

*Horizons du droit - Revue de l'Association française des docteurs en droit, Bulletin n°12,
février 2020*

Horizons du droit



Revue de l'Association française des docteurs en droit, Bulletin n°12, février 2020

Directeur scientifique : professeur Jacques Mestre, Agrégé des Facultés de droit, Doyen de la Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, Président de l'Association française des docteurs en droit.

Comité scientifique :

Hugo Barbier, professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Patrick de Fontbressin, avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich, professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Marie-Eve Pancrazi, professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance, professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

Sylvio Quincey, Inspecteur Général de la Banque de France.

Rédacteur en chef :

Sabrina Dupouy, maître de conférences à l'Université de Clermont-Auvergne.

La théorie classique du patrimoine à l'épreuve du droit OHADA

Par

Léon HOUNBARA KAOSSIRI

Docteur en Droit privé

Chargé de cours

Université de Ngaoundéré – Cameroun

Résumé

Dans le souci de promouvoir la création des entreprises, le législateur OHADA a prévu plusieurs mécanismes pourraient s'analyser, à première vue, comme des dérogations à la théorie classique du patrimoine. Il en est ainsi de l'institution de la société unipersonnelle, du mécanisme de l'agent des sûretés et des multiples cas d'insaisissabilité et d'éclatement du patrimoine qui apportent des limites à l'idée de la personnalisation du patrimoine et à celle de son universalité. L'analyse approfondie des dispositions du droit OHADA laisse cependant entrevoir que les dérogations apportées à la théorie classique du patrimoine n'ont réussi à sonner le glas de celle-ci. Bien au contraire, les piliers de cette théorie se trouvent disséminés à travers les dispositions de plusieurs matières régies par le droit OHADA.

Mots clés : Théorie classique du patrimoine, Personnalité, Universalité, unicité, indivisibilité, sociétés unipersonnelles, agent des sûretés, insaisissabilité.

Introduction

L'évocation de la théorie classique du patrimoine à l'aune du droit OHADA pourrait sembler déconcertante, car elle met ensemble une théorie qui se caractérise par sa stabilité et son intangibilité avec un droit qui se veut pragmatique et dynamique¹. La théorie classique du patrimoine est considérée comme la plus célèbre des théories jamais aussi soutenue en droit français, lequel a majoritairement inspiré la plupart des législations des États membres de l'OHADA. Elle incarne, selon un auteur², l'apogée de la doctrine qu'elle porte à un degré de raffinement et de puissance inédit. Elaborée par Aubry et Rau³, elle a fini par prendre un caractère sacré, comme le témoigne la longue tradition qu'elle traîne. Transmise de génération en génération, elle est l'une de ces théories contre lesquelles personnes n'ose porter une main sacrilège⁴.

¹ J. FOMETEU, « L'OHADA : l'idéologie et le système », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges Paul Gérard POUGOUE*, Wolters Kluwer-CREDIJ, 2014, p. 305.

² F. ZENATI-CASTAING, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667.

³ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.-S. Zachariae*, 3^{ème} édition, tome V, Cosse, 1857.

⁴ V. A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801 ; N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, Collection : Nouvelle Bibliothèque de Thèse, Dalloz, 2018, n° 1 ; C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD Com.* 1979, p. 582 ; Société ou pas société ? Patrimoine affecté à une personne individuelle », in *Projet d'EIRL*, *RTD Com.* 2010, p. 349 ; M. GRIMALDI et B. REYNIS, *Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel*, Defrénois 1987, p.587.

Certes, des discussions ne manquent pas lorsqu'il s'agit d'appréhender le terme patrimoine, mais la majorité de la doctrine s'accorde, à quelques nuances près, pour admettre qu'il désigne l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent, qui ont pour sujet actif et passif une même personne et qui sont envisagés comme formant une universalité juridique⁶. Cette définition appelle quelques observations.

D'une part, elle heurte le sens commun, voire une tradition juridique multiséculaire. Elle semble contraire au sens commun, car, comme l'écrit un auteur, « à l'homme de la rue, à ce citoyen banal que nous sommes tous peu ou prou, nul n'a jamais pu faire croire que son patrimoine fût autre chose que l'ensemble de ses seuls biens »⁷. Elle semble également ramer à l'encontre de la tradition juridique romano-germanique, puisque, depuis le droit romain, le terme patrimoine, de *patrimonium*, avait toujours désigné la masse des biens possédés par le sujet de droit (le *pater familias* d'hier, l'*homo juridicus* d'aujourd'hui)⁸. Cette définition pourrait être remise en cause par quelques dispositions en projet dans certaines législations internes des pays membres de l'OHADA⁹. Cependant, malgré les reproches à elle adressés, elle continue à retenir l'attention tant de la doctrine que du législateur¹⁰.

D'autre part, la définition ainsi présentée lie le patrimoine à la personne et le considère comme une universalité juridique. La « personnalisation » du patrimoine traduit, dans la conception classique, l'idée selon laquelle, ce dernier se rattacherait à la personne de son

⁵ Notamment en ce qui concerne ses éléments constitutifs. V. : F. CHÉNÉDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. Pal.*, n° 139, 19 mai 2011, p. 19 ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *op. cit.*, p. 801 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, (Préface Philippe JESTAZ), Thèse Paris II, LGDJ, 2003 ; B. FROMION-HABRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, (Préface Michel GRIMALDI), Thèse, Paris II, LGDJ, 2003 ; B. ROMAN, « Le patrimoine dans l'avant-projet réforme du droit des biens », *Deffrénois 2009*, p. 504. Ces auteurs restreignent le patrimoine à l'actif en excluant le passif.

⁶ J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les Biens*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2019, n° 2 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des biens*, 8^{ème} édition, Collection : Droit civil, LGDJ, 2019, n° 15 ; Ph. SIMLER, *Les biens*, 4^{ème} édition, Presses Universitaires de Grenoble, 2018, n° 10 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 9^{ème} édition, Collection : Précis, Dalloz, 2014, n° 19 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^{ème} édition, Collection : Domat droit privé, Montchrestien, 2007, n° 55 ; *Droit civil. Les biens*, 13^{ème} édition, Collection : Domat droit privé, Montchrestien, 2007, n° 3 ; Ch. ALBIGES, *Introduction au droit*, 2^{ème} édition, Collection : Manuel, Paradigme, 2016, n° 275 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 13^{ème} édition, Collection : Manuel, LexisNexis, 2011, n° 372 ; G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^{ème} édition, Collection : Domat droit privé, Montchrestien, 2007, n° 55 ; Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil*, 14^{ème} édition, Collection : Université, Armand Colin, 2005, n° 903.

⁷ A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine », *Op. cit.*, p. 801.

⁸ F. CHÉNÉDÉ, *Op. cit.*, p.21. Cet auteur ajoute que cette définition est contredite par certaines dispositions du code civil (français) qui évoquent le contenu du patrimoine, notamment l'article 271, qui évoque « le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu », ou les articles 1569 et suivants.

⁹ A titre d'illustration, cette définition se trouve contredite par certaines dispositions de l'avant-projet de code civil camerounais, notamment les articles 927 et 930, qui décrivent respectivement le contenu du patrimoine originaire et final des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts en ne faisant référence qu'aux seuls biens des époux. Selon le premier article, « Le patrimoine originaire comprend les biens qui appartenaient à l'époux au jour du mariage et ceux qu'il a acquis depuis par succession ou libéralité, ainsi que tous les biens qui, dans le régime de la communauté légale, forment des propres par nature sans donner lieu à récompense. Il n'est pas tenu compte des fruits de ces biens, ni de ceux de ces biens qui auraient eu le caractère de fruits ou dont l'époux a disposé par donation entre vifs pendant le mariage ». Selon le second, « Font partie du patrimoine final tous les biens qui appartiennent à l'époux prédécédé au jour où le régime matrimonial est dissous, y compris, le cas échéant, ceux dont il aurait disposé à cause de mort et sans en exclure les sommes dont il peut être créancier envers son conjoint ».

¹⁰ À titre de droit prospectif, l'avant-projet de code civil camerounais la retient sans l'altérer. L'alinéa 1^{er} de l'article 1719 de cet avant-projet est rédigé ainsi : « 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 ». Cette définition est également reprise, à titre comparatif, par l'article 519 de l'avant-projet de réforme du droit des biens français.

titulaire, avec laquelle il se confond ; celui-ci est un attribut de la personnalité juridique au même titre que le nom ou le domicile.

Entendre le patrimoine comme une universalité juridique¹¹ signifie qu'il forme un élément cohérent : un tout au sein duquel une cohésion s'établit entre les différents éléments qui le composent, l'actif et le passif¹². L'idée d'universalité juridique postule donc un lien entre les différents éléments du patrimoine. De cette idée découlent un certain nombre de conséquences : la corrélation entre l'actif et le passif, la considération du patrimoine comme gage général des créanciers et, enfin, la mutabilité et la fongibilité des éléments du patrimoine. L'application la plus remarquable de cette corrélation est ce qu'on qualifie de droit de gage général des créanciers sur les biens du débiteur, posé par bon nombre de codes civils des États membres de l'OHADA¹³.

En ce qu'elle établit un lien entre la personne et le patrimoine, entre l'être et l'avoir, la théorie classique du patrimoine paraît séduisante et repose sur des considérations tant théoriques que pratiques. Sur le plan théorique, sa valeur explicative de la structure et des mécanismes du droit privé a été amplement démontrée¹⁴. Du point de vue de la pratique, elle satisfait d'un côté, à un impératif moral et de l'autre, à un impératif économique. Moralement, lorsqu'une personne contracte des dettes, il est normal qu'elle soit tenue de les payer. En cela, la corrélation de l'actif et du passif évitera qu'une personne puisse se soustraire à ses engagements au moyen d'artifices juridiques. Économiquement, plus le patrimoine renferme de biens, plus les créanciers ont des chances d'être payés et, plus le débiteur a du crédit¹⁵.

Quoique séduisante dans sa formulation, la théorie classique du patrimoine fait l'objet de nombreuses critiques. S'il est vrai que la personne est une et indivisible dans son identité physique, elle est multiple et plurale dans ses activités. De ce fait, il y a, selon un auteur¹⁶, une sorte de verbalisme à asseoir l'unité du patrimoine sur l'unité de la personne. La théorie subjective du patrimoine ne serait tolérable que si l'individu mène une vie unique, stable et linéaire. Elle ne saurait convenir dès lors que l'individu a des vies multiples, vie personnelle, vie familiale, vie professionnelle¹⁷.

La construction intellectuelle de la théorie classique du patrimoine présente certes certains avantages et jouit du mérite de la simplicité, mais cette simplicité n'est pas toujours gage d'équilibre et d'efficacité. On perçoit immédiatement les limites et les répercussions sur la vie des affaires. C'est pour cela que cette théorie a toujours admis des exceptions dont certains avaient d'ailleurs déjà été envisagées par ses concepteurs. En effet, contrairement à ce qui est

¹¹ Il faut distinguer cette forme d'universalité de l'universalité de fait qui renvoie à la réunion d'éléments actifs, sans passif, avec une destination commune. Sur la notion, lire : É. MEILLER, « L'universalité de fait », *RTD Civ.* 2012, p. 651.

¹² G. CORNU, *Op. cit.*, p. 11.

¹³ V. article 2092 des codes civils du Burkina Faso, du Cameroun, des Comores, de la Côte d'Ivoire, du Niger, du Tchad, Togo selon lequel « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». En droit guinéen, cette disposition se trouve à l'article 1193 du Code civil selon lequel « Le débiteur répond de sa dette sur tous ses biens présents et à venir ». En droit français, cet article est devenu l'article 2284 à la faveur de la réforme du 24 mars 2006.

¹⁴ F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.* 1996, p. 819.

¹⁵ Y. LEQUETTE, « Prolégomènes », in *La théorie du patrimoine : unité ou affectation ? Dossier spécial, RLDC, n°77, 2010*, p. 64 ; M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », in *La théorie du patrimoine : unité ou affectation ? Dossier spécial, RLDC, n°77, 2010*, p. 73 ; B. MALLET-BRICOUT, « L'unité et l'indivisibilité du patrimoine à l'épreuve du droit des affaires », in *Qualification des biens et pratique des affaires. Dossier, Droit et Patrimoine, n°278, 2018*, p. 32.

¹⁶ M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *Op. cit.*, 2010, p. 73.

¹⁷ Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, p. 64.

communément véhiculé, Aubry et Rau étaient fort éloignés de l'idée de concevoir la théorie du patrimoine comme un dogme¹⁸. Bien au contraire, ils l'avaient assortie de plusieurs exceptions qui ont été soit négligées soit occultées par la doctrine¹⁹. Dans leur ouvrage, après avoir expliqué que le patrimoine comprend tous les biens d'une personne, et qu'il est une pure abstraction, ils affirmaient qu'une « même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine. Cette règle n'est cependant pas sans exception »²⁰. Au rang de ces exceptions, ils énuméraient les biens composant un majorat²¹ ou une substitution²², qui constituent, entre les mains de celui du titulaire ou du grevé, une universalité juridique distincte de son patrimoine. Il en est de même de l'effet du bénéfice d'inventaire ou de séparation des patrimoines, qui permet de maintenir les biens qui composent une succession, séparés du patrimoine de l'héritier. Il convient, enfin, de signaler les cas où certaines personnes sont appelées à succéder en vertu d'un droit de retour légal, dans lesquels les biens forment une universalité distincte du surplus de l'hérédité du défunt. À ces exceptions, ils ont ajouté, au fil des différentes éditions de leur ouvrage, le patrimoine de l'absent et le fidéicommiss²³. Par l'extension de ces exceptions, l'on peut se rendre compte qu'Aubry et Rau n'avaient pas entendu enfermer leur théorie. Cependant, il convient de constater que les exceptions envisagées par ces auteurs restaient confinées dans le domaine du droit civil. Cela pourrait se justifier par les origines civiles de la notion de patrimoine, même s'il est possible de voir un lien étroit entre le patrimoine et le droit des affaires.

La question du patrimoine se trouve au cœur de plusieurs disciplines du droit en général et du droit des affaires en particulier²⁴. Cette diversification de son champ d'influence suscite plusieurs difficultés d'articulation, tant il est vrai que les multiples disciplines convoquées se développent parfois en toute indépendance les unes des autres. En effet, en dépit de ses origines très civiles, très familiales, la notion de patrimoine est au centre du droit des affaires qui, en tant que droit fondamentalement économique, se nourrit du patrimoine. Mieux, il en produit à son tour des quantités. Il constitue, selon Bertrand Fages²⁵, une magnifique machine à créer des patrimoines. L'exemple des personnes morales est, à cet égard, très révélateur.

Dès son origine, le patrimoine, en ce qu'il constitue le réceptacle des biens des personnes, a présenté des liens avec le droit des affaires. Cependant, la rencontre de la théorie classique du patrimoine avec le droit des affaires ne s'est pas toujours passée sans heurts. C'est dans le domaine du droit des affaires que cette théorie a connu d'importantes exceptions. Toutes

¹⁸ A. DENIZOT, « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2014, P. 547 ; P. BERLIOZ, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD Civ.* 2010, p. 635.

¹⁹ Voir V. WESTER-OUISSE, « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *Les Petites Affiches*, n°248, décembre 2009, p. 4.

²⁰ C. AUBRY et C. RAU, *Op. cit.*, p. 2.

²¹ Les majorats ont été créés en 1807 et furent abolis par la loi du 12 mai 1835. Il s'agissait d'un ensemble de biens fonciers ou de rentes immobilisées, inaliénable attaché à la possession d'un titre de noblesse et qui passe avec ce titre à l'héritier naturel ou adoptif du titulaire, le fils aîné. V. L. SABOULIN, *Du majorat au petit bien de famille*, Thèse, Aix-Marseille, 1906 ; P. FRAIN de la GAULAYRIE, *Les majorats depuis le Premier Empire jusqu'à nos jours*, Thèse, Rennes, 1909.

²² Il s'agissait d'une institution proche du majorat, renvoyant à une disposition par laquelle une personne, le disposant, charge une autre, le grevé, qu'elle gratifie en premier ordre, de conserver pendant toute sa vie les biens et de les rendre, à son décès, à une autre personne, le gratifié, en second ordre, l'appelé, si celle-ci se trouve en vie à cette époque. Sur la substitution, V. : G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, tome II, Larousse et Forcel, 1883, n°644.

²³ Il s'agit d'une disposition de dernière volonté, non revêtue des formes solennelles des legs ou des institutions d'héritier, par laquelle quelqu'un chargeait une personne à laquelle elle faisait une libéralité, de transmettre à un tiers tout ou partie du bénéfice de cette libéralité. *Vocabulaire juridique*, V° Fidéicommiss.

²⁴ Il s'agit particulièrement du droit commercial, du droit des sociétés, du droit des sûretés, du droit de recouvrement et du droit des procédures collectives.

²⁵ B. FAGES, « La théorie du patrimoine et droit de affaires : une respectueuse indifférence », *Droit et Patrimoine*, 2005, n°133, p. 73.

les fois où elle a été mise en rapport avec le droit des affaires, elle en est sortie éprouvée. Une étude comparée du droit des affaires permet, par exemple, de réaliser que bon nombre de pays d'inspiration civiliste tendent de nos jours vers l'abandon de la théorie subjective du patrimoine au profit de la conception objective développée par les législations d'inspiration *common law*²⁶, qui sont orientées vers le pragmatisme et qui ne s'embarrassent pas des principes dégagés par la théorie civiliste du patrimoine²⁷.

Dans le cadre du droit des affaires OHADA, le législateur s'est illustré depuis quelques années par l'accueil d'un certain nombre d'institutions et de mécanismes juridiques dont l'objectif est de rendre plus attractif l'environnement économique. À titre d'illustration, le droit des sociétés commerciales s'est enrichi, avec la précision du régime juridique des sociétés unipersonnelles²⁸ pendant que le droit des sûretés a connu l'entrée en jeu de nouvelles formes de sûreté, à savoir l'agent des sûretés²⁹ et le transfert fiduciaire de sommes d'argent³⁰. À côté de ces différents aménagements qui affectent, plus ou moins, la théorie classique du patrimoine, il faut envisager les divers cas d'insaisissabilité déjà prévus dans les voies d'exécution³¹, en droit des procédures collectives³² et en droit des sociétés coopératives³³. Dès lors, une question se pose : ces multiples institutions et mécanismes ont-ils sonné le glas de la théorie classique du patrimoine en droit OHADA ?

Répondre à une telle question revêt un grand intérêt qui peut être apprécié tant du point de vue théorique que pratique. Sur le plan théorique, la confrontation des principes dégagés par la théorie civiliste du patrimoine au droit OHADA permettra de mettre à jour, *a minima*, une remarquable évolution, et peut-être, le signe d'un vacillement de ce pilier du droit privé applicable dans l'ensemble des Etats membres de l'OHADA.

Sur le plan pratique, le patrimoine participe à la rencontre de plusieurs intérêts *a priori* contradictoires et difficilement conciliables. Il se situe au centre du crédit et du développement de l'économie et requiert une souplesse et un équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs. La prise en compte de ces différents intérêts est susceptible d'orienter la politique législative soit en faveur, soit en défaveur de la théorie classique du patrimoine. Le législateur OHADA semble tiraillé entre deux logiques, dans la mesure où on peut observer une hésitation de sa part. Ce tiraillement se révèle à l'observation des différents mécanismes qu'il prévoit. En apparence, on peut être fasciné de ce que la théorie classique du patrimoine a considérablement reculé en droit OHADA (I). Mais si l'on approfondit l'analyse, on se laisse convaincre d'une réelle subsistance de cette théorie en droit OHADA (II).

I – Le recul apparent de la théorie classique du patrimoine en droit OHADA

Dans la conception classique de la théorie du patrimoine, le patrimoine d'une personne regroupe ses biens et ses obligations. Il forme un tout ; un ensemble qui constitue une entité distincte des éléments qui le composent. Cette théorie s'énonce en deux postulats complémentaires : le patrimoine est l'émanation de la personne, d'une part, et il constitue une universalité, d'autre part³⁴.

²⁶ G. KESSLER, « L'affectation du patrimoine en droit comparé », *RLDA n° 50*, juin 2010, p. 60.

²⁷ B. MALLEY-BRICOUT, *Op. cit.*, p. 32.

²⁸ V. articles 5, 309, 385, 558 à 561, 853-1 de l'AUSCGIE.

²⁹ V. articles 5 à 11 de l'AUS.

³⁰ V. articles 87 à 91 de l'AUS.

³¹ V. articles 50 à 53 de l'AUPSRVE.

³² V. article 6 de l'AUPC.

³³ V. articles 49 et 379 de l'AUSCOOP.

³⁴ G. CORNU, *Op. cit.*, n°5.

À l'observation, ces deux postulats connaissent plusieurs exceptions en droit OHADA, dont les différents actes uniformes apportent de dérogations tant au pilier de la personnalisation (A) qu'à celui l'universalité du patrimoine (B).

A – Le recul du postulat de la personnalisation du patrimoine en droit OHADA

Le postulat de la personnalisation du patrimoine renvoie à l'idée d'un lien très étroit, voire d'une fusion entre la personnalité juridique et l'aptitude à être titulaire de droits et sujet d'obligations. De ce postulat, ont été dégagés des conséquences élégamment élaborées : seules des personnes peuvent avoir un patrimoine, toute personne a nécessairement un patrimoine, le patrimoine reste lié à la personne aussi longtemps que dure la personnalité et une personne n'a qu'un patrimoine. La personnalisation du patrimoine s'oppose à toute idée d'affectation, c'est-à-dire toute possibilité de constituer une masse de biens liés par une affectation commune à un but déterminé. La notion de patrimoine d'affectation dont il est question ici, peut qualifier, dans un sens large, tout ce qui, de près ou de loin, à tort ou à raison, s'éloigne de la théorie subjective du patrimoine, jugée abstraite et excessivement rigide³⁵, qui pose le principe « une personne, un seul patrimoine indivisible »³⁶. À l'entendre ainsi, on peut aisément repérer plusieurs cas d'affectations patrimoniales en droit OHADA. Ces affectations passent, pour certaines, par le biais de la personnalité morale (1), pour d'autres, en dehors de toute personnalité morale (2).

1 – La reconnaissance des patrimoines d'affectation par le biais de la personnalité morale

Le droit des sociétés commerciales OHADA offre un terrain fertile pour la création des patrimoines affectation à travers la personnalité morale. Mais avant de s'en convaincre, il importe de préciser la notion même de patrimoine d'affectation.

Le patrimoine d'affectation peut être considéré comme une des notions difficiles à appréhender, car les auteurs ne s'accordent pas sur son étendue. L'affectation renvoie, en termes simples, à un acte de volonté mettant ensemble un certain nombre de biens destinés à intérêt bien déterminé³⁷. Pour faire abstraction des divergences doctrinales sur la définition du patrimoine d'affectation, on peut relever qu'il renvoie à une réalité objective et fonctionnelle³⁸. Il en est ainsi, d'une part, car il est identifié à partir de son contenu concret, renvoyant à des biens identifiés, distingués, du patrimoine de son constituant. D'autre part, il permet de séparer une masse de bien pour être destinés à une utilité qui leur est donnée³⁹. Il faut ajouter que la

³⁵ V. F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome I, LGDJ, 2^{ème} édition, 1919, n°67, p. 142 ; *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Librairie de la société du recueil Sirey, 1921, tome III, p. 226 et s. ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Dijon, Arthur Rousseau éditeur, 1910 ; G. PLASTARA, *La notion critique du patrimoine*, thèse, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1903, p. 68 ; David HIEZ, *Op. cit.* ; A-L. THOMAS-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. Thomasin, Defrénois, 2007 ; H. ROUABAH, *L'aménagement de l'unité de patrimoine, Proposition d'un statut de l'entrepreneur individuel*, thèse Lyon 3, juin 2010 ; M-Ch. AUBRY, *Le patrimoine d'affectation*, thèse Paris XIII, nov. 2010 ; Ph. DUPICHOT, « L'unité du patrimoine aujourd'hui », *JCP N 2009*. 1356 ; R. LIBCHABER, « Éclairage, Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly 2010*. 316.

³⁶ Sur la notion de patrimoine, lire : A-L. THOMAS-RAYNAUD, « Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine », in *La théorie du patrimoine : unité ou affectation ?*, *RLDC*, n° 77, 2010, p. 65.

³⁷ C. CASSAGNABERE, « Définir l'affectation ? Réflexion sur la notion d'affectation sous le prisme de la volonté et de l'intérêt », *Revue juridique de l'Ouest*, 2013-2, p. 159.

³⁸ A-L. THOMAS-RAYNAUD, « Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine », *Op. cit.*, p. 66.

³⁹ E. DUBUISSON, « Débat sur le patrimoine d'affectation », *Droit et Patrimoine*, n° 180, 2009, p. 18 ; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé*, LGDJ, 1976, p. 34, n° 24. Ce dernier relève que « l'affectation soumet la chose à un but précis ».

séparation dont il rend compte ne concerne pas seulement les biens affectés. Elle doit pouvoir aussi se répercuter sur les dettes et avoir ainsi une incidence sur les droits des créanciers ayant pour gage les biens du débiteur⁴⁰. En définissant ainsi le patrimoine d'affectation, il est possible de voir sa traduction dans la technique de la personnalité morale.

L'analyse du droit des sociétés commerciales OHADA permet ainsi de réaliser plusieurs mécanismes susceptibles d'être considérés comme instituant des patrimoines d'affectation. Dans les sociétés commerciales, en général, les associés font des apports soit en numéraire, soit en nature ou en industrie qui vont constituer le capital de la société ou l'élément de base du patrimoine social auquel s'ajouteront les fluctuations que la société connaîtra au cours de son existence pour constituer son patrimoine⁴¹ et qui sera maintenu séparé du patrimoine propre de ses membres⁴². L'idée d'affectation de patrimoine en matière de sociétés commerciales est corroborée par l'article 37 alinéa 2 de l'AUSCGIE dispose que chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter en numéraire, en nature ou en industrie. Si un associé peut être considéré comme un créancier de la société, cela signifie effectivement qu'il y a une distinction entre son patrimoine propre et celui de la société. Cependant, l'ampleur de la séparation de patrimoines dépend du type de société concernée. Elle est moins visible en matière des sociétés de personnes dans la mesure où, malgré l'affectation par la constitution de la personne morale, les associés restent solidairement et indéfiniment tenus des dettes de la société. Cependant, elle est plus affirmée dans les sociétés limitatives de responsabilité. Ces formes de société sont instituées par le droit OHADA. Il s'agit en l'occurrence de la Société à responsabilité limitée (SARL)⁴³, de la société anonyme (SA)⁴⁴ et de la société par action simplifiée (SAS)⁴⁵. Elles se caractérisent par une séparation entre le patrimoine de chaque associé d'avec celui de la société. Elles permettent aux associés de bénéficier d'une responsabilité limitée à leurs apports. Dans ces sociétés, les créanciers sociaux perdent tout recours contre les patrimoines personnels des associés⁴⁶. L'étanchéité de patrimoines est assurée dans ces sociétés par l'obligation d'évaluation des apports instituée par l'AUSCGIE en ses articles 312 pour les SARL et 400 à 403 pour les SA.

S'il faut considérer les sociétés limitatives de responsabilité uniquement dans leur principe, l'on pourrait dire qu'elles ne dérogent pas véritablement à la théorie classique du patrimoine, dans la mesure où la personne morale ainsi créée répond de ses dettes sur la totalité de son actif. La création d'une personnalité morale permet le rattachement d'un patrimoine à

⁴⁰ A-L. THOMAS-RAYNAUD, « Le patrimoine d'affectation : réflexions sur une notion incertaine », *Op. cit.*, p. 67.

⁴¹ Il ne faudrait pas confondre le capital social du patrimoine de la société. Comme le précisent si bien certains auteurs, les deux notions ne se recoupent pas, le patrimoine social étant beaucoup plus vaste que le capital social. V. dans ce sens : A. AKAM AKAM et VOUDWE BAKREO, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, Collection : Dynamique du droit OHADA, L'Harmattan, 2017, n° 258, p. 149 ; G. R. LANOU, « L'utilité juridique du capital social en droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue Africaine et Malgache de Recherches Scientifiques/S.J.*, n° 2, juillet 2019, p. 257.

⁴² Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 23^{ème} édition, Collection : Précis, Dalloz, 2019, 276 ; F. ANOUKAHA et autres, *Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 209 ; J. GATSI, *Droit des affaires*, 1^{ère} édition, Coll. : Manuel, Presses Universitaires Libres, 2006, p. 120. L'obligation d'apport est une exigence légale qui confère la qualité d'associé à celui qui y souscrit. La jurisprudence veille à l'application stricte de cette disposition. C'est dans ce sens qu'il a été décidé que les personnes qui n'ont souscrit ni libéré d'apport n'ont pas la qualité d'associé. V. CA Niamey, arrêt n° 240 du 8 décembre 2000 : Ohadata J-02-33, obs. B. Talchi.

⁴³ V. articles 309 et suivants de l'AUSCGIE.

⁴⁴ V. articles 385 et suivants de l'AUSCGIE.

⁴⁵ V. articles 853-1 et suivants de l'AUSCGIE.

⁴⁶ A. AKAM AKAM et VOUDWE BAKREO, *Op. cit.*, n°981 et s. ; DIALLO KHADIDIATOU, *Le sens de la limitation de responsabilité des associés ou actionnaires dans les et les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes*, Mémoire de Master UCAD, Dakar, 2008.

une entité virtuelle. Dans cette situation, l'équation classique de la théorie d'Aubry et Rau demeure sauve⁴⁷. Il n'en demeure pas moins que le patrimoine constitué pour le compte de la personne morale soit considéré comme un patrimoine d'affectation en ce sens qu'il est destiné à répondre à l'objet en vue duquel cette personne a été créée. Le législateur OHADA semble avoir franchi un pas supplémentaire en instituant les sociétés unipersonnelles⁴⁸. Reconnue initialement dans la version de l'AUSCGIE de 1997, la société commerciale unipersonnelle sous la forme d'une SARL ou d'une SA, elle peut désormais prendre également la forme d'une SAS. Dans ces différentes hypothèses, il s'agit d'une société d'une seule personne, ce qui va à l'encontre même de la notion de société qui suppose la réunion de plusieurs personnes⁴⁹. En effet, comme le relève un auteur, dans ces formes de sociétés, l'unicité d'associé rend la dualité des personnes – la personne physique constituante de la société, et la personne morale constituée – quelque peu artificielles⁵⁰. Considérées par certains auteurs⁵¹ comme un avatar de l'entreprise unipersonnelle prévue en droit français, les sociétés unipersonnelles suscitent d'énormes difficultés d'articulation avec les règles qui régissent tant la constitution que le fonctionnement des sociétés commerciales⁵². Elles se présentent comme une entorse au principe de l'unité du patrimoine postulé par la théorie classique. En effet, elles ont pour conséquence de permettre qu'une personne contracte avec elle-même. Or, le contrat avec soi-même a pour effet la répartition des biens du contractant unique en deux masses : le patrimoine personnel et le patrimoine social.

En instituant les sociétés unipersonnelles, le droit OHADA a opéré un double choix, fondamental et technique. Ce choix est fondamental en ce sens que, pour faire venir l'entreprise individuelle à la vie juridique, il a préféré le mécanisme de la personnalité morale à celui du patrimoine d'affectation dans son sens strict. Ce choix n'était pas le seul à pouvoir être retenu ; il aurait pu préférer la technique du droit français qui a institué l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, qui permet à un entrepreneur de constituer un patrimoine professionnel séparé de son patrimoine personnel, sans créer une personne morale⁵³. Devant cette alternative, le législateur OHADA a tranché, non sans raison. Son choix se recommande par des intérêts théoriques et pratiques indubitables.

⁴⁷ N. MATHÉ, « La disparition du principe de l'unité du patrimoine : fantasme ou réalité ? », in H. SIMONIAN-GINESTE (dir.), *La (dis)continuité en Droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 109-121, <http://books.openedition.org/putc/771> ; Ph. MALINVAUD, *Op. cit.*, n°375.

⁴⁸ V. A. FÉNEON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, Coll. : Droits africains, LGDJ, 2015, n°2115 et s.

⁴⁹ L'alinéa 1^{er} de l'article 4 de l'AUSCGIE définit la société commerciale en faisant référence à la pluralité de parties. Aussi dispose-t-il : « La société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme ».

⁵⁰ J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. 16^{ème} édition, Coll. : Université, Sirey, 2016, n°211.

⁵¹ A. AKAM AKAM et VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 984.

⁵² Sur l'ensemble des difficultés d'articulation des règles applicables aux sociétés unipersonnelles avec celles applicables aux sociétés pluripersonnelles, lire : MEMAN née THIERO FATIMATA, « La société unipersonnelle dans le droit des sociétés de l'OHADA : une œuvre à parfaire », OHADATA D-07-18 ; U. BABONGENO, « De la problématique de la société unipersonnelle en droit congolais eu égard au droit de l'OHADA », OHADATA D-07-25.

⁵³ L'entreprise individuelle à responsabilité limitée a été instituée en droit français par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 et complétée par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010. Sur cette forme d'entreprise, lire : D. VIGUIER, « Du patrimoine d'affectation et de la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Droit et Patrimoine*, n°195, décembre 2010, p. 24 ; J. PRIEUR, « Le délaissement de la personnalité juridique. EIRL ou société : quels critères de choix ? », in *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL, Droit et Patrimoine*, n° 191, avril 2010, p. 64 ; Ph. REIGNÉ, « Le patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Deffrénois*, 30 mars 2011, p. 554.

On peut trouver plusieurs intérêts en faveur de l'éclosion à la vie juridique des sociétés unipersonnelles, des raisons économiques et pragmatiques essentiellement. En effet, il convenait, pour le législateur, de mettre fin à certaines pratiques qui consistaient à créer des sociétés fictives. Comme le fait remarquer un auteurs⁵⁴, en réalité, dans la plupart des sociétés commerciales existant avant l'avènement du droit OHADA, il n'y avait qu'un associé véritable avec des compagnons de fortune ou de pailles⁵⁵. Il s'agissait ainsi pour le législateur d'arrimer les textes à la pratique. Il était également question de supprimer la différence de traitement, du point de vue de la responsabilité des dettes, entre le dirigeant d'une société à risques limités et l'entrepreneur en nom personnel (responsable sans limite, sur tout son patrimoine, de ses dettes commerciales)⁵⁶, d'assurer une meilleure gestion de l'entreprise individuelle et, enfin, d'organiser et faciliter sa transmission.

En outre, pour donner une forme à son choix, le législateur OHADA a aménagé les sociétés à risque limité (SARL, SA et SAS)⁵⁷, pour faire d'elles les seules sociétés pouvant être unipersonnelles. L'exclusion des sociétés de personnes paraît dans ce sens justifiée, puisque l'associé unique n'y aurait pas trouvé l'avantage principal recherché en pratique, la responsabilité limitée. Sa situation aurait été exactement comme celle d'un commerçant.

Le choix opéré par le législateur OHADA en faveur de la technique de la personnalité morale présente bien d'autres intérêts. En effet, l'utilité pratique de la société unipersonnelle est indéniable pour les entreprises individuelles. Comme il a été démontrés⁵⁸, son intérêt majeur est de séparer l'homme de l'entreprise en donnant à cette dernière une complète autonomie juridique. Cette autonomie est d'abord patrimoniale. Elle est active, et assure une affectation stable des actifs économiques à l'exploitation ; passive, et accorde aux créanciers sociaux un gage exclusif. Cette autonomie est également personnelle, et c'est l'atout majeur de la technique sociétaire sur celle du patrimoine d'affectation pris au sens strict de l'expression. L'attribution de la personnalité morale à la société unipersonnelle facilite la croissance de l'entreprise par association de partenaires, et la transmission de celle-ci, tant par cession en plusieurs fois des droits sociaux de l'associé unique, que par leur partage à l'occasion d'une liquidation successorale ou communautaire. La société unipersonnelle favorise la pérennité de l'entreprise individuelle, parce qu'elle autorise un véritable dédoublement de la personnalité. Elle constitue une technique d'affectation patrimoniale moins audacieuse que celles qui s'effectuent en dehors de toute personnalité morale.

2 – La reconnaissance des patrimoines d'affectation en dehors de toute personnalité morale

L'affectation commune de biens peut se faire en dehors de toute personne morale⁵⁹. Il s'agit dans ce cas d'une véritable exception à la théorie classique du patrimoine. L'affectation y est prise dans son sens strict. Plusieurs situations prévues par le droit OHADA renvoient à cette forme d'affectation. À l'analyse du droit des sociétés OHADA, il peut sembler que le législateur n'ait pas entendu consacrer la possibilité de constituer un patrimoine qui n'ait pas à sa base une personne qui en est le titulaire. Une telle affirmation nécessite d'être nuancée, car des situations de fait sont prises en compte par le droit des sociétés OHADA⁶⁰. C'est du moins

⁵⁴ U. BABONGENO, *Op. cit.*, p. 1.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ J-J. DAIGRE, « La société unipersonnelle en droit français », *RIDC*, vol. 42, n° 2, 1990, p. 669.

⁵⁷ *V. supra*, note n° 28.

⁵⁸ K. RODRIGUEZ, « Réflexions sur la société anonyme unipersonnelle », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 1, janvier 2006, p. 9 ; J-J. DAIGRE, *Op. cit.*, p. 671.

⁵⁹ A. SÉRIAUX, « Le patrimoine », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2016, n° 55.

⁶⁰ F. BIBOUM BIKAY, « Les situations de fait en droit des sociétés de l'Ohada », *R.D.U.S.*, 2013/43, p. 864.

ce qui ressort des dispositions qui régissent les sociétés dépourvues de la personnalité morale⁶¹. Au rang de ces sociétés, on distingue la société en participation⁶², la société de fait ou la société créée de fait⁶³. L'absence de personnalité morale de ces sociétés découle de ce qu'elles sont non immatriculées. Étant toutes dépourvues de la personnalité juridique, elles ne peuvent avoir un patrimoine propre. C'est dans ce sens que l'article 858 de l'AUSCGIE dispose, en ce qui concerne la société en participation que, dans cette forme de société, chacune des parties reste propriétaire des biens qu'elle met à la disposition de la société. Les droits résultant des apports faits par les associés ne naissent pas dans un patrimoine social. Tout se passe comme si l'apporteur avait fait « prêter » une partie de ses biens à la société non personnifiée⁶⁴. Tout ceci amène à affirmer qu'il n'y a pas dérogation à la théorie classique du patrimoine qui rattache le patrimoine nécessairement à la personne. Cependant, ce propos nécessite d'être relativisé lorsqu'on étudie de près le régime juridique auquel sont soumises les sociétés non immatriculées à leur dissolution.

Dans le souci d'encadrer les relations d'affaires des parties, même formées de manière malencontreuse, le législateur admet l'application des règles du droit des sociétés à des situations qui n'en remplissent pas les conditions. C'est dans cette logique que les sociétés dépourvues de personnalité juridique peuvent être soumises à la liquidation. Les articles 862 et 868 de l'AUSCGIE soumettent la dissolution de ces sociétés au même régime que celui des sociétés en nom collectif. Le premier prévoit que la société en participation est dissoute par les mêmes événements qui mettent fin à la société en nom collectif⁶⁵, alors que le second dispose que lorsque l'existence d'une société créée de fait ou d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés. La soumission de ces sociétés aux règles de la société en nom collectif a pour conséquence de relativiser l'absence de patrimoine propre. Il va de soi que sur le plan pratique, en soumettant ces sociétés au régime de la société en nom collectif, qui a une personnalité juridique et un patrimoine propre, on arrive à considérer, fut-il de manière fictive, que la masse des biens apportés par les associés constitue une universalité. C'est dans ce sens qu'à la liquidation, le juge va soit ordonner le partage du patrimoine commun en nature, soit en ordonner la vente pour la distribution du produit net.

On peut également voir dans le régime de la nullité des sociétés commerciales une sorte de reconnaissance implicite du patrimoine à une entité dépourvue de personnalité morale. En effet, la nullité suppose l'anéantissement rétroactif d'un acte constitué au mépris de ses conditions de validité. La règle générale voudrait qu'en cas de nullité d'un acte, ce dernier doit être considéré comme n'ayant jamais existé. Il en va autrement des sociétés commerciales dont la nullité n'emporte pas d'effets rétroactifs⁶⁶. L'article 253 de l'AUSCGIE prévoit que lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. Il est procédé à la dissolution de la société et, pour ce qui concerne les sociétés pluripersonnelles, à leur liquidation. Tout se passe comme si la société dont la nullité est prononcée avait une

⁶¹ Pour plus de détails sur ces types de sociétés, lire : B. Y. MEUKE, « La société non personnalisée dans l'OHADA. Étude de l'impact de l'absence de personnalité morale dans la société en participation », *Revue juridique tchadienne*, 2006/12, p. 6. ; C. Y. OMGBWA, *Les sociétés non immatriculées en droit OHADA*, mémoire de Master, Université de Ngaoundéré (Cameroun), 2012 ; E. SINGAMOND, *Les sociétés commerciales sans personnalité juridique en droit OHADA*, mémoire de Master, Université Cheik Anta Djiof, 2010.

⁶² V. articles 114, puis 854 et s. de l'AUSCGIE.

⁶³ V. articles 115, puis 864 et s. de l'AUSCGIE.

⁶⁴ V. dans ce sens : A. AKAM AKAM et VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n°882.

⁶⁵ Pour quelques applications jurisprudentielles, lire : CCJA, Ass. plén., arrêt n°49/2015 du 27 avril 2015, affaire Monsieur Haïdar FARROUKH contre Monsieur Jamal WAYZANI ; CA Ouagadougou, Ch. civ. et com., arrêt n°57 du 20 mai 2005, affaire Société togolaise de travaux publics (STTP) contre SAS sa et SOMDA Jean de Dieu.

⁶⁶ F. ANOUKAHA et autres, *op. cit.*, n° 185.

existence et conséquemment, un patrimoine. Cette mesure est guidée par le souci de protéger les tiers qui ont cru à l'existence d'une véritable société et qui ont contracté avec elle.

Les atteintes au postulat de la personnalisation du patrimoine en droit OHADA sont plus flagrantes dans d'autres matières à l'instar du droit des sûretés. Dans cette dernière matière, le législateur OHADA reconnaît, de manière explicite, la possibilité de constitution des patrimoines en dehors de la personnalité morale.

En droit des sûretés, le législateur reconnaît ouvertement la possibilité d'affecter un patrimoine comme garantie de crédit. En effet, l'article 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) définit la sûreté comme « l'affectation au bénéficiaire 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 ». De cette définition, il découle qu'un patrimoine peut être affecté pour garantir une obligation. L'affectation patrimoniale est rendue possible dans cette situation sans constitution d'une personnalité morale, ce qui apparaît comme une véritable entorse à la théorie classique du patrimoine. Deux formes de sûretés, à savoir l'agent des sûretés l'affectation fiduciaire d'une somme d'argent peuvent corroborer l'existence des patrimoines d'affectation en droit OHADA.

L'agent des sûretés⁶⁷ a été introduit en droit OHADA à la suite de la réforme de l'AUS intervenue en décembre 2010. Son mécanisme est généralement utilisé dans le cadre des financements dits syndiqués ou consortiaux, consentis par des pools bancaires, c'est-à-dire des groupements d'établissements de crédit, en vue de soutenir un client commun pour une opération jugée plus ou moins risquée. Aux termes de l'article 5 de l'AUS, « toute sûreté ou garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin »⁶⁸.

Pour confirmer l'idée d'affectation de patrimoine, l'article 9 de l'AUS dispose que « lorsque la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété au profit

⁶⁷ Il s'agit d'un mécanisme qui remonte aux racines ancestrales du droit français à travers le mécanisme de la fiducie en droit romain. Il convient cependant de le distinguer de la fiducie française. Même si ces deux mécanismes ne sont pas à confondre, ils ont plusieurs points communs. D'abord, l'agent de sûreté, tout comme la fiducie, consacre le pouvoir de gérer des sûretés reçues ou à recevoir des constituants dans le cadre, par hypothèse, d'un crédit consenti par un pool bancaire (plus généralement) par tout autre groupe de créanciers. Il consacre, ensuite, la possibilité de devenir propriétaire de certains biens reçus. Enfin, ces deux mécanismes permettent l'affectation de biens dans un patrimoine distinct de celui de l'agent des sûretés ou de l'agent fiduciaire. Sur ce dernier point, l'agent des sûretés OHADA se rapproche des techniques anglo-saxonnes de la *parallel debt*. Sur l'agent des sûretés en droit OHADA, lire : K. O. COFFI DOGUE, « Regard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n°4, septembre 2014, p. 159 ; G-A. LIKILLIMBA, « L'agent des sûretés OHADA », *RTD Com.* 2012, p. 475 ; G. BODI, « L'agent des sûretés OHADA », <https://www.legavox.fr/blog/bodi-ganiou/agent-suretes-droit-ohada-24354.htm>. Sur la fiducie française, lire : X. BOUTIRON, « La fiducie, une technique de gestion du patrimoine personnel de l'entrepreneur ? », in *Dossier Les outils de protection du patrimoine de l'entrepreneur, Droit et Patrimoine n°190*, mars 2010, p. 60 ; A-S. COURTIER, « La fiducie et le principe de l'unicité du patrimoine », *Gaz. Pal.* 14-15 février 2007, p. 234 ; M. CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », in *Mélanges Ernest CAPARROS, Wilson & Lafleur, Montréal, 2002*, p. 138 ; C. WITZ, « La fiducie en droit privé français », *Revue de Jurisprudence commerciale* 1982, p. 67 ; « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP E* 1993, I, 244.

⁶⁸ Pour ce qui est de la fiducie, v. M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *Op. cit.*, p. 76. Pour cet auteur, au fond, c'est l'unité d patrimoine du constituant qui brise la fiducie, mais formellement, la fiducie en général, et la fiducie-sûreté en particulier, brise l'unité du patrimoine du fiduciaire.

de l'agent des sûretés, le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés. Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission ». À travers cette disposition, le législateur OHADA consacre un véritable patrimoine d'affectation⁶⁹. Ceci permet de distinguer l'agent des sûretés du mandat de commission et de la solidarité active qui ne prévoient pas de patrimoine d'affectation. Par l'institution de l'agent des sûretés, le législateur OHADA porte atteinte au caractère indivisible du patrimoine, dans la mesure où les droits transmis par le constituant sont contenus dans un patrimoine d'affectation, de l'agent des sûretés, qui sont soustraits du gage général de ses propres créanciers.

S'agissant du transfert fiduciaire de sommes d'argent, il est prévu à l'article 87 AUS. Selon cet article, il s'agit d'une convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation. Les fonds affectés sont inscrits dans un compte bloqué, ouvert au nom du créancier, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir. Ce mécanisme reproduit, tout comme celui de l'agent des sûretés, totalement ou quasi-totalement le *modus operandi* de la fiducie, c'est pourquoi ils ont été tous qualifiés de *crypto-fiducies* du droit OHADA⁷⁰. L'article 87 de l'AUS précise la nature contractuelle du transfert fiduciaire d'argent tout comme la fiducie. Par ce mécanisme, le dépôt des fonds dans un compte au nom du créancier sans que celui-ci soit n'en soit propriétaire opère une sortie du patrimoine du constituant de sorte que lesdits fonds soient parfaitement sécurisés. Le bénéficiaire est supposé être le créancier pour lequel un compte bloqué et ouvert dans les livres de l'établissement de crédit. On remarque clairement une séparation du patrimoine affecté à la garantie du bénéficiaire de celle du détenteur des fonds⁷¹. On en déduit qu'il existe par le biais de cette opération, un patrimoine d'affectation. La convention opérant le transfert fiduciaire de sommes d'argent comporte des mentions obligatoires comme le contrat de fiducie. Ces dernières permettent de déterminer la créance, le montant et le compte bloqué. Il en résulte que l'assiette dudit mécanisme est déterminée au travers de ce compte bloqué constitué de sommes d'argent.

Ce premier panorama de quelques matières du droit OHADA permet de mettre en évidence les multiples dérogations au postulat de la personnalité du patrimoine tel que véhiculé par la théorie classique. Le principe de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine se trouve fortement remis en cause par plusieurs mécanismes prévus par le droit OHADA. Au soutien de la multiplication des patrimoines d'affectation, l'on peut avancer le souci d'encourager l'entrepreneuriat. Dans le but de rendre plus attractif le droit OHADA et de permettre le développement des entreprises, le législateur ne s'est pas enfermé dans la rigidité et l'abstraction de la théorie classique du patrimoine. Il a admis des possibilités de constitution de patrimoines d'affectation, dérogeant ainsi au postulat de la personnalité. Il en est de même lorsqu'on envisage certains mécanismes et institutions qui dérogent au postulat de l'universalité du patrimoine.

B – Le recul du postulat de l'universalité du patrimoine en droit OHADA

⁶⁹ P. CROCQ, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Dossier : Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'Ohada, Droit et Patrimoine n° 197*, novembre 2010, p. 59.

⁷⁰ G. KENFACK DOUJANI, « Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010 », Revue de l'ERSUMA. Droit des affaires. Pratique professionnelle, n° spécial, novembre-décembre 2011, p. 87 ; F. I. SOLOU, « Les crypto-fiducies du droit OHADA pour la sécurisation et le développement du crédit en Afrique », en ligne sur <https://medium.com/le-d%C3%A9lai-raisonnable-dans-la-proc%C3%A9dure-p%C3%A9nale/les-crypto-fiducies-du-droit-ohada-pour-la-s%C3%A9curisation-et-le-d%C3%A9veloppement-du-cr%C3%A9dit-en-afrique-1f5283ea8300>.

⁷¹ A. GAKOUE, « La fiducie en droit ivoirien », *International Journal of Current Research*, 2018, 10 (1), p. 64446.

À l'instar du postulat de la personnalisation du patrimoine, le postulat de l'universalité du patrimoine connaît un recul en droit OHADA. Le patrimoine n'y est pas toujours considéré comme une universalité, car plusieurs mécanismes permettent parfois dissociation de ses éléments. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser, d'une part, aux multiples cas d'insaisissabilité (1) qui existent en voies d'exécution. D'autre part, l'observation des mécanismes prévus par le droit des entreprises en difficulté laisse apparaître une prolifération des situations d'éclatement des éléments du patrimoine du débiteurs (2).

1 – La multiplicité des cas d'insaisissabilité des éléments du patrimoine

La théorie classique du patrimoine, à partir d'une interprétation des articles 2092 et 2093 du code civil encore en vigueur dans la plupart des États membres de l'OHADA envisage le patrimoine comme un ensemble. En vertu du droit de gage général du créancier, l'engagement du débiteur « est indivisible comme le patrimoine auquel il s'applique (...) tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont *indistinctement* affectés à l'acquittement de toutes ses obligations », disaient Aubry et Rau⁷². L'application stricte des dispositions relatives au droit de gage général des créanciers risque déboucher sur des situations de spoliation du débiteur qui pourrait se voir dépossédé de sa dignité. Pour éviter ces situations malencontreuses, le législateur a voulu protéger la dignité du débiteur à travers les insaisissabilités. Comme le relève un auteur, le commandement est si impérieux que la théorie du patrimoine ne puisse céder devant des considérations d'ordre familial, social ou économique⁷³. Les multiples cas d'insaisissabilité prévus par le droit OHADA s'inscrivent dans cette logique⁷⁴. L'admission des hypothèses d'insaisissabilité constitue une remise en cause de la théorie classique du patrimoine en ce qu'elle contribue à fissurer le patrimoine⁷⁵. Elle opère une ségrégation au sein des actifs susceptibles d'être soumis aux poursuites des créanciers alors que les piliers de la théorie d'Aubry et Rau s'opposent à une telle possibilité. Les situations d'insaisissabilité sont multiples en droit OHADA. Elles peuvent être envisagées dans plusieurs matières régies par ce droit.

En matière de voies d'exécution, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des créances et voies d'exécution (AUPSRVE), à travers son article 50 alinéa 1, pose un principe de la saisissabilité de tous les biens du débiteur qu'il fait assortir d'une exception en prévoyant l'insaisissabilité de certains biens. Selon cet article, « les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par un tiers, *sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par une loi nationale* ».

Les situations d'insaisissabilité sont multiples en droit OHADA, même si le l'AUPSRVE n'a pas donné une liste des biens insaisissables. Il a simplement fourni quelques précisions préalables, laissant le soin aux législateurs nationaux de déterminer cette liste. Malgré le renvoi aux lois nationales, l'AUPSRVE et d'autres actes uniformes prévoient des cas d'insaisissabilité qu'il convient d'exposer. L'AUPSRVE fournit quelques précisions desquelles on peut déduire l'insaisissabilité de certains biens. La première précision concerne les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte bancaire. Selon l'article 52 de cet acte uniforme, ces créances conservent leur insaisissabilité. La seconde a trait à la saisie d'un compte

⁷² C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, tome 9, 6^{ème} édition, 1953, par P. Esmein, n° 575, p. 310.

⁷³ S. PRIGENT, « Protection du patrimoine du commerçant et déclaration d'insaisissabilité », *Deffrénois* n° 17, 15 octobre 2009, p. 1809 ; F. CHÉNÉDÉ, *Op. cit.*, p. 19.

⁷⁴ A-D. WANDJI KAMGA, « Biens et droits insaisissables », in P-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 440 et s ; Maurice SOH, « Insaisissabilités et immunités d'exécution dans la législation OHADA ou le passe-droit de ne pas payer ses dettes », *Juridis Périodique*, n°5, 2002, p. 89 ; M. D. PODIO TCHATCHOUA et O. FANDJIP, « Les voies d'exécution en droit OHADA à l'épreuve des droits de l'homme : le cas du débiteur », *Juridis Périodique*, n° 83, 2010, p. 91.

⁷⁵ P. CROCQ, « Théorie du patrimoine et déclaration d'insaisissabilité », *RLDC*, n° 77, décembre 2010, p. 76.

bancaire, joint ou non, alimenté par les gains et salaires d'un époux commun en bien ; lorsqu'un tel compte fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire pour le paiement ou la garantie d'une créance née du chef d'un conjoint, il est laissé au profit de l'époux commun en biens une somme équivalente, à son choix, au montant des gains et salaires versés au cours du mois précédant la saisie ou au montant moyen des gains et salaires versés au cours des 12 mois précédant la saisie⁷⁶. Cette forme d'insaisissabilité ne rime pas avec le gage général des créanciers tel que prévu par la théorie classique du patrimoine⁷⁷. Elle exclut une partie des biens communs du droit de gage des créanciers⁷⁸. Il faut ajouter à ces deux insaisissabilités, celle qui concerne le salaire qui ne peut être saisi partiellement. Selon l'article 177 de l'AUPSRVE, les rémunérations ne peuvent être cédées ou saisies que dans les proportions déterminées.

Les insaisissabilités prévues par le législateur OHADA nécessitent d'être complétées par les cas évoqués dans les autres actes uniformes. En matière de procédures collectives, s'il est admis que le jugement d'ouverture de la procédure a pour effet le dessaisissement du débiteur, il faut reconnaître que cette mesure n'est cantonnée que sur certains biens. Certains biens échappent au principe du dessaisissement. Il s'agit, outre les biens insaisissables ou alimentaires prévues par l'AUPSRVE, de ceux cités à l'article 60 de l'acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif (AUPC)⁷⁹.

L'acte uniforme relatif aux sociétés coopératives (AUSCOOP) fournit également un cas d'insaisissabilité. Selon l'article 49 de cet acte uniforme, « Les parts sociales sont nominatives, individuelles, non négociables, *insaisissables* et cessibles selon les conditions fixées par les statuts... ». Cette indisponibilité est reprise à l'article 379 du même acte uniforme. Une telle insistance traduit selon un auteur⁸⁰, le souci d'encourager l'investissement par la création des sociétés coopératives, susceptibles de contribuer au développement économique du continent.

Les cas d'insaisissabilité sont plus nombreux dans les législations nationales. En effet, en renvoyant aux lois nationales pour la détermination des biens et droits insaisissables, le législateur OHADA a renoncé à en dresser lui-même une liste plus ou moins exhaustive. Il en résulte un éclatement des cas d'insaisissabilité à travers les différentes lois nationales non codifiées. Les textes étant épars, la doctrine a pu élaborer un certain nombre de critères dont les cas répertoriés dans les législations nationales semblent rendre, peu ou prou, compte. C'est ainsi qu'une doctrine relativement récente a évoqué l'intérêt du débiteur et des personnes dont il a la charge, les raisons sociales et l'intérêt du commerce⁸¹, pendant qu'une autre doctrine avait déjà évoqué les raisons d'intérêt général, d'exécution des services publics, d'ordre social, d'humanité et de décence⁸². Un auteur a pu déduire de ces critères que la considération de l'intérêt général ou collectif et la rencontre des droits concurrentiels peuvent permettre de résumer les divers cas d'insaisissabilité prévus par les législations nationales.

⁷⁶ Article 53 de l'AUPSRVE.

⁷⁷ M. WATERLOT, « Époux commun en biens : saisissabilité ne rime plus avec proportionnalité », *Droit et Patrimoine* n°285, novembre 2018, p. 13 ; « Communauté universelle et la dette des époux », *Droit et Patrimoine* n°267, mars 2017, p. 25.

⁷⁸ J. DUBARRY et E. FRAGU, « Disproportion du cautionnement ? Prise en compte des biens (communs) non engagés de la caution ! », *RJPF* n° 3, mars 2018, p. 31

⁷⁹ Cet article cite les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille, les objets soumis à dépréciation prochain ou à dépréciation imminente, ceux nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise quand la continuation de l'exploitation est autorisée.

⁸⁰ A-D. WANDJI KAMGA, *op. cit.*, p. 460.

⁸¹ N. DIOUF, *Commentaire sous l'article 51 de l'AUPSRVE*, in J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE et M. F. SAWADOGO (dir.), *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2016, p. 1019.

⁸² YANKHOBAN DIAIYE, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Les Nouvelles Editions de l'Afrique, 1982,

Certains biens sont déclarés insaisissables en prenant en compte l'intérêt général. Il s'agit, sans être exhaustif : des pensions militaires de combattants retraités et les pensions d'invalidité⁸³ ; les offices ministériels⁸⁴ ; les biens du domaine public⁸⁵.

Contrairement aux insaisissabilités qui viennent d'être évoquées, autres sont dictées par des considérations d'intérêt privé. Elles portent sur des droits indispensables à la survie du débiteur. Les alinéas 2 et 4 de l'article 315 du code de procédure civile et commerciale camerounais et l'article 382 du code de procédure civile sénégalais déclarent insaisissables les provisions alimentaires adjugées par la justice (...) les sommes et pensions pour aliments, auxquels il faut ajouter le coucher nécessaire des saisis, ceux de leurs enfants vivant avec eux ; les habits dont les saisis sont vêtus et couverts ; les effets appartenant à la femme lorsqu'elle n'est pas commune en bien⁸⁶. Sont également insaisissables : les farines et menues denrées nécessaires à la consommation du saisi et de sa famille pendant un mois, ainsi que les ustensiles indispensables à la préparation des aliments et aux repas⁸⁷. Les articles 327-8 et 271-8 des codes camerounais et ivoirien de procédure civile citent, au choix du saisi « une vache ou trois brebis, ou deux chèvres, avec pailles, fourrages et gains nécessaires pour la laitière et la nourriture desdits animaux pendant un mois ». Au Bénin, il faudrait ajouter le mobilier meublant, le linge, les vêtements et objets de ménage appartenant aux personnes qui bénéficient de l'assistance familiale⁸⁸. Pour clore avec la liste d'insaisissabilité destinée à protéger les intérêts du débiteur, il faut citer celles qui concernent les instruments de travail indispensables à la pratique de la profession du débiteur⁸⁹.

Les insaisissabilités, au demeurant non exhaustive, prévues dans les différents codes et lois nationaux doivent être complétées par celles qui peuvent découler de la volonté humaine. En effet, les textes en vigueur dans les États membres de l'OHADA reconnaissent la possibilité de déclarer un bien insaisissable dans le cadre d'acte à titre gratuit⁹⁰, même si les termes de l'article 51 de l'AUPSRVE n'envisagent que la possibilité des insaisissabilités légales. L'auteur d'un acte à titre gratuit peut déclarer insaisissable toute somme d'argent ou objet entre les mains du bénéficiaire de la libéralité.

Les insaisissabilités ainsi présentées constituent des restrictions au postulat de l'universalité du patrimoine. En effet, elles créent une sorte de dissociation entre les éléments du patrimoine, mettant certains biens à l'abri de toute saisie en créant une sorte d'îlot autonome au sein du patrimoine du débiteur. Elles opèrent un séquençage des éléments du patrimoine en mettant d'un côté, les biens saisissables et de l'autre côté, les biens non saisissables, alors que l'universalité du patrimoine telle que postulée par la théorie classique prévoit que quiconque

⁸³ Article 705 alinéas 4 et 5 du Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant code de procédure civile malien ; article 314 du Code de procédure civile et commerciale camerounais ; article 381 du Code de procédure civile ivoirien.

⁸⁴ Article 111 du Décret n°79-1029 du 5 novembre 1979 fixant le nouveau statut des notaires au Sénégal.

⁸⁵ Article 2 alinéa 2 de l'Ordonnance n°74/2 du 6 juillet 1974, modifiée par l'ordonnance n°77/2 du 10 janvier 1977 fixant le régime domanial au Cameroun.

⁸⁶ Articles 327-2 du code de procédure civile et commerciale camerounais et 271-2 du code de procédure civile ivoirien.

⁸⁷ Articles 327-7 du code de procédure civile et commerciale, 271-7 du code de procédure civile ivoirien et 1213 du code de procédure civile béninois.

⁸⁸ V. article 1214 du code de procédure civile béninois. V. dans le même sens, l'article 705 alinéa du Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant code de procédure civile malien.

⁸⁹ Articles 702, alinéa 2 du Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant code de procédure civile malien ; 327 du Code de procédure civile et commerciale camerounais et 271 du code de procédure civile ivoirien.

⁹⁰ Articles 316 du code de procédure civile et commerciale camerounais, 383 du code de procédure civile sénégalais, 365-3 et 635 du code de procédure civile gabonais, 361 du code de procédure civile mauritanien et 271 du code de procédure civile ivoirien.

s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement *sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*. Le principe selon lequel l'actif répond du passif ne se trouve pas appliqué en ce qui concerne les biens déclarés insaisissables. Pareille dérogation peut aussi être relevée dans les situations qui consacrent l'éclatement des patrimoines.

2 – La prolifération des situations d'éclatement des éléments des patrimoines

Le recul de la théorie classique du patrimoine est également perceptible lorsqu'on considère la prolifération des situations d'éclatement des patrimoines en droit OHADA. Si l'insaisissabilité limite le droit de gage des créanciers en soustrayant certains biens de l'assiette des poursuites, il en va presque pareillement en ce qui concerne ces situations d'éclatement des patrimoines. Elles passent généralement par la constitution des universalités ou par certains mécanismes consistant à multiplier, dans certaines situations, les distinctions dans le but de soumettre à des régimes juridiques différents tels ou tels groupes de valeurs qui finissent par constituer des masses autonomes au sein d'un même patrimoine.

S'agissant des universalités, on en distingue plusieurs en droit OHADA. Le fonds de commerce en constitue le prototype. Il est défini à l'article 135 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) comme constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer la clientèle. Il comprend différents éléments mobiliers, corporels et incorporels desquels il se distingue⁹¹.

La question de la nature juridique du fonds de commerce a suscité d'importants débats au sein de la doctrine. À cause de l'union des éléments qui le composent et de la destination commune de ses éléments, le fonds de commerce est considéré par certains⁹² comme une universalité juridique. Même si cette conception ne semble pas défendue par la majorité de la doctrine qui considère le fonds de commerce soit comme une université de fait⁹³, soit comme une propriété incorporelle⁹⁴, il faut reconnaître qu'elle n'est pas du tout étrangère au système qui prévaut dans les États membres de l'OHADA, aussi bien en ce qui concerne l'idée d'affectation que celle de passif et d'actif propres qu'elle véhicule⁹⁵.

En réservant la possibilité pour un associé ou un actionnaire unique de créer une société unipersonnelle, l'AUSCGIE offre désormais des cadres juridiques d'accueil pour le fonds de commerce considéré comme une universalité juridique. Le patrimoine affecté par l'associé ou l'actionnaire unique constitue une universalité de droit, qui, à l'instar du patrimoine non affecté, opère une corrélation entre les biens et les dettes, l'actif et le passif du constituant⁹⁶. Il s'agit, à l'instar du patrimoine de l'entrepreneur individuel à responsabilité individuel français, d'un « pendant juridique » du fonds de commerce, que certains auteurs qualifient d'universalité juridique affectée⁹⁷.

⁹¹ Articles 136 et 137 de l'AUDCG.

⁹² G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 1, 16^{ème} édition, LGDJ, 1996, n° 528 ; P. LE FLOCH, *Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites*, LGDJ, 1986, n°35.

⁹³ J. ESCARRA et J. RAULT, *Principes de droit commercial*, Paris, Sirey, 1934, I, n° 472 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome III, *Les biens*, PUF, 1988, p. 103.

⁹⁴ A. FOKO, « Fonds de commerce », in P-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 820, n° 69.

⁹⁵ A. PEDRO SANTOS et J. YADO TOE, *OHADA. Droit commercial général*, Collection : Droit uniforme africain, Bruylant, 2002, n°318.

⁹⁶ V. dans le même sens : J-D. PELLIER, « La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD Com.* 2013, pp. 45 et s. spéc. p. 51.

⁹⁷ É. DUBUISSON, « Entreprise », *JCP N*, fascicule 220, n° 63 ; « EIRL et particularités de transmission », in *Le patrimoine de l'entrepreneur individuel : un régime juridique en mutation. Colloque à l'Université de Corse le 16 avril 2010*, *Revue Lamy de Droit des affaires*, n°50, p. 64 ; V. LEGRAND, « L'après-l'EIRL : mise en société... »,

Les situations de multiplication de masses distinctes au sein d'un patrimoine sont également perceptibles en matière de droit des procédures collectives. En effet, cette matière a été toujours considérée comme délicate, ce d'autant qu'elle a parfois tendance à ignorer les autres matières, à moins que ce soit elles qui l'ignorent⁹⁸. On peut l'observer lorsqu'on confronte la théorie classique du patrimoine au droit des procédures collectives OHADA. Cette théorie se trouve sérieusement édulcorée à l'épreuve de cette matière, particulièrement dans son postulat de l'universalité. En effet, le patrimoine du débiteur soumis à une procédure collective n'est pas toujours traité comme une universalité. Les mécanismes prévus par le droit OHADA laissent entrevoir des distinctions entre les biens du débiteur. L'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) distingue d'un côté, les créanciers antérieurs, dont les droits sont nés avant le jugement d'ouverture et d'autre part, les créanciers postérieurs, dont les droits sont nés régulièrement après le jugement d'ouverture. Le règlement de leurs créances se fait à l'échéance par préférence à celles des premiers. D'un côté, cet acte uniforme distingue les créanciers de la masse des créanciers hors de la masse. À cette distinction il faut ajouter celle qui existe entre les créanciers chirographaires et les créanciers qui jouissent de sûretés réelles spéciales et ceux qui sont titulaires de privilèges généraux⁹⁹.

Les différents créanciers ainsi présentés ne sont pas traités selon les mêmes règles. On voit à travers ce traitement, un éclatement éléments qui composent le patrimoine du débiteur. Certains biens ne pouvant être saisis que par une catégorie de créanciers, échappant à l'emprise des autres. Cette situation peut s'analyser comme une dérogation au postulat de l'universalité du patrimoine qui considère les biens dont ce dernier est composé comme formant un tout cohérent répondant ensemble des dettes du débiteur. Alors que les uns, à l'instar des créanciers antérieurs, sont soumis à la discipline collective imposée par la procédure, d'autres, à savoir les créanciers postérieurs, bénéficient d'un régime de faveur¹⁰⁰, « d'un traitement évangélique (les premiers seront les derniers) » pour reprendre une expression de Françoise Pérochon¹⁰¹. En outre, pendant que les créanciers chirographaires ne jouissent d'aucune prérogative propre sur un bien quelconque du débiteur, les créanciers titulaires de sûreté ou de privilèges bénéficient de droits spéciaux sur certains biens, notamment ceux sur lesquels portent leurs sûretés ou privilèges.

En somme, avec l'étude des multiples cas d'insaisissabilité et des situations d'éclatement des patrimoines on se convainc de ce que l'ensemble des biens d'une personne

D. 2011, p. 966, qui parle d'« universalité de droit affectée à la réalisation d'un but déterminé » ; R. MORTIER, « Les mutations de l'EIRL », in *L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur, Droit et patrimoine*, 2011, n° 202, p. 72, qui parle d'« universalité affectée au paiement de dettes » ; J-F. QUIEVY, *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)*, Fascicule, Répertoire Dalloz sociétés, septembre 2011-2018, parlant d'« universalité juridique autonome et affectée ».

⁹⁸ B. ROLLAND, « Procédures collectives et procédure civile : l'unité dans la diversité », *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc VALLENS*, Joly Éditions, 2017, p. 193 ; Ph. ROUSSEL GALLE, « La théorie du patrimoine et le droit des procédures collectives », in *Dossier La théorie du patrimoine : unité ou affectation ?*, *RLDC n°77*, décembre 2010, p. 84. Selon certains auteurs, il s'agit même d'un droit perturbateur, un banc d'essai permettant de tester l'efficacité de tel ou tel mécanisme juridique ; N. BORGA, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : Droit dérogatoire puis droit précurseur », in F. MACORIG-VENIER (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 199 ; P-M. CORRE, « L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 231 ;

⁹⁹ Sur ces différentes distinctions, lire : M. F. SAWADOGO, « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », in P-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, pp. 725 et s., spéc. n° 2-33.

¹⁰⁰ R. AKONO ADAM, « Les clairs-obscur du régime de faveur des créances postérieures en droit OHADA des procédures collectives », *RRJ 2014-2*, p. 879.

¹⁰¹ V. son article « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 7/8 septembre 2005, p. 57, n° 4.

n'offrent pas ce droit de gage général que les articles 2092 et 2093 du code civil reconnaissent aux créanciers. Avec ces mécanismes, le droit de gage grevant les biens du débiteur devient un simple droit de gage restreint¹⁰². À cela viennent s'ajouter les multiples possibilités d'affectation de patrimoine. La théorie classique du patrimoine a, par ces différents mécanismes, fortement reculé en droit OHADA. Cependant, il ne s'agit là que d'une lecture apparente, car, en effet, une analyse approfondie du droit OHADA laisse entrevoir une réelle subsistance de cette théorie.

II – La réelle subsistance de la théorie classique du patrimoine en droit OHADA

Quoiqu'ayant considérablement reculé en droit OHADA, la théorie classique du patrimoine y subsiste réellement. Cette subsistance est guidée par le souci de protéger les créanciers dont les droits nécessitent également d'être protégés. Le droit OHADA fait recours à la théorie classique du patrimoine dans plusieurs matières. D'une part, il y fait recours à titre principal lorsqu'il s'agit de l'exécution des obligations en dehors de toute affectation (A). D'autre part, il y fait recours à titre subsidiaire dans les matières où il semble avoir consacré des affectations patrimoniales (B).

A – Le recours principal à la théorie classique du patrimoine

L'analyse du droit processuel OHADA révèle un attachement à la théorie classique du patrimoine. C'est ce qui ressort tant en matière de voies d'exécution qu'en matière de procédures collectives d'apurement du passif. En effet, dans ces matières, la lecture des dispositions prévues par le droit OHADA permet de se rendre compte que le législateur pose comme postulat, à titre principal et en conformité avec l'idée de la personnalité et de l'universalité véhiculée par la théorie classique du patrimoine, la soumission du débiteur à travers ses biens aux différentes procédures (1) et l'exclusion des tiers (2) de ces procédures.

1 – La soumission à titre principal du débiteur aux procédures

Selon la théorie élaborée par Aubry et Rau, le patrimoine étant intimement lié à une personne physique ou morale, seul son titulaire répond de ses dettes, la corrélation entre l'actif et le passif ne s'opérant qu'au sein de son patrimoine. Autrement dit, une personne ne pourrait être contrainte à payer une dette dont elle n'est pas débitrice. Cette règle est favorablement accueillie en droit OHADA. Il suffit, pour s'en persuader, de s'intéresser à quelques dispositions qui régissent les voies d'exécution et à celles qui encadrent les procédures collectives.

L'affirmation du patrimoine du débiteur comme gage général des créanciers est amplement perceptible dans les voies d'exécution. Le Livre II - « Des voies d'exécution »¹⁰³ - de l'AUPSRVE est introduite par une disposition qui pose le principe de l'exécution sur tous les biens du débiteur. À son article 28 qui introduit son Titre I consacré aux règles générales relatives aux voies d'exécution, il dispose qu'« à défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme, contraindre son *débiteur* défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits ». La position de cet article permet d'observer, d'une part, qu'il pose un principe général applicable à toutes les saisies. D'autre part, sa situation au sommet des dispositions qui régissent les voies d'exécution est

¹⁰² J-M. BRUGUIÈRE, « Le patrimoine. Existences multiples. Essence unique ? », *Droit et Patrimoine*, n°133, 1^{er} janvier 2005, p. 64.

¹⁰³ Le premier Livre de cet acte uniforme traite des procédures simplifiées de recouvrement.

hautement significative¹⁰⁴. Le législateur montre par-là, son attachement à un principe qu'il expose dès l'entame de sa présentation, principe auquel il soumet l'ensemble des mécanismes qu'il présente par la suite. C'est pour cette raison que le législateur revient, comme pour insister en rappelant à l'article 50 que « les saisies peuvent porter sur *tous les biens appartenant au débiteur*¹⁰⁵ alors même qu'ils seraient détenus par des tiers (...) ».

L'écho du principe posé par le Titre I du Livre II résonne dans plusieurs autres dispositions particulières de l'AUSRVE, à telle enseigne que la quasi-totalité des Titres contenus dans ce Livre est introduite par une disposition qui confirme expressément l'accueil de la théorie classique du patrimoine. Il en est ainsi de l'article 54 qui introduit le Titre II relatif aux saisies conservatoires selon lequel « toute personne dont la créance paraît 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(...)*¹⁰⁶ ». Cette disposition est reprise presque *mutatis mutandis* par la quasi-totalité des articles qui introduisent les autres types de saisies¹⁰⁷. Le recours à l'adjectif *tous* marque la volonté du législateur de s'affirmer en faveur du postulat de l'universalité du patrimoine, alors que l'indication selon laquelle il s'agit des biens mobiliers corporels et incorporels du *débiteur* témoigne de la référence au postulat de la personnalité du patrimoine.

Ces dispositions traduisent, en réalité, l'idée véhiculée par l'article 2092 du code civil qui pose le gage général des créanciers¹⁰⁸. Elles posent le principe de la saisissabilité de tous les biens du débiteur. Certes, il existe des possibilités pour les débiteurs ou certains d'entre eux, d'affecter une partie de leurs biens au règlement d'une catégorie seulement de leurs dettes, mais il résulte que la saisissabilité n'en reste pas moins le principe¹⁰⁹. Il en découle que toutes les exceptions envisagées doivent être d'une stricte interprétation¹¹⁰. C'est pour cette raison que l'article 50 de l'AUPSRVE soumet le régime des insaisissabilités à la légalité. Autrement dit, aucune insaisissabilité ne devrait trouver sa source en dehors de la loi ; elles doivent toutes procéder d'un texte à valeur législative. Si les volontés particulières peuvent les constituer, c'est justement par délégation de la loi. C'est cette dernière qui autorise, dans certains cas, qu'une insaisissabilité prenne sa source dans la volonté. On en déduit que les règlements ne peuvent déroger au principe de la saisissabilité de tous les biens du débiteur. Plusieurs dispositions des lois internes des États membres de l'OHADA expriment clairement le principe de la légalité des droits et biens insaisissables. C'est le cas par exemple des articles 315 alinéa 1 du code de procédure civile et commerciale camerounais et 382 alinéa 1 du code de procédure civile sénégalais qui énoncent que « ne peuvent être saisis : les biens que la *loi* déclare insaisissables »¹¹¹. À titre de droit comparé en droit français, un décret¹¹² avait prévu un cas d'insaisissabilité en matière de procédures collectives pour les sommes déposées par le

¹⁰⁴ Selon un auteur, l'ordre des articles dans un texte de loi n'est pas le fruit du hasard ; au de-là de la valeur symbolique, l'article premier d'une loi a une signification qu'il ne faudrait pas négliger. V. G. ROUHETTE, « L'article premier des lois », in N. MOFLESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Collection « Etudes juridiques », Economica, 1994, p. 37.

¹⁰⁵ C'est nous qui marquons l'italique.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ V. articles 91, 153, 173 de l'AUPSRVE respectivement relatifs à la saisie-vente, la saisie-attribution des créances, la saisie et cession des rémunérations.

¹⁰⁸ J. FOMETEU, « Théorie générale des voies d'exécution », in P-G. POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 2056, spéc. n° 19.

¹⁰⁹ C. BRENNER, *Procédures civiles d'exécution*, 10^{ème} édition, Collection : Cours, Dalloz, 2019, n° 61.

¹¹⁰ V. dans ce sens : G. COUCHEZ et D. LEBEAU, *Voies d'exécution*, 12^{ème} édition, Collection : Université, Sirey, 2017, n° 60.

¹¹¹ V. à titre de droit comparé, l'article 14 de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991.

¹¹² En l'occurrence l'ancien décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985.

liquidateur à la caisse des dépôts et consignations. Ce texte a été annulé par le Conseil d'État parce qu'étant intervenu dans une matière relevant du domaine de la loi¹¹³. Cette décision a justifié le « reclassement » de cette cause d'insaisissabilité dans la partie législative à l'occasion de la codification opérée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000¹¹⁴. Une telle solution pourrait également s'appliquer en droit OHADA, compte tenu de sa supranationalité. Ainsi, les législateurs nationaux ne pourront pas consacrer des insaisissabilités par voie réglementaire.

Les dispositions qui régissent les procédures collectives corroborent également l'idée selon laquelle la théorie classique du patrimoine est bien ancrée en droit OHADA. D'abord, il ressort très clairement des règles de fond visées par ces procédures que les justiciables sont des personnes physiques ou des personnes morales. C'est par l'entremise de ces personnes que l'entreprise en tant que unité économique peut bénéficier de la thérapie légale appropriée. Cette solution est la conséquence de la théorie classique du patrimoine élaborée et systématisée par Aubry et Rau qui rattachent le patrimoine à la personne¹¹⁵. En étendant le champ d'application des procédures collectives aux personnes physiques, le droit OHADA rend plus visible la dimension personnelle de la procédure. En effet, quand il s'agit d'une personne morale, cette dimension s'estompe puisque c'est l'entité qui est traitée. Mais quand il s'agit d'une personne physique, l'entreprise elle-même se confond souvent avec l'entrepreneur¹¹⁶.

Le droit des procédures collectives reste, ensuite, guidé par un principe très classique conforme à la théorie classique du patrimoine, principe qui a été résumé par un auteur¹¹⁷ autour du triptyque un débiteur, un patrimoine, une procédure. Il s'agit par ces procédures d'appréhender le patrimoine du débiteur à l'exclusion de tout bien appartenant aux tiers. L'ouverture du redressement ou de la liquidation entraîne un certain nombre d'effets qui confirment les postulats de la construction doctrinale de la théorie classique. L'arrêt des poursuites individuelles et le dessaisissement¹¹⁸ du débiteur débouchent sur la constitution d'une masse de biens qui est considérée comme le gage commun de tous les débiteurs¹¹⁹. Endossé à l'unité du patrimoine, le principe du dessaisissement du débiteur le place dans une situation proche de celle de la tutelle¹²⁰. Le droit des procédures collectives appréhende le patrimoine du débiteur afin de désintéresser de manière collective les différents créanciers sans qu'il y ait rupture de l'université de ce patrimoine. En cela, il rejoint les voies d'exécution qui,

¹¹³ CE, 9 février 2000, n° 192271, Ministre de l'économie et des finances, *D. 2000, AJ*, p. 136, obs. A. LIENHARD ; *JCP G 2000 II*, n° 10314, note H. CROZE et T. MOUSSA.

¹¹⁴ La doctrine n'a pas tardé de parler de « la légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 2000 ». V. à cet effet, A. LIENHARD, « La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 2000 (ou les surprises de la codification à droit constant) », *D. 2000*, n° 34 ; *Cahier du droit des affaires*, p. III.

¹¹⁵ F. THERA, *L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2010, n° 73.

¹¹⁶ Ph. ROUSSEL GALLE, « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », in *Modernisation de l'acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, Droit et Patrimoine n° 253*, Décembre 2015, p. 55.

¹¹⁷ V. Ph. ROUSSEL GALLE, « La théorie du patrimoine et le droit des procédures collectives », in *La théorie du patrimoine : unité ou affectation ?*, *Op. cit.*, p. 86.

¹¹⁸ Sur la notion, lire : L-C. HENRY et Ph. ROUSSEL GALLE, « Le dessaisissement », in P-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Collection : Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 33.

¹¹⁹ Sur la notion, lire : J. VALLANSAN, « Le gage commun », in P-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Collection : Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 19 ; M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective. Essai sur la saisie collective d'un gage commun des créanciers*, Litec, 2002.

¹²⁰ J. VALLANSAN, « Le dessaisissement de la personne physique en liquidation judiciaire », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Dalloz-Litec, 2011, p. 602.

comme lui, se dirige principalement à l'encontre du débiteur tout en excluant les tiers à titre principal.

2 – L'exclusion à titre principal des tiers des procédures

Dans le prolongement de l'idée de la personnalité du patrimoine, l'exigence d'appartenance du bien au débiteur saisi se résout en une interdiction « élémentaire » de la saisie de la chose d'autrui¹²¹. On souligne bien les conséquences de la condition contenue dans le principe du gage général des créanciers. De même qu'on ne saurait vendre valablement la chose d'autrui, il ne saurait être question de procéder régulièrement à une saisie sur les biens d'autrui¹²². Confirmant la théorie classique du patrimoine, et dans le but de protéger ainsi les tiers, le droit OHADA a prévu des actions permettant au tiers d'invoquer un droit propre lorsqu'il aurait sur les biens cibles de la saisie se trouvant entre ses mains ou de soustraire ses biens de l'assiette de la saisie¹²³.

Pour la première action, l'AUPSRVE a prévu deux situations, à savoir celle envisagée par l'article 114 et celle évoquée à l'article 234. Selon le premier texte, qui concerne la saisie-vente, si le tiers se prévaut d'un droit de rétention sur le bien saisi, il en informe l'huissier ou l'agent d'exécution sur l'existence de son droit. Toujours dans cette même logique, le second texte, permet au tiers entre les mains duquel est poursuivie une saisie-revendication concernant un bien sur lequel il se prévaudrait d'un droit propre, d'informer, comme dans la première hypothèse, l'huissier ou l'agent d'exécution afin de faire reconnaître son droit.

La seconde action, l'action en distraction des biens saisis, est celle qui tend à conforter l'idée que seuls les biens du débiteur peuvent être saisis. Elle est une variante de l'action en revendication qui a pour objet spécifique de faire reconnaître le droit de propriété d'un tiers sur des biens compris dans une saisie et de les distraire¹²⁴ des poursuites. Elle est admise aussi bien en matière mobilière¹²⁵ qu'en matière immobilière¹²⁶. L'action en distraction qui, en principe, doit être introduite avant l'adjudication se prolonge après l'adjudication pour se transformer en action en revendication ou en action en distraction du prix.

La personnalité du patrimoine trouve également sa place dans les procédures collectives à travers le traitement accordé aux tiers¹²⁷. Ceux-ci sont certes soumis à la discipline collective des créanciers, mais bénéficient d'un traitement particulier. Lorsque les biens appartenant à un tiers sont appréhendés par une procédure collective, ce tiers est admis à revendiquer ces biens qui pourront lui être resitués en cas de succès ou, du moins, le paiement de leur prix¹²⁸. En matière de procédures collectives, l'action en revendication est prévue à l'article 101 de l'AUPC. Cet article met en place une procédure imposant au tiers, un délai de quatre-vingt-dix jours pour agir afin de permettre aux organes de la procédure collective d'avoir une connaissance rapide de l'actif du débiteur, seul actif susceptible d'être saisi. Il faut remarquer que, dans le souci de protéger les tiers, l'AUPC a supprimé la mention qui existait dans sa version originelle, imposant au revendiquant de produire sa créance.

¹²¹ C. BRENNER, *Op. cit.*, n° 64.

¹²² G. COUCHEZ et D. LEBEAU, *Op. cit.*, n° 60.

¹²³ J. FOMETEU, *Op. cit.*, n° 71 et s.

¹²⁴ Du latin *distrahere* : séparer d'un ensemble. *Le Petit Robert*, v° *distraire*.

¹²⁵ V. article 141 de l'AUPSRVE.

¹²⁶ V. article 308 de l'AUPSRVE.

¹²⁷ O. BANE, « Les tiers face aux procédures collectives de l'OHADA », *Jurifis, Edition spéciale*, n° 12, 2012, p. 49.

¹²⁸ M. NGOM, « La situation du propriétaire dans le droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », *Revue sénégalaise de droit des affaires*, 2011, ohadata D-12-54, p. 13.

Les règles des voies d'exécution et celles des procédures collectives, qui viennent d'être présentées permettent en définitive de constater qu'il est fait recours à titre principal à la théorie classique du patrimoine dans ces matières. On déduit que les exceptions prévues à ce principe doivent être soumises au régime selon lequel les exceptions doivent être interprétées de manière stricte. C'est d'ailleurs ce que semble confirmer le législateur qui, malgré le fait d'avoir consacré des patrimoines d'affectation, ne manque pas de recourir, dans plusieurs situations, à la théorie classique du patrimoine de manière subsidiaire.

B – Le recours subsidiaire à la théorie classique du patrimoine

Le droit OHADA, quand bien même il consacre des situations d'affectation patrimoniale, ne permet pas une étanchéité réelle entre patrimoine personnel et patrimoine affecté. Ceci peut s'observer tant en situation normale où on peut déceler des possibilités de porosité entre patrimoine affecté et patrimoine personnel (1), qu'en situation de faute où le législateur a prévu le rétablissement de l'unicité du patrimoine à titre correctif (2).

1 – L'absence d'étanchéité entre les patrimoines en période normale

Bien que le législateur OHADA ait prévu plusieurs mécanismes dérogeant à la théorie classique du patrimoine, il n'a pas toujours tiré les conséquences attendues. Les différentes hypothèses d'affectation patrimoniale laissent entrevoir une absence d'étanchéité réelle entre les différents patrimoines. Aussi bien dans le cadre des sociétés commerciales que dans le cadre des sûretés consacrant ces affectations, il a laissé s'installer des hypothèses de perméabilité entre les patrimoines considérés dans ces opérations.

Malgré le fait qu'elle se présente en apparence comme un outil d'affectation patrimoniale, la société unipersonnelle ne remet pas pleinement en cause le principe de l'unicité du patrimoine¹²⁹. Plus qu'un instrument de détournement de la théorie du patrimoine, elle en est plutôt une application, en ce sens que de trop nombreuses circonstances peuvent favoriser la porosité patrimoniale¹³⁰. La séparation de patrimoines et la limitation de responsabilité prônées par la société unipersonnelle paraît théorique¹³¹. En effet, si le patrimoine de la société unipersonnelle constitue un patrimoine d'affectation, il n'est pas nettement détaché du patrimoine personnel de l'associé ou de l'actionnaire qui la constitue. La porosité entre ce patrimoine et le patrimoine personnel est réalisée à toutes les étapes de la vie de la société unipersonnelle. Elle innerve tant la constitution de cette forme de société que son fonctionnement et sa dissolution.

Au moment de la constitution de la société unipersonnelle, on peut observer une porosité entre le patrimoine personnel de l'associé unique et le patrimoine social lorsqu'on envisage le régime des apports susceptibles d'être effectués pour la création de ladite société. La constitution des sociétés unipersonnelles est soumise aux dispositions générales posées par les articles 37 à 50-4 de l'AUSCGIE. En vertu de ces dispositions, en vue de la création de la société, chaque associé doit faire un apport¹³² qui peut être en numéraire, en nature ou en industrie¹³³. Traditionnellement, on a estimé que l'apport en industrie n'est pas admis dans toutes les formes de société. N'étant pas saisissable, il ne peut être effectué au profit des sociétés dont la responsabilité des associés est limitée au montant de leur apport, notamment les SARL,

¹²⁹ F. SHYYAB, *La société unipersonnelle*, Thèse, Université de Grenoble, 2012, n° 493 et s.

¹³⁰ V. dans le même sens : N. MATHÉ, *op cit.*, n° 28.

¹³¹ Ph. MERLE et A. FAUCHON, *op. cit.*, n° 703.

¹³² Article 37 de l'AUSCGIE.

¹³³ Article 40 de l'AUSCGIE.

les SA et les SAS¹³⁴. Mais, afin d'encourager la création d'entreprises, le législateur OHADA a permis ce type d'apport dans les SARL et les SAS ; il ne l'a exclu que dans les sociétés anonymes¹³⁵. On en déduit que toutes les formes d'apport peuvent être effectuées au profit d'une société unipersonnelle, sauf lorsque celle-ci prend la forme d'une société anonyme. Si les deux premiers types d'apport ne posent pas de difficulté, il en est autrement en ce qui concerne l'apport en industrie. En effet, ce type d'apport ne permet pas de réaliser la séparation de patrimoines. Du fait qu'il est insaisissable, il semble contraire à l'une des justifications avancées par les défenseurs de la société unipersonnelle, à savoir permettre à l'entrepreneur individuel d'affecter une fraction de son patrimoine à une activité commerciale dans le respect des deux masses patrimoniales ainsi créées¹³⁶. Le caractère successif de l'apport en industrie est, aussi, incompatible avec l'exigence d'une libération immédiate des parts sociales. En outre, et surtout, le travail d'un associé, intimement lié à sa personne, ne peut être détaché pour servir à constituer le capital social, qui est pourtant la garantie fondamentale des créanciers¹³⁷.

Le fonctionnement de la société unipersonnelle, ensuite, laisse apparaître des possibilités de porosité entre le patrimoine affecté et le patrimoine propre de l'associé ou de l'actionnaire unique. En effet, l'unipersonnalité impose une concentration des pouvoirs entre les mains de l'associé unique, de nature à mettre à mal la distinction entre son patrimoine et celui de la société. Généralement pour maintenir un cloisonnement entre le patrimoine de la société et celui des associés, le législateur pose le principe selon lequel la gestion de la société doit être nécessairement confiée à des organes distincts de l'organe de délibération que constitue l'assemblée générale des associés. Ce principe connaît une notable dérogation en matière de sociétés unipersonnelles, car il est possible pour l'associé ou l'actionnaire unique, qui constitue déjà à lui seul l'assemblée générale, d'être en même temps gérant¹³⁸. En offrant ce cumul de fonctions¹³⁹, il va de soi que la gestion conduite à une perméabilité entre le patrimoine du gérant et celui de la société. Cette situation est plus grave d'autant plus que l'associé unique se voit également confié le rôle de contrôle. L'hypertrophie des pouvoirs de l'associé unique ne va pas sans compromettre l'étanchéité entre le patrimoine de la personne morale et celui de la personne physique¹⁴⁰.

Enfin, la dissolution des sociétés commerciales en général et particulièrement les sociétés unipersonnelles, confirme la subsistance de la théorie classique du patrimoine en droit OHADA. En règle générale, la dissolution de toute société commerciale emporte comme conséquence la liquidation du patrimoine constitué en faveur de ladite société. Cette liquidation a pour but la réalisation de l'actif en vue du paiement des créanciers sociaux et d'un éventuel partage entre les associés de l'actif net subsistant¹⁴¹. La liquidation témoigne de l'existence d'un patrimoine social distinct de celui des associés. La dissolution présente cependant des particularités lorsqu'elle concerne les sociétés unipersonnelles. D'une part, elle entraîne la

¹³⁴ J. MESTRE et autres, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, 29^{ème} édition, Collection : Manuel, LGDJ, 2012, n°339 ; F. ANOUKAHA et autres, *Op. cit.*, n° 90.

¹³⁵ V. article 50-1 de l'AUSCGIE.

¹³⁶ Lire dans le même sens, MEMAN née THIERO FATIMATA, *Op. cit.*

¹³⁷ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « Apport », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2011, n°575 ; A. AKAM AKAM et VOUDWE BAKREO, *op. cit.*, n° 124 et 125.

¹³⁸ A. FÉNÉON, *Op. cit.*, n° 2122 et s.

¹³⁹ Selon l'article 323 de l'AUSCGIE, « La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques, associés ou non ».

¹⁴⁰ MEMAN née THIERO FATIMATA, *op. cit.*, p. 18 et s. ; AYAWA AMEHIA TSAKADI, « Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique », in *Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA*, vol. 1, Collection : Horizons juridiques africains, PUAM, 2011, p. 107

¹⁴¹ Sur la dissolution, lire : J. ISSA-SAYEGH, « Présentation des dispositions sur la dissolution des sociétés commerciales », Ohadata D-06-15.

transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique. D'autre part, elle ne débouche pas automatiquement sur la liquidation de la société. C'est la substance de l'article 201, alinéa 4 de l'AUSCGIE qui dispose que « la dissolution d'une société dans laquelle tous les titres sont détenus par un seul associé entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à cet associé, sans qu'il y ait lieu à liquidation... ». L'analyse des effets¹⁴² particuliers de la dissolution des sociétés unipersonnelles introduits par cet article conduit à relativiser l'idée de dérogation à la théorie classique du patrimoine.

La transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique à la dissolution traduit l'absence d'étanchéité entre le patrimoine de société et celui de son constituant. En règle générale, dans les sociétés dites à responsabilité limitée, les associés ne sont tenus qu'à concurrence de leurs apports. Cette règle de bon sens ne s'applique cependant pas aux sociétés unipersonnelles. En effet, dans ces formes de sociétés, le législateur prévoit la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à l'associé unique, qu'il soit une personne physique ou une personne morale. À la dissolution de la société, la situation de l'associé unique est identique à celle d'un ayant-cause universel. La totalité du patrimoine de la société dissoute lui est transmise d'une façon universelle et il en reçoit l'actif et le passif. Cette situation entraîne un changement de débiteur, l'associé unique devenant débiteur des créanciers de la société. Il convient de relever qu'elle est susceptible de générer des difficultés. La transmission du passif en même temps que l'ensemble du patrimoine risque de léser les créanciers de l'associé unique dans le cas où le passif de la société serait supérieur à son actif. Dans cette hypothèse, l'associé unique répond des dettes sociales sur son patrimoine personnel¹⁴³. Tout se passe comme s'il n'y avait véritablement pas séparation de patrimoines. Cette solution entre, au demeurant, en conflit direct avec les principes relatifs à la limitation de la responsabilité aux apports que procurent les sociétés dites à responsabilité limitée¹⁴⁴.

Tout comme la transmission universelle du patrimoine social à l'associé unique, l'exclusion de la liquidation du patrimoine de la société unipersonnelle traduit l'absence de limites étanches entre le patrimoine de la société et celui de son constituant. Cet effet ne concerne que les sociétés dont l'associé unique est une personne morale, car l'alinéa 5 de l'article 201 ci-dessous soustrait expressément, des règles prévues à l'alinéa 4 ci-dessus cité, les sociétés dont l'associé unique est une personne physique. Dans ce dernier cas, la dissolution de la société entraîne de plein droit sa mise en liquidation. L'exclusion de la liquidation de la société est justifiée par le souci d'éviter le recours à une procédure de liquidation de la société unipersonnelle, qui est souvent une procédure longue et coûteuse¹⁴⁵. En outre, si le patrimoine de la société dissoute n'est pas liquidé, c'est parce que l'on sait déjà qui sera le destinataire final des actifs de cette société¹⁴⁶. C'est pour cette raison, qu'il n'est besoin dans cette hypothèse de passer par une procédure de liquidation et l'on peut sans crainte attribuer tout le patrimoine de la société dissoute à son associé unique. Une telle solution ne résiste pas aux critiques dans la mesure où, pour éviter d'être tenu de payer les dettes sociales, l'associé unique peut dévier la

¹⁴² Sur ces effets, lire : A. FÉNEON, *Op. cit.*, n° 2137 ; S. TOE, « Le nouveau régime des effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles en droit OHADA », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2017, n° 4, p. 561 et s. ; F. DIENG, « Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles dans l'espace OHADA », *Revue Sénégalaise de Droit des Affaires*, n° 5, 2007, p. 35 et s.

¹⁴³ M. JEANTIN, « La transmission universelle de patrimoine », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, 1991, Litec, p. 287 et s. ; O. BARRET, « À propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1994, p. 109 et s.

¹⁴⁴ F. SHYYAB, *Op. cit.*, n° 493 et s.

¹⁴⁵ É. BRAMAT, « Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'article 1844-5 du Code civil par la loi NRE », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 2, 1^{er} février 2012, p. 181, n° 3.

¹⁴⁶ B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^{ème} édition, Collection : HyperCours, Dalloz, 2019, p. 311, 408 ; Souleymane TOE, *op. cit.*, p. 563.

rigueur de la loi en faisant recours à plusieurs manœuvres ou artifices juridiques. Il peut, par exemple, organiser un état de cessation des paiements en vue d'obtenir le bénéfice de la procédure de redressement judiciaire ou céder à un tiers une seule part pour transformer sa société en SARL pluripersonnelle et échapper ainsi à l'application de la loi¹⁴⁷. Par l'exclusion de la liquidation de la société unipersonnelle à associé personne morale, le législateur ne tire pas toutes les conséquences de la personnalité morale. C'est la même observation que l'on peut faire lorsqu'on s'intéresse aux différents mécanismes qui conduisent au rétablissement de l'unicité du patrimoine en cas de crise.

2 – Le rétablissement de l'unicité du patrimoine en cas de crise

La division du patrimoine est susceptible de porter atteinte au droit de gage général des créanciers en ce qu'elle limite l'assiette de leur poursuite au seul patrimoine personnel ou affecté¹⁴⁸. Cette situation peut conduire toute personne titulaire ou gestionnaire d'un patrimoine affecté à user de manœuvres frauduleuses en vue de faire échapper ses biens à toute poursuite. Pour éviter cela, le législateur OHADA a posé quelques moyens visant à reconstituer l'unicité du patrimoine en cas de fraude.

En application de nombreux mécanismes du droit des procédures collectives et du droit des sociétés, on se rend compte que la frontière entre les différents patrimoines cède aisément. L'unicité patrimoniale volontairement écartée dans un premier temps retrouve, dans diverses hypothèses, une pleine application. C'est ce qui ressort lorsqu'on envisage les différentes sanctions prévues à l'encontre des dirigeants sociaux par le législateur OHADA. L'autonomie patrimoniale n'est pleinement respectée que dans la mesure où le patrimoine affecté est géré parfaitement, que ce soit juridiquement ou économiquement. En période de crise, l'entreprise ne pourra pleinement profiter de l'efficacité de la séparation patrimoniale¹⁴⁹. Les exceptions que le droit OHADA apporte à la théorie classique du patrimoine peuvent ainsi être considérées comme modestes lorsqu'on envisage les différents correctifs prévus pour assurer le gage des créanciers en cas d'insuffisance de l'actif du patrimoine sur lequel porte leur droit de gage. Le législateur a prévu, dans plusieurs matières consacrant les patrimoines d'affectation, des mécanismes qui s'apparentent à des sanctions passant par la reconstitution du patrimoine originellement éclaté.

En matière de sûretés, techniquement, le mécanisme visant à affecter un patrimoine à l'agent des sûretés n'opère pas une parfaite étanchéité entre le patrimoine du constituant et le patrimoine affecté, ni entre ce dernier patrimoine et celui de l'agent des sûretés. L'article 9 de l'AUS réduit l'efficacité de ce mécanisme comme technique de séparation véritable de patrimoine. Après avoir posé en son alinéa 1^{er} que les biens transférés à l'agent des sûretés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre, cet article dispose, en son alinéa 2, que : « sous réserve de l'exercice éventuel d'un droit de suite sur ces biens et hors les cas de fraude, ils ne peuvent alors être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion de ces biens, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés ». Cette disposition apporte un bémol à l'idée de séparation entre le patrimoine personnel de l'agent des sûretés et le patrimoine affecté. Elle constitue incontestablement un facteur de sécurité pour les créanciers représentés¹⁵⁰, permettant à ces derniers de contourner toute velléité qui consisterait à réduire frauduleusement l'assiette de leur droit de gage. Elle peut être invoquée par les

¹⁴⁷ D. VIDAL, « La transmission universelle du patrimoine d'une EURL à associé unique en cas de dissolution », *Dr. Sociétés*, février 1999, Repères, p. 3.

¹⁴⁸ F. CHÉNÉDÉ, « La mutation du patrimoine », *op. cit.*, n° 12 et s.

¹⁴⁹ N. MATHÉ, *op. cit.*, n° 18.

¹⁵⁰ G-A. LIKILLIMBA, « L'agent des sûretés OHADA », *op. cit.*, p. 502.

créanciers propres du constituant ou de l'agent des sûretés. On songe ici à la fraude paulienne qui conduit à ouvrir à chaque catégorie de créanciers, le droit d'exercer une action paulienne contre un acte frauduleux affectant le patrimoine sur lequel il a un droit de poursuite¹⁵¹.

Plusieurs hypothèses de rétablissement de l'unicité du patrimoine sont également prévues en matière de procédures collectives. En principe, en cette matière, lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants qui ne sont pas associés ou membres indéfiniment responsables du passif de la personne morale, comme c'est le cas dans les sociétés de personnes, ne répondent pas de ce passif. Il en est ainsi, par exemple, du président du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur général de SA, du président de SAS ou encore du gérant de SARL. Cette règle connaît cependant des exceptions lorsqu'il est démontré que le dirigeant a exercé ses fonctions de manière reprochable. C'est ainsi qu'il peut faire l'objet de sanction susceptible d'affecter son propre patrimoine, ce qui permet de reconstituer l'unicité du patrimoine. La reconstitution de l'unicité du patrimoine en vue de protéger le gage général des créanciers est ainsi observable à travers les sanctions ouvertes contre les dirigeants sociaux. Les procédures collectives telles que régies par le législateur OHADA laissent entrevoir une perméabilité patrimoniale en faisant porter l'effet réel¹⁵² du redressement de l'entreprise ou de la société sur le patrimoine de son dirigeant. Il s'agit par exemple des actions en comblement du passif¹⁵³ et en extension des procédures collectives qui constituent des sanctions patrimoniales pouvant être prononcées à l'encontre des dirigeants sociaux¹⁵⁴.

L'action en comblement du passif est posée à l'article 183 de l'AUPC dont le premier alinéa dispose que, « lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic, du ministère public ou de deux contrôleurs (...), ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux ». Cette action couvre un domaine large en droit OHADA, en ce sens qu'elle vise aussi bien les personnes physique ou morales, que les dirigeants de fait ou de droit, occultes ou apparents, des sociétés en cessation de paiement¹⁵⁵. Fondée sur la faute de gestion du dirigeant social, elle a pour résultat d'atténuer les effets de la séparation des patrimoines et de la limitation de la responsabilité induits par la technique de la personnalité

¹⁵¹ V. articles 1167 des codes civils camerounais, comorien, nigérien, togolais, 1198 du code civil guinée, 205 du code des obligations civiles et commerciales sénégalais, article 122 de la Loi malgache n° 68-012 du 4 juillet 1968 relative aux successions, testaments et donations. Sur cette action, lire : M. LATINA, « Le régime de l'action paulienne », *Revue des contrats* n°03, 2015, p. 479.

¹⁵² M-H. MONSÉRIÉ-BON, « L'effet réel », in P-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Collection : Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 63.

¹⁵³ H. KONTCHOP, « L'action en comblement du passif en droit OHADA », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université Dschang, Tome 15, 2011, p. 319.

¹⁵⁴ Ph. ROUSSEL GALLE, « La responsabilité civile du dirigeant de la société en difficulté », in O. DEXANT-DE BAILLIENCOURT et B. LAPÉROU-SCHENEIDER (dir.), *Les responsabilités du dirigeant de société. Regards croisés de droit civil et de droit pénal*, Collection : Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 83 ; F. M. SAWADOGO, « Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif », in P-G. POUGOUE (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1805 ; OHADA. *Droit des entreprises en difficultés*, Collection : Droit uniforme africain, Bruylant, 2002, n° 333 ; A. AKAM AKAM, « La responsabilité des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2, tome XXI, 2, p. 211 ; H. TSAGUE DONKENG, « Le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives », *Revue de l'ERSUMA*, n°4, 2014, p. 137.

¹⁵⁵ V. article 180 de l'AUPC. F. ANOUKAHA et autres, *op. cit.*, n° 277 ; F. ANOUKAHA et Y. R. KALIEU ELONGO, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999, p. 95 ; Y. R. KALIEU ELONGO, *Droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA, 2016, p. 163 ; F. BIBOUM BIKAY, *op. cit.*, p. 854.

morale. Elle permet aux créanciers de mettre directement en cause la responsabilité des dirigeants sur une base extra contractuelle lorsqu'ils ont commis une faute qualifiée de grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société. Par cette action, le législateur a entendu combattre ceux qui laissent les sociétés dont ils sont dirigeants de droit ou de fait, tomber en faillite, en espérant qu'il n'y aurait aucune conséquence dommageable pour leur patrimoine personnel¹⁵⁶. En cas de faute de leur part, l'unicité du patrimoine est rétablie à leur égard en ce que leur patrimoine propre peut être engagé en vue du paiement des dettes de la personne morale dont ils ont été dirigeants de droit ou de fait.

La reconstitution de l'unicité du patrimoine est également plausible lorsqu'on envisage la sanction de l'extension des procédures collectives à l'égard des dirigeants sociaux défaillants. Cette sanction est prévue aux articles 189 et suivants de l'AUPC. Selon les dispositions de l'article 189 de cet acte uniforme, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation d'une société, le tribunal compétent peut ouvrir également une procédure de redressement ou de liquidation à l'encontre de son ou de ses dirigeants, qu'ils soient dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, même s'ils ne sont pas personnellement en cessation de paiement, s'ils ont exercé une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant leurs engagements ; s'ils ont disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme leurs biens propres ; ou alors, s'ils ont poursuivi abusivement, dans leur intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale¹⁵⁷. Le dirigeant social à qui est imputé un des manquements ci-dessus ne pourrait pas tirer le bénéfice de la séparation de patrimoines, malgré l'affectation et le principe de la limitation de responsabilité en matière de sociétés de capitaux. La procédure engagée à l'encontre de la société s'étendra également à son encontre.

Tout comme l'action en comblement du passif, l'action en extension de la procédure collective à l'encontre des dirigeants permet de relativiser la séparation de patrimoines. Elle apparaît comme un palliatif permettant de sanctionner la confusion des patrimoines ou la fictivité des sociétés qui auraient pour conséquence de limiter le droit de gage des créanciers¹⁵⁸.

Conclusion

Au terme des développements qui précèdent, il est remarquable de noter une hésitation du législateur OHADA à adopter ou non des limites, sans réserve, à la théorie classique du patrimoine. En effet, le législateur est partagé entre le souci d'encourager l'entrepreneuriat et celui de la protection du crédit. L'encouragement à l'entrepreneuriat se traduit dans les différents actes uniformes envisagés, par la profusion des mécanismes juridiques dérogatoires au postulat de la personnalisation et celui de l'universalité du patrimoine. En cela, l'on peut apprécier les efforts du législateur qui, en apparence, semble résolument s'être affirmé en faveur du pragmatisme qui caractérise le droit des affaires. Aussi louable qu'ils soient, ces efforts sont estompés grâce aux multiples résistances de la théorie classique du patrimoine en droit OHADA. Aucun des mécanismes présentés comme moyens de scission du patrimoine d'une même personne ne réalise, en réalité, une véritable étanchéité entre les patrimoines scindés. Tous ces mécanismes laissent des possibilités de porosité entre ces patrimoines. On n'en déduit que le souci de protection du crédit ou des créanciers a prévalu dans plusieurs situations. Il en est ainsi tant en période normale qu'en période de crise. Tout ceci pourrait aller à l'encontre des

¹⁵⁶ J. CARETTE, « L'action en comblement d'actif », http://www.droit-eco-ulb.be/fileadmin/fichiers/L_action_en_comblement_de_passif.pdf.

¹⁵⁷ V. article 189 de l'AUPC, *in fine*.

¹⁵⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire (Unité ou dualisme ?) », *in Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1994, p. 453.

ambitions législatives d'efficacité économique. Dès lors, il y a lieu de questionner la recherche de l'équilibre entre les intérêts des entreprises et des créanciers. En vue d'atteindre les objectifs visés par le droit OHADA, il importe nécessairement que des mesures de rétablissement de cet équilibre rompu soient envisagées. Ceci pourrait certainement contribuer à l'attractivité de ce droit.