFF, « Chronique de jurisprudence de droit des contrats », in *Gazette du Palais*, 04 juillet 2013 n°185, p. 15.

[2011] P. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », in *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n°2, p. 681.

[2012] J. JUNILLON, « Le formalisme », in *Droit et pratique de la procédure civile* (sou la dir. S. GUINCHARD), Paris, Dalloz, coll. Dalloz action, Titre 16, pp. 301 et s. l'auteur indique que l'acte de procédure est « *un écrit émanant d'un auxilliaire de justice et servant soit de support à la mise en œuvre et à la conduite d'une procédure, soit à préparer ce procès ou à préserver des droits* ».

Toutefois, cette prérogative doit être suffisamment prévisible pour être pleinement efficace, car la complétude du système normatif est l'un des traits caractéristiques de la sécurité juridique. A ce propos, l'on conçoit avec le Doyen J. CARBONNIER qu' « *une résistance du droit objectif à se laisser pulvériser en droits subjectifs* »[2013] soit l'une des conditions essentielles du maintien de la cohérence dans la théorie de l'exécution en ce qu'elle atténue l'indicidabilité de la trajectoire de chaque stratégie bornée par son appartenance au droit[2014]. En effet, la multiplication des droits subjectifs autour de l'exécution a pour conséquence la reconstruction de la théorie de l'exécution sur une base aléatoire en faveur du créancier ou du débiteur à travers la méthode casuistique[2015], ce qui est fortement porteuse d'insécurité juridique. En soi, la technique a un intérêt pratique, mais reste imprévisible dans l'ensemble. Le Doyen CARBONNIER rappelle ainsi que les mécanismes de subjectivation doivent « *surmonter leurs propres causes de dépérissement, s'accommoder entre eux s'ils sont en concurrence et souvent affronter les aléas de l'action en justice* »[2016]. C'est cette complexité qui renforce l'insécurité juridique relativement à la clarté des principes de l'exécution[2017].

594. L'intérêt du recours au concept d'attente économique est de pouvoir moduler l'effet d'une subjectivation excessive de l'exécution au regard de la théorie générale des obligations afin de conserver une prévisibilité suffisante. Ce faisant, c'est la continuité de l'exécution qui est le problème central (**A**) et la subjectivation de l'attente économique renouvelle les règles du jeu au service d'une théorie utilitariste de l'exécution (**B**).

A. Réalisation de la prévision : La subjectivation de l'attente économique dans la continuité de l'exécution

[2013] J. CARBONNIER, *Droit et passion sous la Vème République*, Paris, Flammarion, coll. Forum, p. 106.
[2014] Les théories de Gödel sur l'incomplétude permettent cependant de nuancer cette affirmation, v. J-P. DELAHAYE, « Presque tout est indécidable », in www.cs.auckland.ac.nz (consulté le 7 août 2013).
[2015] R. LAUBA, *Le contentieux de l'exécution*, op. cit., pp. 12-13. En référence à la dimension axiologique de l'exécution, l'auteur souligne la recherche constante d'équilibre entre les intérêts en présence par le législateur et le juge.
[2016] J. CARBONNIER, *Droit et passion sous la Vème République*, op. cit., p. 125.
[2017] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 210.

595. Position du problème. La satisfaction du créancier coïncide souvent la libération du débiteur[2018]. Quelque soit la modalité d'extinction de l'obligation du débiteur, c'est la du créancier qui importe dans la conception formelle du paiement. Mais cette lecture de la relation entre la prestation du débiteur et l'attente économique du créancier peut conduire au dogmatisme et s'avérer contreproductif en cas d'insolvabilité définitive du premier. En effet, le système normatif contunue virtuellement à garantir la satisfaction du créancier alors qu'il ne propose aucune solution matérielle efficiente. Cette contradiction propre à l'analyse formelle du paiement peut être éventuellement surmontée grâce à l'analyse substantielle qui a l'avantage de renouveller les concepts et catégories fondamentaux du droit[2019]. Sans être un cadre exclufif d'évaluation des actes d'exécution, « *l'analyse économique du droit a plusieurs vertus générales, c'est-à-dire des bénéfices qui s'appliquent quelle que soit la branche juridique et quel que soit le type d'instruments. On peut ainsi viser quatre vertus : la vertu d'explication, la vertu d'aide à la réforme, la vertu de simplification, la vertu d'incitation* »[2020], selon M-A. FRISON-ROCHE. Aussi, l'intégration de l'attente économique dans la mesure de la satisfaction du créancier permet d'expliquer les subtilités de la stratégie de celui-ci pouvant aller du paiement intégral intialement prévu à la remise de dettes[2021]. L'objectif du propos est d'expliquer le souci de protection de la continuité de l'exécution quelle que soit la modalité d'extinction choisie sur le fondement de la valeur symbolique ou réelle de la créance. Traditionnellment l'analyse économique de l'exécution repose sur l'individualisme méthodologique pour expliquer les choix rationels des parties[2022], mais elle peut également éclairer sur les options politiques en matière d'exécution des créances[2023].

[2018] S. PONS, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », in *Petites Affiches*, 08 avril 2008 n°71, p. 4.
[2019] J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », in *RIDE* 3/2007 (T. XXI, 3), pp. 259-291.
[2020] M-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 15.
[2021] J-F. BRUN, J-L. COMBES, P. MOTELCOMBES, « Une analyse économique du surendettement des particuliers », in *Petites Affiches*, 21 mai 1999 n°101, p. 7.
[2022] M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 383.
[2023] B. DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 6.

Ainsi, la subjectivation de l'attente économique est un puissant facteur d'adaptation de l'exigence de sécurité juridique aux variations dans l'exécution.

596. L'attente économique subjective et la rationalité dans l'exécution. Sous ce rapport s'analyse l'incidence de la rationalité du choix de poursuivre l'exécution intégrale de la créance ou d'accepter une prestation jugée satisfaisante par le créancier. Etant entendu que pour le débiteur l'attente économique est une contrainte budgetaire dynamique[2024], objectivement la contrepartie de l'obligation du créancier, et subjectivement un variable incertain pour le créancier. En effet, l'attente économique du débiteur est l'expression technique de l'équilibre général de son patrimoine. Plus spécifiquement, le maintien d'un niveau structurel de solvabilité dans la complexité de ses relations patrimoniales intersubjectives et de leur temporalité[2025]. C'est ce qu'explique S. GJIDARA en retenant que « *la solvabilité permet aussi de mesurer la confiance établie, dans la mesure où le degré de confiance varie avec la certitude du paiement* »[2026]. C'est une donnée identique aussi bien chez le débiteur particulier que professionnel[2027]. Toutefois, cette analyse est exclusive d'une appréciation subjective du comportement du débiteur, c'est-à-dire d'une référence axiologique dans la détermination de sa stratégie. C'est surtout en raison de la forte incertitude inhérente à la rationalité économique des opérateurs privés[2028] que la sécurité juridique objective aura du mal à remplir sa fonction régulatrice. Le débiteur est placée sous la double contrainte de l'effet obligatoire des conventions et de l'effet exécutoire des décisions de justice, mais ces dernières doivent composer avec un critière économique : sa solvabilité et l'effet du temps sur

[2024] J-F. BRUN, J-L. COMBES, P. MOTELCOMBES, « Une analyse économique du surendettement des particuliers », op. cit., p. 7.
[2025] D. HOUTCIEFF, « Chronique de jurisprudence de droit des contrats », in *Gazette du Palais*, 24 janvier 2013 n°24, p. 13.
[2026] S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, Thèse, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé tome 316, p. 51. Dans ses développements sur la dimension économique de la confiance contractuelle, l'auteur souligne que « *la confiance est aussi une marque du crédit que l'on fait ou que l'on offre, qui se méesure et se paie en fonction de données plus objectives…pour que le risque pris par les créanciers soit réduit autant que possible, ceux-ci doivent être en mesure d'apprécier cette solvabilité et de vérifier si le patrimoine de leur débiteur sera en mesure de répondre de ses dettes lorsque ce qui leur est dû lui sera réclamé* », p. 50.
[2027] P. LE CANNU, « Soutien abusif et préjudice collectif », note sous arrêt Cass. com. 11 octobre 1994, in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 décembre 1994 n°12, p. 1342.
[2028] L. DRIGUEZ, « Le critère de concomitance des remises de dettes publiques et privées aux entreprises en difficulté », in *Petites Affiches*, 03 août 2007 n°155, p. 3.

les relations juridiques[2029]. Par conséquent, la subjectivation de son attente économique ne garantit pas toujours la satifaction du créancier, mais son intérêt stratégique.

597. La subjectivation de l'attente économique du créancier est indissociable du souci de protéger les attentes légitimes du créancier dans l'exécution. Celle-ci recouvre les hypothèses où la volonté des parties intervient pour modifier les modalités du paiement normalement prévu. C'est l'exemple des conventions modificatrices de l'objet de l'obligation et destinées à éteindre les obligations réciproques[2030]. L'effet extinctif du paiement est à cette fin l'élément fédérateur car « *il est la cause, au sens très juridique du terme, de toute opération de paiement* »[2031]. D'ailleurs, il importe aux parties d'évaluer économiquement les alternatives aux prévisions initiales dans l'extinction des obligations[2032] pour que le paiement retrouve d'une manière substantielle sa signification primaire. La technique de la dation en paiement illustre parfaitement cette modification de l'objet de l'obligation en vue de payer la dette[2033]. Aussi, la sécurité juridique est-elle assurée de manière intersubjective par la nouvelle convention des parties. Structurellement, la figure du paiement demeure tandis que matériellement la valeur de substitution garantie l'équilibre économique de l'opération. Ce d'autant plus que le principe du recouvrement forcé de la prestation du débiteur est recevable contre l'obligation primitive ou celle de substitution[2034] et selon le choix du créancier. La dimension économique du paiement est un élément structurel objectif de l'acte d'exécution mais qui peut être évaluée subjectivement par la volonté des parties[2035]. Cette modulation n'induit pas directement une perte en valeur entre les prestations, mais une estimation actualisée de la valeur entre deux biens suivant la convention des parties au paiement. Ainsi, le subjectivisme deployé ne sort pas du cadre de la logique

[2029] M. MIGNOT, « La proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile : une nouvelle application du droit de ne pas payer ses dettes ? », in *Petites Affiches*, 26 février 2008 n°41, p. 6.
[2030] R. LIBCHABER, « Contre l'extension de la notion de dation en paiement », note sous arrêt Cass. civ. 3ème, 22 septembre 2010 (09-15781), in *Revue des contrats*, 01 avril 2011 n°2, p. 472.
[2031] A. SERIAUX, « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », in *RTD Civ*. 2004, p. 225.
[2032] P-Y. GAUTIER, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle: la renaissance des obligations facultatives », in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 543.
[2033] Art. 212 COCC.
[2034] Art. 213 COCC.
[2035] J-M. BAHANS, *Théorie générale de l'acte juridique et droit économique*, Thèse, Université Montesquieu Bordeaux IV, 1998, pp. 223 et s.

juridique du paiement car elle se sert du véhicule de l'autonomie de la volonté pour éviter la rupture de l'exécution. Dans une perspective macrojuridique, la politique de l'exécution admet la subjectivation de l'attente économique afin de valider certaines stratégies d'exécution fondées sur la technique du bilan d'opportunité.

598. La subjectivité de l'attente économique et la rationalité de l'exécution. Il s'agit de résoudre la problématique de la légitimité de la politique sociale qui soutend l'exécution des créances. Elle se pose d'un point de vue théorique sous la forme d'un conflit entre la rationalité économique et la rationalité juridique dans la construction du droit de l'exécution[2036]. D'un point de vue pratique, cette confrontation permet aussi de définir les startégies de management juridique du risque économique par les opérateurs économiques : c'est-à-dire, l'application de l'intelligence juridique à la sécurité économique[2037]. C'est une opportunité de concilier la sécurité économique et la sécurité juridique dans la recherche de l'intérêt général par le système juridique. Cette modalité d'intervention est facilitée par la conception instrumentale de l'exécution. Ainsi, le système s'emploie à accompagner les transactions entre créancier et débiteur en réduisant les incertitudes par la graduation des réponses processuelles adaptable à chaque difficulté. Le droit des entreprises en difficulté offre une bonne illustration de cette articulation entre rationalité économique et juridique dans l'exécution[2038]. L'ensemble de ces possiblités met en évidence les relations complexes entre la norme et les structures qui la secrète, l'applique et l'interprète[2039]. Il déroule un processus de renouvellement efficient de la régulation des activités économique sous le double jeu d'éléments normatifs et factuels[2040]. C'est un peu la vision d'un J-J. SUEUR qui parle d' « *un droit substantiel, imposant sa ou ses logiques aux règles formelles, sous l'arbitrage du principe de sécurité. Une sorte de raison économique d'Etat* »[2041]. Cependant, le Conseil constitutionnel rappelle les

[2036] G. HORSMANS, « Propos insolites sur l'efficacité arbitrale », in *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p. 5.
[2037] D. DANET, « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judicicaires », in *RIDE*/2 2010, pp. 277-293.
[2038] R. DELOCHE, B. CHOPARD, « Entrprises en difficulté et règlement amiable : Faut-il supprimer la possibilité de suspension provisoire des poursuites ? », in *Revue économique* 3/2004 (vol. 55), pp. 489-498.
[2039] O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique : pour un débat sur l'interprétation », in *Revue française de droit constitutionnel* 2/2002 (n°50), pp. 279-334.
[2040] Ibid. p. 279 et s.
[2041] J-J. SUEUR, « La sécurité juridique en droit public économique », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., p. 460.

exigences de stabilité et de cohérence dans l'ouverture de l'exécution à la logique économique[2042]. En effet, le subjectivisme doit s'adapter au caractère d'ordre public de certaines dispositions relatives à l'exécution et non l'inverse, car pour être novatrice, elle n'en reste pas un droit protecteur et d'équilibre. Autrement, l'impératif d'efficacité souhaité par les opérateurs économiques risque de compromettre la sécurité juridique objective en la reléguant au rang des contraintes idéologiques[2043] à la performance économique. Ainsi, contre la sécurité juridique « *à la carte* », le système propose une vision utilitariste de l'exécution ne remettant pas en cause la valeur normative du principe de sécurité juridique.

B. La subjectivité de l'attente économique à l'épreuve de la satisfaction dans l'exécution

599. Données du problème. Il faut d'emblée admettre le postulat dogmatique de la satisfaction objective du créancier. Il est construit autour de la réalisation intégrale de l'attente économique du créancier dans l'opération de paiement. D'un point de vue normatif, c'est un principe explicatif et légitimant fondamental, mais en cas de difficultés du débiteur d'y parvenir, cette théorie cesse d'être pleinement opérationnelle. Ainsi, il convient de trouver un modèle interprétatif[2044] qui retrace la viabilité du subjectivisme dans l'exécution sans contrarier de manière significative l'exigence de sécurité juridique. En d'autres termes, le décalage existant entre la performance normative du postulat de la satisfaction objective et ses contraintes factuelles peut être exprimé sous la forme d'une théorie réaliste assurant la liaison entre la prestation, élément objectif, et la satisfaction, facteur psychologique potentiellement subjectif. Cependant, l'analyse de la satisfaction à partir de l'acte d'exécution suppose la prise en compte de deux types de contraintes. Une contrainte externe d'ordre temporel et économique, il s'agit de la solvabilité du débiteur et de la patience du créancier[2045]. Une contrainte interne liée à l'évaluation du rapport entre la valeur reçue et la contrainte externe. Cette dernière étape tire son importance de

[2042] T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 3/2013 n°40, pp. 191-200.
[2043] S. AMIN, « Le capitalisme sénile », in *Actuel Marx* 1/2003 n°33, pp. 101-120.
[2044] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 334.
[2045] D. MAZEAUD, « Même en droit civil, la patience du créancier a des limites », in *Defrénois*, 15 juin 1998 n°11, p. 737.

l'introduction du concept d'utilité dans le champ symbolique de l'exécution[2046]. Ainsi, la satisfaction s'analyse en termes d'utilité que procure l'exécution au moment où elle se réalise et définit corrélativement l'intensité de la sécurité juridique acquise. A ce propos, M. MIGNOT écrit fort justement, « *il faut rappeler cette évidence que toute dette est destinée à être payée et que le droit de ne pas payer ses dettes doit demeurer une situation exceptionnelle. Dans le rapport créance-dette, la justice doit être mise en balance avec la sécurité. Autrement dit, la question ne peut être posée qu'en termes d'équlibre entre la jusice et la sécurité* »[2047].

600. L'approche utilitariste du paiement peut permettre d'évaluer la fonction satisfactoire liée à l'exécution d'une créance à partir de la valeur économique qu'elle procure. Seulement, cette méthode accorde une place importante à la rationalité instrumentale dans la compréhension des comportements du créancier[2048]. Cette démarche indivudualiste provoque un excès de subjectivité[2049] qui peut faire perdre au concept d'ulitilité sa prévisibilité économique[2050]. Or, même si l'analyse de la satisfaction du créancier est centrée sur le niveau individuel, sa mesure doit tenir compte des interactions nécessaires avec la théorie générale de l'exécution pour des besoins de cohérence interne et de légitimité externe. En effet, la satisfaction entretient un lien inextricable avec la qualité du système d'exécution des créances. Dans cet ordre d'idées, la technique des incidents critiques utilisée en milieu médical joue un rôle important dans la détection des contraintes substantielles et procédurales à la réalisation d'une satisfaction intégrale des parties[2051]. En somme, le dessein du modèle interprétatif est de voir comment la satisfaction, donnée subjective à priori, joue un rôle de levier objectif de la sécurité juridique dans

[2046] A. ETIENNEY, « La durée de la prestation, ou le temps dans la satisfaction du créancier », in *Petites Affiches*, 01 mars 2007 n°44, p. 4.
[2047] M. MIGNOT, « La proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile : une nouvelle application du droit de ne pas payer ses dettes ? », in *Petites Affiches*, 26 février 2008 n°41, p. 6.
[2048] R. BOUDON, « La rationalité axiologique : une notion essentielle pour l'analyse des phénomènes normatifs », in *Sociologie et sociétés*, vol. 31, n°1, 1999, pp. 103-117. L'auteur montre les limites de la seule rationalité instrumentale à expliquer les comportements des individus face à certains phénomènes régulés par le système normatif en vigueur : le cas du vote, du vol, etc.
[2049] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, op. cit., pp. 210 et s.
[2050] G. ROUSTANG, « L'imaginaire économiciste et la question du sens », in *Nouvelle Revue de psychosociologie*, 2/2006, n°2, pp. 33-45.
[2051] C. POURIN et al., « Utilisation de la méthode des incidents critiques dans la construction d'un outil de mesure de la satisfaction en psychiatrie », in *Santé publique* 2/2001 (vol. 13), pp. 169-177.

l'exécution. L'idée est de partir d'un exemple complexe, les procédures de distribution.

601. Le pluralisme de la satisfaction et la sécurité objective de l'exécution. La théorie généralde de l'exécution ne propose pas de schéma explicite d'appréciation de la satisfaction des parties, tout au plus, est-il possible de partir du rapport entre le résultat et l'attente initiale. Toutefois, les règles de distribution offre un exemple « *d'interprétation opérative* »[2052] de la satisfaction. L'hypothèse consiste à montrer l'influence d'une procédure distribution dans la détermination de la satisfaction du créancier. En principe, la règle de l'égalité des créanciers a pour fonction symbolique d'assurer un traitement procédural similaire pour tous[2053], mais de manière substantielle la réalisation de l'attente économique dépend de règles dérogatoires organisant la distribution des deniers[2054]. La répartition des deniers est fixée suivant un ordre amiable ou judiciaire[2055] permettant de définir l'état de satisfaction de la masse des créanciers par croisement entre la valeur espérée et la valeur réelle distribuée. L'orde a deux séries d'incidences sur la satisfaction par rapport à l'attente économique. Une incidence négative sous la forme d'exclusion, lorsqu'il à pour conséquence de priver un créancier de la réalisation de son attente économique, de la satisfaction espérée[2056]. Une incidence positive, si le créancier occupe un rang préférentiel assurant la réalisation de l'attente économique[2057]. Quelle que soit la procédure d'ordre retenu, la sécurité juridique est assurée grâce au jeu des contestations qui permet à certains créanciers de disposer de voies de recours en

[2052] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 381. Selon les auteurs, « *l'interprétation opérative – qui est le fait du juge tenu de mettre un terme à une controverse – implique qu'un choix soit opéré entre les possibilités ouvertes par l'interprétation à base de connaissance* », p. 381.

[2053] M. SENECHAL, « Remboursement par les créanciers chorigraphaires des paiements indûment reçus », note sous arrêt Cass. com. 12 mai 2009 (pourvoi n°08-11421), in *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 01 juillet 2009 n°4, p. 3.

[2054] Art. 164 et s. AUPCAP.

[2055] L'AUPCAP ne donne pas une définition de l'ordre, il se contente de l'établir seulement. Pour des précisions terminologiques, v. F-J. PANSIER, « Présentation de la procédure de distribution de prix », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., chap. 15, pp. 1764 et s. l'auteur estime que « *le terme Ordo, venu du latin au XIIe siècle, francisé en Ordre, signifiant organisation, structure, a pris par extension, le sens de classement, hiérarchie, subordination* », p. 1764.

[2056] M. DONNIER, J-B. DONNIER, Voies d'exécution et procédures de distribution, op. cit., pp. 525 et s. les auteurs soulignent que « *contrairement à ce qui se passait pour la distribution par contribution, il n'est plus de l'essence de la nouvelle procédure* ».

[2057] Dans les cas les plus heureux (art. 324 AUPSRVE), la demande de paiement direct assure une pleine sécurité au créancier en ce que le concours n'existe pas ou plus pour lui. V. F-J. PANSIER, « Distribution amiable (nouveau régime) », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., chap. 15.22, pp. 1820 et s.

cas d'irrégularités[2058]. C'est le cas, notamment, des formalités de notification du projet de répartition aux parties intéressées. C'est ce que rappelle l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 mars 2013 relatif à l'éventualité d'une sanction en cas de non observation du délai de notification[2059]. Dans la même logique, l'art. 169 AUPCAP prévoit que le syndic informe le débiteur de l'état d'avancement des opérations de liquidation. Par ailleurs, la sécurité économique des parties qui entretient un lien étroit avec la satisfaction est préservée par les dispositions de l'art. 327 **AUPSRVE** qui prévoit la déclaration actualisée des créances.

602. Dans toutes les hypothèses de concours, voies d'exécution[2060] et procédures collectives d'apurement du passif[2061], l'objectif est de garantir un accès au paiement[2062]. C'est-à-dire, la recherche d'une satisfaction potentielle du créancier. Ainsi, si la sécurité objective semble s'imposer en raison de la procéduralisation du paiement, il s'avère nécessaire de souligner l'importance de la subjectivation de la satisfaction du fait du rôle accordée à la volonté dans le processus. Ce qu'il faut surtout observer, c'est la double dépendance de la satisfaction à des éléments objectifs (ordre, état de collocation, admission créance) et subjectifs (place de la volonté) dans sa construction normative. Alors, la satisfaction même subjectivisée est un état psychologique d'équilibre entre les nécessités de la procédure d'exécution et le résultat que le créancier tire de celle-ci. La situation des créanciers chirographaires l'illustre bien[2063]. De l'opposition classique entre créanciers privilégiés et créanciers chirographaires, l'on retiendra le pluralisme[2064] procédural du paiement qui induit logiquement celui de la satisfaction. A ce titre, la subjectivité de la satisfaction éprouve ses limites en s'adossant aux techniques classiques d'extinction de la

[2058] D. SENECHAL, « Distribution par contribution », in *Defrénois*, 30 avril 1994 n°8, p. 568.
[2059] Cass. 2ème, civ., 21 mars 2013 (pourvoi n°12-13813), in *Gazette du Palais*, 04 avril 2013 n°94, p. 21.
[2060] Art. 324 et s. AUPSRVE.
[2061] Art. 164 et s. AUPCAP.
[2062] Le paiement par erreur fait à un créancier d'un rang inférieur au détriment d'un créancier de rang préférable par le syndic n'est pas répétitible. V. F-J. PANSIER, « Procédure d'ordre », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., n°1542.53, pp. 1861.
[2063] F-J. PANSIER, « Procédure d'ordre », in *Droit et pratique des voies d'exécution*, op. cit., chap. 15.42, pp. 1854 et s. il ressort des propos de l'auteur qu' « *après la collocation des créanciers privilégiés et hypothécaires inscrits…le reliquat des deniers à distribuer reviendra aux créanciers chirographaires…la répartition s'effectuera au marc le franc de leurs créances* », p. 1857.
[2064] A. CISSE, « La pluralité juridique et le droit OHADA », in *Méthodologie du pluralisme juridique* (sous la dir. G. OTIS), Paris, Karthala, 2012, p. 185-200.

créance : la préférence, le prix de la course, etc[2065]. Par conséquent, l'articulation entre les dimensions objectives et subjectives du paiement rend la satisfaction opératoire dans un sens prévisible, conforme à l'exigence de sécurité juridique.

Conclusion chapitre 2 Titre 2

603. L'approche pluridisciplinaire du phénomène juridique permet d'enrichir l'analyse positiviste de l'exécution par la variabilité des rationalités qui la sous-tende. Ainsi, l'acte d'exécution n'apparaît plus comme une simple exigence du créancier sous l'effet de la force exécutoire des décisions de justice, mais comme une prérogative fonctionnelle. En effet, elle se décline sous la forme d'une attente légitime juridiquement protégée avec une composante normative et économique. Si l'attente normative des parties est perçue comme un élément structurel lié à la conception du paiement dans le système juridique considéré, l'attente économique est beaucoup plus flexible en raison de sa nature spécifique. De ce fait, selon la stratégie de recouvrement du créancier et la nécessité de préserver les intérêts du débiteur, l'exigence de sécurité juridique rééquilibre l'intensité des attentes en cause.

604. L'analyse économique permet de soulever les contradictions entre les aspects normatifs et économiques du paiement afin d'améliorer la prévisibilité des contraintes liées à sa réalisation effective[2066]. En effet, l'analyse substantielle confère aux actes d'exécution une importance renouvellée eu égard aux incidents qui affectent le recouvrement et aux moyens deployés afin de les surmonter. La sécurité juridique s'attachant davantage à l'analyse formelle, il est dans l'intérêt du système juridique de prendre en compte les évolutions de la pratique et les attentes spécifiques du créancier hors le droit positif en vue d'apporter les correctifs nécessaires. Ainsi, la dimension économique de l'exécution n'induit pas moins de prévisibilité et de stabilité, mais autorise une hérmeneutique nouvelle propice à l'adaptation de l'acte d'exécution aux circonstances nouvelles. De la sorte, l'exigence de sécurité juridique n'apparaît plus comme un principe à l'ombre de la hiérarchie des normes, mais

[2065] J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens, les obligations*, op. cit., pp. 2471 et s.
[2066] J. CHEVALLIER, « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ? », in *Sécurité juridique et droit économique*, op. cit., pp. 559 et s.

comme une norme[2067] opératoire opposable aussi bien aux institutions qu'aux particuliers dans l'exécution des créances.

Conclusion Titre 2

605. La formulation d'une théorie de l'exécution s'inscrit dans le cadre d'une reflexion plus globale sur la régulation des activités sociales. En effet, elle convoque des éléments liés au droit des contrats, à la procédure civile, aux procédures collectives d'apurement du passif. En outre, elle nécessite la clarification des options législatives quant au modèle de développement économique choisi par l'Etat. Pour toutes ces raisons, l'identification des fondements de la théorie dépend de l'équilibre entre les valeurs essentielles de la société et les intérêts du moment. L'enjeu étant de conférer une identité au modèle de régulation économique retenu.

606. Nous avons essayé de montrer l'influence des nouveaux paradigmes normatifs, certes à géométrie et contenu variables, dans la construction d'une identité propre au modèle de l'exécution des créances dans l'espace OHADA. Le premier constat est d'ordre logique, il met en évidence les insuffisances de l'analyse classique de la norme comme seul outil de performance de l'exécution. Aujourd'hui comme l'admet avec pertinence une certaine doctrine, « *une relation instrumentale ou causale finit par se substituer à une relation évaluative ou normative* »[2068]. Ainsi, la théorie de l'exécution ne sert plus seulement comme référentiel explicatif, mais également comme espace de légitimation de l'action publique et des comportements privés. Cette muatation est ressentie à un double nouveau : axiologique et opérationnel.

607. Au niveau axiologique, l'élan solidariste qui innerve le droit des contrats s'imprime sur son prolongement naturel : l'exécution des créances. Ainsi, les impératifs moraux qui dictent un regard nouveau sur la reconnaisance de prérogatives individuelles opposables entre les parties tiennent compte de la finalité de leur usage et en sanctionnent les abus. Désormais, l'acte d'exécution appelle davantage de coopération entre les parties[2069] et les difficultés, loin d'être des

[2067] Dans le sens d'un principe d'action, v. L. BOY, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation ? », in *Petites Affiches*, 8 janvier 1997 n°4, p. 4.
[2068] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 524.
[2069] M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 383.

fatalités, sont des moments où la solidarité est positivement appréciée par les institutions. Loin d'être un simple ajustement, le glissement de paradigmes confirme le renouvellement de la conception de l'exécution qu'avait déjà amorcé l'AUPSRVE ou la loi du 9 juillet 1991[2070]. La sécurité juridique y est incluse comme valeur normative et performative.

608. Au niveau opérationnel, la théorie de l'exécution s'est enrichie des sciences sociales connexes telles que le management, la gestion, l'économie et la psychologie afin de répondre aux défis de l'adaptation. Ainsi, l'insolvabilité ne représente plus le symbole suprême de l'insécurité juridique pour le créancier. Elle est prise en compte dans l'élaboration des stratégies d'aide aux entreprises[2071] en difficulté et de recouvrement. L'interdisciplinarité permet d'ajuster la sécurité juridique formelle en cas de contrainte en adaptant les réponses aux problèmes par des ressources exterieures à la dogmatique juridique, mais complémentaires et efficaces. Particulièrement, les théories du management du risque jouent une fonction curative et préventive appréciable.

609. La proposition de relecture de l'acte d'exécution à la lumière des principes structurels de l'ordre juridique vise à vérifier l'effectivité de la fonction assignée au principe de sécurité juridique dans le recouvrement. Au demeurant, c'est la déstabilisation des principes structurels qui constitue le facteur explicatif de l'inflation normative[2072] autour de l'exécution influencée par la rationalité instrumentale du recouvrement. De ce fait, la sécurité juridique doit avoir pour objectif de maintenir un niveau de stabilité optimale du système d'exécution des créances et fixer une orientation claire aux normes nouvelles. D'un autre côté, la sécurité juridique s'impose comme baromètre du rapport dialectique entre les pratiques informelles et celles formelles dédiées au recouvrement des créances. L'on pense alors à la prolifération des techniques de transfert du risque d'impayé et à la subjectivation de la valeur dans la perception de l'exécution. A cette fin, la fonction régulatrice assignée à la sécurité juridique équilibre le rapport entre l'objectif et le subjectif pour une meilleure protection des intérêts en présence.

[2070] S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, op. cit., pp. 18-20.
[2071] Redaction Lextenso, « La Commission européenne souhaite moderniser les règles en matière d'insolvabilité », in *Gazette du Palais*, 19 janvier 2013 n°19, p. 5.
[2072] M. NICOD, « En finir avec la surproduction des normes ? », in *Defrénois*, 15 mai 2013 n°9, p. 457.

610. Au final, l'évolution des moyens et techniques d'exécution retrace le conflit épistémologique entre le juridique et l'économique. Loin d'être insurmontable, le point d'équilibre entre ces deux rationalités s'article autour du concept d'efficacité. S'il est en soi porteur d'incertitude, il fédére au moins quant au résultat espéré et sa texture ambivalente permet d'apporter les ajustements nécessaire sans compromettre la finalité de l'exécution.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

611. Les fonctions dévolues à l'exigence de sécurité juridique dans l'exécution tendent vers une finalité identique : la garantie de l'exécution des créances. Il faut reconnaître qu'il est difficile voire impossible d'aboutir à une forme de garantie dont l'efficacité soit absolue. Ainsi, une théorie réaliste du recouvrement des créances doit associer une base théorique solide pour garantir la légitimité des règles relatives au recouvrement à des techniques simples, prévisibles et efficaces en vue d'éteindre l'obligation du débiteur. L'exécution des créances est un processus à double sens, d'une part, elle met en relation un droit subjectif avec un patrimoine, d'autre part, un ensemble d'actes destinés à éteindre le rapport juridique.

612. Le souci d'efficacité pris en charge par l'exigence de sécurité juridique se conçoit à travers le maintien de la garantie structurelle du paiement, c'est-à-dire, la valeur utile du patrimoine du débiteur[2073]. Il est possible d'aboutir à ce résultat en paralysant l'activité économique du débiteur, mais ce serait porter une atteinte excessive à sa liberté patrimoniale. Ainsi, l'impératif de sécurité juridique redevient un instrument de réalisation d'un équilibre entre le droit à l'exécution du créancier et la liberté contractuelle et patrimoniale du débiteur. Pour y parvenir, le principe est de laisser au débiteur l'entière responsabilité de ses actes tant que la situation n'est pas « irrémédiablement compromise »[2074]. Entre ces deux extrêmes, il possible d'initier des actions en vue de préserver la valeur de la créance ou du moins les chances de recouvrer une partie de celle-ci. Le rôle central de la sécurité juridique se situe dans cette perspective : promouvoir la continuité de la fonction de garantie du patrimoine. C'est une condition du maintien de la confiance dans les principes stucturels de la théorie générale des obligations et d'efficacité des transactions. Sans fixer un cadre rigide de cantonnement de la garantie, le législateur permet au créancier ou au débiteur de faire évoluer les formes de conservation de la valeur du patrimoine en l'adaptant à l'environnement factuel du rapport d'obligation. Globalement, la synthèse des techniques classiques relatifs aux droits du créancier sur le patrimoine du débiteur[2075] et des techniques nouvelles facilitant la diffusion du risque d'impayé optimise ce dernier. Ainsi, la sécurité des parties repose sur un ajustement

[2073] V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 384. L'auteur y traite de la fonction du patrimoine avec une insistance sur le cantonnement de la garantie.
[2074] A-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, op. cit., pp. 454 et s.
[2075] Art. 200 et s. COCC.

dynamique de la confiance en fonction des besoins et intérêts de chacun. L'arbitrage de la loi et de la jurisprudence doit rester subsidiaire afin que le contentieux puisse être géré utilement.

613. La construction d'un modèle explicatif d'une théorie efficace de l'exécution passe par la démonstration de la légitimité de son fondement et de la pertinence du contenu. Sur le premier point, la mutation épistémologique du droit subjectif général de créance en un intérêt concret juridiquement protégé tend à renforcer sa fonction de liaison du fond et de la procédure[2076]. En effet, l'acte d'exécution est une réalité ambivalente qui retranscrit l'effet que la politique juridique attache à la méconnaissance du droit subjectif du créancier. A ce propos, la proposition de théorie rend compte des grands bouleversements affectant le droit de l'exécution. En effet, la tendance à la moralisation de l'exécution s'est illustrée avec le changement des paradigmes justificatifs du recours à la contrainte dans les relations privées. D'une part, le fondement moral de l'exécution s'est adossé à la bonne foi malgré l'incertitude qui en relativise le contenu, d'autre part, l'exigence de proportionnalité a permis au juge d'intervenir plus souvent dans un rôle de rééquilibrage des prérogatives des parties. Ainsi, à défaut d'une consécration législative expresse, l'exigence de sécurité juridique semble bien se satisfaire de principes généraux plus usités comme véhicule. Cette démarche se retrouve dans le renouvellement de l'approche procédurale de l'exécution. C'est la possibilité de l'exécution qui semble primer sur sa rigueur d'antan en raison de l'arbitrage entre les intérêts en présence. Ce choix est dicté par un souci d'efficacité du recouvrement. De ce fait, la sécurité objective est maintenue grâce au renforcement de l'effet exécutoire des actes d'exécution, tandis que la sécurité subjective est renforcée par la flexibilité des stratégies de poursuite. Le tout est dépendant d'une conception fonctionnelle du risque qui permet de glisser d'une option rigoureuse vers une option plus conciliante et vis-versa. Par conséquent, il est plus simple d'assurer la sécurité de manière casuistique que d'en faire un principe subjectif aléatoire dans son application[2077].

[2076] T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Thèse, Coll. De thèses, Bruxelles, Larcier, 2005, pp.730 et s.

[2077] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Thèse, op. cit., p. 585. L'auteur s'oppose à juste titre à la consécration d' « un droit à la sécurité juridique » en raison de serieuses réserves qu'elle appelle.

614. L'exécution n'est pas seulement un phénomène normatif, elle est également une réalité économique liée à la valeur patrimoniale de la créance. Dès lors, il appert qu'une théorie détachée cette dimension pécuniaire méconnaitrait la subtilité des enjeux qui se cachent derrière le comportement des parties dans le processus d'exécution. En effet, la fréquence ou le volume des relations d'affaires peuvent durablement influer sur les stratégies de recouvrement et relativiser la vision manichéenne de l'exécution. En réalité, l'influence de la valeur économique de la créance sur l'exécution aboutit à l'admission d'un pluralisme extinctif du rapport juridique. Ainsi, la notion de paiement s'en trouve enrichie par une pratique plus adaptée à la réalité des transactions économiques. Il s'évince de ce constat, une meilleure protection subjective des intérêts des parties sans remise en cause du cadre juridique objectif du paiement. Dans sa dimension pratique, le paradigme de la valeur permet de trouver dans la liberté contractuelle un allié fidèle au principe de sécurité juridique. A ce titre, il convient de rappeler que dans les situations où la loi reste imprécise voire inexistante, la volonté des parties peut trouver les ressources nécessaires à la maîtrise du risque d'impayé. Cependant, il faudra traiter avec une certaine prudence l'outil économique, la différence de logiques crée des tensions quasi insurmontables pour la cohérence de l'ordre normatif. Dans cette perspective, l'analyse économique du droit illustre parfaitement cette rupture à moins de servir de cadre de compréhension des relations de pouvoir entre le créancier et son débiteur.

615. La relecture de l'acte d'exécution suivant les tendances actuelles des rapports économiques et de pouvoirs n'a aucune prétention à la finitude. Elle supposerait que soit figée la science juridique en tant qu'instrument de contrôle du social, or tel n'est pas le cas. La conception pragmatique de l'acte d'exécution reste une proposition réaliste qui tient compte tant des possibilités des parties que des principes intangibles de la théorie générale des obligations. Néamoins, elle suggère les réformes nécessaires à l'amélioration du système de recouvrement des créances pour plus de sécurité juridique.

CONCLUSION GENERALE

616. Leçons de l'analyse. L'hypothèse de l'existence d'un ordre cohérent d'exécution des créances est née avec l'avènement du droit OHADA, plus précisément avec l'adoption de l'AUPSRVE en 1998. A cette occasion, le législateur communautaire a souligné la prééminence de la sécurité juridique comme outil de renforcement de la confiance des investisseurs et moyen d'efficacité du recouvrement des créances. Plus d'une décennie après, le bilan de la réforme du droit de l'exécution reste assez mitigé[2078]. En effet, s'il est à mettre au profit de l'organisation régionale, une revalorisation des actes de procédures et la simplification des démarches visant le recouvrement, des contraintes subsistent quant à leur efficacité réelle[2079].

617. Le réalisme souhaité du droit de l'exécution est *a priori* incompatible avec un système de recouvrement où la protection de la confiance est unilatérale. En effet, l'enjeu reste la viabilité du modèle économique et politique sur lequel s'imprime le droit du recouvrement. Or, s'il s'avère nécessaire de préserver la confiance des créanciers et des prêteurs de deniers, la disparition des débiteurs coïnciderait avec la perte de légitimité du système actuel, voire sa disparition comme modèle rationnel d'organisation sociale[2080]. Par conséquent, si l'exigence de sécurité juridique reste toujours un instrument politique de renforcement de la confiance des investisseurs, il est certain que sa transposition dans notre droit positif soit unidirectionnelle et mette en évidence les contradictions entre les finalités assignées au droit de l'exécution et les moyens d'y parvenir[2081]. Il se pose alors la question du dépassement de cette contradiction au moyen de l'exigence de sécurité juridique.

618. Le principe de sécurité juridique s'affirme d'abord comme un instrument de rééquilibrage des prérogatives dans le recouvrement des créances. La prérogative reconnue au créancier de contraindre son débiteur à s'exécuter s'inscrit nécessairement dans la continuité de l'exercice d'un droit subjectif. Dans cet ordre

[2078] A. CISSE, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie », in *RIDE* 2004/2 t. XVIII, 2, pp. 197-225.
[2079] F. ONANA-ETOUNDI, « La réforme des procédures de recouvrement et voies d'exécution en droit OHADA : Etude pratique de législation et de jurisprudence », in *Revue juridique de droit uniforme africain*, n°1, 2010, Ohadata D-11-12, pp. 29 et s. L'auteur précise dans sa conclusion l'existence d'une « *interprétation et d'une application controversées de cette réforme par les juridictions nationales qui font redouter une autre forme d'insécurité juridique et judiciaire que l'OHADA a pourtant entendu combattre* ».
[2080] A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Editions du Seuil, 2000.
[2081] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Thèse, Paris, Defrénois, Coll. De Thèses T. 35, 2009.

d'idées, la problématique de la légitimité du recours à la contrainte en dehors des voies d'exécution devient un enjeu important de protection du débiteur. Ainsi, en plus des techniques classiques de recouvrement qui ressortissent de la théorie générale des obligations, l'ordre juridique aménage un cadre général de défense des intérêts du débiteur. En effet, en plus de l'ordre public classique, les droits fondamentaux ont acquis un statut particulier donnant un fondement quasi exclusif à l'interventionnisme du juge dans la sphère des relations entre particuliers. La légitimité de cet arbitrage est conforme au discours sur la responsabilité des titulaires de pouvoir[2082]. Le créancier est investit d'un droit légitime mais il doit en user en conformité avec des valeurs supérieures symbolisant l'essence de l'ordre normatif[2083]. Alors, la corrélation entre la contrainte et les valeurs essentielles à l'idéologie politique et économique dominante offre un pléthore d'outils interprétatifs et prohibitifs facilitant le renouvellement du contrôle de la contrainte sans atteinte excessive au droit à l'exécution du créancier. En somme, la référence aux droits humains constitue une ouverture de la politique d'exécution des créances aux exigences de la validité plurielle dans le discours juridique[2084]. Il n'en reste pas moins que le droit de l'exécution revendique une certaine autonomie dans l'organisation de la contrainte légitime[2085]. Elle s'affirme à travers la mise en place d'un ensemble d'actes de procédure destinés à satisfaire les prévisions du créancier. Quelle que soit la dimension des procédures d'exécution (individuelles ou collectives) des créances, l'objectif est de protéger les droits individuels de chaque intervenant. L'exigence de sécurité juridique se traduit ici par des mécanismes de garantie processuelle rattachés à la validité et à l'utilité des voies d'exécution. Le système OHADA n'est pas révolutionnaire de ce point de vue, c'est plutôt un surcroit de pragmatisme qui est à rechercher dans ses règles. Mais force est de constater que l'absence d'une hiérarchie claire entre les valeurs sous-jacentes au système relativise le rayonnement attendu du principe de sécurité juridique. C'est pourquoi, la seule réalisation d'un équilibre est une entreprise précaire, c'est dans son dynamisme que la sécurité doit être retrouvée.

[2082] M. DELMAS-MARTY, *Résister responsabiliser anticiper*, Paris, Editions du Seuil, 2013, pp. 139 et s.
[2083] M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992.
[2084] F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987.
[2085] S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2009.

619. L'exigence de sécurité juridique doit suivre l'évolution des relations de pouvoir dans le rapport d'obligation. Elle révèle une grande complexité tant psychologique que matérielle. Au surplus, la dimension patrimoniale de la créance atténue la validité de l'analyse juridique dogmatique de l'exécution. Dans ce sens, il ne faut pas occulter l'incidence du fait économique dans l'appréciation judiciaire des incidents de recouvrement. Ainsi, même si le choix implicite d'une continuité de l'exécution est à souligner, sa possibilité réelle est désormais le principe explicatif de l'effectivité de son arsenal normatif. Dès lors, le premier constat est celui d'une adaptation accentuée des mesures d'exécution à la situation patrimoniale du débiteur. Tant dans les procédures individuelles que collectives, l'aspiration légitime est d'intégrer le risque d'insolvabilité dans la prise de décision. Ainsi, même si le résultat est plus tourné vers la sécurité matérielle, la finalité est de renforcer l'effectivité des décisions prises. Sur le plan systémique, c'est une garantie structurelle de la sécurité des parties qui justifie la flexibilité du modèle de contrôle des informations patrimoniales, mais également la rigidité de celui des droits fondamentaux du débiteur. Cette relation complémentaire réhabilite la primauté d'une conception légaliste de la sécurité juridique sur la rationalité purement économique des prévisions stratégiques du créancier. Le contrôle du phénomène de transfert des risques d'impayés, soit par le droit des sûretés, soit par les mécanismes de la circulation de la créance en est une parfaite illustration. En outre, le second constat est celui d'un renouvellement de la rationalité judiciaire[2086] face aux problèmes de l'exécution. Il pose un problème plus général de légitimité du modèle judiciaire, notamment d'appréciation des décisions quant aux critères de légalité et d'opportunité. La prise en charge de l'exigence de sécurité juridique et judiciaire par le modèle en vigueur souffre d'une imprécision des règles de compétence (juge de l'exécution) et d'effectivité des décisions. Ces contraintes, espérons-le, conjoncturelles traduisent des préoccupations supérieures liées à la philosophie et à l'organisation de la justice[2087]. Il faut cependant noter que l'hypothèse d'une garantie substantielle de l'exécution par l'exigence de sécurité juridique offre des réponses théoriques à un recouvrement praticable. En effet, la faisabilité de l'exécution tient autant à la procédure qu'aux

[2086] *Les magistratures économiques*, numéro spécial, RIDE 1997/2, t. XI. Les réflexions de P. MARTENS sur la notion de magistrature économique et de la frontière entre le juridique et l'économique témoignent de l'interpénétration accrue entre ces domaines et des difficultés liées à la performance de la résolution de ce contentieux, pp. 109-124.
[2087] M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. QSJ, 2010.

choix individuels des acteurs. Il importe alors de proposer un modèle conceptuel qui permette un choix raisonnable par le créancier et une exécution possible pour le débiteur. Pour ce faire, la dimension éthique de la démarche est tout aussi importante que son opérationnalisation. De même, l'articulation entre le juridique et l'économique rendrait compte d'un souci d'effectivité de l'acte d'exécution. Comme toute théorie, elle souffre de réserves, mais s'inscrit dans le cadre d'une compréhension du contrôle de la contrainte par l'ordre juridique et, à ce titre, elle est parfaitement concevable.

620. Eléments de réponse. L'étude entreprise ici répond à la capacité du droit à garantir la confiance en ses propres ressources dans la préservation des intérêts légitimes de chaque partie au recouvrement des créances. En effet, il s'agit de surmonter un double défi d'ordre interne et systémique. D'abord, un enjeu lié à la politique juridique qui doit restituer au droit de l'exécution toute sa cohérence ; ensuite, une justification de la technique juridique proposée. Devant ces interpellations, force est de constater que l'absence d'une consécration explicite du principe de sécurité juridique est le premier facteur d'insécurité dans l'exécution des créances. La simple reconnaissance du principe, même en étant fort opportune, laisse en suspens des contraintes conceptuelles rédhibitoires pour la sécurité juridique formelle et substantielle. L'interprétation et l'application des textes portent cette incertitude dommageable à l'exigence de prévisibilité. Fort heureusement, les ressources proposées par la théorie générale du droit[2088] permettent de combler cette lacune en surmontant les apparentes contradictions entre le formel et le substantiel. La sécurité juridique étant l'une des finalités de l'ordre juridique, il est possible d'y puiser les instruments nécessaires à l'arbitrage des intérêts individuels des acteurs du recouvrement. De telle sorte que le défaut de consécration du principe ne puisse être un obstacle définitif à son intégration dans le champ de l'exécution des créances. Le défi systémique se pose en termes de cohérence et de légitimité du droit de l'exécution ; plus précisément, la vérification du postulat de cohérence de la loi posé par l'institution communautaire. Il convient de souligner comme le montre l'étude que si la dimension symbolique et déclaratoire du droit OHADA réalise ce souhait, l'analyse sociologique et économique du système montre

[2088] J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 4ème édition, 2003, pp. 6 et s.

des insuffisances qui en limite la performance. Certes, il n'existe pas de modèle normatif absolu d'effectivité du recouvrement des créances mais des logiques raisonnables d'appropriation des principes d'exécution des créances. Dans le sillage de ce problème d'optimisation combinatoire, il appartient aux interprètes officiels de la loi de trouver la solution optimale. En définitive, l'exigence de sécurité juridique est un algorithme dans la théorie du contrôle de l'exécution des créances. Pour prendre position, nous dirons que cette conception fonctionnelle et instrumentale permet de contourner les contingences discursives pour s'attacher à l'utilité réelle du concept dans le recouvrement des créances.

621. Perspectives. Le recouvrement des créances comporte des enjeux normatifs, sociologiques, économiques et axiologiques indéniables. L'identité du modèle d'exécution des créances dans un Etat de droit est, dans cette mesure, fonction d'une hiérarchisation réaliste des valeurs à promouvoir. L'intérêt n'est pas seulement de remédier à une anomalie dans l'exécution d'une obligation mais d'instaurer la confiance dans la régulation des activités économiques. En effet, dans un contexte de pauvreté avérée, le crédit est l'un des moteurs du développement économique tout autant que l'emploi. Dès lors, les politiques de sécurisation du crédit participent au renforcement du progrès social et à la généralisation du bien-être collectif. En outre, la démocratisation de l'accès au crédit est un puissant outil de lutte contre l'inégalité et les exclusions sociales. Toutefois, il importe de souligner que ces objectifs ne sont possibles que si le droit remplit sa fonction de restauration de la confiance entre les acteurs de la vie économique. L'exigence de sécurité juridique est certes un cadre d'expression favorable à la confiance, mais elle n'en constitue pas l'unique moyen. Le droit à l'exécution ayant le statut de droit subjectif, sa protection s'insère dans la problématique globale de la garantie des droits subjectifs par leur institutionnalisation.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux pages)

A

à priori, 17, 18, 30, 39, 94, 99, 107, 134,
abus de droit, 64, 79, 80, 84, 311, 326, 474, 556
accessoire, 34, 160, 167, 348, 352,
acte, 512
acte extrajudiciaire, 46, 75, 116
actes conservatoires, 103, 104, 318, 320, 322
actes judiciaires, 18
actes préparatoires, 113, 144, 239
actif recouvrable, 274, 283, 303, 399
action collective, 310
action directe, 306, 307, 311
action oblique, 105, 171, 305, 306, 308, 309, 310, 311, 358
actions en paiement, 200
agents de recouvrement, 68, 83
analyse économique, 20, 81, 84, 96, 111, 137, 215, 223, 491, 499, 505
analyse formelle, 8, 38, 57, 74, 82, 87, 490, 499, 564
analyse substantielle, 20, 21, 57, 71, 73, 74, 491, 499, 550, 564
analyse systémale, 20, 21, 107
approche conceptuelle, 12, 44, 189
approche plurale, 12, 21
arbitrage, 25, 71, 188, 215, 216, 228, 232, 267, 276, 324, 342, 419, 435, 442, 446, 447, 448, 449, 453
architecture normative, 9, 76, 269
assiette de recouvrement, 275, 278, 281, 293, 383
astreinte, 74, 125, 126, 127, 128, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137
atteinte, 6, 12, 34, 69, 102, 146, 249, 250, 253, 409, 419, 508
attente conventionnelle, 459, 464, 465, 468
attente économique, 450, 458, 480, 481, 487, 489, 490, 491, 492, 493, 495, 497, 499
attente juridique, 458, 459, 460, 461, 462, 464, 469
attente réelle, 467
attente subjective, 219, 348
attentes légitimes, 26, 38, 217, 218, 221, 265, 274, 283, 301, 318, 319, 326, 336, 369, 381, 404, 449, 450, 457, 492, 546
attentes objectives, 348
attractivité du droit, 4
autonomie de la volonté, 24, 62, 84, 85, 122, 136, 137, 215, 266, 283, 329, 338, 445, 446, 493
autorité formelle, 7
autorité publique, 6, 137, 147, 168, 232

B

bonne foi, 84, 92, 105, 108, 121, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 415

C

caducité, 47, 116, 196, 233, 234, 243, 244, 245, 246, 536
caution, 66, 67, 363, 364, 365, 371, 372, 373, 377, 378, 379
cautionnement, 66, 67, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 368, 369, 370, 371
cession de créance, 82, 335, 336, 342, 343, 348, 349, 351, 359,
cessions Dailly, 350
circulation des créances, 82, 339, 352, 355, 398
clause compromissoire, 351, 352, 354, 446
clause d'inaliénabilité, 284, 285, 286
clause de dédit, 31
clause de voie parée, 66, 206, 386
clause pénale, 2, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 63, 137, 138, 244, 538, 544, 546
clauses élusives de responsabilité, 32
clauses litigieuses, 365
Code de procédure civile, 3, 4, 14, 17, 88, 238, 338
codification, 3, 12, 258, 264, 296, 380, 467
cohérence, 10, 112, 142, 173, 203, 205, 242, 268, 432, 436, 438
concept, 5, 6, 7, 8, 11, 13
concordat, 41, 42, 67, 315, 317, 318, 319, 409, 412, 449
confiance, 9, 141, 507, 511
conflit d'intérêt, 467
conflits, 39, 321, 327, 355, 358, 388, 419
conformité, 8, 17, 71, 86, 99, 102, 114, 157, 172, 232, 248, 272, 289, 412, 421, 453, 508, 545
conjoint, 70, 163, 282, 287, 290, 292, 298, 443, 559, 564
consécration, 5, 7, 8, 9, 35, 46, 50, 189, 265, 284, 356, 401, 437, 504, 505, 510, 544
consignation, 124, 190, 197, 198, 383
contentieux, 117, 149, 191, 327, 433, 442
continuité juridique, 23, 141
contractualisation, 26, 99, 106, 122, 480
contraintes, 5, 99, 215, 327
contrat, 29, 38, 65, 101
contrepartie, 52, 92, 127, 140, 156, 297, 313, 326, 350, 374, 425, 430, 442, 458, 460, 491
contrôle, 8, 11, 17, 19, 21, 41, 216, 461

contrôle judiciaire, 18
Cour de cassation, 7, 31, 35, 47, 53, 131, 165, 185, 187, 209, 214, 225, 357
créance d'aliments, 88, 298
créances, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 281, 455, 491
créances publiques, 15
créancier gagiste, 218, 383, 387, 388
créanciers chirographaires, 42, 160, 191, 216, 360, 498
crédit, 2, 330, 386, 479, 511
critère, 189, 216, 421, 423, 492, 496
croyance, 11

D

dation en paiement, 493
débiteur, 2, 3, 4, 12, 17, 300, 306, 308, 315, 328
délai raisonnable, 59, 170, 243
délais de grâce, 87, 88, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 103, 107, 108, 127
délais de procédure, 7, 117, 245
démarche casuistique, 296, 319, 351, 371, 407, 411, 476
dessaisissement, 317, 318, 320, 321, 322, 324
dettes, 2, 13, 88 108, 290, 291, 484
dignité humaine, 28, 69, 279, 338, 417, 439, 442
discontinuation des poursuites, 409
discours, 5, 26, 63, 93, 173, 410, 423, 438, 465, 508, 545, 561
distribution des deniers, 3, 171, 177, 214, 264, 385, 425, 497
dommages et intérêts, 47, 52, 68, 80, 98, 111, 129, 136, 137, 258, 568
Droit:
d'être jugé dans un délai raisonnable, 145, 153, 547, 554;
droit de la défense, 145, 153, 547, 554;
droit à un procès équitable, 145, 153, 547, 554; droits de l'homme, 145, 153, 547, 554;
droits civils et politiques, 145, 153, 547, 554;
droits fondamentaux, 145, 153, 547, 554
droit à l'exécution, 4, 16, 17, 18, 25, 59, 100, 111, 197, 205, 226
droit à l'information, 158, 159, 160, 161, 164, 167
droit à un procès équitable, 145, 153, 547, 554
droit commun, 16, 31, 79, 107
droit d'être jugé dans un délai raisonnable, 145, 153, 547, 554
droit de poursuite, 281, 282, 372
droit fondamental, 7, 17, 23, 69, 73, 76, 80, 82, 87, 91, 93, 99, 120, 159, 160, 221, 284, 399, 403, 455, 562
droit international privé, 16, 151, 157, 208, 537
droit pénal, 16, 83, 162, 251, 253, 565
droit personnel, 14, 77, 165, 384, 557
droit positif, 7, 9, 44, 401
droit privé, 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 14, 19, 21
droit subjectif, 9, 18, 58
droit substantiel, 24, 25, 64, 78, 234, 249, 280, 494
droits de l'homme, 18, 24, 59, 62, 70, 71, 160, 205, 280, 399, 406, 419, 439, 441, 528, 531, 547, 553

E

effectivité, 76, 144, 188, 192, 355, 356, 358
effet comminatoire, 28, 33, 68, 74, 83, 113, 119, 121, 122, 125, 133, 134, 135, 136, 139, 205, 249
effet incitatif, 33, 54, 74, 76
effet libératoire, 54, 358, 390
efficacité juridique, 4, 20, 77, 112, 457
égalité, 16, 26, 43, 56, 416
enjeu, 2, 230, 360
équilibre, 24, 28, 96
éthique, 405
exception d'inexécution, 43, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 63, 325, 356, 373, 538, 548, 564
exécution, 14, 15, 16,
exécution des créances, 2, 4, 18, 20, 143, 269, 291, 401, 440, 480, 503, 508, 510
exécution forcée, 18, 23, 24, 49, 78, 101, 168, 210
exécution praticable, 20, 272, 401, 419, 423, 424, 426, 427, 431, 432, 459, 468
exécution provisoire, 155, 156, 213, 296
exécution volontaire, 49, 87, 90, 102, 139, 177, 405, 430, 446, 447, 460
exéquatur, 150, 153, 207, 230
exigence, 4, 7, 8, 9, 11
exigibilité, 26, 45, 46, 49
expulsion, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 149, 161, 169, 191, 205, 248, 260, 268

F

fiction juridique, 60, 165, 275, 328, 416
finalités, 5, 8, 11, 17, 25, 206, 271
fonction, 37, 41, 260, 458, 469, 475
fondamentalisation, 17, 205, 280, 399, 456, 463
force exécutoire, 25, 119, 124, 125, 139, 153, 157, 168, 203, 265, 405, 434, 442, 452, 456, 457, 499
force obligatoire, 26, 56, 100
formalisme, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 284
formalités, 15, 256, 341
formule exécutoire, 18, 121, 122, 123, 124, 125, 153, 154, 156, 157, 168, 245, 459
fraude, 105, 311, 312, 313, 314, 315, 346
fraude paulienne, 312

G

gage général des créanciers, 146, 271, 273, 274, 283, 311, 314, 315, 317, 318
garantie de passif, 354

garanties, 347, 349, 351, 352, 353, 354, 355, 357, 359, 360, 364, 366, 368, 371, 380, 381, 382, 384, 392, 396, 398, 452
garanties conventionnelles, 353

H

herméneutique, 10, 465
hiérarchisation, 95, 96, 210, 211, 212, 213, 214, 215
homologation, 41, 315, 318, 449

I

idéologie libérale, 20
immobilisme, 11, 229, 401
immunité d'exécution, 16, 224, 225, 227, 228, 229, 230
impayé, 29, 37, 43, 461, 470
impératif, 7, 10, 27
incertitude, 29, 266, 307, 309
indisponibilité, 188, 189, 190, 192, 196
inégalités, 19, 229, 371, 407, 414, 416, 419, 426
inopposabilités, 293, 304, 317, 325, 326, 328
insaisissabilité, 64, 88, 189, 227, 275, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 286, 287, 288, 297, 299, 331
insécurité juridique, 8, 25, 490
insolvabilité, 170, 304, 376, 472
intégration régionale, 4
intelligibilité, 143, 144
intérêt, 95, 443, 449, 450, 451, 455, 458, 460, 461, 463, 465, 466, 467
intérêt général, 19, 23, 58, 208, 256, 280, 399, 460, 467
intérêts compensatoires, 47, 136, 376
intérêts moratoires, 45, 48
interprétation, 20, 21, 24, 25
intersubjectivité, 361, 455, 477
intervention préalable du juge, 18, 61, 145, 146, 149, 150, 154, 173
investisseurs, 2, 3, 116, 149, 284, 478, 507

J

juge administratif, 145, 153
juge constitutionnel, 145, 153
juge des référés, 71, 73, 74, 86, 90, 103, 132, 191, 296, 408, 441, 473
juge judiciaire, 7, 61, 78, 145, 153, 174, 432
jugements, 150, 155, 157, 161, 165, 231, 233, 296, 441
juridiction, 3, 227, 431, 435, 437, 441
juridictionnel, 12, 14, 431, 432, 434, 436, 439, 447, 450
justice, 2, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 24, 56, 409, 436, 438, 452
justice contractuelle, 35, 426, 447
justiciable, 11, 227, 233, 239, 240, 257, 441

L

légitime, 8, 9, 11, 17, 19, 24, 29, 221, 304, 475
légitimité, 403, 405, 419
liberté individuelle, 58, 69, 220
lien matrimonial, 120, 291, 293
logiques, 2, 12
loi contractuelle, 35, 153
lois nouvelles, 2

M

masse des créanciers, 111, 322, 323, 326, 328, 329, 330, 472, 497
médiation judiciaire, 153
médiation pénale, 153
médiation sociétale, 153
mesure de clémence, 90, 91, 92, 106, 290, 407
méthode, 20, 24
mise en demeure, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49
mode alternatif, 39
modèle, 3, 4, 18, 19, 24, 432, 445
motivation, 10, 145
moyen de pression, 55, 128, 131, 375
moyens de défense, 20, 67
moyens de paiement scripturaux, 298

N

négociation, 37, 38, 39, 41, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 453, 454
nominalisme monétaire, 190, 482, 486
normes, 6, 7, 9, 18, 57
notification, 165, 166
notions juridiques, 5, 93, 545
nullité, 233

O

objectif, 6, 12, 19, 26, 29, 385
objectivation, 249, 369, 376, 403, 409, 411, 428, 455, 460, 478, 482, 484
objective, 212, 366, 411, 427, 480, 496, 498
obligations, 2, 3, 12, 13, 15, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 33, 35, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57
OHADA, 3, 4, 5, 12, 17
opposabilité, 170, 313, 336, 341, 391
ordonnance, 74, 114, 115, 117, 119
ordre juridique, 2, 6, 8, 11, 15, 19
ordre public, 20, 99, 100
organisation judiciaire, 3, 91, 431, 432

P

pacte commissoire, 66, 386
paiement, 29, 147, 200, 378, 391, 393, 394, 395, 397, 465, 488, 493

paiement volontaire, 204, 301
paradigme, 440, 444
patrimoine, 79, 146, 212, 272, 333
pensée juridique, 6, 17, 19, 21, 60, 526
période suspecte, 249, 293, 326, 328, 329, 397
perspective épistémologique, 8
phénomène juridique, 6, 401, 499
politique juridique, 4, 7, 10, 13, 208, 468
politique législative, 35, 146
possession, 14, 152, 183, 384, 392, 395
pouvoir, 13, 17, 18, 19, 20, 28, 83
pragmatisme, 20, 60, 189, 190, 224, 229, 239, 242, 320, 401, 418, 432, 444
pratiques informelles, 12, 501
prééminence du droit, 18, 70, 77
prérogative, 6, 8, 11, 17, 18, 28, 29
prérogatives individuelles, 11, 19, 63, 207, 268, 500
présomption, 9, 51, 108, 134, 156, 175, 183, 192, 253, 281, 293, 320, 407, 411, 412
prestation promise, 14, 26, 30, 218, 223
prestation satisfactoire, 463
prestations salariales, 338
prétention, 26, 28, 96, 193
prévisibilité, 8, 9, 10, 29, 30, 171, 229, 341, 342
prévision du créancier, 17, 395, 490
prévisions, 8, 11, 286, 398
principe d'indivisibilité, 466
principe de territorialité: exécution, 16
principe du contradictoire, 74, 93, 118, 123, 124, 130, 166, 176, 302, 323, 452
principes contractuels, 24, 29, 43, 109, 160, 364
principes fondamentaux, 3, 178, 226, 315, 447
principes structurels, 23, 264, 501
privilège, 15, 23, 306, 385
prix, 197, 198, 199
procédure civile d'exécution, 3
procédure d'injonction, 61, 98, 113, 114, 116, 117, 122, 123, 125
procédures collectives, 106, 200, 316
procédures de recouvrement, 4, 12, 13, 15, 17, 64, 124, 239, 245, 439, 444, 507
procès équitable, 14, 120, 124, 145, 186, 242, 250, 255, 409, 411, 440, 441, 442, 450, 455
procès-verbal, 72, 119, 120, 122, 173, 174, 175, 182, 183, 197, 199, 236, 240
professionnels, 162, 287
proportionnalité, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430
propriété, 76, 83, 198, 390
propriétés, 6, 126
protection, 4, 8, 9, 13, 17, 18, 24, 27, 77, 149, 336, 340, 341, 342, 391
publicité, 82, 162, 177, 178, 181, 182, 188, 199, 288, 323, 325, 342, 359, 382, 383, 385, 389, 391, 395

Q

qualification, 6, 7, 10, 14, 156

R

raisonnement, 7, 19, 442
raisonnement judiciaire, 7, 48, 89, 94, 442
rationalisation, 39, 58, 108, 120, 150, 157, 203, 204, 287, 377, 402, 403, 413, 432, 434, 444
rationalité économique, 20, 82, 399, 417, 418, 442, 447, 492, 493
recours, 29, 374, 375, 378, 379
recouvrement amiable, 24, 25, 61, 69, 82, 83, 229, 253, 264, 415, 441, 447, 448, 476
recouvrement des créances, 2, 4, 12, 15, 19, 20, 21
redressement judiciaire, 112, 316, 317, 318, 320, 321, 359, 385, 409, 415, 433, 484
rééquilibrage, 25, 507
reflexivité, 8
règlement préventif, 110, 316, 317, 318, 319, 415, 433, 449
règles de preuve, 52, 114, 152
régulation, 2, 6, 12, 19, 21, 57
requalification, 20, 76, 367, 368
responsabilité, 32, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 322, 330
responsabilité civile, 68, 252, 253, 254, 257, 258, 262, 313, 324
retard, 44, 46, 48, 107, 108, 127, 130, 134, 176, 378, 472, 546
risque, 28, 37, 43, 249, 304, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478
risque d'impayé, 29, 37, 43, 476

S

saisie immobilière, 150, 168, 179, 180, 184, 186, 187, 198, 206, 210, 233, 386, 422
saisie-attribution, 104, 105, 160, 188, 193, 194, 195, 200, 213, 219, 240, 246, 255, 256, 359, 388, 455, 488
saisies, 172, 180, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 211
saisies conservatoires, 3, 104, 150, 151, 172, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 211, 218
saisies exécutoires, 172, 178, 179, 192, 212
saisie-vente, 104, 180, 181, 182, 192, 193, 194, 196, 201, 205, 213, 449
saisissabilité, 79, 227, 229, 231, 287, 297
salarié, 289, 296, 331, 485
sanction, 232, 247, 312, 324
satisfaction du créancier, 465, 468, 469, 485, 489, 490, 495, 496, 497
satisfaction objective, 495
sécurité juridique, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 29

sécurité négociée, 106, 120, 477
sécurité sociale, 16, 281, 297
sécurité subjective, 220, 260, 402, 445, 447, 450, 466, 485, 489, 504
solidarité, 413, 414, 415, 416, 417, 418
stabilité, 5, 8, 9, 11, 25, 28,130, 226
standards, 295, 317, 372, 394, 419, 428, 470, 471
stratégies, 20, 95
subjectiviste, 8
surendettement, 107, 108, 109, 294
sûreté personnelle, 361, 366
sûreté réelle, 361, 384, 425
sûretés, 359
sûretés négatives, 360
suspension, 86, 87, 88, 90, 94, 95, 97, 99, 100, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 110
suspension des poursuites, 108
syndic, 317, 319, 320, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 330, 389, 397, 498
système, 6, 7, 9, 11, 12, 18, 20, 21, 24, 26, 436
système normatif, 6, 8
systémique, 6, 9, 21, 26, 70, 111, 143, 337, 396, 405, 424, 462, 474, 476, 478, 479, 509

T

technique contractuelle, 33, 37
technique juridique, 71, 190, 193, 225, 229, 290, 292, 297, 389, 401, 416, 417
temporalité, 6, 125, 131, 237, 244, 465, 482, 492
théorie, 4, 5, 10, 11, 15, 16, 17, 20, 24, 25
titre, 152
titre exécutoire, 18, 147, 148, 151, 152, 154, 155, 195, 204, 210, 220, 238, 246, 256, 423
titres cambiaires, 147
transactions, 10
transfert du risque, 48, 478, 479
transfert fiduciaire, 390, 392
transparence, 24, 143
transport de créances, 354

U

unité structurelle, 13, 347, 460

V

valeur, 480, 481, 482, 483, 485, 486, 487, 488
valeur économique, 223, 281, 505
valeur potentielle, 486, 487, 488
validité, 6, 17, 21, 336
vente amiable, 181, 196, 197, 198, 206, 251, 252, 386
voies d'exécution, 12, 17, 18
vulnérabilité, 71, 92, 93, 175, 271, 331, 386, 408, 468, 472

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX - TRAITES – MANUELS – OUVRAGES COLLECTIFS

- ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.),

Dictionnaire de la culture juridique, Paris, PUF, 2003.

- ARNAUD (A-J.),

Critique de la raison juridique, t. 1 : Où va la sociologie du droit ?, Paris, LGDJ, 1981, 456 p.

- BARTHEZ (A-S.), HOUTCIEFF (D.),

Les sûretés personnelles, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2010.

- BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) sous la dir.,

Droit du commerce international, Paris, Litec, 2005.

- BERGEL (J-L.),

Méthodologie juridique, Paris, PUF, coll. Thémis, 2001.

- BOLZE (A.),

Procédures collectives et sûretés, Paris, Vuibert, 2006.

- BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N.),

Droit des sûretés, Paris, Sirey, 3ème édition, 2012.

- BOY (L.), RACINE (J-B.), SIIRIAINEN (F.) *sous la dir.,*

Sécurité juridique et droit économique, Bruxelles, Editions Larcier, 2008.

- BRENNER (C.),

Voies d'exécution, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2001.

- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (P.),

Droit des sûretés, Paris, Litec, 2008.

- CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.),

Droit de la consommation, Paris, Dalloz, 7ème édition, 2006.

- CARBONNIER (J.),
  - *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, 1996.
  - *Droit civil : les biens, les obligations*, Paris, PUF, 2004.
- CLAMOUR (G.), UBAUD-BERGERON (M.) *sous la dir.,*

Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GUIBAL, vol. 1 et 2, Montpellier, CREAM, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006.

- COSTA (D.),

Les fictions juridiques en droit administratifs, Paris, LGDJ, 2000.

- COTE (P-A.),

Interprétation des lois, Québec, Les éditions Yvon Blais, 1990, 766 p.

- COUTU (M.),

Max Weber et les rationalités du droit, Paris, LGDJ, 1995.

- CROCQ (P.), PICOD (Y.),

Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, Actes du colloque organisé par la revue Droit et procédures, Perpignan, les 9 et 10 juin 2006, Paris, Editions juridiques et techniques, 2006.

- DELMAS-MARTY (M.),
  - *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1992.
  - *Résister, Responsabiliser, Anticiper*, Paris, Editions du Seuil, 2013.
- DEMOGUE (R.),

Les notions fondamentales du droit privé, Editions mémoires du droit, Paris, 2001.

- DERRUPPE (J.),

La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Paris, Dalloz, 1952.

- DESMONS (E.),

Droit et devoir de résistance en droit interne : contribution à une théorie du droit positif, Paris, LGDJ, 1999.

- DONNIER (M.), DONNIER (J-B.),

Voies d'exécution et procédures de distribution, Paris, Litec, 8ème édition, 2008.

- DOUCHY (M.), MENUT (B.),

Transmission, signification ou notification des actes, Paris, Litec, Editions du Juris-classeur, 2002.

- DUBOUCHET (P.),

La pensée juridique avant et après le Code civil, Paris, l'Hermès, 4ème édition, 1998.

- DUGUIT (L.),

Le pragmatisme juridique, Paris, Editions la mémoire du droit, 2008.

- DUPRE de BOULOIS (X.),

Le pouvoir de décision unilatérale, Paris, LGDJ, 2006.

- DU MARAIS (B.),

Droit de la régulation économique, Paris, Dalloz, 2004.

- EINSTEIN (A.),

La relativité : théorie de la relativité restreinte et générale, la relativité et le problème de l'espace, Paris, Petite bibliothèque Payot, 2001.

- FABRE-MAGNAN (M.),

Introduction au droit, Paris, PUF coll. QSJ, 2010.

- FLOUR (J.), AUBERT (J-L.), FLOUR (Y.), SAVAUX (E.),

Les obligations : le rapport d'obligation, Paris, Sirey, 4ème édition, 2006.

- FONTAINE (M.), VINEY (G.) *sous la dir.,*

Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé, Paris, LGDJ, 2001.

- FRYDMAN (B.), HAARSCHER (G.),

Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 3e édition, coll. Connaissance du droit, 2010.

- GAUTHIER (D.),

Morale et contrat : Recherche sur les fondements de la morale, Belgique, Mardaga, 1986.

- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.),

Traité de droit civil : Le régime des créances et des dettes, Paris, LGDJ, 2005.

- KELSEN (H.),

Théorie pure du droit (traduit par C. EISENMANN), Paris, LGDJ, 1999.

- KUATE TAMEGHE (S. S.),

Jalons d'une habilitation à diriger des recherches : une expérience à partir du droit issu du traité OHADA, Paris, l'Harmattan, 2007.

- LAUBA (R.), RUELLAN (F.),

Le contentieux de l'exécution, ENM, volume 1, 2002.

- LEBORGNE (A.),

Voies d'exécution et procédures de distribution, Paris, Dalloz, 1ère édition, 2009.

- LE CORRE (P-M.),

Droit des entreprises en difficulté, Paris, Dalloz, 4e édition, 2011.

- LE TOURNEAU (P.) *sous la dir.,*

Droit de la responsabilité et des contrats, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2012-2013.

- LIENHARD (A.),

Procédures collectives, Paris, Dalloz, Delmas Editions, 4ème édition, 2011.

- LORDON (F.),

D'un retournement l'autre, Paris, Seuil, 2011.

- MAITRE (G.),

La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, Paris, LGDJ, 2005.

- MBAYE (K.),

Les droits de l'homme en Afrique, Paris, Pedone, 1992.

- MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.),

Les obligations, Paris, Defrénois, 2004.

- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.), THOUVENOT (S.),

Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Paris, Litec, 2004.

- MAYER (P.), HEUZE (V.),

Droit international privé, Paris, Montchrestien, 7ème édition, 2001.

- MESTRE (J.) *sous la dir.,*

La cessation des relations contractuelles d'affaires, Actes colloque de l'Institut droit des affaires d'Aix-en-Provence 30-31 mai 1996, PUAM, 1997.

- MOLFESSIS (N.),

Le conseil constitutionnel et le droit privé, Paris, LGDJ, 1997.

- MOTULSKY (H.),

Ecrits : études et notes de procédure civile, Paris, Dalloz, 1973.

- NACHI (M.),

Justice et compromis, élements de sociologie morale et politique, Liège, Les éditions de l'Université de Liège, 2006.

- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.),
  - *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987.
  - *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
  - *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1992.

- OST (F.),

Shakespeare : La comédie de la loi, Paris, Michalon Editions, coll. Le bien commun, 2012.

- PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.),

Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984.

- PERROT (R.), THERY (P.),

Procédures civiles d'exécution, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2005.

- PIEDELIEVRE (S.),

Droit de l'exécution, Paris, PUF, coll. Thémis, 2009.

- PICOD (Y.),

Droit des sûretés, Paris, PUF, coll. Thémis, 2008.

- POUGOUE (P-G.), KALIEU ELONGO (Y. R.),

Introduction critique à l'OHADA, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 2008.

- PUTMANN (E.) *sous la dir.*,

L'accès à la justice, Marseille, PUAM, 2007.

- RIDEAU (J.) *sous la dir.,*

Le droit au juge dans l'UE, Paris, LGDJ, 1998.

- SACCO (R.),

Le droit africain, Anthropologie et droit positif, Paris, Dalloz, 2009, 566 p.

- SAINTOURENS (B.), GATUMEL (D.),

Droit du crédit, droit du travail, Paris, Vuibert, 1996.

- SAVY (R.),

L'épreuve du temps : Ecrits autour du droit public, Limoges, PULIM, 2007.

- SEN (A.),

Repenser l'inégalité, Paris, Editions du Seuil, 2000.

- SOINNE (B.),

Les mandataires de justice, Paris, Litec, Editions du Juris-classeur, 2003.

- STANGUENNEC (A.),

Le questionnement moral de Nietzsche, Presses Universitaires Septentrion, 2005.

- SUPIOT (A.),

Critique du droit du travail, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2002.

Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2005.

- TERRE (F.) *sous la dir.,*

Pour une réforme du droit des contrats, Paris, Dalloz, 2009.

- THIBIERGE (C.) *et alii*,

La force normative : naissance d'un concept, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2009.

- TOSI (J-P.),

Le droit des obligations au Sénégal, NEA-LGDJ, 1981.

- TIMSIT (G.),
  - *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1986.
  - *Gouverner ou juger, blasons de la légalité*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1995.
- VINCENT (J.), GUINCHARD (S.),

Procédure civile, Paris, Dalloz, 26ème édition, 2001.

- *Critique(s) du droit*, Hommage au Professeur Robert ChARVIN, Editions Publisud, 2011.
- *Juges et jugements : l'Europe plurielle, l'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, colloque organisé par l'institut de droit comparé de Paris et l'Ecole nationale de la magistrature les 5 et 6 mai 1997, Paris, Société de législation comparée, 1998.*Mélanges Christian MOULY*, Paris, Litec, 1998.
- *La procédure en tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, Paris, Petites Affiches, 2004.
- *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- *Liber amicorum : Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, lextenso éditions, 2008.
- *Les difficultés pratiques de mise en œuvre des procédures simplifiées de recouvrement des créances,* DJOGBENOU (J.), formation des magistrats et

assesseurs des tribunaux de commerce du Burkina Faso, 22-26 février 2010, ERSUMA, OHADA.

- *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, Journée d'Etude Centre de Recherches Administratives (CRA), PUAM, 2006.
- *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO, Paris, Editions Frison-Roche, 2003.
- *L'ordre public*, Travaux de l'association H CAPITANT, journées libanaises Tome XLIX/1998, Paris, LGDJ.
- *Mélanges Philippe MALINVAUD*, Paris, Litec, 2007.
- *Mélanges Philippe SIMLER*, Paris, Litec-Dalloz, 2006.
- *Rapport annuel de la Cour suprême 2010*, Dakar, Juillet 2011.
- *Sécurité juridique et sécurité judiciaire*, Cour de cassation : audience solennelle de rentrée des cours et tribunaux, vol. 6, 15 janvier 2003.

OUVRAGES SPECIALISES- THESES- MONOGRAPHIES

- ANCEL (M-E.) *sous la dir.,*

Repenser le droit des sûretés mobilières, Paris, LGDJ, 2005.

- ANDRE (C.),

Le fait du créancier contractuel, Thèse, LGDJ, 2002.

- ANSAULT (J-J.),

Le cautionnement réel, Paris, Defrénois, lextinso éditions, Tome 40, 2009.

- ASSI-ESSO (A-M.), DIOUF (N.),

Recouvrement des créances, Collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002.

- ATIAS (C.),

Le contrat dans le contentieux judiciaire, Paris, Litec, 5e édition, 2010.

- BAHANS (J-M.),

Théorie générale de l'acte juridique et droit économique, Thèse, Bordeaux IV, 1998.

- BAKOUCHE (D.),

L'excès en droit civil, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 432, 2005.

- BODIAN (Y.),

La situation de l'Etat dans les procédures civiles d'exécution, Thèse, UCAD, 2012.

- CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M-A.), REVET (T.) *sous la dir.,*

Libertés et droits fondamentaux, Paris, Dalloz, 9ème édition, 2003.

- CALMES (S.),

Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Thèse (Paris II, 2000), Dalloz, 2001.

- CAMENSULI-FEUILLARD (L.),

La dimension collective des procédures civiles d'exécution : contribution à la définition de la notion de procédure collective, Thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses vol. 73, 2008.

- CARDOSO-ROULOT (N.),

Les obligations essentielles en droit privé des contrats, Paris, l'Harmattan, 2008.

- CHABAS (C.),

L'inexécution licite du contrat, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 380, 2002.

- CHOLET (D.),

La célérité de la procédure en droit processuel, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 466, 2006, 713 p.

- COURDIER-CUISINIER (A-S.),

Le solidarisme contractuel, Thèse, Litec, 2006.

- CROCQ (P.), BRENNER (C.) *sous la dir.,*

Lamy droit de l'exécution forcée, Paris, Editions Lamy, 2005.

- CROCQ (P.),

Propriété et garantie, Paris, LGDJ, 1995.

- CROCQ, (P.) *et al.,*

Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : la réforme du droit des sûretés de l'OHADA, Paris, Editions Lamy, coll. Lamy Axe Droit, 2012.

- DIAGNE (N. M.),

Les méthodes et les techniques du juge en droit administratif sénégalais, Thèse, Dakar, UCAD, 1995.

- DIOUF (N.),

Répertoire de jurisprudence : Procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, Recueil de décisions des juridictions sénégalaises (1998-2004), CREDILA (UCAD).

- DJIMASNA (N'D.),

Réflexions sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du traité de l'OHADA, Thèse, ANRT, 2004.

- DJOGBENOU (J.),

L'exécution forcée droit ohada, Cotonou, Editions CREDIJ, 2ème édition, 2011.

- DOUET (F.),

Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal français, Paris, LGDJ, 1997.

- DUPICHOT (P.),

Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, Thèse, Editions Panthéon Assas, Paris, LGDJ, 2005.

- DUPRE de BOULOIS (X.),

Le pouvoir de décision unilatérale : Etude de droit comparé interne, Paris, LGDJ, 2006.

- FAGES (B.),

Le comportement du cocontractant, Thèse, PUAM, 1997.

- FALL (P. T.),

Sécurité des investissements et cohérence de l'ordre juridique : la problématique de l'application des normes OHADA dans l'ordre interne, Thèse, UCAD, 2010.

- FAUVARQUE-COSSON (B.),

Libre disponibilité des droits et conflits de lois, Paris, LGDJ, 1996.

- FERRIERE (F.), AVENA-ROBARDET (V.),

Surendettement des particuliers 2012/2013, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 4ème édition, 2012.

- FERRIERE (F.), CHATAIN (P-L.),

Surendettement des particuliers, Paris, Dalloz, 3ème édition, 2006.

- FIN-LANGER (L.),

L'équilibre contractuel, Thèse, LGDJ, 2002.

- FOULETIER (M.),

Recherches sur l'équité en droit public français, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public Tome 229, 2003.

- FRANGI (M.),

Constitution et droit privé, Economica, PUAM : coll. Droit public positif, 1992.

- GAHDOUN (P-Y.),

La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse, Dalloz, 2008.

- GARNIER-GUILLAUMEAU (C.),

Le risque du prêteur : étude de droit bancaire, Thèse, Bordeaux IV, 2003.

- GARRON (F.),

La caducité du contrat (étude de droit privé), Marseille, PUAM, 2000.

- GAUDIN (L.),

La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel, Paris, Defrénois, 2009.

- GELOT (B.),

Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques : aspects théoriques er pratiques, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 403, 2003.

- GENICON (T.),

La résolution du contrat pour inexécution, Paris, LGDJ, 2007.

- GJIDARA (S.),

L'endettement et le droit privé, Paris, LGDJ, 1999.

- GOURDON (P.),

L'exclusivité, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 455, 2006.

- GUERCHOUN (F.),

Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles, Paris, Dalloz, Editions delmas, 1ère édition, 2008.

- HIEZ (D.),

Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, Thèse, LGDJ, 2003.

- JUDE (J-M.),

Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers, Marseille, PUAM, 2003.

- KOURILSKY (P.), VINEY (G.),

Le principe de précaution, Paris, La Documentation française, 2000.

- LAITHIER (Y-M.),

Etudes comparatives des sanctions de l'inexécution du contrat, Thèse, LGDJ, 2004.

- LAMBERTERIE (I.) *et al.,*

Les principes du droit européen du contrat : l'exécution, l'inexécution et ses suites, Paris, La documentation française, 1997.

- LAUBA (R.),

Le contentieux de l'exécution, Paris, LexisNexis, 2012.

- LAURENT (J.),

La propriété des droits, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé Tome 537, 2012.

- LE MAGUERESSE (Y.),

Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations, Thèse, Université Aix-Marseille III, PUAM, 2007.

- LEMASURIER, (J.),

Le droit de l'expropriation, Paris, Economica, 1995.

- LEPLAT (F.),

La transmission conventionnelle de créance, Thèse, Université Paris 10, 2001.

- LISANTI-KALCZYNSKI (C.),

Les sûretés conventionnelles sur les meubles incorporels, Paris, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2001.

- LOMBARD (F.),

La cause dans le contrat administratif, Thèse, Dalloz, 2008.

- LONIS-APOKOURASTOS (V.),

La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, Marseille, PUAM, 2003.

- MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.),

L'analyse économique du droit, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2008.

- MALECKI (C.),

L'exception d'inexécution, Paris, LGDJ, 1999.

- MARTIAL (N.),

Droit des sûretés réelles sur les propriétés intellectuelles, Marseille, PUAM, 2007, 459 p.

- MAYER (L.),

Actes du procès et théorie de l'acte juridique, Paris, IRJS éditions, Tome 20, 2009.

- MAZEAUD (D.),

La notion de clause pénale, Thèse, LGDJ, 1992.

- MBA-OWONO (C.),

La suspension des obligations contractuelles, Thèse, Nancy II, 1993.

- MEKKI (M.),

L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Thèse, LGDJ, 2004.

- MENUT (B.) *sous la dir.,*

Le créancier et le recouvrement de sa créance, Paris, éd. JurisClasseur, coll. Juris Compact, 2003.

- MINIATO (L.),

Le principe du contradictoire en droit processuel, Paris, LGDJ, 2008.

- MOLFESSIS (N.),

Le conseil constitutionnel et le droit privé, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 287, 1997.

- MOUSSERON (J-M.),

Techniques contractuelles, Paris, Editions Francis Lefebvre, 2ème édition, 1999.

- MOZAS (Ph.),

La notion de dette en droit privé, Thèse, Bordeaux IV, 1996.

- NDIAYE (A. T.),

Les inopposabilités dans les procédures collectives d'apurement du passif, Thèse, Dakar, 2004.

- NGOM (Mb.),

Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence, Thèse, UGB-UN, 2007.

- ONANA ETOUNDI (F.)

Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA (1997-2010), ERSUMA, éd. Spéciale, octobre 2011.

- PARAISO (F.),

Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle, Thèse, Marseille, PUAM, 2011.

- PERRU (E.),

L'impayé, Thèse, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 438, 2005.

- PIAZZON (T.),

La sécurité juridique, Thèse, Paris, Defrénois, lextenso éditions, 2009.

- PICOD (Y.),

Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats, Paris, LGDJ, 1989.

- PIETTE (G.),

La correction du contrat, Thèse, Marseille, PUAM, 2004.

- PINNA (A.),

La mesure du préjudice contractuel, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 491, 2007.

- PLESSIX (B.),

L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Thèse (2001), Paris, Edition Panthéon-Assas, 2003.

- POPINEAU-DEHAULLON (C.),

Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : étude comparative, Thèse, LGDJ, 2008.

- RAIMBAULT (P.),

Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, Thèse, LGDJ, lextenso éditions, Bibliothèque de droit public Tome 256, 2009.

- REMY-CORLAY (P.), FENOUILLET (D.) *sous la dir.,*

Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'ICD de la Faculté Jean Monnet (Paris XI), Paris, Dalloz, 2003.

- ROBINE (D.),

La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives, Thèse, LGDJ, 2003.

- SAUPHANOR (N.),

L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 326, 2000.

- SAUTONIE LAGUIONIE (L.),

La fraude paulienne, Thèse, Bordeaux IV, 2006.

- SEVESTRE (J.),

Précis des voies d'exécution, Paris, Ecole Nationale de Procédure Etablissement Paritaire Privé, 1998.

- STOFFEL-MUNCK (P.),

L'abus dans le contrat : essai d'une théorie, Thèse, LGDJ, 2000.

- SY (P.),

Le droit d'accès à la justice au Sénégal, Thèse, UGB, 2010.

- T'KINT (F.),

Sûretés et principes généraux d'exécution, 4ème édition, Bruxelles, Larcier, 2004.

- TOSI (I.),

Acte translatif et titularité des droits, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 471, 2006, 601 p.

- VIGNAL (N.),

La transparence en droit privé des contrats : approche critique de l'exigence, Thèse, PUAM, 1998.

- VUITTON (J.), VUITTON (X.),

Les référés, Paris, LexisNexis, coll. Pratique professionnelle, 2ème édition, 2006.

- WICKER (G.),

Les fictions juridiques : contributions à l'analyse de l'acte juridique, Thèse, Perpignan, 1994.

- WOOG (J-C.), SARI (M-C.), WOOG (S.),

Stratégie contentieuse du créancier, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 2ème édition, 2006.

- XYNOPOULOS (G.),

Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, Thèse, LGDJ, 1995.

ARTICLES- CHRONIQUES ET ETUDES

- AMRANI-MEKKI (S.),
  - La déjudiciarisation, in *Gazette du Palais*, 05 juin 2008 n°157, p. 2.
  - Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? (A propos de la loi du 17 juin 2008), *JCP/La semaine juridique- Edition générale* n°27, 2 juillet 2008, pp. 16-27.
- AMRI-TOUCHENT (Z.),

L'injonction de payer européenne, in *Petites Affiches*, 22 août 2007 n°168, p. 3.

- AMSELEK (P.),

Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques, in *Revue de la recherche juridique : droit prospectif*, XXXIII – 124 2008-4, p. 1847 et s.

- ANCEL (P.) et WINTGEN (R.),

La théorie du « fondement contractuel » et son intérêt pour le droit français, in *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n°3, p. 897 et s.

- ARHEL (P.),

Les procédures de clémence dans les droits européens de la concurrence, in *Petites Affiches*, 22 février 2002 n°39, p. 6.

- AUBERT (J-L.),

Le formalisme : rapport de synthèse, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 août 2000 n°15-16, p. 931.

- AVRIL (Y.),

La responsabilité civile de l'avocat, in *Gazette du Palais*, 14 décembre 2002 n°348, p. 2.

- AYNES (L.),

Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : une revirement de jurisprudence radical et salutaire, note sous arrêt C. cass. 3ème civ., 12 janvier 2011, in *Recueil Dalloz* – 24 mars 2011 – n°12, pp. 851-854.

- BARADUC (E.),

Les prérogatives de la puissance publique pour résister à l'exécution, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 143.

- BARRIERE (C-P.),

Le juge de proximité et le conciliateur de justice, partenaires ou concurrents, in *Gazette du Palais*, 26 novembre 2002 n°330, p. 3.

- BARON (F.),

La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve des procédures collectives, *RTD com.*, 2001, p. 1 et s.

- BARY (M.),

L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information, in *Petites Affiches*, 30 septembre 2010 n°195, p. 15.

- BELOT (J-C.),

Le portrait de l'huissier de justice de demain, in *Petites Affiches*, 02 avril 2002 n°66, p. 3.

- BENKEMOUN (L.),

Sécurité juridique et investissements internationaux », in *PENANT*, n°855, avril-juin 2006, pp. 194-197.

- BEN MERZOUK (E.),

La fausse consécration du principe de sécurité juridique, *Recueil Dalloz*, 2003, n°40, pp. 2722-2725.

- BILLIAU (M.),

Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle », in *Le contrat au début du XXIe siècle : Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 119-138.

- BON (P. A.),

La condition portant sur l'exécution d'une obligation », in *Petites Affiches*, 26 juin 2007 n°127, p. 3 et s.

- BONNEFONT (R.),

Délai raisonnable de jugement et d'exécution : mieux vaut prévenir que guérir, in *Petites Affiches*, 15 octobre 2010 n°206, p. 5.

- BORGHETTI (J-S.),

Retour sur la qualification de la clause pénale, *RDCO2009*, n°1, p. 88 et s

- BRACONNIER (S.),

Brèves observations sur l'impact de l'arrêt – Sociétés Tropic travaux signalisation – sur le droit et le contentieux de la commande publique, in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 599.

- BRUNETTI-PONS (C.),

La conformité des actes juridiques à l'ordre public, in *Etudes offertes au Pr Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, pp. 103 et s.

- BURGARD (M.),

L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat, in *Petites Affiches*, 22 septembre 2010 n°189, p. 7.

- CADIET (L.),

  - L'effet processuel des clauses de conciliation, in *Revue des contrats*, 01 décembre 2003 n°1, p. 182.
  - Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, in *L.P.A*, 05 mai 200, n° 90, p. 30 et s.

- CALAIS-AULOY (M-T.),

Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et notions conceptuelles), in *Petites Affiches*, 09 août 1999 n°157, p. 4.

- CALENDINI (J-M.),

Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives, in *Petites Affiches*, 30 septembre 1998, n°117, p. 51. ;

- CAMARA (F-K.), CISSE (A.),

Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher », in *Revue de l'arbitrage* 2009-n°2, doctrine, pp. 286-316.

- CANIVET (G.),

La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 23 et s.

- CARON (C.),

Les virtualités dangereuses du droit de propriété, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 1999 n°17, p. 897 et s.

- CARVAL (S.),

Paiement de la clause pénale en l'absence du préjudice, in *Revue des contrats*, 01 juillet 2007 n°3, p. 749.

- CASSIA (P.),

La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes, *Recueil Dalloz*, 2006, n°18, pp. 1190-1195.

- CATALA (P.),

La délégation dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations, in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Litec-Dalloz, 2006, pp.555-562.

- CATHELINEAU (A.),

Le retard en droit civil (première partie) », *P.A*, 28 aout 1998 n° 103, p. 4 et s.

- CAYROL (N.),

Action en justice, *Rép. Pr. Civ. Dalloz*, septembre 2004, p. 12 et s.

- CAZALA (J.),

La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international, in *Revue Internationale de Droit Economique*, 2009/1, pp. 5-32.

- CHALTIEL (F.),

  - Le principe de sécurité juridique et l'office du juge : à propos de l'arrêt Techna, in *Petites Affiches*, 02 janvier 2007 n°2, p. 3.

- La sécurité juridique, in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public* (dir J-B. AUBY), Paris, Dalloz, 2010, pp. 579-590.

• CHAPRON (J.),

Les stratégies de l'urgence et la réponse juridictionnelle, *Petites Affiches*, 14 mars 2001 n°52, p. 18.

• CHAPUS (Y.),

Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable, *P.A*, 14 septembre 1994, n° 110.

• CHAZAL (J-P.),

Politique jurisprudentielle : absence, incohérence ou non-dit ?, in *Revue des contrats*, 01 décembre 2003 n° 1, p. 34 et s.

• CHOLET (D.),

L'assureur et le procès, présentation générale, in *Revue générale du droit des assurances*, 01 avril 2010 n°2010-02, p. 537.

• CISSE (A.),

La corruption en droit sénégalais, in (M.) DELMAS-MARTY (dir.) *Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne*, vol. 6, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1999, pp. 97 et s.

• COPPENS (P.),

La sécurité juridique comme expression de la normativité », in Sécurité juridique et droit économique, L. BOY, J-B RACINE et F SIIRAINEN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 153 et s.

• COSTA (J. P.),

Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 151.

- COURTIER (J-L.),

Recours à l'encontre du porteur de mauvaise foi de lettres de change, in *Petites Affiches*, 18 octobre 1996 n°126, p. 15.

- COUTURIER (G.),

Les finalités et les sanctions du formalisme, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 août 2000 n°15-16, p. 880.

- CROSIO (A.),

Les habits neufs des recouvreurs de créances, *L.P.A*, 5 février 1997 n°16, p. 12 et s.

- CUZACQ (N.),

La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution, *P.A*, 07 mai 2003 n° 91, p. 4 et s.

- DAIEFF (G.),

Le juge des loyers et la prévention des expulsions, in *Gazette du Palais*, 18 juin 2002 n°169, p. 5.

- DANET (D.),

Le droit économique doit-il être hayékien, *RIDE* 1995/3, p. 407 et s.

- DARCY (G.),

La décision exécutoire : esquisse méthodologique, *l'Actualité juridique- Droit administratif*, 20 octobre 1994, pp. 663-678.

- DAVERAT (X.),

Saisie : protection du débiteur, *Rép. Pr. Civ. Dalloz*, septembre 2004, p. 21 et s.

- DECAUX (E.),

Deux ou trois pas dans les nuages… » (Éditorial), in *Droits fondamentaux*, n°7, Janvier 2008-Décembre 2009.

- DEHARO (G.),

La nature des actes d'huissiers de justice, in *Gazette du Palais*, 30 janvier 2007 n°30, p. 2.

- DE CLAUSADE (J.),

Sécurité juridique et complexité du droit : le développement des lois techniciennes, in *Petites Affiches*, 05 juillet 2007 n°134, p. 4 et s.

- DE LAMY (B.), DEUMIER (P.),

La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable, in *P.A*, 09 octobre 2000 n°201, p. 8 et s.

- DELATTRE (C.),

Le pragmatisme économique est-il un nouveau fondement juridique, in *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, n°1, janvier-février 2012, pp. 2-3.

- DELEBECQUE (P.),

L'exécution forcée, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°01, p. 99.

- DELLECI (J-M.),

Secret bancaire et procédure civile d'exécution, in *Gazette du Palais*, 29 juin 2004 n°181, p.

- DESPAQUIS (J-M.),

2007 – l'année du tireur, in *Petites Affiches*, 29 février 2008 n°44, p. 12.

- DESURVIRE (D.),

L'expulsion, in *Petites Affiches*, 23 juin 1995 n°75, p. 15.

- DJOUDI (J.), BOUCARD (F.),

La protection de l'emprunteur profane, in *Recueil Dalloz* n°8, pp. 500-505.

- DOBKINE (M.),

Quelques observations, à partir de l'examen d'un cas pratique, sur les méthodes de la justice pénale financière, in *Petites Affiches*, 03 décembre 1997 n°145, p. 4.

- DROSS (W.),

La jurisprudence est-elle seulement rétroactive, *Recueil Dalloz*, 2006, n°7, pp. 472-476.

- DUONG (L.),

L'exécution d'une décision exécutoire à titre provisoire aux risques du créancier poursuivant, note sous arrêt Cass. Ass. Plé. 24 février 2006, in *Petites Affiches*, 23 février 2007 n°40, p. 10.

- DYMANT (M.),

Procédures civiles d'exécution, obligation de réponse immédiate du tiers saisi, in *Gazette du Palais*, 09 décembre 2000 n°344, p. 10.

- ETIENNEY (A.),

La durée de la prestation, ou le temps dans la satisfaction du créancier, in *Petites Affiches*, 01 mars 2007 n°44, p. 4.

- EUDIER (F.),

Le recouvrement forcé des créances d'aliments, in *Petites Affiches*, 24 juin 2010 n°25, p. 141.

- EVA (M-B.),

Créanciers postérieurs privilégiés : toujours le prix de la course, note sous arrêt Cass. com. 07 septembre 2010 (pourvoi n°09-66595), in *l'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 01 octobre 2010 n°9, p. 2.

- FARJAT (G.),

L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », in *RIDE*, 1986, n°0, p. 9 et s.

- FAUVARQUE-COSSON (B.),

- Le changement de circonstances, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n°1, pp. 67 et s.
- Libre disponibilité des droits et conflits des lois, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50 n°1, Janvier-Mars 1998, pp. 266-269.

• FAUVARQUE-COSSON (B.), MAZEAUD (D.),

L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », in *Petites Affiches*, 24 juillet 2006 n°146, p. 3 et s.

• FENEON (A.),

Le nouveau droit de l'arbitrage en Afrique, *PENANT*, n°861, oct.-déc. 2007, pp. 425-437.

• FENOUILLET (D.),

Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n° 1, p. 67 et s.

• FIORI-KHAYAT (C.),

Cautionnement et surendettement des personnes physiques, *Gazette du Palais*, 2 avril 2005 n°92, p. 2.

• FONTAINE (M.),

Fertilisation croisées du droit des contrats », in *Le contrat au début du XXIe siècle : Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 347-362.

• FRANGI (M.),

Constitution et droit privé, Paris, Economica, 1992, p. 162.

• FRICERO (N.),

Le droit à l'assistance effective d'un avocat dans la saisie immobilière : un nouveau droit de l'homme !, note sous arrêt Cass. civ. 2e, 24 juin 2010 (pourvoi n°08-19974), in *Gazette du Palais*, 19 octobre 2010 n°292, p. 20.

- FRISON-ROCHE (M-A.),

  - Régulation et contrat : 11ème forum de la régulation, in *Petites Affiches*, 03 mai 2005 n°87, p. 3.
  - La portée de la réglementation de l'ordre public dans le domaine de la construction et du bâtiment, in *Gazette du Palais*, 26 juin 2001 n°177, p. 2.
  - Le juge et la régulation économique, *Annonces de la Seine* n°36, 22 mai 2000, p.2 et s.

- FROGER (D.),

Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 février 2004 n°3, p. 173.

- FROMONT (M.),

Le principe de sécurité juridique, *L'actualité juridique- Droit administratif*, 20 juin 1996 spécial, pp. 178-184.

- GALLE (P. R.),

L'abus en droit des affaires : brève introduction historique », in *Gazette du Palais*, 19 décembre 2009 n°356, p. 6 et s.

- GAUDEMET (Y),

Exécution forcée et puissance publique : les prérogatives de la puissance publique pour requérir l'exécution, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 133.

- GAUTIER (P-Y.),

Les procédures civiles d'exécution à l'appui du contrat, in *Revue des contrats*, 01 avril 2006 n°2, p. 583).

- GERARDIN (N.),

Le créancier, la caution et le débiteur surendetté, *L.P.A*, 31 mars 2000 n°65, p. 5 et s.

- GHESTIN (J.),

L'annulation d'office du contrat », in *Mel. DRAI*, 2000, p. 293 et s.

- GJIDARA (S.),

La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles, in *Petites Affiches*, 26 mai 2004 n°105, p. 3.

- GLAUDET (P.),

Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme, in *Petites Affiches*, 31 mars 2004 n°65, p. 3.

- GOHIN (O.),

Les principes directeurs du procès administratif en droit français, in *RDP* 2005, n°1, p. 171.

- GRAVELEAU (P.),

Responsabilité de la puissance publique, note sous arrêt CE. 27 janvier 2010 Ministre de l'intérieur c/ Société d'HLM résidence urbaine de France », in *Gazette du Palais*, 25 février 2010 n°56, p. 32.

- GRIDEL (J-P.), LAITHIER (Y-M.),

Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », in *JCP édition générale* n°21, 21 mai 2008, I 143, pp. 13-21.

- GRIMALDI (C.),

Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 207.

- GRIMALDI (M.),

Projet de réforme du droit des sûretés, in *Revue des contrats*, 01 juillet 2005 n°3, p. 782.

- GRIMALDI (M.), P DUPICHOT (P.),

Durée et sûretés, *RDC* – janvier 2004, p. 95 et s.

- GRIMALDI (M.), REYNIS (B.),

L'acte authentique électronique, in *Petites Affiches*, 06 novembre 2003 n°222, p. 3.

- GRYNBAUM (L.),

Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale, in *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n°4, p. 1383.

- GUEDJ (A.),

Juge administratif, juge judiciaire et conseil de la concurrence, in *Petites Affiches*, 27 avril 2000 n°84, p. 4.

- GUINCHARD (S.),

  - Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel, in *Mélanges G. FARJAT*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p.139-173.
  - Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne, in *Petites Affiches*, 17 mai 2006 n°98, p. 4.

- HAMADI (H.),

Doit-on payer ses dettes familiales ?, in *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 44.

- HAUSER (J.),

L'ordre public et les bonnes mœurs, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 105-114.

- HELFRE (H.),

Peut-on juger avec objectivité ?, in *Gazette du Palais*, 16 juin 2005 n°167, p. 2.

- HOONAKKER (P.),

L'exécution immédiate ou la protection renforcée du perdant, in *Petites Affiches*, 11 décembre 2002 n°247, p. 13.

- HORSMANS (G.),

Propos insolites sur l'efficacité arbitrale, in *Gazette du Palais*, 20 mai 2004 n°141, p. 5.

- HOUTCIEFF (D.),

  - Des cautions à qui l'on cache tout et de celles à qui on ne dit rien, in *Revue des contrats*, 01 avril 2008 n°2, p. 421.
  - Les sanctions de la formation du contrat, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 115-139.

- HUET (J.),

Des distinctions entre les obligations, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2006 n°1, p. 89.

- HUGON (C.),

Le droit au paiement, in *Doits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 4ème édition, 1997, p. 543.

- JAMIN (C.),

Que répondre à Eric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à répondre à un économiste), in *Petites Affiches*, 19 mai 2005 n°99, p. 54.

- JESTAZ (P.),

Qu'est-ce qu'un résultat en droit, in *Etudes offertes au Pr Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, pp. 293 et s.

- JUBLAUT (C.),

Les exceptions dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond : 1ère partie, *Petites Affiches*, 15 janvier 2003 n°11, p. 4.

- JULIENNE (F.),

L'office du juge en droit des contrats, *RRJ* 2088-4, p. 1925 et s.

- KARIMI (A.),

Essai de systématisation sur l'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Litec-Dalloz, 2006, pp.587-612.

- KANTE (A.),

Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), *Revue EDJA* n°52 – janv-fév-mars 2002, pp. 49-71.

- LAGARDE (X.),

  - Remarques dur l'actualité de la mise en demeure, *JCP* 1996, I. 3174.
  - D'un surendettement à l'autre, *LPA,* 17 décembre 2002 n°251, p. 4 et s.
  - Brèves réflexion sur l'attractivité économique du droit français des contrats, *Recueil Dalloz*, 2005, n°39, pp. 2745-2747.
  - Actualité de la transaction, *Revue des contrats*, 01 juillet 2006 n° 3, p. 806 et s.

- LAITHIER (Y-M.),

Les limites de l'unilatéralisme en matière de preuve, in *Revue des contrats*, 01 avril 2006 n°2, p. 319.

- LAMBERT-WIBER (S.),

Le principe d'unité du patrimoine à l'épreuve de la responsabilité financière d'une personne mariée sous le régime de la communauté, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 novembre 1999 n°21, p. 1153.

- LARDEUX (G.),

La liberté contractuelle du bailleur et les libertés fondamentales du preneur », in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 348 et s.

- LASSERRE CAPDEVILLE (J.),

Précisions utiles sur le formalisme du protêt, note sous Cass. com. 02 mars 2010 (pourvoi n°09-10723), in *Gazette du Palais*, 22 avril 2010 n°112, p. 9.

- LAUGIER-TAILLARD (N.),

L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 18 décembre 2008, in *Petites Affiches*, 15 septembre 2009 n°184, p. 3.

- LEBEL (C.),

Etre ou ne pas être en cessation des paiements, *Gazette du Palais*, 08 septembre 2005 n°251, p. 14 et s.

- LEBOIS (A.),

Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel, in *JCP/la semaine juridique*, édition générale, n°47, 19 novembre 2008, p. 13 et s.

- LE CANNU (P.),

Règlement amiable et droit des sociétés », *Bulletin Joly sociétés*, 1er septembre 1986, n° 9, p. 811.

- LE CORRE (P-M.),

  - Droit réel, droit personnel et procédures collectives », in *Petites Affiches*, 19 mai 1999 n°99, p. 4 et s.
  - Présentation générale du projet de réforme des entreprises en difficulté : de l'avant-projet au projet de loi de sauvegarde des entreprises », in *Gazette du Palais*, 26 février 2004 n°56, p. 4.
  - Les déclarations de créances, in *Petites Affiches*, 14 juin 2007 n°119, p. 64.
  - La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008, in *Gazette du Palais*, 10 mars 2009 n°69, p. 25.

- 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise, *Gazette du Palais*, 21 juillet 2007, n° 202, pp. 3 et s

• LECUYER (H.),

Redéfinir la force obligatoire du contrat, in *Petites Affiches*, 06 mai 1998 n°54, p. 44 et s.

• LE GAC-PECH (S.),

- Rompre son contrat, *RTD Civ*, 2005, p. 223 et s.
- Vers un droit des remèdes, in *Petites Affiches*, 04 décembre 2007 n°242, p. 7.

• LIBCHABER (R.),

- Eclairage. Feu la théorie du patrimoine, in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2010 n°4, p. 316.
- Demeure et mise en demeure en droit français », in *les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé* (sous la dir. M. FONTAINE et G. VINEY), Bruylant-LGDJ, 2001, p. 113,
- Acte sous seing privé, note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 13 mars 2008 (pourvoi n°06-17534), in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 juin 2008 n°12, p. 1345.
- Contrats et conventions, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 avril 2006 n°7, p. 610 et s.

• LOKIEC (P.),

Le droit des contrats et la protection des attentes, *Recueil Dalloz*, 2007 n°5, p. 325

• LUCAS (F-X.),

La protection du conjoint d'un débiteur en difficulté, in *Petites Affiches*, 12 juillet 2002 n°139, p. 42.

• MAIDAGI (M.),

Le défi de l'exécution des décisions de justice en droit OHADA », in *PENANT*, n°855, avril-juin 2006, pp. 176-192.

- MAINGUY (D.),

L'interprétation de l'interprétation : variations normatives II, in *La semaine juridique*, éd. Générale-n°20-16 mai 2011, pp. 997-1003.

- MALAURIE (P.),

  - Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, in Petites Affiches, 18 janvier 2008 n°14, p. 9.
  - Mutations du droit des contrats, Rapport de synthèse du colloque : les mutations du droit des contrats organisé à l'Université de Tunis III le 12 avril 2008, in Petites Affiches, 28 août 2008 n°173, p. 4.
  - Regards sur le formalisme en droit privé, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 mars 2005 n°6, p. 481.

- MARTELO (C.),

La stratégie procédurale et le paiement des dettes, *Petites Affiches*, 29 mars 2006 n°63, p. 56.

- MARTIN (D.),

  - Mosaïque contractuelle, in Petites Affiches, 24 novembre 2004 n°235, p. 9.
  - Du dénouement d'un escompte de chèque », note sous Cass. com. 30 janvier 1996, in *Petites Affiches*, 13 mai 1996 n°58, p. 10.

- MARTY (R.),

Recours cambiaire et responsabilité du banquier dispensateur de crédit, in *RFC* 294, novembre 1997, pp. 67-74.

- MASTRULLO (T.),

Les rapports de la saisie immobilière et du droit des procédures collectives depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009, in *Revue des procédures collectives*, mars-avril 2010, pp. 20-27.

- MAZEAUD (D.), AYNES (L.),

Rupture unilatérale du contrat, in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 273 et s.

- MAZEAUD (D.),

  - Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 octobre 1998 n°19, p. 1137.
  - L'ordre public consumériste et la liberté contractuelle, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 1997, n°17, p. 1014.
  - La révision du contrat, in *Petites Affiches*, 30 juin 2005 n°129, p. 4.
  - Les groupes de contrats, in *Petites Affiches*, 05 mai 2000 n°90, p. 64.
  - Le nouvel ordre contractuel, in *Revue des contrats*, 01 décembre 2003 n°1, p. 295.
  - Observations sur l'ouvrage F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008, in *Revue Droit des contrats*, 1er avril 2009 n°2, p. 471.
  - Les conventions portant sur la réparation, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2007, n°1, p. 149 et s.
  - Clause pénale, note sous jurisprudence Cass. Com. 03 juin 2003, in *Revue des contrats*, 01 octobre 2004, n°4, p. 930 et s.
  - Durées et ruptures, *Revue des contrats*, 01 janvier 2004, n° 1, p. 129 et s.
  - Saga Chronopost : les maitres du temps perdent une manche…, *Recueil Dalloz*, 2006, n°33, pp. 2288-2293.
  - La matière du contrat, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 81-103.

- MBAYE (K.),

L'éthique, aujourd'hui, leçon inaugurale, UCAD, 2005.

- MEININGER-BOTHOREL (C.),

Introduction sur l'exequatur et l'exécution en France des décisions exequaturées, in *Gazette du Palais*, 13 novembre 2004 n°318, p. 3.

- MEKKI (M.),
  - Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire, in Revue des contrats, 01 avril 2006n°2, p. 297 et s.
  - Le nouvel essor des clauses contractuelles, in Revue des contrats n° 4, 01 octobre 2006, p. 1051 et s.
  - Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, in Revue des contrats, 1er janvier 2010 n° 1, p. 383 et s.
  - Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats, in Revue des contrats, 01 juillet 2008 n°3, p. 681 et s.
  - Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires, in Revue Droit des contrats, 01 juillet 2006 n°3, p. 679 et s.

- MEYER (P.),

La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, in *PENANT* n°855, avril-juin 2006, pp. 151-175.

- MISTRETTA (P.),

L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive, in *Petites Affiches*, 05 juin 1998 n°67, p. 4 et s.

- MOLFESSIS (N.),

Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ?, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2005 n°1, p. 37.

- MOTTE-SURANITI (D.),

Emanations d'Etat : la Cour de cassation française ouvre la voie aux saisies, *PENANT*, n°862, janv.-mars 2008, pp. 75-89.

- MOUSSERON (P.),

Où il est question de renonciation et d'astreinte conventionnelle, note sous Cass. com. 30 novembre 2004 (pourvoi n°02-10286), in *Bulletin Joly Sociétés*, 01 mars 2005 n°3, p. 379.

- MUZNY (P.),

Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi, in *Recueil Dalloz*, 2006, n°32, pp. 2214-2219.

- NEAU-LEDUC (P.),

Lutte antiblanchiment et fraude fiscale, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 185.

- NGOM (Mb.),

La situation du propriétaire dans le droit Ohada des procédures collectives d'apurement du passif, in *Revue sénégalaise de droit des affaires*, Edition 2011, pp. 34-53.

- OST (F.),

Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur, trois modèles de justices, in GERARD (P.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 45 et s.

- PAISANT (G.),

Essai sur le temps dans les contrats de consommation, in *Etudes offertes au Doyen SIMLER*, Paris, Litec, 2006, pp. 637 et s.

- PAVIA (M-L.),

Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, in *Petites Affiches*, 06 mai 1994 n°54, p.

- PELLETIER (C.),

  - Rôle de la mise en demeure dans le mécanisme de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », in *Revue Droit des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 690 et s.
  - Astreinte, ordonnance sur requête et principe du contradictoire, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n°1, p. 160.

• PERROT (R.),

Injonction de payer et délai de grâce », in *Gazette du Palais*, 13 janvier 2001 n°13, p. 2.

• PEROCHON (F.),

Le sort des créanciers postérieurs, in *Petites Affiches*, 02 juin 2004 n°116, p. 16.

• PETERKA (N.),

La gestion de la personne protégée à l'épreuve de l'urgence, in *Gazette du Palais*, 30 janvier 2010 n°30, p. 25.

• PICOD (Y.),

L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, in Le juge et l'exécution du contrat (Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993), *PUAM*, 1993, p. 57 et s.

• PIEDELIEVRE (S.),

  – Droit de rétention » note sous arrêt C. cass. Civ. 1ère. 24 septembre 2009, in *Gazette du Palais*, 05 novembre 2009 n°309, p. 13 et s.
  – L'Entreprise individuelle à responsabilité limitée, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 juillet 2010 n°13, p. 1417.

• PIEDELIEVRE (S.), BRAMAT (E.),

Saisies et mesures conservatoires », in *Rép. Proc. Civ.*, Paris, Dalloz, octobre 2002, p. 12 n°65-67.

• POINGT (J.),

L'exception d'inexécution et le droit de rétention appliqués à l'expert-comptable », in *P.A*, 08 juillet 2002 n°135, p. 10 et s.

• POLLAU-DULIAN (F.),

Le principe d'égalité dans les procédures collectives, *JCP édition générale*, n°23 du 3 juin 1998, pp. 969-974.

- PRIGENT (S.),
  - Le dualisme dans l'obligation, in *RTD Civ.*, 2008, p. 401, note n°71.
  - La mise en demeure est inutile lorsque l'inexécution est consommée, *P.A* 27 septembre 2007 n° 194, p.17.
- PUTMANN (E.),
  - La réforme des procédures civiles d'exécution et l'expulsion des occupants d'immeubles », in *P.A*, 21 septembre 1994 n°113.
  - L'introuvable contrat complet, *RRJ* 2008-5 – Cahiers de méthodologie juridique, p. 2481.
- RACINE (J-B.),

Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers, in *Petites Affiches*, 29 mars 2006, n°63, p. 37.

- RANDOUX (N.),

L'expulsion du conjoint en instance de divorce, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 décembre 2008 n°21, p. 2405 et s.

- REIS (P.),

Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, L. BOY, J-B RACINE et F SIIRAINEN (dir.), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 190.

- RENAUT (M-H.),

L'huissier de justice face au droit pénal », in *Gazette du Palais*, 12 octobre 2002 n°285, p. 3.

- RENEAUD (F.),

Le principe du contradictoire dans la procédure administrative de licenciement des salariés protégés, in *Petites Affiches*, 07 juin 2007 n°114, p. 12.

- REVET (T.),

L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 579.

- RICATTE (J.),

Signification et notification des actes en matière civile et commerciale dans l'Union européenne : une nouvelle ère pour les auxiliaires de justice ?, in *Gazette du Palais*, 09 avril 2002 n°99, p. 3.

- ROCHFELD (J.),

  - La rupture des relations contractuelles en temps de crise, in Revue des contrats, 01 janvier 2010 n°1, p. 499 et s.
  - Les modes temporels d'exécution du contrat, in *Revue des contrats*, 01 janvier 2004 n°1, pp. 47 et s.
  - Inexécution des obligations, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Rapport CATALA, Paris, *La Documentation française*, 2006, p. 53.

- ROLIN (F.),

La liberté contractuelle des personnes publiques, in *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n°2, p. 423.

- ROMAN (B.),

  - Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens : examen critique, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 mars 2009 n°5, p. 504 et s.
  - La nature juridique de l'action paulienne, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 avril 2005 n°8, p. 655.

- ROUAULT (M-C.),

Contrats et recours pour excès de pouvoir, in *Petites Affiches*, 31 mars 1999 n°64, p. 6.

- SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

Les privilèges de la procédure, in *Petites Affiches*, 14 juin 2007 n°119, p. 70 ;

- SALAH M (M. M.),

Constitution et droit économique, *Académie internationale de droit constitutionnel : constitution et droit interne*, Recueil de cours, vol. 9, pp. 131-205.

- SAKHO (A.), NDIAYE (I.),

Pratique de garanties du crédit OHADA, in *Revue africaine de banque*, octobre 1998.

- SALVAT (O.),

La saisie-attribution d'une créance de sommes d'argent indisponible, in *Petites Affiches*, 19 avril 2001 n°78, p. 4.

- SANTA CROCE (M.),

Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international, in Gazette du Palais, 02 mars 2000 n°62, p. 3.

- SAWADOGO (M-F.),

La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA, *PENANT*, n°860, juil.-sept. 2007, pp. 305-337.

- SENECHAL (J-P.),

Distribution par contribution, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 avril 1994 n°8, p. 568.

- SERINET (Y-M.),

Spécificités du contentieux contractuel : 3ème partie, *Revue des contrats*, 01 octobre 2009 n°4, p. 1516.

- SEUBE (J-B.),

  – La loi du 06 juillet 1989 : ordre public de protection ou ordre public de direction ? », in *Revue des contrats*, 01 janvier 2009, n°1, p. 165).

- Le contrat de bail, les droits fondamentaux et l'ordre public, in *Revue des contrats*, 01 octobre 2006 n°4, p. 1149.
- Le contrat, source de responsabilité envers les tiers, in *Petites Affiches*, 23 septembre 2003 n°190, p. 3.
- Une lecture bien exigeante de l'article 1134, alinéa 1er du Code civil, note sous arrêt Cass. civ. 1ère, 18 mars 2009, *Revue des contrats*, 1er octobre 2009 n° 4, p. 1490 et s.
- Clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire, note sous Cass. civ. 3e, 21 mai 2008 (pourvoi n°07-12848), in *Revue des contrats*, 01 octobre 2008 n°4, p. 1257.

• SEYFRITZ (M.),

Précisions sur la compétence du juge judiciaire pour astreindre l'Etat, in *RDP* 2008 n°1, p. 293.

• SIMONEL (L-X.),

Le juge et son précédent, in *Gazette du Palais*, 11 décembre 1999 n°345, p. 2.

• STOFFEL-MUNCK (P.),

Les répliques contractuelles, *Revue des contrats*, 01 janvier 2010 n° 1, p. 430 et s.

• TALLON (D.),

Le concept de bonne foi en droit français du contrat, in *Saggi, conferenze e seminari*, Rome, 1994.

• TERRE (F.),

- Le contexte et le texte : projet de loi de modernisation des professions judicaires et juridiques réglementées, in *Revue des contrats*, 01 avril 2010 n°2, p. 762.
- L'inutile et l'injuste, in *Le contrat au début du XXIe siècle : Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 865-880.

• THERY (P.),

- L'exécution forcée, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 235-242.
- Rapport introductif : la notion d'exécution » in *l'exécution*, Paris, l'Harmattan, 2001, p. 9 et s.

• THUNIS (X.),

Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 521-542.

• VERON (P.), FINAS-TRONEL (B.),

Expertise, principe du contradictoire et secret des affaires, in *Experts* n°87, Décembre 2009, pp. 4-6.

• VERPEAUX (M.), MATHIEU (B.),

Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°22, juillet 1999 », in *Petites Affiches*, 20 octobre 1999 n°209, p. 20.

• VINEY (G.),

- L'exécution forcée en nature d'une obligation de faire ou de ne pas faire préférée aux dommages et intérêts, in *Revue des contrats*, 01 juillet 2007 n°3, p. 741.
- Le point de vue d'un juriste : Droit de l'environnement, in *Petites Affiches*, 30 novembre 2000 n°239, p. 66.
- Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage, in Petites Affiches, 20 novembre 2002 n°232, p. 66.
- Dommage et risque, note sous arrêt Cass. civ. 3e, 07 octobre 2009 (pourvoi n°08-17620), in Revue des contrats, 01 avril 2010 n°2, p. 605.

• WICKER (G.),

Force obligatoire et contenu du contrat, *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 151-174.

WEBOGRAPHIE

Principalement les ressources numériques de la bibliothèque de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV :

www.u-bordeaux4.fr/documentation/ressources_numeriques/

www.lextenso.fr.doc.u-bordeaux4.fr

www.lexisnexis.com.doc.u-bordeaux4.fr

www.cairn.info.doc.u-bordeaux4.fr

bu.dalloz.fr.doc.u-bordeaux4.fr

www.ohada.com

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS V

DEDICACE VI

PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS VII

RESUME IX

SOMMAIRE XI

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE : L'EXIGENCE DE SECURITE JURIDIQUE, INSTRUMENT DE REEQUILIBRAGE DES PREROGATIVES DANS DANS LE RECOUVREMENT DES CREANCES 22

TITRE I – LE REEQUILIBRAGE DES PREROGATIVES DANS LA CONTRAINTE INDIRECTE 26

CHAPITRE 1 – LA REGULATION DU POUVOIR INCITATIF CONTRACTUEL 28

SECTION 1 – LA MAITRISE DE LA PREVISIBILITE DU RISQUE D'IMPAYE PAR LES PRINCIPES CONTRACTUELS CLASSIQUES 29

§ 1 – Le recours à la liberté contractuelle dans le contrôle de l'incertitude sur le paiement 29

A. L'intégration de la dissuasion dans le contrat : la clause pénale 30

B. L'aménagement du risque d'impayé dans l'inexécution initiale par la négociation 37

§ 2 –Le maintien de l'égalité contractuelle devant le risque d'impayé 43

A. La mise en demeure du débiteur défaillant 43

B. La mise en œuvre de l'exception d'inexécution 49

SECTION 2 – LA REFERENCE AUX DROITS FONDAMENTAUX, LA CONCILIATION DU PARTICULARISME DES PARTIES DANS L'EXECUTION AVEC LE PRINCIPE D'EGALITE. 55

§1- Les droits fondamentaux, contrainte morale à l'autonomie des parties dans l'exécution 57

A. La faculté de contraindre le débiteur 57

B. La licéité de la contrainte 62

§2 – Les droits fondamentaux, contrainte matérielle dans l'exécution 68

A. Pacta sunt servanda et dignité humaine : la problématique de l'expulsion 69

B. Nemo plus juris… et propriété : l'effectivité de l'effet incitatif contractuel 75

Conclusion chapitre premier : 83

CHAPITRE 2 – LA FLEXIBILITE DU POUVOIR INCITATIF JUDICIAIRE 85

SECTION 1 – L'INCITATION JUDICIAIRE A L'EXECUTION PAR LA SUSPENSION DE LA CONTRAINTE 85

§ 1 – L'applicabilité de la suspension de la contrainte : Les délais de grâce 86

A. L'appréciation de la situation des parties dans la suspension de la contrainte 86

B. L'appréciation du pouvoir du juge dans la suspension de la contrainte 93

§ 2 – L'incidence de la suspension de la contrainte sur l'exécution 99

A. L'influence de la suspension sur le droit à l'exécution du créancier 99

B. L'interaction de la suspension avec les procédures collectives 105

SECTION 2 – L'INCITATION JUDICIAIRE A L'EXECUTION PAR LE RENFORCEMENT DE LA CONTRAINTE 111

§ 1 – Le renforcement direct de la contrainte par l'injonction 111

A. L'attractivité de l'injonction de payer 112

B. La réalisation de l'effet comminatoire de l'injonction de payer 118

§ 2 – Le renforcement indirect de la contrainte par l'astreinte 124

A. L'adaptabilité de la structure de l'astreinte à l'incitation 124

B. L'adaptation de la trajectoire de l'astreinte à l'incitation 131

Conclusion chapitre 2 : 137

Conclusion titre premier de la première partie : 138

TITRE II – LE REEQUILIBRAGE DES PREROGATIVES DANS LA CONTRAINTE DIRECTE 139

CHAPITRE 1 – LA TRANSPARENCE DE LA SAISIE 141

SECTION 1 – LA TRANSPARENCE ET L'INTELLIGIBILITE DE LA SAISIE 142

§ 1 – L'effectivité de la simplification procédurale 142

A. L'intervention préalable du juge 143

B. Le titre exécutoire 149

§ 2 – Le renforcement du droit à l'information dans l'exécution 156

A. L'information des parties dans l'exécution 156

B. L'information des tiers dans l'exécution 164

SECTION 2 – LA TRANSPARENCE ET LA PREVISIBILITE DE LA SAISIE 169

§ 1 – La variabilité des saisies à l'épreuve d'un formalisme protecteur 169

A. L'acte de saisie conservatoire et la transparence du formalisme 170

B. Les actes de saisie exécutoire et la finalité protectrice du formalisme 176

§ 2 – L'extension des effets de l'acte de saisie sur le droit à l'exécution : les relations entre l'apparence et la transparence 183

A. L'effet de la saisie conservatoire sur l'exécution 184
B. L'effectivité des saisies exécutoires 190
Conclusion du chapitre premier 198
CHAPITRE 2 – LA COHERENCE DANS LA SAISIE 200
SECTION 1 – LA RATIONALISATION DE LA SAISIE 200
§ 1 – L'opportunité de la saisie 201
A. Le contrôle de la liberté de choix du créancier 202
B. La hiérarchie des saisies 207
§ 2 – La possibilité de la saisie 213
A. Le domaine de l'exécution 214
B. Les immunités d'exécution 221
SECTION 2 – LA SANCTION DE L'EXECUTION IRREGULIERE 229
§ 1 – Les sanctions affectant l'acte de procédure 230
A. La nullité 230
B. La caducité 240
§ 2 – La sanction du comportement illicite dans l'exécution 243
A. Le fondement de la sanction 244
B. L'étendue de la réparation 253
Conclusion chapitre deuxième 259
Conclusion titre deuxième de la première partie 260

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 262

DEUXIEME PARTIE : LA SECURITE JURIDIQUE, TECHNIQUE DE GARANTIE DANS LE RECOUVREMENT DES CREANCES 267

TITRE I – LA GARANTIE STRUCTURELLE DE L'EXECUTION : LE PATRIMOINE RECOUVRABLE 270

CHAPITRE 1 - LA PRÉSERVATION DU PATRIMOINE RECOUVRABLE 271
SECTION 1 - LA DETERMINATION DE L'ACTIF RECOUVRABLE 271
§ 1 - La prise en compte de la situation juridique de l'actif du débiteur 271
A. L'insaisissabilité légale 272
B. L'insaisissabilité volontaire 280
§ 2 – La prise en compte de la condition juridique du débiteur 286
A. L'incidence de la situation matrimoniale sur la détermination du patrimoine recouvrable 286
B. Le débiteur saisi par le caractère alimentaire de la créance 293

SECTION 2 - LA CONSOLIDATION DE L'ACTIF RECOUVRABLE 300
§ 1 – Les techniques communes de prévention du risque d'insolvabilité du débiteur 301
A. L'évitement d'un appauvrissement par l'inertie du débiteur 301
B. La neutralisation de l'appauvrissement frauduleux du débiteur 307
§ 2 – Les techniques de reconstitution du patrimoine du débiteur dans les procédures collectives 312
A. La modification de la capacité juridique du débiteur, une garantie structurelle de l'exécution 313
B. Les sanctions des actes irréguliers, une garantie substantielle de préservation de l'exécution 321
Conclusion Chapitre premier Titre 1 327
CHAPITRE 2 - LA VALORISATION DU PATRIMOINE RECOUVRABLE 329
SECTION 1 – L'ANTICIPATION DE LA GARANTIE DANS LE RECOUVREMENT 329
§ 1 – La circulation de la créance, mécanisme d'anticipation de la garantie 331
A. La simplification de la cession, outil de flexibilité de l'anticipation 332
B. L'opposabilité de la cession, outil de prévisibilité de l'anticipation 337
§ 2 – L'anticipation de la garantie, mode efficace d'exécution ? 342
A. Les formes de garanties dans la circulation des créances 343
B. L'effectivité des garanties dans la circulation des créances 351
SECTION 2 - LA DIVERSITE DES GARANTIES DE SOLVABILITE DECOULANT DES SURETES 355
§ 1 - La garantie de l'exécution dans la relation sujet/sujet 356
A. La formalisation de la relation sujet/sujet 357
B. L'efficacité de la relation sujet/sujet dans l'exécution 364
§ 2 - La garantie de l'exécution dans le rapport sujet/objet 375
A. La garantie de l'exécution fondée sur la préférence 376
B. La garantie de l'exécution assise sur l'exclusivité 385
Conclusion chapitre 2 du Titre 1 392
Conclusion du Titre premier Partie 2 393

TITRE II – LA GARANTIE SUBSTANTIELLE DE L'EXECUTION : PROPOSITION D'UNE RELECTURE DE L'EXECUTION 396

CHAPITRE 1 – PAR-DELA L'OBJECTIVITE DOGMATIQUE : LA RATIONALITE DE L'EXECUTION 398
SECTION 1 – LA LEGITIMITE DE LA RATIONALITE INTERPRETATIVE DE L'EXECUTION 399
§ 1 – La légitimité éthique : La loyauté 400
A. Une obligation positive individuelle : la bonne foi 401

B. Une obligation positive collective : la solidarité 408
§ 2 – La légitimité technique : La proportionnalité 414
A. La proportionnalité et les moyens de l'exécution 416
B. La proportionnalité et les conceptions normatives de l'exécution 421
SECTION 2 – LA FLEXIBILITE DE LA RATIONALITE PROCEDURALE DE L'EXECUTION 425
§ 1 – Le renouvellement du modèle juridictionnel de l'exécution 426
A. La cohérence structurelle : entre simplification et mise en ordre 427
B. La cohérence téléologique : vers un juge protecteur 433
§2 – La promotion du pragmatisme processuel : le paradigme de la négociation 439
A. L'opportunité du modèle négocié d'exécution des créances 439
B. Le contrôle de l'exécution négociée des créances 444
Conclusion chapitre premier titre 2 450
SECTION 1 – LA FINALITE DE L'EXECUTION ET L'ATTENTE JURIDIQUE DES PARTIES 453
§ 1 – La fonction normative de l'attente juridique dans l'exécution 453
A. L'acte d'exécution : entre l'attente conventionnelle et l'attente normative ou la problématique de l'unité de l'attente juridique 454
B. L'acte d'exécution influencé par la prestation : l'attente juridique une figure à géométrie variable ou la problématique du pluralisme de l'exécution 459
§ 2 – La fonction prédictive (sociale) de l'attente juridique dans l'exécution 464
A. L'anticipation de l'impayé par la fonction risque dans l'exécution 464
B. Le management de l'exécution par la fonction risque 469
SECTION 2 – LA FINALITE DE L'EXECUTION ET L'ATTENTE ECONOMIQUE DES PARTIES 474
§ 1 – L'attente économique et la valeur objective de la créance 475
A. La valeur de la créance, critère d'équivalence dans l'exécution 475
B. La valeur de la créance, critère d'évaluation du potentiel de recouvrement 479
§ 2 – L'attente économique au regard de la subjectivité de l'exécution 483
A. Réalisation de la prévision : La subjectivation de l'attente économique dans la continuité de l'exécution 484
B. La subjectivité de l'attente économique à l'épreuve de la satisfaction dans l'exécution 489
Conclusion chapitre 2 Titre 2 493
Conclusion Titre 2 494

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE 497

CONCLUSION GENERALE 500

INDEX ALPHABETIQUE 506

BIBLIOGRAPHIE 511

TABLE DES MATIERES 558