

Université Assane SECK de Ziguinchor



UFR des Sciences Economiques et Sociales

Département des Sciences Juridiques

Mémoire de Master

Spécialité : Droit Privé Fondamental.

SUJET : LES SÛRETÉS NÉGATIVES

Présenté par :

M. Paul Babou NDIAYE

Sous la direction du :

Pr. Jean Louis CORREA

Agrégé des facultés de droit

Université Assane SECK de Ziguinchor

**Soutenu publiquement le 02 Février 2017 à l'UASZ devant le jury
composé de :**

Président : Pr Jean Louis **CORREA**, *Agrégé des Facultés de Droit*

Dr Dielya Yaya **WANE**, *Enseignant-Chercheur à l'UASZ*

Dr Geneviève **BREMOND SARR**, *Enseignant-Chercheur à l'UASZ*

« L'Université Assane Seck de Ziguinchor (UASZ) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur. »

REMERCIEMENTS

Au terme de ce travail, je tenais à exprimer mes profonds remerciements à toutes les personnes ayant concouru à la réalisation de ce mémoire. La réalisation de celui-ci a été complétée et facilitée par les divers apports intellectuels provenant de nos éminents professeurs, qui outre leur formation de qualité, nous ont toujours conseillés et guidés. Mais des remerciements distincts seront formulés à l'égard de certaines personnes ayant particulièrement ou directement contribué à la réalisation de ce mémoire.

Mes sincères remerciements à :

- ✓ M. Le **Pr Jean Louis CORREA**, d'avoir non seulement accepté de diriger les travaux, mais pour sa disponibilité, ses orientations et conseils qui m'ont permis de mieux effectuer ce travail. Merci pour vos nombreux conseils. J'ai beaucoup appris de vous durant mon cursus universitaire.
- ✓ M. le **Dr Khalifa Ababacar KANE**, le coordonnateur du Master, pour son suivi durant tout le cycle de Master sans oublier sa générosité dans le prêt de documents.
- ✓ À toute **l'équipe pédagogique du département des sciences juridiques** pour la formation de qualité et les connaissances que vous nous avez légué depuis le début jusque-là. Mes remerciements aux autres intervenants des autres universités ayant aussi beaucoup participé à notre formation et avec qui nous gardons de très bonnes relations.
- ✓ M. Mon cousin **Pape Woula Faye** pour les nombreux documents mis à ma disposition pour me faciliter les recherches.
- ✓ Mes **camarades de promotion** pour l'entraide quotidienne tant dans le domaine académique que social.

DÉDICACE

Ce travail est particulièrement dédié à mes très chers parents **Charles NDIAYE** et **Charlotte Khémesse DIENG**. Je n'ai ni les mots exacts ni l'ingéniosité littéraire pour exprimer fidèlement ma reconnaissance envers vous. Pour vous, le mot merci ne sera jamais dit assez. Mais je ne peux quand même me permettre de ne pas vous dire merci du fond du cœur pour votre amour, votre soutien de tous les jours et vos incommensurables et utiles conseils.

Dédicace également à :

- ✓ Mes **frères et sœurs** pour vos encouragements et soutiens matériels et moraux.
- ✓ Mon tuteur **Ndiaga MANE** et toute la **famille MANE**.
- ✓ Aux **proches parents** qui ont concouru à l'avancement de mes études.
- ✓ À tous mes amis particulièrement **NO TEDA CREW**.

Bref, à tous ceux qui de près ou de loin m'ont soutenu. Nous vous en savons gré.

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

al : alinéa ;

Art: Article ;

AU : Acte Uniforme ;

AU/RVE : Acte Uniforme portant Organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des Voies d'Exécution ;

AUS : Acte Uniforme portant organisation des Sûretés ;

BRDA:Bulletin Rapide de Droit des Affaires ;

Bull : Bulletin;

Bull.civ:Bulletin civil

c/ : Contre ;

CA : Cour d'Appel ;

Cass : Cassation ;

Cass. civ : Cassation civile ;

Cass. com. :Cassation Commerciale ;

Chron :Chronique ;

Civ : Civil ;

COCC : Code des Obligations Civiles et Commerciales ;

Com : Commercial ;

Comp : comparaison

CPC : Code de Procédure Civile ;

D :Dalloz ;

Dr:Droit;

Ed:Édition;

Fasc. : Fascicule

Idem : De même ;

Infra : Voire plus loin ;

JCP : Jurisclasseur périodique ;

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

n°.Numéro

Obs : Observation ;

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires ;

p : page ;

PME : Petites et Moyennes Entreprises ;

PP. : Pages.

PUF : Presse Universitaire Française ;

RDAI : Revue de Droit des Affaires Internationales ;

req : requête ;

Rev : Revue ;

RJC :Revue de Jurisprudence Commerciale ;

RTD : Revue Trimestrielle de Droit ;

s : Suivant ;

soc : social

t. : Tome ;

trib : Tribunal

UEMOA :Union Économique et Monétaire Ouest Africain ;

V : Voir.

SOMMAIRE

INTRODUCTION Erreur ! Signet non défini.

TITRE I : L'AMÉNAGEMENT DES CLAUSES DE SÛRETÉS NÉGATIVES. Erreur ! Signet non défini.

CHAPITRE I : Le sens des clauses de sûretés négatives. Erreur ! Signet non défini.

SECTION I : Le contenu général des clauses de sûreté négative.**Erreur ! Signet non défini.**

SECTION II : Le contenu particulier des sûretés négatives.**Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE II : La validité des clauses de sûretés négatives. Erreur ! Signet non défini.

SECTION I : La validité des clauses portant négation de certains droits réels.**Erreur ! Signet non défini.**

SECTION II: La validité des clauses imposant une renonciation à certains droits personnels.
Erreur ! Signet non défini.

CONCLUSION TITRE I**Erreur ! Signet non défini.**

TITRE II : TRAITEMENT DES SÛRETES NEGATIVES Erreur ! Signet non défini.

CHAPITRE I : L'identification des droits conférés par les sûretés négatives. Erreur ! Signet non défini.

SECTION I : La nature des droits conférés par les negative pledge clauses.**Erreur ! Signet non défini.**

SECTION II: Le cas complexe des clauses d'inaliénabilité.**Erreur ! Signet non défini.**

CHAPITRE II : Les sanctions de la violation des clauses de sûretés négatives. Erreur ! Signet non défini.

SECTION I : Les sanctions provoquant l'exigibilité de la créance.**Erreur ! Signet non défini.**

SECTION II : Les sanctions du droit commun de l'inexécution contractuelle.**Erreur ! Signet non défini.**

Conclusion Titre II**Erreur ! Signet non défini.**

CONCLUSION GENERALE Erreur ! Signet non défini.

TABLE DES MATIERES Erreur ! Signet non défini.

INTRODUCTION

« *Toute sûreté est une garantie, mais toute garantie n'est pas forcément une sûreté* ».

Cette expression très célèbre en droit des garanties trouve ici tout sens. En effet, malgré leur appellation trompeuse qui peut faire penser le contraire, les sûretés négatives ne sont point des sûretés au sens technique ou traditionnel du terme. Leur terminologie toujours peu connue est utilisée pour embrasser diverses techniques contractuelles aménagées à des fins de garantie. La notion de sûreté elle-même reçoit plusieurs définitions toutes équivalentes du point de vue de leur objet et de leur finalité¹. La sûreté peut être conçue comme l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant². Elle constitue l'institution du droit civil ou du droit commercial qui garantit l'exécution future d'une dette de somme d'argent à terme. Elle rend plus sûr le rapport d'obligation en garantissant la créance. Les sûretés interviennent pour rendre possible et plus fiable les opérations de crédit³. Dans les ventes au comptant, on n'a nul besoin de sûreté, car le paiement est immédiat. Par contre, dans les opérations de crédit où l'exécution de l'obligation est reportée dans le temps, le créancier aura nécessairement besoin de se protéger contre les éventuels risques d'insolvabilité en se faisant consentir par son débiteur une sûreté ou une garantie. Le crédit lui-même objet de la sûreté repose sur la confiance⁴. Il est d'ailleurs conçu comme la confiance qu'un créancier peut avoir dans les facultés du débiteur de payer sa dette à échéance. Mais la seule confiance ne saurait suffire à octroyer des crédits d'une valeur souvent assez importante étant donné que le délai imparti peut être

¹ P-Y. Ardoy, *fiches de droit des sûretés*, Ellipses Edition Marketing S.A, 2013, p.9 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed. *Thémis*, 2016, p.4 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Petel, *Droit des sûretés*, Paris, 10^{ème} Ed. *Litec*, 2010, p.2.

² Art. 1 AUS/OHADADA.

³ Art. 6 de la loi uniforme 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire de l'UEMOA.

⁴ « Crédit » est un verbe latin « credere », qui signifie « se fier ». Il est la racine commune des notions de « crédit », de « créancier » et de « confiance ». Or, en matière de crédit, la confiance elle-même repose sur une garantie. Ce qui traduit l'expression : « la confiance n'exclut pas la garantie ». V. M. Thioye, « *Cours de Droit des sûretés de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* », p.8 ; J-L Corréa, « *Cours de Droit des sûretés* », Université Assane Seck de Ziguinchor, Licence droit des affaires, 2012-2013, p.8, Inédit.

dangereux au fil du temps et engendrer l'insolvabilité provoquée ou non du débiteur. Ainsi, si la confiance n'exclut pas le contrôle, en matière de crédit, elle n'exclue point la garantie. C'est ce qui explique que la confiance soit réconfortée par une garantie.

Les sûretés forment une catégorie dans les garanties en général. Elles constituent donc des garanties particulières. Elles font souvent l'objet d'une réglementation spécifique⁵. C'est dans ces sûretés qu'on retrouve le mécanisme de l'adjonction d'un autre débiteur, voire de plusieurs autres et qui aboutit aux sûretés dites personnelles et celui de l'affectation prioritaire de certains éléments de l'actif du débiteur, voire de tous et qui aboutit aux sûretés dites réelles, etc.⁶.

À côté de ces sûretés classiques⁷, on a d'autres types de mécanismes ou techniques contractuelles qui peuvent avoir une fonction de garantie de créance et qui découlent le plus souvent du droit commun des obligations. Il en est par exemple, la solidarité et l'indivisibilité conventionnelle, la promesse de porte-fort, la délégation sûreté, le constitut⁸, le du croire, l'assurance-crédit, de la clause de réserve de propriété entre autres⁹. Ces garanties n'offrant pas la sécurité adéquate ou proportionnelle à l'importance de certaines créances ne suffisent pas assurer l'exécution d'une obligation comme peuvent l'être les sûretés traditionnelles.

Cependant, avec le développement des opérations internationales de crédit à travers notamment le commerce international, on assiste à la prolifération de stipulations contractuelles utilisées comme garantie de crédit et dénommées garanties dites indirectes¹⁰. Il s'agit de garanties qui sont essentiellement et particulièrement nées de la pratique des affaires. Dans ces garanties indirectes, le créancier va sans (souvent) ou avec (rarement) une

⁵ V. AUS ; Aussi, les dispositions du C.O.C.C. dans sa partie 3^{ème} (Loi n° 76-60 du 12 Juin 1976) consacrée à la garantie des créanciers.

⁶ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Petel, *Droit des sûretés*, Paris, 9^{ème} Ed. Litec, 2010, p.1.

⁷ Les sûretés classiques sont des garanties régies par une loi ou un règlement et qui sont principalement constituées par des sûretés réelles et des sûretés personnelles. Au Sénégal, elles sont contenues dans l'AUS et le COCC dans sa 3^{ème} partie.

⁸ Dans ce mécanisme, une personne, le constituant, s'engage à titre principal à payer en qualité de débiteur principal, la dette d'autrui. Cette technique est moins utilisée en pratique car concurrencée par les autres sûretés personnelles.

⁹ Y. Picod, *Droit des sûretés*, 3^{ème} Ed., *Thémis*, 2016, p.259-267.

¹⁰ M.H. De Vallois-Laender : « Les sûretés négatives », Thèse, Paris I, 1999 ; Y. Chaput, « Les sûretés négatives », *Contrats-Distribution, Jurisclasseur*, Fasc. 935, 1991; M. Vasseur, « Les garanties indirectes du banquier », *RJC*, 1982, n°2, p. 104 et s.

sûreté, édicter une norme comportementale particulière qu'il impose au débiteur en vue de renforcer ses chances de se faire payer à terme. Mais, il faut noter que ces garanties indirectes sont utilisées principalement par les créanciers chirographaires c'est-à-dire qui n'ont qu'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. Autrement dit, le créancier accepte de prêter et de ne prendre en principe aucune sûreté ou du moins diminue les garanties. Ces garanties indirectes sont de nature à accroître la sécurité de ce type de créancier et s'apparentent ainsi à une forme de « sûreté » du créancier sur le patrimoine général du débiteur¹¹. Parmi ces garanties indirectes, on distingue celles qui ne constituent pas des sûretés négatives et celles qui constituent des sûretés négatives¹². Ces dernières, objet de notre présente étude, sont de plus en plus utilisées dans la pratique des affaires notamment bancaire¹³, sans doute du fait de leur souplesse d'application et leur faible coût. Ce sont les professionnels du crédit donc les banques et autres fournisseurs de crédit qui y font plus recours. Malgré leur dénomination de « sûretés » ces garanties se distinguent de celles-ci, car tendant seulement à conserver leur efficacité au droit de gage général qui ne peut pas lui-même faire l'objet d'une sûreté.

De plus en plus, l'expression de sûreté négative est utilisée par la doctrine pour embrasser les diverses formules contractuelles restreignant la liberté d'action du débiteur sur ses biens ou l'astreignant à renseigner le créancier de façon à accroître les chances de paiement. On ne les retrouve dans aucune législation¹⁴. Il semblerait que la notion de « sûreté négative » ait

¹¹ C'est pourquoi certains parlent de pseudo-sûreté de préférence aux sûretés négatives.

¹² Pour certains, les garanties indirectes constituant des sûretés négatives sont celles portant négation d'un droit réel. Alors que pour Nicolas Gras, les sûretés négatives renferment deux catégories notamment celles qui véhiculent un engagement du débiteur de ne pas disposer librement d'un droit réel sans l'accord de son créancier et celles qui mettent à sa charge qu'un devoir de renseignement. Il s'agit là de définitions à dimension différente car le premier fait une définition stricte des sûretés négatives alors que le second fait une définition lato sensu de ces dernières.

¹³ M. Fernandez : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais », Thèse, Paris II, 2002, p.340.

¹⁴ Ce vocable ne figure expressément ni dans le dispositif légal sénégalais ni celui français. Il est purement doctrinal. Par contre, le mécanisme est pratiqué en France et de plus en plus au Sénégal dans le cadre de contrats internationaux comme les crédits syndiqués. Il importe cependant de souligner qu'elles ont fait l'objet en Angleterre d'une tentative de standardisation privée, visant à simplifier les négociations et à favoriser le marché du crédit. Ainsi, en Octobre 1999, la *Loan Market Association* (LMA) a publié en collaboration avec la *British Bankers Association* et l'*Association of British Treasurers* une série de modèles de clauses destinées aux banques pratiquant des prêts syndiqués. Cette initiative a obtenu un large succès auprès des praticiens, qui a conduit ses auteurs à actualiser les formules proposées en Novembre 2001 puis en Mai 2004. Ce succès ne s'est d'ailleurs pas cantonné à l'Angleterre, le standard LMA ayant été adopté par la pratique française, notamment à travers l'Association Française des Trésoriers d'entreprise. V. aussi, *Option Finance*, Hors-Série n° H 13, Juillet

été théorisée en premier par le Doyen Yves Chaput¹⁵. Selon lui, les sûretés négatives constituent des clauses qui renforcent la position du créancier par la négation d'un droit¹⁶. En termes autres, il s'agit de clauses prohibitives qui emportent obligation de ne pas faire du débiteur et confère ainsi un droit de veto au créancier. Une autre définition équivalente présente les sûretés négatives comme toutes clauses tendant à restreindre la liberté d'action du débiteur¹⁷. Ces clauses de sûretés négatives reçoivent beaucoup d'appellations de la doctrine notamment « garanties indirectes », « sûretés économiques¹⁸ », « garanties fourre-tout », « sûretés spécifiques », « pseudo-sûreté » voire même de « sûreté réelle négative »¹⁹.

Pour mieux cerner cette notion de « sûreté négative », il est important de remonter jusqu'à ses origines. D'abord, il faut noter que les stipulations qui emportaient des obligations de faire et de ne pas faire sont désignées sous le vocable général de sûretés négatives ou garanties indirectes en France, tandis qu'elles sont dénommées sous le terme de *covenants*²⁰ en Angleterre. La référence à l'Angleterre se justifie par le fait que les sûretés négatives y trouvent leur origine²¹. Si elles sont conçues ainsi de manière générale, c'est grâce à la diversité et la variété des clauses utilisées, mais aussi du but poursuivi qui est d'assurer la stabilité patrimoniale du débiteur. Il faut dès lors distinguer deux catégories de sûretés négatives notamment celle pouvant contenir des obligations de faire et de ne pas faire et, celle emportant une simple obligation de ne pas faire. Cette distinction nous renvoie à la conception *stricto sensu* et *lato sensu*. Cette dernière conception correspond aux *covenants* qui englobent les engagements de faire et ceux de ne pas faire, tandis que la première renvoi aux seuls engagements de ne pas faire.

2006, intitulé « La convention de crédit syndiqué : *Term Sheet Model*, un standard AFTE » ; M. Favero, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre les systèmes juridiques. L'exemple du *Loan Market Association* », *RTDCom*, 2003, n° 3, p. 429-449, cités par M. Fernandez, précité, p.331.

¹⁵Y. Chaput, rubrique « sûretés négatives », *Contrats et Distribution, Jurisclasseur*, 1991 ; Y. Chaput, « Les sûretés négatives », *Annales de la Faculté de Droit et de Science Politique de Clermont- Ferrand*, Ed. *L.G.D.J.*, 1974, p. 167 ;

¹⁶ *Idem*, p.167.

¹⁷M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, 6e Ed, *Litec*, 2002, p. 463.

¹⁸C. Galvada, *Établissement de crédit et banque in Répertoire de droit international*, janvier 2015.

¹⁹ P. Crocq, *Droit des sûretés, D*, 2014, p.1610.

²⁰ M. Fernandez : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits française et anglais » Thèse Paris II, 2002, p. 326.

²¹ Les sûretés négatives ont apparu d'abord en Angleterre ensuite en Amérique puis dans le commerce international et enfin dans la pratique française.

Cependant, il faut retenir qu'originellement, en Angleterre, la toute première forme des sûretés négatives s'appréhendait comme toute interdiction faite au débiteur de constituer de sûreté réelle à un tiers. Cette forme reçue l'appellation de *negative pledge clause*, terme repris et développé par le droit français et traduit comme sûreté négative.

Toutefois, une distinction mérite d'être opérée entre les sûretés négatives et les sûretés classiques. D'abord, elles se distinguent des sûretés classiques malgré leur dénomination commune « sûreté ». Si la garantie des sûretés négatives porte sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, les sûretés classiques portent sur la garantie d'un patrimoine tiers ou sur un ou plusieurs biens spécifiques du débiteur. Ensuite, les sûretés traditionnelles confèrent un droit de préférence, de suite ou de garantie personnelle de payer en cas de défaillance²² entre autres et ont comme objet le paiement de la dette. Alors que les sûretés négatives ne confèrent aucune de ces prérogatives et ne visent qu'à maintenir le patrimoine général du débiteur en bon état en prévenant toute détérioration ou aliénation matérielle susceptible d'amoindrir les chances de se faire payer. Si les sûretés traditionnelles constituent des accessoires au contrat principal, les sûretés négatives bien qu'accessoires ne dépendent pas directement de la nature de l'engagement qu'elles accompagnent. Enfin, les sûretés classiques font l'objet d'une réglementation particulière, contenu dans le droit positif, alors que la notion de « sûretés négatives » ne figure dans aucun texte juridique, autrement dit, elle est inexistante dans le droit positif. Ces éléments de distinction faussent la qualification de « sûreté » et amènent certainement une partie de la doctrine à préférer parler de pseudo-sûreté.

Ces *negative pledge clauses* ont été développées et traduites comme sûreté négative en droit français. Dès lors, il fallait savoir dans quel sens on utilise le terme de sûreté négative. C'est ainsi qu'en France, la doctrine s'est divisée sur le concept même de sûretés négatives. Trois acceptions²³ étaient retenues. La première, très restrictive retient le sens premier des *negative pledge clause* qui est la prohibition faite au débiteur de constituer des sûretés réelles sur certains de ses biens à des tiers. Mais aujourd'hui, cette acception mérite d'être évincée, car ne diffusant plus la variété des clauses développer dans la pratique. La deuxième acception restreint la catégorie aux seuls engagements contractuels emportant une obligation de ne pas faire, à l'exclusion des engagements de faire. L'attention est alors portée sur le qualificatif « négative » et sur l'aspect de négation d'un droit, de privation

²² De nombreuses dispositions l'illustrent: art 4-3, 4-1, 97, 102 etc. de l'AUS.

²³C. Mouly et M. Cabrillac, *Droit des sûretés*, Litec, n° 576

d'une prérogative²⁴. Mais, il est fréquent d'opposer au sein des sûretés négatives celles établissant un droit de veto à celles établissant un droit de regard. Sans doute faut-il souligner que les secondes, n'emportant ni obligation de ne pas faire ni restriction d'un droit de l'emprunteur, ne sont pas des sûretés négatives *stricto sensu* ; elles ne peuvent être intégrées qu'à la catégorie plus large des garanties indirectes. Elles accompagnent généralement les autres garanties de cette nature²⁵. Cette acception *stricto sensu* semble la plus pure, en ce qu'elle ne dénature pas l'expression de sûreté négative. Et la dernière acception, *lato sensu*, englobe tous les engagements contractuellement souscrits par un emprunteur et ayant pour objectif d'accroître la sécurité du prêteur, mais ne constituant pas véritablement une sûreté négative. Peut-être, dans un souci de rigueur terminologique, faut-il alors préférer l'expression de « garanties indirectes » ou de covenants à celles de sûretés négatives, puisque ces stipulations ne recourent pas toutes, pour parvenir à leurs fins protectrices du créancier, à la négation d'un droit du débiteur²⁶.

Dans le cadre de ce travail, l'étude des sûretés négatives se fera sur la base des sûretés négatives *stricto sensu* avancée par les tenants de la deuxième acception et qui concerne les stipulations contractuelles emportant obligation de ne pas faire du débiteur. Bien que la majeure partie de la doctrine opte pour la dernière acception, notre choix se justifie par le fait que cette définition rime plus avec le qualificatif « négative », mais aussi en ce qu'il est plus proche de son sens étymologique.

Aussi, il sera fait tout au long de cette étude référence au droit français principalement²⁷ et quelques fois au droit anglais des sûretés négatives et l'essentiel des illustrations portera sur le domaine du crédit bancaire,²⁸ car ayant plus participé au développement des sûretés négatives. Étant donné la qualité des parties que concernent souvent les clauses de sûretés

²⁴ V. M.H. De Laender : « Les sûretés négatives », Thèse, Paris I, 199.

²⁵ M. Fernandez, thèse précitée, p.451.

²⁶ La définition des sûretés négatives *lato* correspond aux termes de garanties indirectes car celles-ci pour parvenir à leur fin peuvent comporter en des obligations de ne pas faire comme celles de faire. En plus il y'a des garanties indirectes constituant des sûretés négatives et des garanties indirectes ne constituant pas des sûretés négatives dont le critère de distinction repose sur la technique employée qui est obligation de faire ou de ne pas faire. V. la distinction de M. Fernandez in : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits française et anglais » Thèse Paris II, 2002, p.326 et s et 404 et s.

²⁷ Bien que les sûretés négatives trouvent leur origine dans la Common Law, la référence à la France sera préférée vue d'une part que la nature des droits conférée dans les deux systèmes diffère et d'autre part l'accessibilité facile aux notions françaises qu'anglaise.

²⁸D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ 2013, n°23 ; N. Gras : « Essai sur les clauses contractuelles », Thèse, Université d'Auvergne - Clermont- Ferrand I, 2014, p. 108.

négatives, le terme créancier sera parfois substitué à ceux de banquier, prêteur ou fournisseur de crédit au moment où la qualité de débiteur variera entre la société, l'entreprise ou l'emprunteur.

Les sûretés négatives malgré leur diversité et leur variété, ont pour but de renforcer la position du créancier. Leur propension au niveau international, leur développement de plus en plus notable dans le domaine des garanties bancaires, leur accessibilité et leur souplesse constituent une sérieuse menace face aux sûretés classiques qui semblent être de plus en plus concurrencées. Cette importance grandissante des sûretés négatives dans la pratique ne s'accompagne malheureusement pas d'une armature légale. Étant donné l'inexistence notionnelle et réglementaire des sûretés négatives en droit positif français et toutes les difficultés tenant à leur validité, la détermination de leur nature et la sanction de leur violation, il importe dès lors de s'interroger sur la question de savoir quel est le régime juridique des sûretés négatives ? La réponse à cette question permettra de connaître les règles applicables aux sûretés négatives, marquées à priori par leur méconnaissance terminologique, mais dont la technique n'est toutefois pas étrangère à celle du droit des contrats.

L'absence de réglementation légale des sûretés négatives n'enlève en rien l'intérêt de leur étude. Au contraire, une analyse de leur mécanisme permet de voir toute l'importance de s'y entreprendre. En effet, dans ces sûretés négatives, on fait face à des intérêts des parties évidemment opposés comme dans tout contrat. Mais la difficulté principale repose sur la préservation des droits de chacun. Il s'agit plus clairement, d'essayer de protéger tout à la fois, les libertés fondamentales du débiteur²⁹ sur ses droits réels et personnels, les droits

²⁹La constitution protège la propriété des personnes, qui sont libres d'en user, d'en jouir et d'en disposer. Il ne peut être porté atteinte qu'en cas de nécessités publiques légalement constatées, sous réserve d'une juste et préalable indemnité (Art 8 et 15 de la Constitution du Sénégal). Cette disposition confère implicitement un droit de propriété absolue aux biens meubles et quelques assouplissements quant aux biens immeubles. De surcroît, ces libertés et ces droits s'exercent dans les conditions prévues par la loi (art 8 al.2) et que toute atteinte aux libertés et toute entrave volontaire à l'exercice d'une liberté sont punies par elle (art.9 al.1^{er}). Or, les sûretés négatives, en tant que simples clauses contractuelles, portent volontairement atteintes aux libertés individuelles notamment au droit de propriété du débiteur, garanties pourtant par la constitution. Il en est ainsi, quand la clause interdit au débiteur de ne pas vendre son immeuble ou de ne pas le donner en bail. La question qui se pose est alors de savoir : peut-on renoncer par une clause contractuelle à sa liberté d'agir ? Partant de la Constitution, norme suprême et garant des libertés fondamentales de la propriété, aucune atteinte de ces dernières même volontaire n'est permise hormis le cas d'une nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité. Ainsi donc, seule la loi peut limiter l'exercice d'un droit de propriété art 8 al. 2 (V. Loi n°2011-7 du 30 Mars 2011 portant régime de la propriété foncière et COCC). Sur ce, qu'en est-il du COCC qui

légitimes du créancier³⁰, et par ailleurs le secret des affaires³¹. Problème qui soulève d'abord la question de la reconnaissance juridique de ces clauses du fait qu'elles se heurtent souvent au droit de propriété, protégé par la constitution, mais également à la question de la nature des droits qu'elles confèrent étant donné l'atteinte de la clause souvent sur les droits patrimoniaux du débiteur et paradoxalement la volonté généralement des parties de ne créer aucune indisponibilité réelle. Leur étude à travers le droit français, système juridique de référence sera nécessaire en essayant toutefois une comparaison avec le droit sénégalais qui est moins imprégné dans la pratique. Le mécanisme des sûretés négatives est sans doute l'un des plus protecteurs d'entre les types de garantie issus du droit des contrats. En effet, elles constituent une protection du créancier le plus souvent chirographaire en renforçant sa position, en préservant son rang par rapport aux présents et futurs créanciers et en maintenant les biens du débiteur dans son patrimoine : c'est une sorte de « sûreté » portant sur le droit de gage général d'où le terme de sûretés spécifiques. Elles se manifestent le plus souvent et en principe par la négation d'un droit du débiteur consistant à ne pas disposer ou opérer des actes quelconques sur certains biens que l'on tient à maintenir dans le patrimoine. En outre, elles s'accompagnent parfois de clauses de renseignement permettant au créancier d'être au courant de l'évolution de la situation du débiteur et de pouvoir même exercer un contrôle sur la façon dont le débiteur gère ses affaires. Dans un autre sens, ces sûretés peuvent remédier aux risques de mauvaise position du créancier du fait du concours d'éventuels créanciers privilégiés par l'inclusion de clauses créatrices permettant de sauvegarder le rang du prêteur

limite la liberté d'agir notamment de vendre en cas de stipulation dans ce sens c'est-à-dire une clause d'inaliénabilité ? (art 265 al. 2). Le COCC permet donc de restreindre en quelque sorte à la liberté de vendre du propriétaire. Par ricochet, on peut dire que le débiteur peut renoncer à sa liberté d'agir par le moyen d'une clause sous réserve des dispositions légales contraires et des conditions d'intérêt sérieux et légitime temporaire prévues dans les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre gratuit. Un autre exemple peut être tiré du droit du travail. En effet, en droit du travail on note une atteinte à la liberté du travailleur à travers des clauses contractuelles notamment et surtout des clauses de non concurrence parfois insérées dans le contrat. Il s'agit également d'une atteinte à la liberté du travailleur bien que strictement encadrée.

³⁰ Le fournisseur de crédit va légitimement veiller à ce que l'interdiction faite au débiteur sur ses droits réels soit respectée. Étant créancier, il dispose d'un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur sur lequel il compte se faire payer en cas de défaillance de ce dernier.

³¹ Les sûretés négatives *lato sensu* peuvent comporter des obligations de faire consistant en une obligation de renseignement ou d'information. Ces informations pouvant être des opérations intéressant un fonds de commerce (vente, nantissement, location-gérance...) ou un immeuble déterminé (vente, hypothèque, bail...). À défaut de liste des actes à indiquer, il ne paraît pas possible pratiquement, ni utile, d'imposer au débiteur de prévenir la banque pour des opérations courantes et prévisibles. Seuls, les actes importants et exceptionnels le justifient. A travers cette clause, le secret des affaires peut être atteint.

par rapport aux autres créanciers en cas de constitution d'une sûreté réelle à un tiers³². Une importance économique ressort également de ces sûretés. En effet, si elles continuent de gagner du terrain dans la pratique c'est grâce à son faible coût,³³ à sa discrétion, à sa flexibilité notamment dans la possibilité d'étendre ou de restreindre ces clauses selon l'ampleur et les nécessités de l'opération garantie, mais aussi de sa souplesse dans son application.

On ne peut pas bien appréhender les sûretés négatives sans au préalable identifier leur contenu. En effet, celui-ci sera étudié en fonction de l'obligation véhiculée qui généralement consiste en une négation d'un ou de plusieurs droits du débiteur sur ses biens, résumée en une obligation de ne pas faire, mais qui toutefois peut subir des inclusions et aboutir à une forme particulière qualifiée d'obligation de faire quand la clause est dite créatrice. Malgré leur dénomination commune de sûreté négative, la pluralité et la variété de ces clauses, ou bien l'objet sur lequel porte la négation fait que ces clauses ne répondent pas toutes aux mêmes conditions de validité d'autant plus que leur mécanisme, créations de la pratique, n'obéissent à aucun corps de règles c'est-à-dire sont absentes dans le corpus juridique et qui plus est, la terminologie y est inconnue. Dépassant le cadre de leur validité, la question des effets emportés par ces clauses reste problématique en ce qui concerne la nature des droits conférés et des sanctions applicables entre autres.

Ces différentes raisons nous amènent à présenter l'étude des sûretés négatives en partant premièrement de leur aménagement (Titre I) pour voir comment elles ont été façonnées, le contenu qu'elles englobent et comment elles ont accédé à la vie juridique. Deuxièmement, nous allons nous attarder sur leur traitement juridique (Titre II) pour étudier les effets qu'elles confèrent.

³² V. infra.

³³ Les sûretés négatives ou covenants permettent de minimiser le taux d'intérêt des prêts à une société et donc, du point de vue de l'emprunteur, réduire le coût du crédit. Cet effet découlerait de deux considérations. En premier lieu, la probabilité, forte ou faible, de remboursement du prêt influe directement sur le taux d'intérêt pratiqué: plus elle est faible, plus le taux pratiqué sera élevé. En d'autres termes, lorsque le risque de non remboursement est fort, le prêteur le compense en ne prêtant qu'à un taux élevé. La négociation de *covenants*, permettant de maximiser les chances de remboursement, induit une baisse du taux. V. M. Fernandez : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits française et anglais » Thèse Paris II, 2002, p. 329.

TITRE I : L'AMÉNAGEMENT DES CLAUSES DE SÛRETÉS NÉGATIVES

Ce présent titre met en exergue la manière dont les clauses de sûretés négatives ont été façonnées et ont accédé à la vie juridique. Étant une technique de garantie de créance, ces clauses ne font l'objet d'aucune réglementation particulière³⁴. Cette situation amène nécessairement à rechercher les conditions de validité des sûretés négatives pour ne pas dire leur viabilité (Chapitre 2), qui jusque-là constituent un mécanisme de garantie aux contours juridiques incertains. Cependant, une telle étude serait moins intéressante, voire moins fructueuse, si au préalable une étude du contenu de ces clauses n'est pas anticipée d'autant plus qu'il s'agit d'un vocable peu connu et qui mérite qu'on s'attarde sur son contenu (Chapitre 1).

CHAPITRE I : Le sens des clauses de sûretés négatives

Si les sûretés négatives peuvent être définies comme des restrictions à la liberté d'action du débiteur³⁵, leur définition la plus courante consiste en un renforcement de la position du créancier par la négation d'un droit³⁶. Il convient de rappeler que cette seconde définition loin d'être fautive, n'en est pas plus qu'une définition générale (Section 1) pouvant parfois souffrir de particularisme. En effet, ce contenu général qui est la négation d'un droit du débiteur est certes la première forme apparue, mais n'est pas resté figé ; il a subi des

³⁴ Les sûretés négatives sont prévues par la loi sur le surendettement et par l'article 1244-1 du Code civil de la loi du 9 juillet 1991 mais sans que leurs effets soient suffisamment précisés. Depuis cette loi, le juge peut : « subordonner » les mesures qu'il ordonne _ tel l'octroi d'un délai de grâce ou l'allègement de la dette en intérêts « à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette ». Les sûretés négatives sont ici consacrées comme sûretés judiciaires. Ainsi, les sûretés négatives qui nous concernent sont conventionnelles, elles ne sont donc pas réglementées dans par le code civil ni par le COCC ; V. D. Mazeaud, « L'endettement des particuliers », Travaux des Journées argentines de l'Association Capitant (1995), L'endettement (à paraître, éd. Montchrestien) ; V. « Étude relative à la promotion de la garantie hypothécaire UEMOA », p. 34.

³⁵ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 10^{ème} Ed., Litec, 2015, p. 488.

³⁶ Y. Chaput : « Les sûretés négatives », *Annales de la Faculté de Droit et de Science Politique de Clermont-Ferrand*, Ed. L.G.D.J. 1974, p. 167 ;

modifications plus élaborées de la pratique notamment surtout avec le développement du crédit bancaire. On assiste ainsi en une inclusion au sein des sûretés négatives faisant apparaître une autre forme ou contenu de ces clauses(Section 2).

SECTION I : Le contenu général des clauses de sûreté négative

Le contenu général des sûretés négatives signifie que toutes les clauses de sûreté négative ont en commun cette interdiction ou engagement de ne pas faire. Cet engagement consiste originellement en une interdiction de création de toutes sûretés réelles sur les biens du débiteur³⁷. Cette clause interdit donc le débiteur de garantir une dette quelconque par le moyen de sûretés réelles³⁸. Par cette clause, le créancier va maintenir sa position c'est-à-dire celle de ne pas être concurrencé par d'éventuels créanciers bénéficiant de droits préférentiels sur les biens du débiteur. Mais, il ne s'agit pas cependant d'une négation absolue des droits du débiteur sur ses biens, mais il s'agit plutôt d'une interdiction dont l'étendue et la limite doivent être précisées. La rédaction de la clause joue donc un rôle phare dans la détermination de l'étendue de l'interdiction qui bien sûr se heurte aux exigences de l'ordre public économique et de certains droits fondamentaux du débiteur si elle est excessive. Pour ces raisons, la négation d'un droit du débiteur comme contenu général (Paragraphe 1) et la portée de cette négation seront analysées (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : La négation d'un droit du débiteur

Le créancier bénéficiaire d'une sûreté négative est généralement un créancier chirographaire³⁹ qui s'engage à octroyer un prêt d'une somme d'argent souvent assez colossale ; il accepte de prêter et de ne prendre aucune garantie ou du moins de diminuer les garanties. Les raisons qui influencent une telle pratique peuvent être notamment la nature des crédits offerts, le niveau de confort de l'emprunteur, le taux de défaillance faible, le caractère

³⁷ M. Fernandez : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais » Thèse, Paris II, 2002, p 326.

³⁸ Y compris le cautionnement réel.

³⁹ En France le créancier d'une sûreté négative est un créancier chirographaire, alors qu'en Angleterre un créancier muni d'une sûreté traditionnelle peut inclure une clause de sûreté négative sur les biens hypothéqués.

intuitu personae du contrat de prêt⁴⁰... Pour éviter tout risque de remboursement ou de défaillance de l'emprunteur, par accord, le créancier limite les droits du débiteur sur la gestion de ses biens par l'édiction d'une norme comportementale particulière qui est la clause de sûreté négative qui stipule un engagement de ne pas faire. Cet engagement consiste en l'interdiction de ne pas créer des sûretés réelles sur ses biens au profit d'un tiers. Cependant dans la clause de sûreté négative, il est souvent et généralement insérées des clauses imposant une renonciation du débiteur à ses droits personnels comme l'interdiction de donner en bail un immeuble, de se porter caution sans l'accord préalable du créancier...⁴¹. Elles seront revisitées dans la partie relative aux conditions de validité dans lesquelles elles sont plus intéressantes Mais, il faut mettre en exergue le fait que cet engagement de ne pas faire originellement et principalement consistait en un engagement du débiteur de ne pas concéder de sûretés réelles aux tiers⁴². Cette interdiction reçue l'appellation de negative pledge clause (A), terme repris en droit français. Pour éviter tout risque de contournement, des clauses d'inaliénabilité (B) accompagnent toujours les negative pledge clauses.

A. La negative pledge clause

L'étude de l'origine et du but de cette clause (1) vont précéder l'exposé de l'obligation qu'elle véhicule (2).

1. L'origine et le but des negative pledge clauses

L'origine des negative pledge clauses (a) sera d'abord entamée avant de voir (b) le but de celles-ci.

a. L'origine des negative pledge clauses

Les negative pledge clauses sont nées de la pratique bancaire⁴³. Elles sont apparues d'abord en droit anglais et américain puis dans le commerce international avant d'être

⁴⁰ V. « *Étude relative à la promotion de la garantie hypothécaire UEMOA*, p.33.

⁴¹ Idem p. 33.

⁴² M. Fernandez, thèse précitée, p.341.

⁴³ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ 2013, n°23.

adoptées par la France. Elles n'ont fait l'objet de réglementation spécifique ni dans leur pays d'origine ni dans aucun autre système juridique.

Avant tout, il convient de préciser que le terme de negative pledge est américain⁴⁴. En droit américain, est apparue en premier la forme la plus basique des négatives pledge portant une simple interdiction de constituer des sûretés réelles ou absolute negative pledge clause⁴⁵. La première jurisprudence à cet effet est l'arrêt *Knott c/ Manufacturing Co*, rendu en 1888 par la West Virginia Court. En l'espèce, une personne avait prêté une somme d'argent à une société, étant convenu que celle-ci ne consentirait aucune sûreté sur ses immeubles, machines ou terrains avant le remboursement total du prêt. Le prêteur prétendit qu'en conséquence de la violation de l'interdiction par la société emprunteuse, l'*Equity* lui conférait une sûreté sur les biens de la société, et ce malgré l'absence de clause à cet effet dans le contrat. Le juge refusa évidemment cet argument et exposa son point de vue sur la clause : « il fallait y déceler uniquement un engagement négatif, de ne pas faire, un engagement-personnel ». C'est seulement plus tard dans les années 1930 qu'apparurent des clauses créatrices qui consistaient en une promesse de sûreté en cas de constitution d'une sûreté réelle à un tiers ou une interdiction de constituer une sûreté sans en conférer en même temps et par le même document au créancier original.

Ces clauses sont apparues dans la même période en droit américain qu'anglais. C'est en Angleterre que ces clauses ont fait l'objet d'une plus grande utilisation comparée à l'Amérique. En effet, elles étaient pratiquées pour faire face à la liberté qui était conférée au débiteur ayant consenti une floating charge et d'éventuels risques que pouvait engendrer cette liberté du débiteur. L'apparition de ces clauses semble avoir été motivée par les conséquences issues de l'arrêt *Wheatley c/ Silkstone and Haigh Moor Coal*⁴⁶ afin de servir de contournement

⁴⁴ J.H. Farrar: “*Negative Pledges, Debt Defeasance and Subordination of Debt*” in Farrar: “*Contemporary Issues in Company Law*”, 1988, p. 137, cité par M, Fernandez, précité, p341.

⁴⁵ M. Fernandez précité p.341;

⁴⁶ Dans cette arrêt, le juge établit qu'une *floating charge* convertie par sa cristallisation en *fixed charge* bénéficiait d'un rang moins intéressant qu'une autre sûreté créée postérieurement à la création de la charge mais antérieurement à sa cristallisation. Cette solution avait donc pour conséquence d'affaiblir la floating charge et son efficacité. <http://blogs.u-paris10.fr/content/commentaire-dans-une-perspective-de-droit-compar%C3%A9-de-larr%C3%AAAt-re-spectrum-ltd-royaume-uni-par, date de fraicheur le 25/05/2007, consulté le 04/03/2017>.

à la rigueur de cette jurisprudence. Ainsi, le premier arrêt recensé et relatif à la negative pledge est l'arrêt *Brunton / Electrical Engineering Corporation*⁴⁷.

Cependant, la clause de negative pledge ne s'est autant développée que dans le commerce international. Bien que leur existence dans ce domaine soit postérieure à leur apparition dans la Common law, il demeure cependant que la diversité et la variété des clauses qui y sont utilisées sont plus considérables⁴⁸. Leur expansion dans le domaine du commerce international peut se justifier d'une part par la discrétion des affaires par préférence aux sûretés classiques qui nécessitent souvent une publicité et qui donc impactent sur la réputation de l'emprunteur, d'autre part, les prêts qui y sont souvent octroyés renferment des sommes colossales dont l'emprunteur ne peut en principe garantir par un potentiel de sûretés classiques suffisantes⁴⁹.

La présence des sûretés négatives ou negative pledge clauses en droit français est plus récente. Jusque-là, contrairement à la Common Law, les negative pledge ne font pas toujours l'objet de jurisprudence. Cette absence de contentieux en la matière ne signifie pas une absence d'application, au contraire en atteste l'intérêt de la doctrine qui s'y intéresse d'avantage. En France, les negative pledge clauses sont utilisées dans leur forme basique c'est-à-dire elles emportent une obligation de ne pas faire *stricto sensu*. En effet, ces clauses portent sur une simple interdiction de constituer une sûreté réelle. Il n'est donc pas fait recours aux nombreuses et variées clauses ayant pour vocation à permettre la création de sûreté réelle : les clauses créatrices ou affirmatives. Cette absence de clauses affirmatives dans la pratique française suscite des interrogations d'autant plus que l'utilité de ces dernières est reconnue dans les systèmes les ayant créés et certains les ayant adoptés⁵⁰. Quelques réponses peuvent être apportées. D'abord, la création de sûretés est réglementée en France⁵¹, elle répond à des conditions de forme précise. Alors que si on suit le mécanisme des sûretés négatives dans leurs formes créatrices, un créancier peut bénéficier d'une hypothèque sans nécessairement

⁴⁷ Kekewitch J. dans l'arrêt *Brunton v. Electrical Engineering Corporation* [1892] 1 Ch. 434, p. 440: "a special form has been invented to meet the difficulties which that decision gave rise to, cité par M, Fernandez, Thèse précitée, p.341.

⁴⁸ M. Fernandez précité, p.342.

⁴⁹ Par exemple les prêts consentis dans le cadre des crédits syndiqués et des eurocrédits.

⁵⁰ Elles sont nées dans le Common Law et adoptées notamment dans le commerce international.

⁵¹ Même en Angleterre la constitution de sûreté respecte certaines conditions de forme. Cependant, le bénéfice d'une sûreté réelle par le biais d'une clause par le contournement des formes légales ne serait il pas un simple hasard ?

respecter les conditions de forme légale. Ensuite, le Code civil français sanctionnait les obligations de faire ou de ne pas faire par le paiement dommage et intérêts⁵². Alors que dans les clauses créatrices, la violation de l'interdiction de constituer une sûreté réelle entraîne comme sanction l'obligation de conférer une même ou une sûreté équivalente au bénéficiaire de la négative clause. Or, sous l'empire de l'ancien article 1142 du code civil, le débiteur défaillant d'une obligation émanant d'une clause créatrice ne pouvait se voir forcer de s'exécuter c'est-à-dire d'octroyer une sûreté au créancier bénéficiaire de la clause créatrice ; la sanction se limiterait toujours au paiement de dommage-intérêt. Ces éléments de réponses expliqueraient entre autres l'absence de clauses créatrices dans la pratique dans la mesure où l'exécution forcée de ces engagements n'était pas assurée. Mais depuis la réforme du code civil de 2016, les praticiens ne se heurteront plus aux rigueurs de la loi concernant la sanction de l'obligation de faire ou de ne pas faire qui désormais peut faire l'objet d'une exécution en nature⁵³. Mais, par contre ils se heurteront à coup sûr aux règles impératives de forme relative à la création des sûretés réelles notamment immobilières.

b. Le but des negative pledge clauses

Après avoir revisité l'origine des negative pledge clauses, il importe de s'intéresser aux buts poursuivis par ces dernières. Qu'il s'agisse d'un système ou d'un autre, les buts poursuivis sont les mêmes. D'où donc la raison d'entreprendre une étude unitaire même si une différence est apparente selon que l'on fait une analyse du point de vue du créancier bénéficiaire de la clause ou de l'emprunteur.

Partant du côté du créancier, le but général de la clause, comme toute garantie indirecte, est de restreindre la liberté de gestion de l'emprunteur, et de suppléer l'absence de droit de vote du prêteur au sein de la société emprunteuse par un « droit de vote » d'origine conventionnelle⁵⁴. Même si les bénéficiaires de ces clauses sont souvent dépourvus de sûretés réelles, ceci n'exclut pas la possibilité pour un créancier muni d'une sûreté réelle de faire usage de ces clauses comme c'est le cas en Angleterre.

⁵² Sous l'ancien article 1142 C.civ ; Mais la cour de cassation était favorable à l'exécution en nature concernant le pacte de préférence.

⁵³ Art. 1221 du C.Civ.

⁵⁴ P.R Wood: "*International Loans, Bonds and Securities Regulation*", Ed. Sweet & Maxwell 1995, n° 3-5 qui utilise le terme de vote, quoique entre guillemets; M. Fernandez, thèse précitée, p. 337.

Pour le créancier chirographaire, on peut déceler trois (3) buts principaux recherchés dans ces stipulations. Premièrement, le créancier bénéficiaire de la clause cherche à préserver l'égalité entre les créanciers⁵⁵. En effet, l'obligation principale emportée par la clause est l'interdiction faite à l'emprunteur de créer de nouvelles sûretés réelles qui pourraient permettre à un autre créancier d'avoir un droit de préférence sur les biens du débiteur ou en termes autres de conférer à un autre créancier un rang préférable au sien. Par le biais de cette clause, le bénéficiaire de la clause ne court plus le risque de voir sa position s'aggraver et par conséquent ses chances de se faire payer se réduire. Il a l'assurance qu'aucun créancier postérieur ne pourra bénéficier d'un rang préférable au sien en cas d'insolvabilité. Ainsi, « l'égalité entre créanciers est maintenue de force » pour reprendre les termes de Manuel Fernandez. Même avec les clauses dites créatrices, ce but est toujours assuré car si l'emprunteur consent une sûreté malgré l'interdiction qui lui est faite ou par l'autorisation qui lui est donnée, il sera tenu de conférer une même ou équivalente sûreté au créancier original pour le mettre au même pied d'égalité. Ce mécanisme permet toujours à ce dernier de préserver l'égalité entre créanciers postérieurs, chirographaires ou munis de sûreté. Deuxièmement, la clause a comme but d'obtenir un effet de garantie identique à celui consenti à un autre créancier. Cet effet de garantie étant une sûreté réelle traditionnelle. L'intérêt est donc de bénéficier de sûreté réelle sans passer par les exigences de formes pour sa constitution. En effet, la negative pledge clause est plus discrète et moins onéreuse. Le créancier ne se verra pas soumis aux formalités de publicité des hypothèques ou charges selon qu'on est respectivement en France ou en Grande Bretagne. Ni le créancier, ni l'emprunteur n'ont en réalité intérêt à cette publicité qui accompagne ces sûretés réelles classiques, ce qui renforce davantage l'utilité de la clause. Troisièmement, cette clause limite la possibilité pour l'emprunteur de recourir au crédit. La logique est qu'en interdisant ou du moins en limitant les possibilités pour le débiteur de concéder des sûretés réelles, en même temps on limite ses possibilités de recourir au crédit en l'interdisant d'user de biens à cette fin. Le banquier ou le fournisseur de crédit se garantit dès lors contre la diminution en valeur ou en nature des éléments d'actifs dont dispose son débiteur et, corrélativement, de l'accroissement du passif. Le créancier d'une sûreté négative peut également être un créancier muni d'une sûreté réelle. Ces cas de figure sont presque inexistants en France, mais assez fréquents en Angleterre, car

⁵⁵N. Gras : « Essai sur les clauses contractuelles », Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014, p.126.

motivés par l'existence d'une sûreté réelle inédite en France : les charges flottantes ou *floating charges*⁵⁶.

Du point de vue de l'emprunteur, le but de ces clauses est d'abord de lui permettre à se procurer du crédit sans recourir aux méthodes classiques de sûretés réelles lourdes de formalités et moins discrètes. Étant sous surveillance de la banque, la société se trouve en quelque sorte protégée contre elle-même, car sa possibilité de recourir au crédit en se servant de ses biens est limitée. Ainsi donc, le risque d'augmenter son passif et créer son insolvabilité est atténué.

2. L'obligation véhiculée par la clause de *negative pledge*

La *negative pledge clause* emporte l'obligation principale de ne pas constituer de sûreté réelle à un autre créancier. En termes autres, il s'agit d'un simple engagement de ne consentir une sûreté quelconque à un tiers⁵⁷. Comme rappeler plus haut, c'est la forme première, la plus basique des sûretés négatives dès leur apparition dans la *Common Law*. Cette clause est hostile à toute création de droits préférentiels concurrents : elle tente au mieux de maintenir la position du créancier.

Mais avec le développement de la pratique, ces clauses tendent à s'assouplir au point de ne plus avoir de sens réel lorsqu'elles sont dites « affirmatives »⁵⁸. C'est pourquoi pour mieux différencier la *negative pledge clause* dans leur sens premier des *negative pledge clause* « affirmative » il est fait usage de l'expression « *absolute negative pledge clauses* » ou « *negative pledge clauses absolues* » pour désigner les premières et de « *affirmative negative pledge clauses* » ou « *negative pledge clause affirmative* » ou encore *clauses créatrices* pour désigner les secondes.

⁵⁶La *floating charge* n'appréhende les biens du débiteur qu'à la survenance de certains événements. On dit alors qu'elle se cristallise et se mue en une *fixed charge* au bénéfice du créancier ; elle ne prend rang qu'à ce moment. Avant ce stade, elle laisse le débiteur libre de gérer ses biens comme il l'entend et notamment de consentir des sûretés sur ces derniers, par exemple des *fixed charges*, qui auront à raison de leur antériorité priorité sur la *fixed charge* du créancier original. La stipulation lors de la création de la *floating charge* d'une *negative pledge* fait disparaître ce risque.

⁵⁷ Lamy, *Droit du financement*, n°4406 et s ; V. aussi : « les clauses de sûreté négative pratiqué par la Banque africaine de développement » in les Conditions Générales applicables aux Accords de Prêt et aux Accords de garantie de la Banque africaine de développement (Entités non souveraines).

⁵⁸ La *negative pledge clause affirmative* ou créatrice désigne la clause qui interdit la création de sûretés sous peine ou condition d'en accorder une au créancier.

Le but de la negative pledge clause étant entre autres d'éviter toute diminution du droit de gage général du bénéficiaire de la clause, son efficacité est quelque part limitée. D'abord, celle-ci découle en premier lieu de l'absence de réglementation des sûretés négatives. Ensuite, si le créancier est au courant que son débiteur veut constituer une sûreté réelle, il fera recours à la procédure d'urgence pour obtenir une injonction de ne pas faire empêchant ainsi l'acte du débiteur⁵⁹. Enfin, la clause ne portant qu'une simple interdiction de constituer de sûretés réelles ne saurait à elle seule permettre d'éviter ou de dissuader le débiteur de faire sortir de son patrimoine un bien déterminé. Il faudrait en plus d'une clause de negative pledge, prévoir des restrictions conventionnelles au droit de disposer d'un ou de plusieurs de ses biens. C'est pourquoi, la clause de negative pledge elle seule ne s'aurait être efficace dans la mesure où elle peut être source d'un plus grand malheur lorsque notamment l'emprunteur pour se procurer de fonds contourne la clause en aliénant ses biens⁶⁰. C'est pourquoi une clause d'inaliénabilité accompagne très souvent les negative pledge clauses. C'est toute l'importance de l'inclusion d'une clause interdisant au débiteur d'accomplir certains actes de disposition : les clauses d'inaliénabilité.

B. La clause d'inaliénabilité

La clause d'inaliénabilité, tout comme l'interdiction faite au débiteur de constituer une sûreté réelle, a pour fonction d'empêcher la dilapidation du patrimoine par une forte limitation de la liberté patrimoniale.

La clause d'inaliénabilité ou inaliénabilité conventionnelle est généralement présentée comme une stipulation contractuelle ayant pour effet d'empêcher le propriétaire d'un bien d'en transférer librement, à titre gratuit ou onéreux, la propriété et plus largement de faire sur ce bien, objet de la clause, un quelconque acte de disposition⁶¹. Elle est décrite autrement comme

⁵⁹ Il s'agit des mesures conservatoires tendant à éviter le recouvrement certain d'une créance fondée dans son principe. Voir Art 514 C.PC et Art 54 et s AU/RVE.

⁶⁰ La clause de negative pledge ne prévoit pas l'inaliénation des biens. Pour contourner l'interdiction de constituer une sûreté, le débiteur nécessiteux de fonds peut tout simplement vendre des biens de son patrimoine. C'est dans ce sens que Manuel Fernandez dans sa thèse précitée dit que « la disposition des biens constitue un mal bien supérieur à leur affectation à la garantie d'une dette, la conclusion s'impose bien que le remède est pire que le mal combattu ».

⁶¹N. Gras : « Essai sur les clauses contractuelles », Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014, p. 110.

une technique juridique qui, grevant un bien ou un droit, interdit à son titulaire d'en disposer, afin d'assurer la protection d'intérêts particuliers ou généraux⁶². Le pouvoir de disposer doit être compris ici lato sensu comme le pouvoir d'accomplir tout acte juridique, quel qu'il soit, relativement à la chose appropriée (le pouvoir de disposer est en revanche distinct de l'abusus, lequel n'est qu'un acte matériel et qui correspond à une consommation matérielle de la chose emportant sa disparition). *Stricto sensu*, la disposition se concentre surtout sur l'acte juridique le plus grave, sur la modification de la situation juridique du bien la plus importante, c'est-à-dire la cession ou l'aliénation du bien qui emporte l'extinction ou la transmission du droit de propriété du propriétaire cédant. Car c'est le plus souvent sur le terrain de la libre cessibilité du bien que se pose la question de la validité des restrictions conventionnelles au droit de disposer. Ce qui ne veut pas dire que la restriction au droit de disposer ne puisse pas aller au-delà, la clause qui restreint le pouvoir de disposer pouvant viser l'interdiction d'accomplir d'autres actes juridiques que des actes d'aliénation, tels que la constitution de droits réels temporaires (principaux ou accessoires) ou même l'octroi de droits personnels ayant pour objet le bien concerné, cette clause interdisant par exemple la location de ce bien⁶³. L'aliénabilité est la caractéristique juridique d'un bien dont le propriétaire peut transmettre son droit ou constituer un droit réel au profit d'un tiers et l'aliénation, la transmission du droit de propriété ou constitution d'un droit réel qui le démembre⁶⁴. La clause d'inaliénabilité rejoindrait donc la définition stricto sensu qui interdit toute extinction ou transmission du droit de propriété sur un ou plusieurs biens déterminés.

Après ces définitions, il convient également, avant de s'empresse sur les développements ultérieurs, de s'attarder sur la qualification de cette clause en une sûreté négative. En effet, l'obligation générale véhiculée par toute sûreté négative repose sur une obligation de ne pas faire. Les clauses d'inaliénabilité ne dérogent pas à cette qualification, car l'obligation qu'elles emportent est également négative et répond ainsi à cette qualification. Cependant, même si les obligations qu'elles véhiculent sont de même nature, l'objet de ces clauses

⁶²H. Corvest, « L'inaliénabilité conventionnelle », *Deffrénois*, 1979, art. 32126, p. 1377, n° 1 ; En droit des sociétés, la clause d'inaliénabilité est le mécanisme ayant pour objet d'interdire la cession ou la transmission des droits sociaux sur lesquels elle porte. Elle permet de maintenir les associés, ou certains d'entre eux, en place pour assurer la pérennité de la société.

⁶³ F. Danos, « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer : unité de régime ? », *Revue des contrats* n° 01 - page 158, 1^{er} mars 2016.

⁶⁴Valérie Ladegaillerie, *Lexique des termes juridiques*, Anaxagore.

diffère. En effet, les sûretés négatives sont inhérentes à la personne du débiteur, alors que les clauses d'inaliénabilité en principe concernent les biens⁶⁵. En partant de ce dernier constant, la qualification des clauses d'inaliénabilité en sûreté négative est faussée. C'est pourquoi pour qualifier ces clauses de sûreté négative, certains préfèrent user de l'expression : « prohibition d'aliénation⁶⁶ » plutôt que de clause d'inaliénabilité.

Cette clause interdit absolument au débiteur ou sans l'accord préalable du créancier d'aliéner un élément du patrimoine. Elle pourrait aussi comme suggéré permettre au débiteur de se séparer du bien en imposant un réemploi équivalent en valeur ou en nature. Par l'effet de cette clause, le droit de propriété étant l'un des plus absolus des droits du débiteur en est gravement atteint⁶⁷. C'est dès lors que se pose la question de leur validité étant entendu qu'elle se heurte à l'ordre public économique, mais aussi à la question de la nature des droits conférés que nous allons voir plus loin. Avec l'emprise du prêteur sur l'activité de l'emprunteur, l'ancien droit considérait de telles clauses comme antiéconomiques parce que contraire à l'intérêt général et à la libre circulation des richesses. C'est seulement plus tard que l'on verra cette clause être étendue aux actes à titre onéreux. Cette interdiction concerne tant les meubles que les immeubles présents ou futurs même si ces derniers constituent la principale référence de la doctrine.

L'utilité des clauses de non-aliénation dans la pratique des affaires n'est plus à démontrer. En effet, cette clause maintient le bien grevé dans le patrimoine du débiteur et la présence de ce bien constitue une sorte de garantie économique de nature préventive. Le maintien d'un bien dans le patrimoine du débiteur se justifie soit parce que le bien est d'une valeur importante, soit parce qu'il est indispensable à l'activité de la société emprunteuse soit parce que souvent le prêt visait l'acquisition de ce bien ce qui est analogue à la clause de réserve de propriété⁶⁸ entre autres. Il y est fait recours également en matière commerciale par les créanciers pour

⁶⁵ En réalité, les clauses d'inaliénabilité portent sur les biens, elles ont un effet réel. Dire qu'elles constituent des sûretés négatives est un choix car ces dernières consistent en des normes comportementales qui frappent non les biens du débiteur mais sa personne elle-même. D'où la pertinence de l'expression « clause de non aliénation » qui semble plus mesurée.

⁶⁶ M. Fernandez : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits française et anglais » Thèse Paris II, 2002, p.382.

⁶⁷ Les dispositions des articles 537 et 544 du C. Civ étaient longtemps considérées comme étant d'ordre public et ainsi ne permettaient aucune dérogation d'origine conventionnelle.

⁶⁸ La réserve de propriété est une clause contractuelle qui assure au vendeur le paiement du prix de la marchandise. Cette clause permet au vendeur de rester propriétaire de la chose jusqu'à ce que le bien soit entièrement payé, l'acheteur n'étant que possesseur du bien.

échapper aux procédures collectives et sauvegarder ainsi leurs droits et paliers les limites des sûretés traditionnelles.

PARAGRAPHE II : La portée de la négation

La rédaction de la clause joue un rôle très important dans la limitation de la liberté d'action du débiteur. Cette interdiction ne peut guère porter sur tout le patrimoine, car elle porterait atteinte au droit de propriété, mais aussi à l'ordre public économique. À chaque contrat correspond une clause « sur mesure » faite de permission et d'interdiction dès lors qu'il n'existe pas de rédaction universelle de la clause⁶⁹. À noter également que la portée de cette négation concerne tant les absolutes négatives que les affirmatives négatives. Seulement, si les premières sont relatives à l'étendue de la négation elle-même, les seconds ont trait à l'obligation de faire c'est-à-dire de consentir une garantie équivalente au créancier. Ainsi donc seront évoquées les sûretés concernées par la négation (A), mais aussi l'étendue de la négation quant aux dettes et aux biens (B).

A. Les garanties ou sûretés concernées par la négation

Déjà, il ressort de la définition de la négative pledge une délimitation du domaine relatif aux garanties interdites. La négation de ces clauses ne concerne que les sûretés réelles. Ceci exclut a priori les sûretés classiques dites personnelles portant non pas sur un bien spécifique, mais sur un patrimoine tiers⁷⁰. La clause vise les sûretés réelles, mais vise également les quasi-sûretés et tout autre mécanisme ayant pour effet de conférer à un créancier tiers une priorité sur les biens du débiteur consentant une sûreté négative⁷¹, car son but principal étant de préserver le rang du créancier original. Ainsi, à chaque contrat de prêt ses interdictions et ses permissions. Mais en général, la majorité des clauses obéissent à un schéma identique :

⁶⁹ M. Fernandez, thèse précitée, p.347.

⁷⁰P. Simon, *Financement d'entreprise : Le fil à la patte des sûretés négatives*, Dalloz Affaires, 1996, n°21, p. 635.

⁷¹ On note en Angleterre comme dans le commerce international des clauses qui interdisent la création d'encumbrances (qui se définit traditionnellement comme un droit, une garantie, ou une responsabilité attachée à une propriété) et de Security interest. V. P. Gabriel, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Butterworth, 1986, p. 72-98, nota. p. 82;

l'énoncé d'une prohibition stricte, c'est-à-dire au domaine large, et l'énumération de ce qui, par exception, est permis. Il en est ainsi de la citation de A. Meinertzhagen-Limpens : « ni la société-mère, ni ses filiales ne créeront, n'accepteront, ne provoqueront, ou ne laisseront, créer, accepter, provoquer ou exister aucune hypothèque, gage, charge, sûreté, engagement quelconque ou aucune obligation soumise au paiement d'une dette quelconque.... »⁷².

B. Les crédits et les biens concernés par la négation

La clause de negative pledge interdisant la création de sûretés réelles pose aussi les questions relatives au domaine de la négation quant aux dettes et aux biens susceptibles d'être garantis. La clause garantit-elle toute dette ? L'interdiction de constituer une sûreté réelle concerne-t-elle tout le patrimoine du débiteur ? Ce sont là des questions dont il faut répondre.

Concernant la première question, il est clair que toutes les dettes ne sont pas prises en compte par la clause de negative pledge. Ainsi, on peut relever plusieurs moyens de limiter les dettes à garantir par la clause. On peut restreindre l'étendue de la clause en considération du débiteur de l'obligation. En fait, la clause ne s'opposera à la création de sûretés réelles qu'en garantie des seules dettes du débiteur ayant personnellement consenti à la clause. Ceci dit qu'une personne ne peut pas s'engager à ne pas constituer de sûretés réelles à un tiers en garantie d'une dette qui n'est pas la sienne : la clause concerne les dettes de l'emprunteur lui-même. Le débiteur d'une negative pledge ne devait pouvoir même garantir des tiers en se portant caution. Il réduirait ainsi en cas de défaillance du bénéficiaire de la caution sa valeur patrimoniale gage général du bénéficiaire de la negative pledge soucieux de maintenir l'assiette de ce patrimoine. Par ailleurs, la garantie d'une dette par une negative pledge peut être inhérente au montant du prêt. L'établissement financier peut limiter la portée de la clause en fixant une limite par exemple en subordonnant la clause pour les dettes supérieures à une certaine somme. Parfois, c'est la nature de l'obligation qui limite l'interdiction⁷³.

Concernant les biens, il est rare que l'interdiction de constituer des sûretés réelles frappe tous les biens du débiteur. Même si c'est théoriquement envisageable, l'effectivité pose problème.

⁷²A. Meinertzhagen-Limpens, « Les engagements de ne pas faire en matière de crédit », *RDAI*, 1986, n° spécial (6), p. 675-692, cité par M. Fernandez thèse précitée.

⁷³P. Simon précité, p. 636.

Il est quasi impossible d'effectuer un contrôle portant sur l'ensemble du patrimoine de l'entreprise, qui peut faire entrer et sortir des biens à tout moment. Ainsi, pour plus d'efficacité et de rationalité, une sélection des éléments de valeur du patrimoine est opérée. Ainsi, seuls ces éléments seront concernés par la négation ou ceux de valeur pouvant dans l'avenir entrer dans le patrimoine du débiteur⁷⁴.

Le développement de la pratique bancaire a suscité des formes plus élaborées de clauses de sûreté négative allant jusqu'à modifier l'obligation initiale de ne pas faire en celle de faire.

SECTION II : Le contenu particulier des sûretés négatives

La négation d'un droit du débiteur, caractéristique des sûretés négatives, constitue le point commun à tous types de clauses de ce genre. Tel que rappelé précédemment, le développement de la pratique du crédit a suscité l'imagination de clauses plus élaborées et offrant plus de sécurité au créancier. En effet, l'obligation de ne pas faire se transforme en quelque sorte en une obligation de faire sous certaines conditions ou par l'effet d'une sanction: on est en face des clauses créatrices ou bien « affirmative » au dire de la jurisprudence anglaise (Paragraphe 2). Étant donné la qualification faite des sûretés négatives en un engagement de ne pas faire par opposition aux engagements de faire, il importe d'emblée d'apporter une justification valable de cette inclusion au sein de ces sûretés négatives (Paragraphe 1).

PARAGRAPHE I : La justification de l'inclusion au sein des sûretés négatives

Les clauses créatrices, rompant la qualification des sûretés négatives en des engagements de ne pas faire par opposition à ceux de faire méritent une justification quant à leur insertion au niveau de ces dernières. En effet, bien que consistant en des engagements de faire, une analyse téléologique c'est à dire axée sur le but poursuivi (B) ainsi qu'une mise en exergue de la primauté de la négation dans la clause seront nécessaires et suffisantes à défendre ou à justifier cette inclusion (A).

⁷⁴ M. Fernandez précité, p. 350.

A. La primauté de la négation dans la clause créatrice

Les clauses créatrices s'entendant en des obligations positives de faire heurtent la qualification récemment opérée des sûretés négatives. Cependant, cette qualification ne devrait pas pouvoir exclure ces clauses de cette catégorie. En effet, celles-ci constituent le prolongement nécessaire à l'étude des absolute negative pledge clauses et l'en séparer serait même illogique. Ces clauses affirmatives contiennent en réalité une double obligation : une première qui est de ne pas faire et une seconde qui est de faire sous condition ou sanction. À ce niveau, l'intérêt pour le créancier demeure dans l'interdiction faite au débiteur de ne pas constituer des sûretés à un autre sous peine de lui en accorder la même. La logique et la priorité demeure ainsi l'interdiction de ne pas constituer de sûreté réelle à un tiers⁷⁵, qui est la première étape du raisonnement, quand bien même des conséquences positives (le caractère créateur) découlent de sa violation et consistant en la constitution d'une autre sûreté pour le créancier.

Ainsi, les clauses affirmatives ou créatrices sous ce prisme justifient de leur inclusion au sein de ces sûretés négatives, car l'obligation positive n'est qu'accessoire, donc subordonnée à la violation de l'obligation initiale et principale de ne pas faire, de ne pas concéder de sûreté réelle à un tiers. L'obligation positive intervenant que pour remédier à l'inefficacité ou à la violation de la negative pledge absolue ou simple.

Outre celle-ci, une analyse axée sur le but poursuivi par la clause créatrice permet également de tolérer son inclusion au sein des sûretés négatives.

B. La justification téléologique de la clause créatrice

Un dépassement de l'analyse descriptive de la clause créatrice doit être observé pour une analyse axée sur le but, la finalité de la clause. Cette analyse permettra de voir les clauses créatrices non plus comme une obligation positive, mais comme une combinaison d'obligations, se conjuguant en un engagement global négatif. Celui-ci doit être compris

⁷⁵A. Tamasauskas, « The Negative Pledge Clause, An Investigation into the Remedies Available to the Original Lender With Special Emphasis on the Tort of Interfering with Contractual Relations » qui souligne bien que chaque type de clause « Not only restrains the borrower from granting security, but also... », cité par M. Fernandez, précitée, p.348.

comme l'interdiction faite au débiteur de ne pas changer la situation du créancier au moment de la stipulation de la clause. En fait, lors de la stipulation de la clause, le créancier n'est ni privilégié ni désavantagé par rapport aux autres créanciers chirographaires. Le débiteur de la clause créatrice en constituant de sûreté réelle à un tiers rétrograde ainsi le créancier original de sa situation d'égalité par rapport à ce nouveau créancier qui bénéficie d'un droit de préférence au détriment du créancier de la clause. Pour ainsi rétablir cette injustice résultant de la violation de la clause, le débiteur est obligé de conférer une même ou une sûreté équivalente au créancier original de la clause.

L'atteinte portée à la situation du créancier se trouve remédiée car le créancier va bénéficier d'une même ou équivalente sûreté qui fera qu'il ne sera pas devancé et sera au même pied d'égalité avec le tiers bénéficiaire d'une sûreté réelle. Ainsi, la clause tend à obliger le débiteur à assurer le maintien de la position du bénéficiaire de la clause au moment de la stipulation de la clause. Cette position est le rang du créancier originel, non primé par des créanciers privilégiés, munis de sûreté. Ce que la clause vise à protéger est par conséquent la situation d'égalité entre le créancier originel stipulant la clause et les autres créanciers, passés ou futurs. Donc, comme la negative pledge clause absolue, la clause créatrice préserve ou assure le maintien ou le renforcement de la situation du créancier. C'est une clause de stabilisation⁷⁶ qui contrairement à certains qui pensent qu'elle crée une vocation conditionnelle et différée à un sort meilleur⁷⁷, crée une vocation à un sort inchangé⁷⁸.

PARAGRAPHE II : L'insertion de clauses affirmatives ou créatrices

Les clauses créatrices, même si elles diffèrent à travers leur contenu visent un objectif unique qui est de maintenir la position ou le rang du créancier de la clause par rapport aux autres créanciers postérieurs en écartant tout droit préférentiels concurrents. Un inventaire des

⁷⁶ M. Fernandez, thèse précité, p.374.

⁷⁷ Cette position peut être acceptée lorsque le débiteur est isolément pris ou au regard des autres créanciers de même position, car il quitte une position de créancier chirographaire à celle de créancier muni de sûreté et en cela son sort est meilleur. Mais par rapport aux créanciers futurs munis de sûreté, sa position demeure inchangé, elle reste tout simplement renforcée.

⁷⁸ P. Cordonnier, note sous Trib. de commerce de la Seine, 27 Juin 1935, D 1937, II, p. 95 ; L. Valette : « La clause de traitement égal, dite clause *pari passu* », Thèse, Paris IX, 1999, p. 45.

clauses créatrices sera tenté donc tenté. En effet, si certaines clauses sont dites créatrices par l'effet d'une condition (B), d'autres le sont par l'effet d'une sanction (A).

A. Les clauses créatrices par l'effet d'une sanction

Schématiquement, la negative pledge clause absolue consiste en une pure et simple interdiction de constituer une sûreté réelle. D'autres stipulations ont par la suite rapidement été imaginées et insérées dans la clause pour pallier l'insécurité qu'elles englobent. Ainsi, ces clauses, en sus de l'interdiction, vont prévoir en même temps la sanction sous la forme soit d'un engagement de consentir une sûreté en cas de violation (1) soit d'une constitution d'une sûreté concomitamment à la violation appelée clauses automatiques (2).

1. Les clauses portant engagement du débiteur de consentir une sûreté en cas de violation

Dans ces clauses, l'engagement principal demeure l'interdiction de constituer une sûreté. La simple prohibition s'avérant peu protectrice à l'égard du créancier de la sûreté négative, une sanction de la violation de cette interdiction est en même temps prévue. En effet, en cas de violation de la clause, le débiteur s'obligera à fournir la même sûreté au créancier bénéficiaire de la clause. Ceci dit que ce dernier va partager la même sûreté avec le tiers bénéficiaire. Cette clause est caractérisée par le double engagement qu'il comporte : un engagement de ne pas faire et une promesse de faire en cas d'inobservation de l'interdiction.

Cependant, le caractère créateur de cette clause a toujours dépendu de la volonté du débiteur qui naguère pouvait ou non décider en cas de violation de respecter sa promesse. Rien ne l'obligeait à respecter son engagement de faire. Il courait seulement le paiement de dommage et intérêts en cas de refus d'exécution, car toute obligation de faire ou de pas faire se résolvait en des dommages-intérêts⁷⁹. Aujourd'hui avec la réforme du Code civil à travers l'ordonnance

⁷⁹ Article 1142 ; Sous l'empire de cette de cette disposition seule l'obligation de faire résultant d'un pacte de préférence pouvait faire l'objet d'une exécution forcée en nature : Cass civ ch. mixte 26 Mai 2006 n°03-19.376, « *le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur* ». C'est dans ce sens que disait Denis Mazeaud en commentant cet arrêt que « la plupart des observateurs avaient, en toute logique, soutenu que, si le pacte de préférence donnait désormais prise au principe de l'exécution forcée en nature, la promesse unilatérale

de 2016 cette clause peut s'avérer être plus efficace, car tout créancier d'une obligation peut en demander l'exécution en nature⁸⁰.

2. Les clauses dites automatiques

Comme les clauses précédentes, les clauses automatiques ou automatic security clauses prévoient l'interdiction et la sanction. Leur particularité réside cependant dans le fait qu'en cas de violation de la prohibition, le créancier est considéré être (will be deemed) titulaire d'une même sûreté⁸¹. Cette clause n'emporte pas une *obligation contingente* de consentir une sûreté comme la précédente, mais se veut directement créatrice en conférant une *sûreté contingente* au créancier. Donc, comme son nom l'indique, la constitution de la sûreté est automatique dès la violation de l'interdiction c'est-à-dire l'octroi d'une sûreté à un tiers.

Si l'effectivité de la clause automatique ne pose pas de problème dans le système juridique anglais avec la maxime d'Equity « done what ought to be done ⁸²», il n'en est pas ainsi en droit français où ces clauses peinent à trouver leur plein effet. En effet, sans empiéter dans les développements d'après, en droit français, la constitution d'une sûreté répond à des exigences de formes. Or, avec le mécanisme de la sûreté négative, on verrait ainsi ces exigences légales de forme contournées, car cette clause est sensée conférer une sûreté réelle automatiquement sans aucun autre formalisme.

Les clauses portant engagement de constituer une sûreté et les clauses automatiques ont en commun outre la prohibition et la sanction qu'elles prévoient, mais aussi le fait que le créancier original partage la même sûreté avec le tiers bénéficiaire de la sûreté. Par ailleurs, d'autres clauses affirmatives que nous allons voir confèrent des sûretés de même nature mais cette fois par l'effet d'une condition.

de contrat devrait nécessairement suivre... « Qui peut le plus, peut le moins ! », en somme. Si l'exécution forcée en nature d'un pacte de préférence, qui crée une simple priorité contractuelle au profit du bénéficiaire, est désormais admise, au nom d'un souci de cohérence élémentaire, il ne pouvait pas en aller autrement en matière de promesse unilatérale de contrat, laquelle engendre au profit du bénéficiaire une exclusivité contractuelle... », disponible sur www.doc-du-juriste.com, consulté le 25 Aout 2017 ;

⁸⁰ Article 1221 C.civ ; Sur ce point, le Sénégal semble devancer la France car cette disposition est prévue dans le COCC depuis 1966 à travers l'art 326.

⁸¹J.B. Stone, « The Affirmative Negative Pledge », *JIBL*, 1991, p.364, cité par M. Fernandez in : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits française et anglais » Thèse Paris II, 2002, p.352.

⁸²

B. Les clauses créatrices sous l'effet d'une condition

Contrairement aux clauses créatrices sous l'effet d'une sanction, ces clauses sont caractérisées par l'inversion de leur logique fonctionnelle. En effet, la constitution d'une sûreté à un tiers est subordonnée à la constitution préalable d'une sûreté au créancier originel bénéficiaire de la clause : c'est l'essence des *unless clauses* (1) et des *pari passu clauses* du droit français (2).

1. Les *unless clauses*

Par rapport aux clauses précédentes, les clauses dites *unless clauses* procèdent d'une logique inverse. En effet, la constitution d'une sûreté n'est plus inhérente à la violation de la clause, mais elle est conditionnée. Le mécanisme est que le débiteur s'engage à ne pas consentir une sûreté à un tiers sans avoir au préalable consenti une sûreté équivalente au créancier bénéficiaire de la clause. Donc, le débiteur ne pourra constituer de sûreté à un tiers que s'il en confère au préalable une même au créancier bénéficiaire de la clause. Toujours est-il qu'il s'agit d'une promesse de faire que le débiteur peut ou non respectée sans forcément y être contraint, ce qui anéantit l'efficacité d'une telle clause.

2. Les *pari passu clauses* du droit français

Déjà à travers la formulation de l'intitulé, on se rend compte que la définition des *pari passu clauses* diffère selon qu'on est en France ou dans un autre système juridique. Une précision d'ordre terminologique doit donc être faite relativement à cette notion.

Dans le commerce international dans lequel elle est née⁸³ ainsi que le droit anglais et américain l'ayant adopté par la suite, la clause *pari passu* désigne la clause interdisant au débiteur d'instaurer un ordre de priorité entre ses créanciers chirographaires. Autrement dit, aucun créancier chirographaire ne doit obtenir un droit de priorité par rapport à ses

⁸³ M. Fernandez précité, p.377.

semblables : la clause vise une égalité de rang entre les créances chirographaires⁸⁴, c'est une clause de rang égal. Elle est généralement stipulée comme suit : « Toutes les obligations du débiteur au terme du contrat de prêt bénéficieront d'un rang égal à celui de toutes ses autres dettes non garanties »⁸⁵. Pour rappel, dans ces systèmes juridiques, les negative pledge clauses désignent les clauses interdisant la création de sûreté réelle et les affirmative negative pledge clauses comme des figures contractuelles permettant la création de sûreté réelle qu'à charge de conférer une sûreté équivalente au créancier bénéficiaire de la clause. Ainsi donc, si ces derniers concernent les sûretés réelles, les *pari passu* clauses ne visent que les créances chirographaires.

La littérature juridique française quant à elle utilise le terme *pari passu* pour désigner la stipulation contractuelle qui autorise la création de sûreté réelle qu'à charge pour le débiteur de concéder une sûreté équivalente au créancier titulaire de la clause de sûreté négative. Les *pari passu* clauses du droit français seraient dès lors l'équivalent des affirmative negative pledge clauses du droit anglo-saxon. Cependant, l'égalité de rang n'est plus l'objectif visé, mais plutôt le traitement égal.

C'est la raison pour laquelle nous évinçons dans la catégorie des clauses créatrices, les *pari passu* clauses du droit anglo-saxon et du commerce international, car non seulement elles constituent une simple interdiction de ne pas faire qui plus est ne visent même pas les sûretés réelles mais aussi parce qu'elles sont dépourvues de caractère créateur mutant l'engagement de ne pas faire en celui de faire. Ainsi donc, les *pari passu* du droit anglais s'intéressent à l'égalité de rang entre créanciers chirographaires alors que les *pari passu* du droit français visent l'égalité de traitement entre créanciers bénéficiant d'une sûreté négative et créanciers munis de sûreté réelle.

Pari passu, expression latine traduisant « sur un même pied d'égalité », rime plus avec la définition faite par la Common Law et le commerce international. C'est pourquoi certains⁸⁶ pensent que cette conception anglo-saxonne doit prévaloir sur celle française, car non seulement elle répond fidèlement à la définition donnée, mais aussi parce qu'elle trouve ses

⁸⁴ En général, la clause est ainsi formulée: “*The Borrower’s obligations under the loan agreement will rank pari passu with all its other unsecured liabilities*”, Voir dans ce sens Manuel Fernandez, Thèse précitée p.346.

⁸⁵ Option Finance, Hors Série n° H 13, Juillet 2006, intitulé « La convention de crédit syndiqué : *Term Sheet Model*, un standard AFTE », p. 33

⁸⁶ M. Fernandez, thèse précitée, p.346.

origines dans la pratique internationale ensuite dans la Common Law avant d'arriver en France. Cependant, ce choix terminologique du droit français n'est sans doute pas sans raison étant donné la redondance de la clause qui ne ferait que répéter une égalité déjà forcée par la loi et ayant un caractère d'ordre public et ce, qu'importe la situation financière de la société emprunteuse⁸⁷. Toutefois, ce caractère impératif du système d'égalité des créanciers s'apprécie dans un sens d'un rang meilleur. Par exemple, un créancier chirographaire peut accepter de subordonner le paiement de sa créance à d'autres créanciers chirographaires. On constate ainsi que le créancier accepte d'instituer de se faire payer après les créanciers de son type. Mais ce n'est pas parce que le créancier peut positionner sa créance derrière toutes les autres qu'il peut effectuer l'opération inverse et placer sa créance devant toutes les autres. Un créancier peut donc se faire céder par le débiteur une clause *posteriori passu*, mais probablement pas une clause « *priori passu* ». Par conséquent, si un créancier ne peut pas faire cela, la clause *pari passu* n'a que peu d'applications, car l'égalité entre créanciers ne pourra être altérée que dans un sens favorable pour lui, non dans l'autre. Il faut donc considérer que la position traditionnelle, selon laquelle la clause *pari passu* (du droit anglo-saxon) n'a aucun rôle en droit français, perdure malgré l'existence des prêts participatifs et clauses « *posteriori passu* »⁸⁸.

L'accession des sûretés négatives à la vie juridique n'est pas concomitante à leur création. En plus de l'absence de réglementation spécifique en la matière, ces clauses devaient être encadrées étant donné leur caractère attentatoire à la liberté de gestion et plus gravement quelques fois au droit de propriété du débiteur. L'étude de leur validité pour ne pas dire leur viabilité sera donc esquissée.

⁸⁷Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, D, n° 997

⁸⁸ Elle n'a aucun rôle en droit français si elle interdit l'ordre de priorité entre créanciers chirographaires. Mais telle que conçue par le droit français, elle permet de maintenir la position du titulaire de la clause *pari passu* qui ne se verra pas primé par d'autres créanciers munis de sûretés réelles : ils seront traités de la même manière ; V. M. Fernandez précité, p 378 -379.

CHAPITRE II : La validité des clauses de sûretés négatives

Fruits de l'imagination de la pratique, les clauses de sûretés négatives comme rappelées plus haut n'ont pas fait l'objet d'une réglementation particulière. Mais répondant aux mécanismes du droit des contrats, les sûretés négatives peuvent être rangées dans la catégorie des contrats innommés. L'emprise du prêteur sur les droits patrimoniaux de l'emprunteur ou sur son activité est alors symboliquement très forte. En effet, leur caractère attentatoire aux libertés individuelles notamment au droit de propriété quelque part et les restrictions à l'expression des droits personnels par ailleurs font qu'en sus des règles générales applicables à tous contrats, des règles particulières adaptées doivent être recherchées pour justifier de telles entraves. Ainsi, l'étude des conditions de validité des clauses portant négation de certains droits réels (section 1), plus contraignantes va précéder à l'étude des conditions de validité des clauses imposant une renonciation à certains droits personnels (section 2) qui ont une influence moindre sur la liberté du débiteur.

SECTION I : La validité des clauses portant négation de certains droits réels

Les clauses de sûreté négative portent sur une large diversité de droits réels du débiteur. Étant principalement constitué par les negative pledge clauses et les clauses d'inaliénabilité, une recherche d'un régime juridique adaptée (paragraphe 1) doit être entreprise pour leur validité étant donné leurs effets préjudiciables à la liberté du débiteur et contraires à l'ordre public. Ayant une fonction et des effets identiques, l'étude des conditions de validité des negative pledge se fera à travers celle des clauses d'inaliénabilité, clauses de référence. Leur condition de validité étant consacrée par la jurisprudence et la loi, une extension de ces dernières aux negative pledge justifierait donc leur validité (paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : La recherche d'un régime juridique adapté

Si les negative pledge clauses ne sont pas prévues par le droit positif, il n'en est pas ainsi des clauses d'inaliénabilité. Répondant toutes à la qualification d'obligation de ne pas faire et constituant des prohibitions aux droits réels du débiteur, les clauses d'inaliénabilité constituent la référence parfaite à la recherche d'un régime juridique applicable aux negative

pledge notamment pour ce qui est de leur validité. Les clauses d'inaliénabilité partagent avec les negative pledge une même fonction et des effets identiques. De ce fait, il sera davantage justifier la référence à la clause d'inaliénabilité (A), et voir les conditions dans lesquelles la validité de ces dernières a été admise (B).

A. La référence à la clause d'inaliénabilité

Si le but des sûretés négatives est le maintien de la position du créancier, sa fonction est d'interdire la dilapidation du patrimoine du débiteur par le moyen de la négation d'un droit réel consistant en l'interdiction de constituer une sûreté réelle et/ou d'interdire l'aliénation de biens . La clause d'inaliénabilité interdit à l'emprunteur d'aliéner des éléments de son actif, soit absolument soit sans l'accord préalable du prêteur. Étant plus large⁸⁹ et pouvant renfermer outre la prohibition de constituer une hypothèque, un gage ou autre et la vente d'un bien du patrimoine, la clause d'inaliénabilité constituerait l'archétype même des sûretés négatives⁹⁰. Cette identité de fonction et d'effets des clauses de sûreté négatives en plus de la qualification en termes d'engagement de ne pas faire dont elles répondent peut permettre de les soumettre au même régime juridique que les clauses d'inaliénabilité, car non seulement elles n'ont pas de règles spécifiques, mais elles sont plus récentes que ces dernières qui sont admises par la loi et la jurisprudence. Ainsi, le respect de ces conditions permettrait d'outrepasser les hostilités des articles 537 et 544 du Code civil et d'éviter l'annulation de telles clauses pour non-respect de l'ordre public économique. De ce fait, on serait en face d'un régime juridique adapté aux clauses de sûretés négatives. Il convient de signaler que ces conditions de validité ne peuvent toujours pas être appliquées comme telles à l'ensemble des sûretés négatives. Les clauses créatrices, ne correspondant à aucune catégorie préexistante en droit français ont été reconnues qu'à travers un seul arrêt, le premier et la seule espèce en

⁸⁹ La clause d'inaliénabilité regroupe sans doute l'interdiction de constituer des sûretés réelle mais ne peut pas jouer le rôle des sûretés négatives stricto sensu : Premièrement l'aliénabilité est conçu ici comme étant l'acte le plus grave comme par exemple la modification de la situation juridique du patrimoine du débiteur comme la transmission d'un droit réel, deuxièmement elle ne peut comporter le caractère créatrice ou affirmative propre aux sûretés négatives.

⁹⁰M.H. De Vallois-De Laender : « Les sûretés négatives », Thèse, Paris I, 1998, n° 27 p. 34 ; N. Gras : « Essai sur les clauses contractuelles », Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014, p.128.

droit français⁹¹ à notre connaissance . Dans cette affaire, selon le juge du fond, la clause ne portait pas atteinte à l'ordre public, et était vue favorablement par les juges. Donc la validité de principe de telles clauses est subordonnée au respect de l'ordre public économique souverainement apprécié par le juge, tandis que leur applicabilité en l'espèce en est autre. Cependant, la validité des clauses d'inaliénabilité dans leur ensemble est l'œuvre d'un processus qui a abouti dans le temps. Il convient ainsi de connaître l'évolution qu'ont connues les clauses d'inaliénabilité quant à leur validité avant d'étendre ces règles aux sûretés négatives.

B. L'admission de la validité de la clause d'inaliénabilité

Il faut noter que l'ancien droit était hostile à la pratique de telles clauses, car il considérait ces clauses comme antiéconomiques, donc contraire à l'intérêt général et à la libre circulation des richesses. Qu'il s'agisse d'acte à titre gratuit ou onéreux, ces clauses ont vu leur validité contestée. Relativement aux actes à titre gratuit notamment en matière de libéralité, la transmission de ses biens de son vivant est gouvernée par des raisons éminemment personnelles et subjectives. C'est ce qui justifie qu'en la matière, beaucoup de donateurs insèrent dans les actes de donation, des clauses d'inaliénabilité afin de s'assurer que les biens donnés resteront dans les mains du donataire sans possibilité d'acquisition quelconque par des tiers sauf l'accord du donateur. Il était par ailleurs également inconcevable, qu'un de cujus laisse un bien soumis à une inaliénation. Ce serait, tout simplement un bien inutile qui ne servirait à rien. Cette possibilité était perçue comme une hérésie économique, d'abord eu égard à l'importance symbolique du droit de propriété, ensuite eu égard à l'importance de la circulation des richesses et du commerce⁹².

Ensuite concernant la validité des actes à titre onéreux, il a été contesté pour la raison que selon certains, l'inaliénabilité emportait l'insaisissabilité du bien ; or il n'était pas acceptable de permettre à un débiteur de faire échapper ses biens à ses créanciers.⁹³. Par conséquent,

⁹¹Trib. de commerce de la Seine, 27 Juin 1935, D. 1937 II p. 93, note P. Cordonnier, cité par M. Fernandez précité p.371.

⁹²M.H. De Laender, Thèse précitée, n° 162 ; Y. Chaput : « Sûretés négatives », Contrats-Distribution, *Juris-classeur*, Fasc. 935, 1991, n° 13 ;

⁹³Le législateur permet depuis la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003, aux entrepreneurs individuels de faire une déclaration notariée d'insaisissabilité de leur résidence principale par dérogation au droit de gage général des créanciers. Cette insaisissabilité a par ailleurs été étendue par la loi LME à l'ensemble du patrimoine

même si on l'admettait pour les actes à titre gratuit, il ne devait pas être possible d'organiser par un acte à titre onéreux une inaliénabilité sur ses propres biens, de son propre chef⁹⁴. Cette contestation a été exprimée d'une façon très claire par Louis Josserand : « ...l'inaliénabilité entraîne l'insaisissabilité : il n'est pas admissible qu'un débiteur puisse, par un simple geste, soustraire des biens à l'action de ses créanciers »⁹⁵.

Avec le Code civil de 1804, le législateur est venu atténuer ce refus strict de l'admission des clauses d'inaliénabilité toutefois en les autorisant qu'en matière de libéralité c'est-à-dire aux actes à titre gratuit⁹⁶ naguère admises par la jurisprudence. Pour la majorité de la doctrine, le législateur de 1971 a voulu figer les solutions jurisprudentielles pour éviter de restreindre de façon excessive les droits des bénéficiaires de libéralités, sans pour autant interdire les clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux⁹⁷. Par la suite, la Cour de cassation a étendu leur validité aux actes à titre onéreux en consacrant cette solution en termes très généraux : « dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux »⁹⁸. Néanmoins, à l'instar de toutes les garanties indirectes, l'amélioration du crédit et de l'accès des sociétés au

foncier bâti ou non bâti de l'entrepreneur individuel non affecté à un usage professionnel par le déclarant. C'est le cas par exemple, du dispositif des articles L. 526-1 et suivants du Code de commerce pour le patrimoine foncier non professionnel de l'entrepreneur individuel ; Mais désormais, l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel est de droit depuis la loi du 6 Aout 2015 (art.206). Mais la déclaration notariée reste nécessaire pour les autres biens fonciers non affectés à un usage professionnel appartenant à l'entrepreneur individuel, à l'exemple d'une résidence secondaire.

⁹⁴ V. M. Fernandez Thèse précitée p. 386-387 ; M. Morin, « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », *Defrénois* 1971, art. 29982 ; A. Meinertzhagen-Limpens, « Les engagements de ne pas faire en matière de crédit », *RDAI*, 1986 n° 6 n° Spécial, p. 675-692, nota. p. 681 et s. cité par M. Fernandez Thèse précitée p. 387.

⁹⁵ Sur cette question, voir B. Raynaud : « La stipulation d'indisponibilité », Thèse, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2003, p. 130 n° 156 ; Mazeaud et Chabas, « Leçons de droit civil », Montchrestien, Tome. I Vol. I, « Introduction à l'étude du droit » n° 217 et 219.

⁹⁶ Art 900-1 code civ de 1804, inséré en 1971 par la loi n° 71-526 du 3/07/1971.

⁹⁷ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat : LGDJ*, 2001, n° 196 ; F. Terré, Ph. Simler, *Les biens : D.* 2006, n° 131 ; Y. Guyon, « L'inaliénabilité en droit commercial », in « Droit et vie des affaires », Études à la mémoire d'A. Sayag : *Litec*, 1997, spéc. p. 272 ; J. Huet, « Les principaux contrats spéciaux », *LGDJ*, 2001, n° 11147.

⁹⁸ Cass. 1re civ., 31 oct. 2007, n° 05-14.238 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 337, consulté le 23 Juillet 2017 sur www.legifrance.gouv.fr, date de fraîcheur le 31 Oct. 2007 ; *Rev. Lamy dr. com.* 2008, n° 2824 ; *Rev. Lamy. dr. civ.* 2008, p. 57, obs. V. Perruchot-Triboulet ; *D.* 2008, p. 963, note A. L. Thomat-Raynaud ; *LPA* 19 sept. 2008, p. 6, note C. Khun ; *RDC* 2008, p. 249, obs. Y.-M. Laithier ; *Defrénois* 2008, p. 1485, obs. B. Thullier ; R. Mortier, « Les nouveaux horizons de l'inaliénabilité en droit des groupements : Dr. Sociétés », 2008, chron. n° 1.

crédit permis par les *negative pledge* ont contribué très certainement à la légitimation de leur acceptation.

Ce sont ces conditions prétoriennes de validité des clauses d'inaliénabilité qui seront étendues aux clauses de sûretés négatives afin de permettre leur viabilité dans le monde des affaires.

À présent, nous allons évoquer les conditions de validité des clauses d'inaliénabilité.

PARAGRAPHE II : La validité des clauses d'inaliénabilité

La jurisprudence et la loi ont soumis les clauses d'inaliénabilité à des conditions particulières de validité, qu'elles soient insérées dans des actes à titre gratuit ou onéreux (A). Cependant le non-respect de ces conditions entraîne naturellement des sanctions (B).

A. Des conditions particulières de validité.

La double condition imposée par la jurisprudence concernant la validité des clauses d'inaliénabilité s'applique tant aux actes à titre gratuit qu'à ceux onéreux. Ces conditions jurisprudentielles seront étendues aux clauses de sûreté négative, stipulées toujours dans des actes à titre onéreux. De ce fait, l'étude du contenu de la double condition d'intérêt sérieux et légitime (1) et de durée (2) sera entreprise.

1. L'exigence d'un intérêt sérieux et légitime.

Il ne sera point question de faire une étude de l'application générale des clauses d'inaliénabilité. Notre attention sera retenue par la validité des clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux⁹⁹ et précisément en matière de contrat de prêt. De manière générale, l'intérêt que la clause revêt pour le prêteur consiste en une consolidation du droit de gage commun des créanciers de son débiteur¹⁰⁰. En réalité, cet avantage du prêteur n'est ni personnel ni individuel. En fait, cette consolidation du droit de gage général n'est seulement

⁹⁹Bien qu'ayant les mêmes conditions de validité, l'appréciation de leur durée par exemple n'est pas la même lorsqu'il s'agit d'acte gratuit ou onéreux. Les sûretés négatives sont toujours stipulées dans les actes à titre onéreux.

¹⁰⁰B. Raynaud : « La stipulation d'indisponibilité », Thèse, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2003, p. 130 n° 156;

bénéfique pour l'emprunteur qui ne bénéficie d'aucun droit de préférence, mais elle l'est aussi pour les autres créanciers, car elle renforce ainsi leur droit de gage commun.

Cependant, cet intérêt général ne suffit pas à légitimer la clause. Par exemple, le fournisseur de crédit ne peut pas invoquer le simple intérêt de la conservation des biens ou d'un bien du patrimoine du débiteur¹⁰¹. La clause d'inaliénabilité doit répondre à un intérêt sérieux et légitime apprécié, si besoin, par le juge, de sorte que si cet intérêt a disparu ou qu'il est primé par un intérêt plus important, l'inaliénabilité doit être levée¹⁰². Il n'est sans doute pas illégitime de stipuler dans le cadre d'un prêt à long terme que l'emprunteur ne pourra pas disposer des biens que le crédit a permis de financer sans l'accord de son créancier¹⁰³. Il n'existe pas d'appréciation jurisprudentielle rationnelle permettant de caractériser l'intérêt sérieux et légitime. Les juges du fond vont essayer souverainement de voir si à travers les effets générés par ces clauses tant du côté de l'emprunteur comme du prêteur et, au regard des avantages et inconvénients, l'ordre public économique est préservé. De manière plus précise, il sera recherché pour caractériser cet intérêt sérieux et légitime, les éléments tenant à la situation de l'emprunteur, à l'importance des sommes prêtées ou encore au caractère remarquable des biens concernés dans l'activité développée¹⁰⁴. En d'autres considérations, le caractère légitime de ces clauses s'apprécie sous l'angle de la sécurisation de l'opération financière¹⁰⁵. En effet, la sécurisation de cette dernière doit être proportionnelle aux enjeux qu'elle renferme et au respect de l'autonomie patrimoniale générale du débiteur. Naturellement, le juge n'a jamais admis que ces clauses portent sur l'ensemble du patrimoine de la société emprunteuse ou lui empêcher toute possibilité de crédit pour l'avenir, voire de valorisation de ses actifs. Sinon ces clauses appliquées aux personnes créeraient une incapacité conventionnelle alors que celle-ci ne peut résulter que de la loi. Deux éléments essentiels semblent caractériser cette condition. D'une part, l'étendue de la clause quant aux

¹⁰¹ Comme le dit le Professeur Chapat : « le banquier ne saurait se contenter d'invoquer le simple intérêt de la conservation des biens dans le patrimoine du débiteur : c'est le risque couru par tout créancier que de subir, ordinairement, les actes faits par son débiteur » V. Y. Chapat : « Sûretés négatives », Contrats-Distribution, Juris-classeur, Fasc 935, 1991, n° 18.

¹⁰² V. pour des exemples d'intérêt sérieux et légitime, R. N. Schütz, V° « Inaliénabilité », préc n° 76-79 ; cité F. Danos, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer » *Revue des contrats* n° 01 - page 158, 1er mars 2016.

¹⁰³ H. Conchon, « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps » : LPA 15 Avr. 2002, n° 75, p. 6.

¹⁰⁴ M. Fernandez précité, p.390.

¹⁰⁵ N. gras, précité, p.

biens concernés qui nécessite une rédaction précise, car on tient en compte les biens frappés par l'interdiction, l'inaliénation, et d'autre part, par la somme prêtée¹⁰⁶ pour ainsi établir la proportionnalité entre la clause et les enjeux de l'opération sécurisée¹⁰⁷.

Dans les cas où ces clauses accompagnent des sûretés réelles classiques comme la constitution d'une hypothèque par exemple, la reconnaissance de leur validité basée sur un intérêt justificatif serait beaucoup moins complexe, voire même insensée, car la clause ne porte plus sur le patrimoine global du débiteur, mais sur un bien immeuble précis et qui confère ainsi un droit de préférence et de suite au banquier.

Le sérieux de l'intérêt s'apprécie souvent dans la rédaction de la clause. En effet, elle ne permettrait pas de vérifier le sérieux de l'intérêt protégé la rédaction des clauses vagues et dont l'objet est indéterminé. Il en est ainsi lorsque la clause stipule que : « le débiteur s'engage à ne pas aliéner ses immeubles en tout ou partie »¹⁰⁸.

Par ailleurs, il peut arriver que le caractère sérieux et légitime de cette clause soit contesté. Il appartiendra à celui qui invoque cette clause d'en rapporter la preuve. On assiste ainsi à un renversement de la charge de la preuve qui en principe incombe au demandeur. La Cour de cassation quant à elle postule que ce renversement dans la charge de la preuve s'explique par le caractère dérogatoire de ce type de clauses au regard du principe de libre disponibilité des biens¹⁰⁹.

Cette première condition, quoique nécessaire, n'est pas suffisante. Les clauses d'inaliénabilité doivent être temporaires.

2. L'exigence d'une durée déterminée

¹⁰⁶M. Fernandez précité, p.390 ; R. Marty, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens » (Ière partie), *LPA* du 21/11/2000, 4, n°6

¹⁰⁷D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, 30 septembre 1998, n°117 p.12 ; N. Molféssis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in colloque, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? » Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 septembre 1998, n°117 p.21;

¹⁰⁸Y. Chaput : « Sûretés négatives », rubrique Banque-Crédit-Bourse, *Juris-classeur*, Fasc. 790, 2009, n°37, p.16.

¹⁰⁹Cass. Civ. Ière, 15 Juin 1994, *D.* 1995, Jurisprudence p. 342, note Leborgne ; M.H. De Laender, Thèse précitée, n° 167 ; P. Simler, *Les clauses d'inaliénabilité*, *D.* 1971 p. 416, nota. p. 416-2, n° 11.

La durée de la clause est une condition cumulative avec l'intérêt sérieux et légitime pour la validité des clauses d'inaliénabilité. Ces clauses, vu leur caractère restrictif et attentatoire, doivent être temporaires. D'ailleurs, en droit commun, il est de principe, l'interdiction des engagements perpétuels¹¹⁰. Toute clause interdisant ou imposant une renonciation du débiteur à certains de ces droits réels à l'image des clauses d'inaliénabilité et des negative pledge doit faire l'objet d'une grande précision quant à sa durée, et ce lors de la rédaction. Celle-ci doit être déterminée ou déterminable. Sous ce prisme, la fixation des durées admises dans les clauses frappant les libéralités¹¹¹ n'est pas la même pour la durée acceptable dans les clauses d'inaliénabilité comprises dans des contrats bancaires. Le temps du droit patrimonial de la famille n'est pas celui des affaires. La vie d'un homme n'est pas une échéance acceptable entre opérateurs économiques¹¹². Stipulées pour une trop longue période, ces clauses seraient contraires à l'ordre public.

La détermination de la durée est donc bien encadrée. Elle doit répondre au critère de proportionnalité qui se veut être en adéquation directe avec l'intérêt sérieux et légitime. La durée de la clause doit être déterminée ou déterminable en fonction soit de l'échéance prévue dans l'opération de crédit soit du terme de la relation d'affaires¹¹³. Un auteur voit dans cette condition une double exigence liée et en même temps distincte¹¹⁴. Une première sous condition tient au caractère limité et déterminé de la durée de la prohibition d'aliéner. Il ne s'agit pas là d'un régime propre à l'inaliénabilité conventionnelle, mais plutôt de l'application à cette stipulation du principe plus large de prohibition des engagements perpétuels¹¹⁵. Une deuxième sous condition tient nécessairement à l'évaluation concrète de la durée de la clause. L'évaluation de celle-ci ne pose en principe pas de difficulté ni de réfutation lorsque la durée

¹¹⁰J. Azéma : « La durée des contrats successifs », Thèse Lyon, *LGDJ*, 1969, n°33 et s. p.25.

¹¹¹La durée de la clause d'inaliénabilité insérée dans une donation ou un legs n'est pas déterminée de la même manière que dans un acte onéreux. Lorsque la clause est insérée dans un acte à titre onéreux, sa durée est fonction en principe de la durée de vie de l'opération garantie ce qui n'est pas le cas dans les actes à titre gratuit qui peuvent avoir une durée plus importante. Mais toujours est-il que ces derniers ne peuvent avoir comme référence la durée de vie du donataire ou du légataire. La Cour de cassation a considéré dans ce sens que cette clause ne pouvait être calée sur la durée de vie du donataire, le propriétaire ne pouvant être privé durant toute sa vie du droit de disposer. V. Cass. civ., 24 janv. 1899 : DP 1900, I, p. 533. Comp. avec les libéralités graduelles où le premier gratifié ne peut en principe disposer, même si l'interdiction de disposer fonctionne différemment.

¹¹²Cass. 1re civ., 8 janv. 1975, n° 73-11.648 ; *Bull. civ.* 1975, I, n° 8

¹¹³En droit des sociétés, la clause d'inaliénabilité interdit, pour un motif sérieux et légitime, à un ou plusieurs associés de transmettre leurs actions ou leur parts sociales, pendant une durée qui ne peut dépasser dix (10) ans. V.art. L.227-13 Code de commerce et art.765-1 AUSCGIE.

¹¹⁴ M. Fernandez thèse précitée, p. 391.

¹¹⁵M.H. De Laender, thèse précitée, n° 168 ;

de la clause est en fonction de la durée ou de l'échéance du prêt. Toutefois, le caractère nécessaire de la clause peut être remis en question si elle dépasse cette durée. Deux sortes de stipulation peuvent être à l'origine de ces difficultés relatives à l'évaluation de la durée. Premièrement, c'est lorsque la stipulation confère à la clause la durée du prêt augmentée de la durée normale d'exercice des recours contre le débiteur. Cette stipulation ne doit pourtant pas pouvoir poser de problème parce que la durée de la clause est déterminable, car l'on se réfère à des délais légaux calculables et de surcroît contiennent en eux même une justification légitime quand bien même ils augmentent de la durée du prêt. Deuxièmement, c'est quand la stipulation fixe la durée de l'inaliénabilité ou de la négation relativement au remboursement effectif des sommes prêtées. La licéité d'une telle clause est discutable bien que répondant à un souci légitime du prêteur, elle serait en pratique incertaine dans sa durée, et dépendra de l'empressement du solvens ou de l'accipiens. D'une part le caractère déterminable de la clause ferait défaut pour certains¹¹⁶, d'autre part, elle comporterait un caractère potestatif pour le débiteur engagé pour d'autres¹¹⁷. Ce dernier doit être considéré avec réserve. En effet, le caractère potestatif pour le débiteur est nuancé par le fait que le débiteur ne peut pas rembourser le prêt par anticipation et par cette occasion mettre fin à l'inaliénabilité. Et toujours sous cet angle, ce qui est interdit à la clause ce n'est pas une durée brève, mais une durée non déterminée ou perpétuelle.

L'exigence d'une durée déterminée et d'un intérêt sérieux et légitime constituent des conditions cumulatives à la validité des clauses d'inaliénabilité. Mais certains remettent en question même l'autonomie de la condition de durée. Pour eux, elle peut être résumée à un aspect de l'intérêt « sérieux et légitime », une de ses traductions¹¹⁸.

Il reste à savoir quelles sont les sanctions applicables en cas d'inobservation de ces conditions de validité ou même de leur défaut de réunion.

B. La sanction de l'irrespect des conditions de validité.

¹¹⁶Y. Chaput : « Sûretés négatives », rubrique Contrats-Distribution, *Juris-classeur* Fasc, 935, 1991, n° 23 ; Lamy Droit du financement, précité, n° 4441

¹¹⁷M.H. De Laender, Thèse précitée, n° 168 *in fine* ; Y. Chaput, Idem, n°23 ; cité M. Fernandez, Thèse précitée, p. 392.

¹¹⁸Y. Chaput : « Les clauses de garanties (sûretés négatives) », Colloque IDA sur « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », Aix-en-Provence, 1990.

L'observation des conditions précédemment exigées par la jurisprudence est sanctionnée en principe par la nullité de la clause (1). Une possible réduction judiciaire peut parfois être envisagée en lieu et place d'une nullité (2)

1. La nullité de la clause.

L'observation des conditions de validité des clauses d'inaliénabilité ou des autres sûretés négatives à l'instar des negative pledge clauses, comme tout contrat, entraîne en principe la nullité de la clause¹¹⁹. Étant accessoire à une obligation supérieure, seule la clause litigieuse est anéantie¹²⁰ et subsisteront les autres dispositions. Il peut arriver que l'une parties fasse de cette stipulation une condition impulsive et déterminante de son engagement autrement qualifiée de condition de rigueur. Dans cette hypothèse, la nullité de la clause entraînera la nullité de l'obligation principale¹²¹. Il s'agit là d'une exception¹²². Il reste de l'appréciation du juge de décider à quel point l'affirmation stipulée dans un acte que la clause est déterminante du consentement, sera prise en considération. Ce qui est sûr c'est qu'elle est un moyen facile pour la banque, même si détourné, d'obtenir la déchéance du terme. Le plus souvent, en raison du caractère accessoire et même négligeable qui lui est reconnu, le banquier aurait contracté, malgré son absence.

La nullité n'est pas forcément la seule sanction à cet effet, le juge peut procéder éventuellement à une régularisation.

2. Une possible réduction judiciaire

À l'instar des clauses de non-concurrence ou des clauses d'exclusivité, le juge peut se passer de la nullité et envisager une réduction judiciaire des sûretés négatives¹²³. Constatant un intérêt sérieux et légitime du créancier, le juge peut considérer qu'il y'a un défaut de proportionnalité concernant un ou plusieurs éléments compris dans la stipulation et que du fait

¹¹⁹ Art. 1178 C. civ.

¹²⁰ Art. 1178 C. civ.

¹²¹ Art. 1184 C. civ.

¹²² Comp. Cass. com., 11 juin 1965, n° 63-10240 : *Bull. civ.* 1965, III, n° 361 ; D. 1965, p. 782

¹²³ M. Lamoureux, *JCP E* 2006, n° 2743, spéc. p. 2083 ; V. plus généralement, A. Cermolacce, Cause et exécution du contrat : *PUAM*, 2001, n° 561 et s.

de leur excès ne peuvent produire effet ou bien doivent être atténués. La possibilité d'une telle révision a été organisée par le législateur en matière de clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit¹²⁴. Par analogie, elle devrait pouvoir s'appliquer pour les clauses d'inaliénabilité stipulées dans les actes à titre onéreux¹²⁵.

Les clauses de sûretés négatives se sont principalement référées au régime juridique des clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux pour leur validité. Contrairement à ces dernières, les clauses portant négation de certains droits personnels du débiteur ne reposent pas sur des conditions de validité assez précises. Leur validité mérite d'être analysée.

SECTION II: La validité des clauses imposant une renonciation à certains droits personnels

Les clauses de sûretés négatives peuvent également avoir pour objet la prohibition d'engagements personnels. Mais contrairement aux précédentes, elles portent moins atteinte à liberté patrimoniale ou de gestion dans les affaires de l'entreprise emprunteuse. Ayant néanmoins un caractère attentatoire sur la liberté d'action du débiteur par la négation de certains de ces droits personnels, ces clauses sont victimes d'une absence réglementation spécifique de leur validité (Paragraphe 1) et, reposent ainsi sur des conditions assez générales. Ainsi une transposition des conditions jurisprudentielles en matière de clause d'inaliénabilité est tentée pour permettre de mieux justifier leur validité (paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : L'absence de conditions particulières de validité.

L'absence de conditions particulières de validité ne signifie pas une absence totale de validité ou de justificatif. Cette absence de conditions particulières tient au fait qu'il n'existe pas de règles spécifiques relatives à la validité de ces clauses spécifiques du fait de leur nature elle-même. Ainsi, pour permettre à ces clauses d'accéder à la vie juridique, il est

¹²⁴ Art. 900-1 à 900-8 C. civ.

¹²⁵ V. Perruchot-Triboulet : *Rev. Lamy droit. civ.* 50/2008, p. 58. – Comp. pour les personnes morales, Cass. 1re civ. 23 janv. 2008, n° 06-16.120 : *RJDA* 2008, n° 782 ; *JCP N* 2008, act. 229 ; *Deffrénois* 2008, p. 971, note Ph. Malaurie ; *Deffrénois* 2008, p. 1485, obs. B. Thullier.

fait référence de manière générale à l'ordre public (A). Le respect de celui-ci s'appréciant subjectivement qu'à l'égard du seul débiteur de la clause (B).

A. La référence à l'ordre public.

Ces clauses n'ont pas pour effets d'interdire à l'emprunteur d'exercer directement des droits réels sur un bien précis, mais elles restreignent l'expression de ses droits personnels. Le plus souvent, il sera interdit à l'emprunteur de donner en bail un immeuble, de changer la destination de l'immeuble sans autorisation du prêteur, de contracter un emprunt, de porter caution au profit d'un tiers ou encore de donner en location un fonds de commerce. Il découle souvent de ces clauses un droit de véto du créancier de la clause.

Pour leur validité, ces clauses ne sont pourtant pas soumises aux mêmes conditions que celles jurisprudentielles imposant renonciation à un droit réel en l'occurrence la double condition d'intérêt sérieux et légitime et de durée déterminée. En face de ces clauses, les juges du fond procèdent en une vérification du respect de l'ordre public économique. Ils déclarent l'invalidité de ces clauses en relevant le grief général tiré de la violation de l'ordre public économique pour manquement aux droits subjectifs fondamentaux du propriétaire reconnus constitutionnellement. Ces clauses ne peuvent porter atteinte au principe constitutionnellement reconnu du droit de propriété, ni affecter les modalités d'exécution de l'engagement contracté, sans être prohibées par la loi¹²⁶. Ainsi, à travers le contrôle de l'ordre public économique, la clause ne peut ne pas porter atteinte au droit de propriété ni ne pas affecter la situation financière du débiteur : elle ne pourrait donc être valable, car elle se heurterait à coup sûr au droit de propriété constitutionnellement reconnu. Les juges procèdent donc toujours à la vérification de la violation ou non de l'ordre public économique sans rechercher aucune autre justification pouvant permettre à cette clause de contourner la rigueur des articles 537 et 544 du Code civil et ainsi retrouver à ces clauses leur plein effet dans les affaires notamment en matière de prêt bancaire.

Cependant, il convient de mettre en exergue le caractère subjectif dans l'appréciation de l'ordre public économique.

¹²⁶Cass. civ. 1ère 13 décembre 2005 n°04-13772, *RTD civ.* juillet 2006, n°3 p.557 obs J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 7 décembre 2006 n°49, 2080 note L. Lamoureux, cité par N. Gras : « Essai sur les clauses contractuelles », Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014, p115.

B. L'appréciation subjective de la validité de la clause

Les juges du fond se prononcent au regard de la seule situation du débiteur de la clause. Naturellement, ce dernier est la partie faible de l'accord, celui dont les droits et prérogatives sont atteints et anéantis par le fait de l'interdiction portant sur un ou plusieurs de ses droits personnels. Les juges en effets vont rechercher si les restrictions faites par le créancier aux droits personnels du débiteur ne portent pas atteinte à sa situation patrimoniale. En terme plus clair, si la clause impose une renonciation d'un droit personnel de l'emprunteur et que le juge trouve qu'il ne trouble pas l'ordre public économique qui s'appréciait ici en termes de respect des droits fondamentaux de la propriété, il tolère la validité de la clause. Par contre, lorsque par l'effet de la clause, l'expression des droits personnels de l'emprunteur est hypothéquée ou atteinte dans son essence, la clause sera annulée. Et sur ce point et comme tantôt rappelé, si à chaque fois le juge procède à une appréciation subjective pour évaluer le respect de l'ordre public, il serait quasi impossible de rendre valables ces clauses, car celles-ci ne sauraient être valables sans porter atteinte un tant soit peu aux droits subjectifs du débiteur et aux exigences des articles 537 et 544 du Code civil et des dispositions constitutionnelles reconnues sur la question.

C'est pourquoi d'autres solutions doivent être pensées pour mieux justifier et faciliter la validité de telles clauses.

PARAGRAPHE II : La nécessité de reconsidérer la validité des clauses imposant une renonciation de certains droits personnels

L'ordre public économique étant large dans son domaine mais très strict dans son principe, ne permet pas à lui seul de faciliter la pratique des garanties indirectes à l'image des sûretés négatives. Celles-ci ne peuvent ou du moins difficilement être valables du point de vue juridique, sans heurter à ces exigences. Un dépassement de l'ordre public économique comme seul moyen de contrôle de la validité doit être envisagé pour permettre une validité assez souple des sûretés négatives (A). Les solutions jurisprudentielles classiques des actes à titre gratuit et onéreux peuvent éventuellement être transposées dans ces types de clauses (B).

A. Vers un dépassement de l'ordre public économique comme seul élément de contrôle de validité

Des fondements tels que l'ordre public économique devraient moins rarement en pratique être invoqués pour justifier la nullité de telles clauses. Cette notion large regroupant un ensemble de droits subjectifs fondamentaux à caractère économique ne doit pas être source de nullité de ces clauses dans sa généralité. La validité de ces dernières se cogne ainsi donc aux droits fondamentaux de la propriété qui s'exerce de manière absolue sous réserve des dispositions légales et réglementaires¹²⁷. Cependant, même si on cherche une place à la restriction conventionnelle dans les droits liés à la propriété et leur exercice, on devrait davantage prendre en considération, les attributs de la personnalité, la violation de la vie privée et familiale, et plus généralement l'atteinte aux droits fondamentaux reconnus au débiteur. En effet, ces clauses contiennent habituellement plusieurs obligations sous-jacentes, rendant leur qualification délicate. À titre illustratif, une clause de sûreté négative prohibant la constitution d'un bail sur un immeuble oblige le débiteur à habiter personnellement le bien¹²⁸ sans pouvoir *a fortiori* le vendre, et cela sans l'accord du créancier.

Pour ainsi éviter les obstacles posés par l'ordre public économique, et faire jouer la clause en matière de prêt bancaire en particulier et des affaires en général et en même temps prendre en considération les droits fondamentaux précités du débiteur, il serait nécessaire d'introduire la double condition de durée et d'intérêt légitime dans l'appréciation de leur validité.

B. Essai d'une transposition des conditions jurisprudentielles applicables en matière de clauses d'inaliénabilité

L'atteinte générée par ces clauses à travers la violation des droits fondamentaux pourrait alors être justifiée par les mêmes conditions applicables aux clauses de sûretés négatives

¹²⁷ A travers l'art 544 c.civ, la propriété est le droit de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue. Mais elle n'est pas cependant limitée par les lois et les règlements. Il ne semble pas découler de cette disposition une quelconque possibilité de limitation du droit de propriété notamment les droits d'user et de jouir par une convention ou stipulation.

¹²⁸On l'appelle une clause d'habitation personnelle ; V. Cass. civ. 3ème 22 mars 2006 n°04-19349, *RTD civ.* octobre 2006, n°4 p.722 obs. J-P. Marguénaud ; concernant le droit de choisir son domicile : Cass. soc. 12 juillet 2005 n°04-13342, *RTD civ.* 2006 p.109 obs. J. Mestre & B. Fages , cité par N. Gras, Thèse précitée, p.116.

imposant une renonciation d'un droit réel qui portent plus atteintes aux droits de propriété du débiteur. Ces conditions étant pour rappel un intérêt sérieux et légitime et une durée limitée. Le juge par cette double condition pourra échapper aux rigueurs des articles 544 et 534 du C. civ pour vérifier si l'emprunteur justifie d'un intérêt sérieux et légitime proportionné à ce qu'exige cet intérêt¹²⁹, une durée limitée se conformant ainsi au principe interdisant les engagements perpétuels. Au moins, avec cette double condition, la validité de ces clauses se justifie de manière plus précise et plus légitimement.

La violation de droits fondamentaux ou l'atteinte portée à l'ordre public économique, bref des conditions de validité entraînent la nullité de la clause à l'instar des clauses d'inaliénabilité. Bien que leurs objets diffèrent, la nature juridique et les effets attachés à ces clauses doivent permettre une harmonisation des sanctions applicables. Rien ne s'oppose à ce que la violation de la clause par le débiteur donne lieu à l'application d'un régime de sanctions similaires aux clauses de renonciation à un droit réel¹³⁰ qui reposent toutes sur une obligation de ne pas faire, une obligation personnelle¹³¹.

Conclusion Titre I.

Au regard de tout ce qui précède, l'étude de l'aménagement des sûretés négatives a montré la technique de garantie développée par les fournisseurs de crédit et les avantages qui ont poussé les prêteurs et les emprunteurs à recourir de plus en plus à ces garanties au détriment des sûretés traditionnelles. Créées et développées le plus souvent par la pratique bancaire, les sûretés négatives ont impressionné de par leur technique utilisée, leur simplicité, leur discrétion et leur faible cout. Ayant pu se heurter à des exigences juridiques telles que l'ordre public économique et la protection des droits fondamentaux du débiteur qu'elles offusquent dans leur application, la jurisprudence et la loi n'ont pas tardé à apporter des solutions pour permettre leur validité et le développement du crédit et donc des affaires.

¹²⁹Cass. civ. 1er 30 mai 2006, n°02-13495, *RTD civ.* 2006 p. 558 obs. J. Mestre et B. Fages.

¹³⁰ V. N. Gras, Thèse précitée, p.116.

¹³¹ V. infra.

Dépassant toutes ces questions relatives à leur création, leur validité et leur irrégularité, il importe à présent de s'attaquer à l'étude des effets découlant des sûretés négatives.

TITRE II : TRAITEMENT DES SÛRETÉS NÉGATIVES

Dans cette partie, l'accent sera mis sur les effets juridiques qui découlent des clauses de sûreté négative. Il s'agit de manière générale des difficultés que présente la question des effets des contrats et, notamment, de leur sphère d'application. Il n'est pas seulement théorique de s'interroger sur la distinction classique entre les droits réels et les droits de créance. De cette distinction dépend le régime juridique de ces garanties. Il importe ainsi de rechercher, en premier lieu, la nature juridique des sûretés négatives (Chapitre 1). Ainsi, l'identification des droits conférés va permettre en deuxième lieu de mieux déterminer le régime de la sanction de la violation de la clause par le débiteur (Chapitre 2).

CHAPITRE I : L'identification des droits conférés par les sûretés négatives

Les sûretés négatives développées ici sous la qualification d'engagement de ne pas faire stricto sensu peuvent véhiculer une variété d'obligations pouvant consister en une interdiction portant sur un bien (interdiction *ab initio* de constituer une sûreté réelle (negative pledge clauses), de ne pas aliéner (clauses d'inaliénabilité,) ou porter sur l'expression des droits personnels (prohibition de donner en bail un immeuble, de ne pas vendre un bien sans le consentement du prêteur, etc.). Celles qui ont pour objet de restreindre les droits personnels du débiteur se présentent, à l'évidence, comme des obligations personnelles de ne pas faire. En revanche, des hésitations se font jour lorsque la sûreté porte atteinte à un droit réel dont le débiteur est titulaire (clause d'inaliénabilité, prohibition d'hypothèque). Dira-t-on que la clause institue un droit réel au profit du créancier ou qu'elle consacre un droit personnel ? Le travail s'accroîtra ainsi donc à rechercher la nature des droits conférés par les clauses portant atteinte aux droits réels du débiteur étant donné la nature évidente de ceux restreignant les droits personnels qui confèrent sans aucun doute des droits personnels. Ainsi, la nature des droits conférés par les negative pledge clauses (Section 1) va précéder celles des clauses d'inaliénabilité (Section 2), car elles constituent les références principales dans cette variante.

SECTION I : La nature des droits conférés par les negative pledge clauses.

L'analyse de la nature juridique des negative pledge se fera en tenant compte de leur dualité apparente. En effet, ces clauses ne sont pas totalement homogènes quant à leur contenu. Elles peuvent être divisées en deux catégories. D'une part, celles portant une simple obligation de ne pas constituer de sûreté réelle (sûreté négative en France et absolute negative pledge clause pour les anglais et les américains) et d'autre part celles prévoyant une interdiction de créer des sûretés sauf à étendre ces dernières aux bénéficiaires de la clause (clauses créatrices ou *pari passu* en droit français et affirmative negative pledge clauses en droit anglo-saxon)¹³². Les premières se résument en une obligation unique de ne pas faire alors que les secondes emportent une double obligation qui se résume en une obligation de faire. Ainsi, si les negative pledge clauses absolues sont en générale considérées comme ayant une nature personnelle (Paragraphe 1), les clauses créatrices ou affirmatives sont quant à elles marquées par leur imprécision tenant au fait que l'obligation de faire est subordonnée à une condition suspensive consistant en l'octroi d'une sûreté réelle à un tiers (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE I : La nature des absolute negative pledge clauses

Les negative pledge clauses simples ne posent pas grande difficulté concernant les droits qu'elles confèrent. La quasi-totalité de la doctrine estime qu'elles engendrent une obligation personnelle (A). Cependant, il reste pour certains que la qualification de ces clauses en des obligations de ne pas faire pose d'emblée problème (B).

A. La nature personnelle des negative pledge clauses absolues

La question de la nature des negative pledge simples est débattue en doctrine. Sur ce, la majorité de la doctrine considère qu'il découle de ces clauses un droit personnel.

La première observation est que la clause ne confère pas un droit réel. En effet, un droit réel est exercé directement sur un bien alors que les negative pledge ne portent pas directement sur

¹³² V. notamment L. Valette, thèse précitée sur la clause *pari passu*, et désignant sous le vocable de « clause *pari passu-garantie* » le second type de clause.

un droit réel. De surcroît, il convient également de noter que le patrimoine général dont repose la confiance du titulaire de la clause n'est pas stable, il est mouvant, changeant. Si un bien sort de cette entité, il échappe à l'emprise de la clause et son nouveau propriétaire sera évidemment libre de le grever comme bon lui semble. Si au contraire un bien nouveau vient à en faire partie, l'interdiction de le grever s'applique autrement dit, la clause le concernera immédiatement. Il est donc impossible d'imaginer que la clause crée un droit réel sur les biens, car cela constituerait un droit réel sur une universalité, variable. Cette impossibilité repose sur deux raisons. La première est le fait que la notion de droit réel conventionnel sur une universalité, fongible, est inconnue du droit français. La seconde, plus intuitive, est que la clause n'a pas un effet direct sur les biens, elle n'a d'effet sur ces derniers que par l'intermédiaire de l'obligation du débiteur ; le créancier ne bénéficie pas d'un « pouvoir direct » sur les biens¹³³. Elle emporte donc un droit personnel. Deuxièmement, un droit réel crée une opposabilité *erga omnes*, confère un droit de préférence et de suite. Or, il n'en est point ainsi des negative pledge absolues qui ne créent aucune de ces prérogatives. Ce qui renforce davantage la position de ces auteurs qui attribuent à ces clauses un droit personnel¹³⁴.

Toutefois, cette thèse ne fait pas l'unanimité au sein des auteurs.

B. Quelques hésitations relatives à la nature personnelle des negative pledge simples

La qualification des absolute negative pledge clauses ou simples en des engagements de ne pas faire, bien que s'imposant, n'est cependant pas sans quelques reproches. Par référence aux clauses d'inaliénabilité, clauses dont le régime juridique prévaut en matière de libéralité, la qualification effectuée plus haut semblerait être troublée. En effet, le doyen Yves Chaput s'est interrogé sur la nature réelle ou personnelle des negative pledge simples. À l'instar des règles applicables aux clauses d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit, la sanction des sûretés négatives résiderait dans la nullité de l'acte violant la prohibition¹³⁵. Les negative pledge absolues généreraient ainsi une indisponibilité réelle et non un effet personnel.

¹³³D. Legeais, ouvrage précité, n° 380 ; M. Fernandez, thèse précitée, 368 p.

¹³⁴L. Valette : « La clause de traitement égal, dite clause *pari passu* », Thèse, Paris IX, 1999, 42 p. et s ; J.L. Rives-Langes et M. Contamine Raynaud, *Droit Bancaire*, 6e Ed., 1995, n°428, cité par M. Fernandez, Thèse précitée, .368 p.

¹³⁵Y. Chaput précité, n° 31, 39 et s.

Ces observations bien que pertinentes ne semblent enlever en rien les droits personnels conférés par ces clauses. Entre autres limites, on doit, si l'on considère que ces clauses confèrent un droit réel notamment accessoire, considérer également qu'elles font partie intégrante des droits réels accessoires limitativement énumérés par la loi¹³⁶, ce qui n'est pas leur cas. Sur ce point le caractère réel défendu ne saurait prospérer.

Pour d'autres, on ne peut se limiter à une simple qualification de droit personnel. La réalité est que ces clauses n'emportent pas totalement un effet personnel du fait d'une dose de réalité qu'elles génèrent¹³⁷. L'interdiction de créer de sûretés réelles est considérée comme un droit personnel, mais qui est relatif à un bien, tourné vers un bien, ce qui exprime le terme *jus ad rem* que d'autres encore traduisent par les expressions « droit personnel *teinté de réalité*¹³⁸ » ou « *mélangé de réalité*¹³⁹ ».

En dépit de tous ces arguments, et en dehors de toute idée de mettre fin à ces débats, nous préférons également nous en tenir à l'analyse en termes d'obligation de ne pas faire, de droit personnel contre le débiteur. Quid des clauses créatrices ?

PARAGRAPHE II : La nature complexe des clauses dites affirmatives

Ces clauses, marquées par leur particularisme par rapport aux negative pledge absolue, forme basique des sûretés négatives, soulèvent des difficultés et de nombreuses spéculations doctrinales quant à leur qualification (A) du fait qu'elles ne correspondent à aucune catégorie préexistante du droit français. À cela s'ajoute la question de la nature des droits qu'elles attribuent qui serait en quelque sorte qualifiée d'hybride (B).

A. La difficile qualification des clauses à vocation créatrice

¹³⁶C'est ce que l'on désigne sous le terme de *numerus clausus* des droits réels.

¹³⁷M. Fernández, Thèse précitée, 390 p.

¹³⁸Y. Chaput : « Les sûretés négatives », rubrique Contrats Distribution, *Juris-classeur*, Fasc. 935, n° 36.

¹³⁹J. Carbonnier, *les biens*, PUF, n°41.

La qualification de ces clauses est difficile à entreprendre sûrement à cause de leur spécificité par rapport aux negative pledge clauses absolues, caractérisées par la double obligation qu'elles renferment : une promesse conditionnelle et une perspective de constitution d'une sûreté réelle. Elles font de ce fait l'objet de plusieurs qualifications.

D'abord, la majorité des auteurs font une analyse de ces clauses en termes d'obligation de faire dont l'exécution est subordonnée à la survenance d'un événement précis, consistant en l'octroi d'une garantie à un autre créancier¹⁴⁰. Cette qualification semble être la plus acceptée faisant ainsi moins de critiques que les suivantes.

Ensuite, d'autres auteurs opèrent une qualification axée sur une promesse de sûreté¹⁴¹. En réalité, le débiteur ou l'emprunteur promet si toutefois il viole l'interdiction qui lui est faite de ne pas constituer de sûreté réelle à un tiers, de conférer une sûreté équivalente au créancier bénéficiaire de la clause. Ainsi, la promesse porterait sur une sûreté notamment et en principe réelle: il s'agit donc d'une sûreté réelle classique c'est-à-dire soit une hypothèque, soit un gage ou un nantissement. Cette qualification est critiquée¹⁴². En effet, pour les opposants de cette position, il y'aurait une confusion entre l'effet de ces clauses qui est la création de sûreté et sa propre nature. Ensuite, la clause, parce qu'elle porte une promesse conditionnelle, ne serait qu'une modalité de cette promesse¹⁴³. Enfin, d'autres remarques juridiques voire de simples logiques sont avancées sur la question. En fait, il est dit que l'objet de la promesse dépend de la volonté du débiteur. En termes autres, la nature de la sûreté qui sera conférée à un tiers peut être une hypothèque, un gage ou un nantissement selon la volonté du débiteur. À ce propos, la simple promesse de sûreté ne permet pas de connaître la nature exacte de la sûreté promise, pour reprendre en ces termes la question d'un auteur « quelle sûreté promet le débiteur ? »¹⁴⁴. L'auteur imagine mal que la clause soit une promesse de sûreté puisque par définition ce n'est que lorsque la clause sera violée que l'on saura quelle sûreté le débiteur doit donner à son créancier original. La réponse étant alors qu'il doit consentir à son créancier

¹⁴⁰T. Brocas : « Les clauses de protection liées à la situation financière de l'emprunteur », in « Les Eurocrédits, expériences continentales », Colloque de Tours des 10, 11 et 12 /06/1981, p.121-137.

¹⁴¹J. Demogue : « Les obligations, garanties susceptibles d'être conférées aux obligataires », *JCP Sociétés*, t. 5, Fasc. 108, 5, 1979, I, n°53 et 61 à 63 ; Y. Chaput : « Les sûretés négatives », *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, fasc. 11, 167p. , *LGDJ*, 1974, 167 p. ; L. Valette, Thèse précitée, p. 44.

¹⁴²L. Valette, thèse précitée, p. 43-46.

¹⁴³Idem.

¹⁴⁴M. Fernandez, thèse précitée, p. 373.

une sûreté équivalente que celle consentie au tiers. Il y aurait promesse de sûreté, dans le vague, la nature de cette dernière devant être déterminée par un événement futur. Cette analyse semble devoir être repoussée pour cause d'imprécision, d'indétermination. De plus, si le débiteur ne consent pas par la suite une sûreté à un tiers, l'objet de la promesse n'est jamais déterminé. De surcroît, l'évènement futur dont est soumise la détermination de l'objet de la promesse ainsi que la nature même de la sûreté à octroyer dépendent dans leur principe de la volonté du débiteur. Ceci renforce les critiques de la qualification en terme de promesse de sûreté, car d'abord non seulement l'objet de la clause sera aléatoirement fixé plutard et rétroactivement, mais aussi elle le sera par le débiteur lui-même. Un promettant qui décide du principe de sa promesse et de son contenu, mais aussi de la nature de la sûreté à octroyer ne s'est en réalité engagé à rien.

Cette qualification de la clause créatrice en promesse de sûreté ne se montre pas convaincante et est ainsi vouée à l'échec.

Enfin, d'autres ont essayé de procéder autrement pour essayer de trouver une qualification à ces clauses. Cette fois-ci l'analyse repose non plus sur une description des concepts, mais sur une analyse axée sur le but poursuivi autrement dit ce à quoi tendent ces clauses. Cette analyse s'est faite partant sur deux éléments. D'abord par une lecture téléologique de la clause et ensuite par une considération anti-sûreté de ces clauses.

La lecture téléologique de la clause ne se conçoit non plus comme une obligation positive, mais comme une combinaison d'obligations, se conjuguant en un engagement global négatif¹⁴⁵. En effet, il résulte de cette clause que si le débiteur consent une sûreté réelle à un tiers, il doit l'annihiler relativement au prêteur, en la lui étendant. Ainsi, la clause tend à obliger le débiteur à maintenir une situation existante au moment de la stipulation de la clause qui est la position originelle du créancier, non primé par des créanciers privilégiés, munis de sûreté. Ce que la clause vise à protéger est par conséquent la situation d'égalité entre le créancier stipulant la clause et les autres créanciers, passés ou futurs. Ainsi, il est possible de rendre compte de la clause en la présentant comme l'engagement du débiteur de ne pas porter atteinte à la situation actuelle du créancier. Elle crée un droit du créancier à rester dans la même situation. C'est une clause de stabilisation.

¹⁴⁵M. Fernandez précité, p.374.

La clause créatrice peut être appréhendée comme anti-sûreté. En matière de prêt bancaire, la clause joue comme anti-sûreté en ce qu'elle dissuade l'emprunteur à conférer des sûretés à de nouveaux créanciers, ce qui l'obligerait en fait à grever doublement son patrimoine. Même en matière d'émission obligataire, cette lecture expose que d'éventuels nouveaux créanciers du débiteur seront dissuadés de se faire consentir une sûreté réelle par le débiteur, sachant qu'ils auront à la partager avec le ou les bénéficiaires de la clause. Cette « dilution » des éventuelles sûretés réelles à venir possède un effet bénéfique, mais peut-être également un effet préoccupant¹⁴⁶. Bénéfique en ce qu'elle permet au débiteur de diminuer les recours au prêt et par ce fait diminuer la disposition de ses biens patrimoniaux. Elle peut être préoccupant par le fait que la société nécessiteuse de fonds, ne pouvant par le moyen des sûretés traditionnelles obtenir un prêt, d'utiliser un moyen moins souhaitable et plus pire que l'interdiction de conférer une sûreté réelle : la société va vendre des biens tout simplement. De ce fait en voulant éviter une dilapidation du patrimoine par l'interdiction de transfert d'un droit réel accessoire, la clause va susciter un transfert de droit réel principal, un droit de propriété. C'est la raison pour laquelle des clauses d'inaliénabilité accompagnent toujours les negative pledge clauses afin de remédier aux éventuels malheurs¹⁴⁷. Ce renforcement de la sécurité par l'inaliénabilité est par ailleurs constitutif d'un autre souci qui est la restriction à la liberté patrimoniale ou de gestion de l'emprunteur.

Partant de ces différentes qualifications, la détermination de la nature des clauses créatrices sera tentée.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Outre la clause d'inaliénabilité, d'autres clauses peuvent accompagner les negative pledge en vue de renforcer leur sécurité. Par exemple une prohibition d'engagement personnel à travers la clause de défaut croisé. Elle est la clause par laquelle un banquier se réserve la possibilité de provoquer l'exigibilité anticipée d'un crédit si l'emprunteur ne rembourse pas un autre crédit contracté à son égard ou même, plus largement, ne règle pas une somme due à l'égard d'un tiers quel qu'il soit. L'objectif d'une telle clause est de permettre au créancier de réagir très rapidement aux premiers signes de mauvaise volonté ou d'insolvabilité donnés par le débiteur sans avoir à attendre une inexécution à son égard. La clause de défaut croisé s'analyse comme une sûreté négative dans le sens où le débiteur s'engage à ne pas faire défaut à un seul de ses créanciers sous peine de déchéance du terme. La jurisprudence a eu l'occasion de considérer à plusieurs reprises cette clause comme abusive à l'égard de consommateurs notamment parce qu'elle peut conduire à une aggravation des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du prêt ; V. Cass. 1re civ. 1er févr. 2005, n° 01-16.733, 2005, I, n° 60 ; Cass. 1re civ. 27 nov. 2008, n° 07-15.226, 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 275 v. www.courdecassation.fr/IMG/pdf/bull_arrets_civil_9.pdf. Consulté le 21/12/2007.

B. La nature des clauses créatrices

Les positions sur la nature juridique des clauses créatrices restent séparées. Si la majorité qualifie ces clauses en des obligations de faire elle les considère naturellement comme conférant des droits personnels. Cependant, les critiques adressées à l'égard des absolute clause simples valent pour les clauses créatrices. Elles ne se limitent pas à une simple obligation personnelle, mais elles touchent à priori à l'usage d'un droit réel du débiteur. De ce fait, dans l'hypothèse d'une violation de l'engagement personnel de ne pas faire, un engagement de faire portant sur un droit réel accessoire sera exécuté et consistera en l'octroi d'une sûreté réelle au bénéficiaire de la clause. Ainsi, la clause engendre dans ce sens en quelque sorte un droit réel.

Cependant, si la question de la nature des negative pledge semble complexe, elle l'est encore plus avec les clauses d'inaliénabilité.

SECTION II: Le cas complexe des clauses d'inaliénabilité

L'étude des droits conférés par les clauses d'inaliénabilité est beaucoup plus complexe que celle des negative pledge clauses. En effet, si ces dernières portent atteinte au droit réel accessoire du débiteur (sûreté réelle), les clauses d'inaliénabilité vont plus loin en ce qu'elles touchent au plus absolu des droits du débiteur : son droit de propriété.

Les effets engendrés par ces clauses diffèrent selon que l'on utilise les expressions clauses d'inaliénabilité ou clause de non-aliénation. Ensuite, les effets prêtés aux clauses d'inaliénabilité par les parties ne reflètent pas leur définition exacte : il s'agit là d'une incohérence dans le choix des termes (Paragraphe 1). La forte atteinte portée sur les droits réels du débiteur par la clause d'inaliénabilité par le moyen de la négation des droits de ce dernier fait que la détermination de la nature de l'obligation sépare une fois encore la doctrine (Paragraphe 2).

PARAGRAPH I : L'incohérence terminologique

Les effets prêtés aux clauses d'inaliénabilité dans les sûretés négatives ne répondent pas exactement aux effets véritables de celles-ci. En termes autres, les effets emportés par une clause d'inaliénabilité (A) ne sont pas les mêmes que ceux véhiculés par les clauses d'inaliénabilité en tant que sûreté négative ou donc clause de non-aliénation (B), terme qui semble être plus adéquat dans l'emploi qui en est fait en matière de sûreté négative.

A. La notion de clause d'inaliénabilité

La clause d'inaliénabilité, comme définie plus haut est décrite entre autres comme une technique juridique qui, grevant un bien ou un droit, interdit à son titulaire d'en disposer, afin d'assurer la protection d'intérêts particuliers ou généraux¹⁴⁸. Elle est soumise au régime de l'affectation ou de l'indisponibilité réelle. Qualifier ainsi l'inaliénabilité conventionnelle de sûreté négative constitue déjà un choix. S'agissant des sûretés négatives, la personne du débiteur devient prépondérante ce qui n'est pas le cas de l'inaliénabilité légale ou de l'inaliénabilité conventionnelle insérée en matière de libéralité où elles trouvent leur origine. En fait, si l'on considère que les sûretés négatives frappent la liberté du débiteur relativement à un ou plusieurs de ses biens, c'est présumer par ricochet que les restrictions directes au droit de disposer comme les clauses d'inaliénabilité en tant que sûreté négative ne portent pas directement atteinte aux biens du débiteur, mais atteignent ces derniers en contraignant la personne du débiteur lui-même. Or, il faut admettre que dans le cadre d'actes à titre gratuit, les clauses d'inaliénabilité ne résistent pas à l'analyse¹⁴⁹. En effet, dans ces actes qui sont leur domaine d'élection, ces clauses ont un effet réel en ce qu'elles entraînent une indisponibilité réelle et par conséquent une insaisissabilité du bien¹⁵⁰: l'interdiction atteint directement les biens en question. Cette qualification en obligation de ne pas faire cadre donc mal avec la sanction qui repose sur la nullité de principe de l'acte conclu en violation de la clause d'inaliénabilité insérée dans un acte à titre gratuit. Dans ce dernier, l'inaliénabilité est soumise

¹⁴⁸ H. Corvest, « L'inaliénabilité conventionnelle », *Défrénois*, 1979, art. 32126, 1377 pp .

¹⁴⁹ L'insaisissabilité est reconnue pour les actes à titre gratuit (Cass. req., 27 juill. 1863 : *D.* 1864, I, p. 494. – Cass. 1re civ., 15 juin 1994, n° 92-121.39 ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 211, *D.* 1995, p. 342, note A. Leborgne, *D.* 1995, somm. p. 50, obs. M. Grimaldi ; Cass. 1re civ., 8 févr. 2000, n° 97-20.727 : *Bull. civ.* 2000, I, n° 43 ;) mais pas pour les actes à titre onéreux.

¹⁵⁰ Cass. 1re civ. 11 févr. 2003, n° 01-10366 v. www.legifrance.gouv.fr; Cass. 1re civ. 15 juin 1994, n° 92-12139 : *D.* 1995, jur. p. 342, note A. Leborgne, somm., p. 50, obs. M. Grimaldi ; *Defrénois*, 1995, p. 51, obs. X. Savatier.

au régime de l'indisponibilité réel. Donc, il serait incohérent que dans un acte à titre onéreux qui se réfère lui-même au régime des actes à titre gratuit, que la clause ait un effet autre, contrairement à son appellation et sa définition et ceci de manière volontaire¹⁵¹.

De ce fait, dans un souci de plus de précision et d'adéquation et d'éviter toute divergence sur la question, le terme de clause de non-aliénation devait être préféré à celui d'inaliénabilité étant donné que l'intention des parties n'est pas de créer une indisponibilité réelle, mais une prohibition de ne pas aliéner.

B. Essai d'une mise en cohérence terminologique

Même si la majorité de la doctrine est en faveur de la nature personnelle de la clause d'inaliénabilité insérée dans les actes à titre onéreux, on ne peut pas aussi totalement nier ou ignorer la dose de réalité qu'elle génère. En effet, cette clause allant plus loin que les négatives pledge qui ont pour domaine les droits réels accessoires, elle s'attaque au plus absolu des droits de l'emprunteur, son droit de propriété. De ce fait, on dépiste un effet réel dans ces clauses. Or, contrairement aux opinions selon lesquelles les clauses d'inaliénabilité instituent une indisponibilité réelle en matière onéreuse, il est pourtant attribué par la plupart des auteurs un effet personnel à ces clauses. Le caractère simplement personnel des clauses d'inaliénabilité insérées en tant que sûreté négative doit donc être retenu. La restriction n'est donc pas inhérente au bien, mais plutôt à la personne de l'emprunteur. Il ne s'agit que d'obligations contractuelles de ne pas faire, de clauses « d'inaliénation » plutôt que d'inaliénabilité.

Donc étant donné l'effet douteux¹⁵² conféré par ces clauses, sur le plan terminologique parler de prohibition d'aliénation, de clause d'inaliénation ou encore de non aliénation¹⁵³ serait plus mesuré que de parler de clause d'inaliénabilité.

¹⁵¹ C'est comme qui dirait que le dépôt est un contrat réel dans tel domaine et personnel dans tel autre domaine. Sous cet angle il est tout simplement illogique.

¹⁵² La doctrine reste toujours divisée sur la question. Pour certains la clause d'inaliénabilité insérée dans les actes à titre onéreux confère des droits réels et d'autres prétendent qu'elles confèrent un droit personnel, pour d'autres encore elles emporteraient ni l'un ni l'autre mais sont caractérisées par leur nature hybride. V. les développements qui suivent.

¹⁵³ Y. Chaput : « Sûretés négatives », rubrique Contrats-Distribution, *Juris-classeur*, Fasc. 935, 1991, n°30.

Toutefois, le terme de clause d'inaliénabilité sera utilisé conformément à l'usage qui en est fait. Il importe de ce fait de s'attarder sur la question des droits conférés qui est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine.

PARAGRAPHE II : Les difficultés relatives à la nature des droits conférés dans les actes à titre onéreux

Sur la question de la nature juridique des clauses d'inaliénabilité, les avis ne sont pas partagés. En effet, elle a suscité trois tendances opposées dont la première estime que la nature emportée par ces clauses est réelle. La deuxième considère malgré l'atteinte portée sur les biens du débiteur que la clause emporte une nature personnelle. Une troisième opinion considérerait l'inaliénabilité comme une forme d'incapacité. Or, l'incapacité est du domaine de la loi et ainsi elle ne saurait faire l'objet d'une modification conventionnelle des parties. Elle a été abandonnée dès que formulée.

Premièrement, à l'instar des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre gratuit, certains éléments laissent envisager une qualification de droit réel(A). Deuxièmement, d'autres arguments plus nombreux sont en faveur d'une qualification en termes de droit personnel et voire même de droit mixte et s'opposent ainsi à la nature réelle (B).

A. La thèse de la nature réelle des clauses d'inaliénabilité

Les distinctions qui existent entre les différentes restrictions au droit de disposer notamment les clauses d'inaliénabilité qui nous concernent ici, en ce qu'elles reposent sur des techniques juridiques diverses, impliquent nécessairement des différences de régime. En outre, la distinction entre les restrictions qui reposent sur une affectation personnelle et celles qui reposent sur une affectation réelle traduit une différence d'intensité dans les effets qu'elles peuvent produire sur le pouvoir de disposition du propriétaire, l'effet réel étant beaucoup plus marqué que l'effet personnel. Partant de cette dernière distinction, il apparaît que le régime et les effets de ces restrictions diffèrent selon que les restrictions sont fondées sur une obligation personnelle ou sur une indisponibilité réelle. Ou bien encore, elles diffèreraient selon les choix tenant à la qualification en termes de clause d'inaliénabilité, de clause de non-aliénation

ou de sûreté négative. Ainsi, la question de l'opposabilité aux tiers et le caractère saisissable ou non du bien concerné par la clause sont affectés par ces qualifications.

Il n'est pas inintéressant de revenir sur la distinction entre droit réel et droit personnel pour mieux appréhender la question même si cette distinction s'en trouve quelque part limitée. Un droit réel est un droit qu'une personne exerce directement sur une chose lui conférant ainsi exclusivement un droit de préférence et de suite. Il découle de ce droit une opposabilité absolue, dite erga omnes. Cette opposabilité absolue fait que toute personne méconnaissant ce droit réel est tenue de restituer le bien. Elle emporte en principe une réparation en nature. Ces divers points forment un ensemble cohérent, dont la clef est l'opposabilité du droit réel à tous, l'idée d'une obligation négative pesant sur tous de ne pas troubler le titulaire du droit réel. Un droit personnel, par contre met en relation non plus une personne et une chose, mais deux personnes entre elles : il s'agit pour l'un d'exiger de l'autre ou mutuellement une prestation en forme soit d'une obligation de faire, de ne pas faire et voire de donner. Elle n'a d'effet contrairement au droit réel qu'entre les parties.

Ayant souligné les différences tenant aux deux régimes, des arguments sont avancés en faveur de la nature réelle. En effet, les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux ont une nature réelle, nature qui découle de la transposition de l'analyse faite à propos de ces clauses lorsqu'elles sont insérées dans les actes à titre gratuit. En effet, la plupart des auteurs, à propos il est vrai des actes à titre gratuit, s'est prononcée en faveur de la nature réelle, découlant de l'indisponibilité créée par ces clauses. Elle affecterait directement le bien¹⁵⁴. Ils confortent leur analyse par la sanction que la jurisprudence a parfois prononcée lors de la violation d'une clause d'inaliénabilité : « l'acte passé au mépris d'une telle stipulation serait nul, même si le tiers cocontractant était de bonne foi ». Et selon aussi la doctrine classique, l'acte passé en violation de cette stipulation, lorsqu'elle émane d'un acte à titre gratuit, serait nul. Partant de ces arguments, la nature réelle de l'effet serait transposable à l'inaliénabilité établie dans un acte à titre onéreux¹⁵⁵. Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux auraient donc la même nature réelle que celles insérées dans les actes à titre

¹⁵⁴M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil, Les biens*, t. 3, par M. Picard : LGDJ, 1926, n° 228.

¹⁵⁵M.H. De Laender : « Les sûretés négatives », Thèse Paris I, 1998, n° 109 et s.

gratuit. Ce qui supposerait que la clause établisse une indisponibilité réelle quant au bien grevé¹⁵⁶.

Cette position n'a point échappé à des critiques. En effet, déterminer la nature de la clause en fonction de sa sanction peut être trompeur¹⁵⁷. De plus, la sanction n'est qu'un effet et non un critère. Elle suppose le problème résolu alors pourtant la distinction entre nullité et inopposabilité n'a pas toujours été rigoureusement respectée¹⁵⁸.

Victime de nombreuses critiques, la nature personnelle semble être préférée à celle réelle par la majorité de la doctrine.

B. La position dominante : la nature personnelle des clauses d'inaliénabilité

Certains auteurs, la majorité notamment, ont soutenu que les clauses d'inaliénabilité emportent un droit personnel. En effet, l'un des arguments tient à l'origine des droits réels, qui ne peuvent émaner que de la loi et dont leur nombre est limité. Pour eux, la règle du caractère limité des droits réels ne souffre pas d'exception quand il s'agit de droits réels accessoires. Sur ce point, on ne saurait tirer argument de l'article 28-2 ° du décret du 4 janvier 1955 qui soumet à publicité : « les clauses d'inaliénabilité temporaire ou toutes autres restrictions au droit de disposer » intéressant un immeuble. Les catégories d'actes dont la publication est prévue, sont empiriquement énumérées et non pas déterminées en fonction de classifications abstraites¹⁵⁹. De surcroît, il est notamment relevé que si la sûreté négative, emportant engagement de ne pas vendre ou de ne pas céder pris dans le contrat de prêt, donnait naissance à une véritable inaliénabilité, le bien ainsi affecté deviendrait alors insaisissable, ce qui l'isolerait dans le patrimoine du débiteur au seul profit du bénéficiaire de la clause (le prêteur). Cela reviendrait quasiment à conférer à ce prêteur une sûreté réelle, puisqu'il bénéficierait d'un droit de préférence, étant alors le seul à pouvoir saisir ledit bien. Toutefois, cette question n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation, et un prêteur peut tenter de soumettre la sûreté négative au régime des clauses d'inaliénabilité constituant

¹⁵⁶ M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil*, T.3, 2e Ed., LGDJ 1952 par M. Picard, n° 220 p. 228.

¹⁵⁷ Y. Chaput, « Sûretés négatives », rubrique Contrats-Distribution, *Juris-classeur*, Fasc. 935, n°31-32.

¹⁵⁸ J.-L. Aubert, « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur », *RTD civ.* 1969, 692 p, cité par Y. Chaput, « les sûretés négatives » Banque-Crédit-Bourse, *Juris-Classeur*, Fasc.790, 2009, n°54.

¹⁵⁹ Y. Chaput précité, n°55.

une affectation réelle.¹⁶⁰ On serait très proche d'une sûreté réelle innommée et ainsi ne manquerait pas de surgir encore à la question du *numerus clausus* des sûretés réelles.

Ensuite, est soulignée l'absence d'une indisponibilité réelle, car elle placerait le bien hors de portée de ses créanciers, or, il ne serait pas acceptable que le propriétaire d'un bien puisse le soustraire de son patrimoine, de sa propre volonté et sans publicité pour en avertir les tiers. L'objet de ces clauses dans un contrat de prêt n'est pas d'instituer une indisponibilité réelle ; elles visent uniquement à restreindre les actes que le débiteur effectue volontairement. La question de l'insaisissabilité n'est donc pas envisagée. D'autres allant dans le même sens considèrent que les restrictions directes au droit de disposer qui s'apparentent à des clauses d'inaliénabilité prises au sens de sûreté négative, échappent au régime de l'affectation ou de l'indisponibilité réelle pour être soumises au régime des obligations de ne pas faire¹⁶¹. Tel semble être le cas des sûretés négatives, c'est-à-dire l'engagement par lequel un emprunteur en général prend l'engagement de ne pas céder ou constituer des droits réels sur certains biens envers un banquier prêteur, pendant toute la durée du prêt, et ce jusqu'à complet paiement ou remboursement. Ces clauses sont insérées, lors d'un prêt, pour prévenir les décisions intempestives du débiteur qui compromettraient les chances de remboursement du créancier. Le bien n'est pas entré, grevé d'inaliénabilité, dans le patrimoine du débiteur. La clause limite, après coup, les droits de son propriétaire. Alors qu'avec les sûretés réelles traditionnelles, légalement énumérées et organisées, la situation juridique créée est connue intangiblement, elle varierait, au contraire, avec les clauses d'inaliénabilité, selon la volonté des parties, en tout cas, en pratique. Il importe de préciser que ces sûretés négatives bien que soumises au régime de la violation d'une obligation personnelle notamment de ne pas faire sont susceptibles d'être annulées, si l'atteinte qu'elles portent à la propriété et au droit de disposer,

¹⁶⁰ Ce qui veut dire que la nature des droits conférés par la clause de sûreté négative dépend de la volonté des parties qui peuvent soit la soumettre au régime de l'affectation réelle ou simplement au régime des obligations personnelles de ne pas faire.

¹⁶¹ F. Danos déduit de l'art. 1321, alinéa 4 du Code civil que l'indisponibilité de la créance résultant d'une incessibilité conventionnelle deviendra une véritable indisponibilité réelle, dont la violation sera sanctionnée en l'absence de consentement du débiteur cédé, par la nullité de la cession faite en contravention de la clause d'incessibilité (de même la créance stipulée incessible ne devrait plus être saisissable). Comp. avec l'interdiction de stipuler une clause d'incessibilité de la créance pour les créances résultant de contrats conclus entre contractants professionnels, la créance étant un moyen important pour un professionnel d'obtenir du crédit en la mobilisant. V. F. Danos, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *Revue des contrats* n° 01, mars 2016, n°65.

de par leur étendue, est trop importante, preuve que le juge contrôle néanmoins, dans une certaine mesure, leur proportionnalité¹⁶². Il apparaît donc que lorsque la restriction conventionnelle indirecte au droit de disposer repose sur une obligation personnelle du propriétaire et confère corrélativement un droit personnel au bénéficiaire, la nullité de l'acte qui viole cet engagement personnel, par la cession réalisée au profit d'un tiers, sera basée sur la connaissance effective de la part de ce tiers de l'accord précédemment conclu par le cédant. Le fondement de cette nullité réside non pas dans l'opposabilité erga omnes, mais dans la fraude « *Fraus omnia corrumpit* » dans laquelle s'intègre la mauvaise foi du cessionnaire.

Si l'obligation de ne pas faire ne peut servir de fondement général aux clauses d'inaliénabilité, il faut toutefois noter que les parties à un contrat ont la possibilité, au cas particulier, de conférer expressément cette qualification à l'engagement de ne pas céder imposé au propriétaire et lui donner une nature personnelle. C'est dans ce sens que Philippe Chauviré estime que : « rien n'interdit aux parties de stipuler une interdiction de céder un bien qui repose sur une obligation personnelle de ne pas faire. Le régime applicable en cas de violation de cet engagement personnel de ne pas céder le bien devrait alors être celui applicable en matière de pacte de préférence et de promesse unilatérale de vente : dommages-intérêts et éventuellement nullité de l'acte conclu en violation de l'engagement en cas de fraude »¹⁶³. Le régime de la clause d'inaliénabilité diffère donc selon la qualification ou de la volonté des parties qui décident expressément de le soumettre ou non au régime des obligations de ne pas

¹⁶² V. Cass. 1re civ. 13 déc. 2005 n° 04-13772 où la clause de « sûreté négative » insérée dans un contrat de prêt, outre une interdiction de céder, faisait obligation à l'emprunteur d'habiter personnellement et continuellement le bien immobilier, avec interdiction de le louer sans l'accord du prêteur. La Cour de cassation a considéré que la restriction au droit de disposer, qui s'étendait à une interdiction de louer le bien (et l'obligeait à habiter personnellement l'immeuble), constituait une atteinte illégitime au droit de disposer tel que prévu par l'article 544 du Code civil, entraînant la nullité de la clause. Cela ne signifie pas que la validité des clauses prévoyant une interdiction d'aliéner incluse dans un contrat de prêt est remise en question, mais que cette clause ne doit pas s'étendre à tous les actes juridiques et notamment la location, sauf à porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété et au droit de disposer. Elles devront donc être cantonnées à une interdiction de céder, voire de constituer des droits réels sur le bien objet de cette indisponibilité, V. F. Danos précité n°67.

¹⁶³La question de l'application aux droits réels du principe de liberté contractuelle connaît actuellement un regain d'intérêt, suscité par l'actualité. Outre l'admission d'un aménagement du régime des droits réels existants, la Cour de cassation semble en effet favorable à la liberté de créer des droits réels innommés, dans la lignée de la « Proposition de réforme du livre II du code civil relatif aux biens ». Qu'on l'approuve ou qu'on la regrette, cette évolution constitue un terreau favorable à la pleine expansion de la liberté contractuelle en droit des biens et des sûretés www.lgdj.fr/liberte-contractuelle-et-droits-reels-9782370320469.html consulté le 15/10/2017. V. P. Chauviré, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle, in Liberté contractuelle et droits réels », Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, 2015, p.163. note 26.

faire. Si l'on conçoit la clause d'inaliénabilité comme une sûreté négative, naturellement elle sera soumise au régime des obligations de ne pas faire. À défaut, l'on pourra le considérer comme figurant dans le régime de l'affectation ou de l'indisponibilité réelle. Il convient donc de noter qu'en lieu et place d'une restriction réelle, ces clauses insérées dans un acte à titre onéreux comme le prêt n'établissent qu'une relation personnelle de nature contractuelle entre deux personnes, le propriétaire et le stipulant.

L'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux ne se conçoit pas abstraitement par rapport au bien, elle a pour but de restreindre les actes que pourrait accomplir le débiteur de par sa seule volonté. Elle n'accorde pas de pouvoirs indépendants sur la chose. Mais toujours est-il que même si dans leurs effets elles ne suivent pas les actes à titre gratuit, les clauses d'inaliénabilité ne sont pas dépourvues de réalité, car on ne peut ignorer l'atteinte qu'elles portent sur les biens du débiteur même si c'est de manière indirecte.

Par conséquent, leur logique n'étant pas identique à celle des mêmes clauses insérées dans un acte à titre gratuit, il n'apparaît pas nécessaire de raisonner en fonction du régime de ces derniers actes, ni en tenant compte de l'objection relative à l'insaisissabilité. Le caractère simplement personnel des clauses d'inaliénabilité insérées en tant que sûretés négatives doit donc être affirmé.

Ce désaccord doctrinal relatif à la nature des droits conférés par les clauses d'inaliénabilité a fait montre des insuffisances émanant de la classification bipartite classique entre droit réel et droit personnel. Cette question montre nettement un dépassement de ces propositions partielles, car les clauses d'inaliénabilité comme les negative pledge clauses n'arrivent pas à faire l'unanimité quant à leur classification : elles ne sont ni parfaitement personnelles ni assez réelles, elles seraient selon certains des droits personnels « mélangés de réalité »¹⁶⁴. À notre niveau, la qualification en termes de droit personnel sera retenue conformément à la classification bipartite classique.

¹⁶⁴J. Carbonnier, *Les biens* : PUF, 1995, n° 41 ; Y. Chaput précité, n°36 ; Y. Chaput : « Les sûretés négatives », rubrique, Banque Crédit et Bourse, *Juris-classeur*, Fasc.790, 2009, n°58 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, Thémis, P.U.F., T.3 n°15 p. 45 ;

G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, T.II Vol. 2 : *Les biens*, 2e édition Sirey 1976 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T.1, *Montchrestien* : « Introduction à l'étude du droit » n°168 et la notion de « Jus ad Rem ».

La nature de l'obligation contenue dans ces clauses détermine alors en principe le régime des sanctions applicables aux clauses de sûreté négative.

CHAPITRE II : Les sanctions de la violation des clauses de sûretés négatives

Partageant les mêmes conditions de validité, la même fonction et généralement les mêmes effets, les negative pledge et les clauses d'inaliénabilité partagent principalement le même régime des sanctions. Pour cette étude, il y'a lieu de revenir sur la qualification des sûretés négatives notamment celles qui portent atteintes aux droits réels du débiteur et celles restreignant l'expression des droits personnels du débiteur. S'il est presque sans commentaire à propos de la sanction des sûretés restreignant l'expression des droits personnels du débiteur par exemple l'interdiction de ne pas donner en bail qui se résous en des dommages intérêts, il n'en est pas ainsi des clauses de sûreté négative qui portent atteinte au droit réel du débiteur tel que l'interdiction de constituer une sûreté réelle ou la clause d'inaliénabilité. Partant de leur importance théorique, l'analyse sera axée sur la négation d'un droit réel du débiteur comme la clause d'inaliénabilité et l'interdiction de constituer une sûreté réelle. La violation de la sûreté négative entraine généralement comme sanction une exigibilité anticipée de la créance (Section 1). À défaut, les sanctions de droit commun de la responsabilité peuvent être mises en branle par le prêteur (Section 2).

SECTION I : Les sanctions provoquant l'exigibilité de la créance

Ces sanctions ont pour objet de réclamer légitimement la créance avant l'expiration du délai contractuel. Elles sont souvent prévues dans la clause de sûreté négative par les parties (Paragraphe 1), mais certains textes ont vocation également à prévoir des sanctions relatives à la déchéance (Paragraphe 2).

PARAGRAPE I : La déchéance conventionnelle du terme

La sanction de la violation des clauses de sûreté négative est généralement prévue par les parties et consiste en principe en la déchéance du terme (A). Étant plus usuelle, son efficacité mérite d'être passée en revue (B).

A. La sanction de préférence des sûretés négatives

La déchéance du terme se traduit par l'extinction du contrat avant la date fixée pour son expiration en cas d'inexécution du débiteur de ses obligations et provoquant par ce fait une exigibilité de la créance. Les parties, dans la clause de sûreté négative prévoient souvent comme sanction de l'inexécution de l'engagement de ne pas faire, la déchéance du terme du contrat principal¹⁶⁵.

La violation de l'interdiction va engendrer comme conséquence l'exigibilité immédiate de la créance, donc des sommes empruntées dans le cadre habituellement d'un prêt et éteint celui-ci¹⁶⁶. En fait, la totalité des sommes dues au titre du prêt (échéances impayées, capital restant dû...) sera réclamée au débiteur sans délai. La déchéance conventionnelle est préférée à la résolution conventionnelle ou judiciaire du prêt qui a pour conséquence de rétroagir comme la nullité du contrat alors que s'il s'agit de la déchéance du terme le contrat sera purement et simplement exécuté.

Si la déchéance est la sanction la plus usuelle dans ce domaine, c'est sûrement à cause de son caractère non seulement dissuasif en ce que le débiteur se verra obliger de rembourser plutôt que prévue alors qu'il se peut qu'il se trouve dans une période financière difficile. Entre autres efficacités, elle constitue l'un des rares remèdes face aux procédures collectives. En effet, si la clause de déchéance du terme a été stipulée avant la cessation des paiements, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, on doit considérer que ce remboursement échappe à la nullité des paiements de dettes non échues faits en période suspecte¹⁶⁷.

Bien qu'offrant des avantages concrets, la déchéance du terme reste limitée du point de vue de son efficacité pratique.

B. L'efficacité limitée de la déchéance du terme.

¹⁶⁵V. « *Étude relative à la promotion de la garantie hypothécaire dans les pays UEMOA* », 2012, p. 42 ; M. Fernández, précité, p. 392, 395, 404 ; N. gras précité p.113 ; Y. Chaput précité, n°61.

¹⁶⁶Y. Chaput précité, Idem, n°61.

¹⁶⁷Art 67 à 71 de l'AUPC ; Art L. 632-1, I, 3° du Code de commerce ; Y. Chaput précité, n°63.

Si théoriquement elle peut sembler fiable et efficace, cette sanction peut être difficile dans sa mise en œuvre pratique. Elle suppose, d'une part, que le débiteur s'il est commerçant soit *in boni* et, d'autre part, il est très difficile en réalité pour le banquier d'avoir connaissance de la violation de la clause de sûreté négative. Le principal intérêt est sans doute d'offrir au banquier un motif de résiliation du contrat, s'il le désire, avant l'échéance normale et avant que le débiteur ne connaisse des difficultés financières sérieuses. La décision dépend de considérations de fait : solidité, importance, ancienneté des relations entre le banquier et son client¹⁶⁸.

En sus de cela, il peut arriver comme nous l'avons sus évoqué plus haut, que la détermination de la durée de la clause d'inaliénabilité soit étendue en un trait de temps après la durée du crédit ou du prêt. Ainsi, dans les cas où la durée de la clause d'inaliénabilité dépasse celle du prêt lui-même, sa violation ne pourra évidemment plus être sanctionnée par la déchéance du terme. Par conséquent aucune exigibilité de créance ne pourra être prononcée par le prêteur : la sanction devient sans objet et l'interdiction sera dénuée de sanction réelle. La déchéance peut également relever de la loi.

PARAGRAPHE II : La déchéance légale du terme

Outre la déchéance du terme conventionnellement prévue dans la clause, d'autres sanctions particulières relatives à celle-ci sont légalement prévues. En effet, sont sanctionnés certains comportements gravement répréhensibles et atteintes à la dignité du crédit (B) et la diminution des sûretés par le débiteur (A).

A. La diminution ou le défaut de fourniture des sûretés par le débiteur

À la différence de la déchéance que nous venons d'étudier et qui est fondée sur la volonté des parties, le législateur sénégalais comme français prévoit des causes légales de déchéance du terme. Le principe en est qu'il soit stipulé toujours en faveur du débiteur¹⁶⁹. Ce n'est que par exception que le banquier peut s'en prévaloir. En effet, l'art 72 du COCC dispose : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a été mise en faillite, ou en

¹⁶⁸ Y. Chaput précité, n°62.

¹⁶⁹ Art 1305-3 C.civ.

règlement judiciaire, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier ». On note que concernant les sûretés, la déchéance ne touche que la diminution des sûretés en garantie de la créance. Son pendant en droit français est l'art.1305-4 du Code civil qui étend les causes de déchéance des sûretés au défaut de fourniture des sûretés promises au créancier¹⁷⁰ qui jadis¹⁷¹ ne concernait que la diminution des sûretés.

Désormais, deux causes de déchéance sont prévues par le Code civil. Mais il faut préciser que la déchéance relevant de la violation de la promesse de sûreté ne semble pas concerner les sûretés négatives¹⁷². En fait, les sûretés négatives ne comportent pas une promesse de sûreté sanctionnée par la déchéance, mais plutôt d'un contrat unilatéral accessoire de ne pas conférer de droits réels à un tiers généralement de ne pas constituer de sûreté réelle ou de ne pas aliéner. Toutefois, on note quelque part dans ses formes les plus élaborées, une conversion de l'engagement de ne pas faire en un engagement de faire. En effet, c'est le cas lorsque la clause est dite créatrice c'est-à-dire quand le débiteur promet qu'en cas de violation de l'interdiction, il confèrera une sûreté équivalente au banquier bénéficiaire de la clause. Mais toujours est-il que la violation de cette promesse n'entraîne guère une déchéance du terme prévue par l'article 1305-4 du Code civil, mais entraîne plutôt le paiement de dommages et intérêts. Elle concerne plutôt les promesses de sûretés réelles traditionnelles.

Ensuite, la sanction de la diminution des sûretés ne pourrait en l'absence de toute déchéance conventionnelle et en cas de faute du débiteur trouver application sur la base des articles 72 COCC ou 1305-4 du Code civil¹⁷³. Partant de ces dispositions, il semble y avoir problème. Même si avant on parlait de « sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier » et qu'aujourd'hui on parle de « sûretés garantissant l'obligation », toujours est-il que le terme sûreté pose problème dans l'application pour les sûretés négatives. Les dispositions précitées visent expressément les sûretés alors que les sûretés négatives malgré leur appellation ne sont

¹⁷⁰ Art.1305-4 C.civ ;

¹⁷¹ Ancien art.1188 c.civ.

¹⁷²Le projet ici se situe dans la continuité du droit positif dont la jurisprudence est constante depuis 1900 fondée sur l'article 1188 du code civil ; cas particulier de déchéance du terme reposant sur l'absence de constitution d'une sûreté : C.civ, art 1912 et 1977 en matière de rente viagère, CGI, annexe 3, art.403, sur le crédit de paiement de droits d'enregistrement.

¹⁷³Y. Chaput précité, n°65. Pour cette auteur, la jurisprudence a su se montrer relativement souple dans l'application de cette disposition à travers les arrêts Perruchot-Triboulet, *Régime des obligations et responsabilité civile* : PUAM, 2002, n° 772 et s ; Ainsi, il a pu être opéré également une assimilation entre sûretés données et sûretés simplement promises par le contrat V. Cass. req. 2 Mai 1900 : S. 1901, I, p. 14. ; Cass. req. 23 Juin 1919 : S. 1920, I, p. 134. ; CA Montpellier, 23 Avr. 1931 : Gaz. Pal. 1931, I, p. 879

pas de véritable sûreté au sens technique du terme :elles constituent des garanties de manière générale. Mais à notre sens, cette sanction repose toujours sur la base d'une clause stipulée à cet effet, mais elle ne peut juridiquement faire l'objet d'une application directe sur la base de cet article, car ce dernier prévoit dans son domaine d'application les sûretés classiques et non les garanties qui ne constituent pas forcément de véritables sûretés. La différence terminologique n'est pas sans conséquence en droit français. En réalité, le nouvel article parle tout simplement de sûreté garantissant l'obligation sans cette fois-ci préciser « par le contrat » ou « dans le contrat »¹⁷⁴. À l'avenir, la déchéance du terme pourrait ainsi résulter d'atteinte portée par le débiteur à des sûretés constituées postérieurement à l'octroi du terme et non stipulées dans le contrat.

En droit français, l'article 1305-4 a été adopté par préférence à d'autres propositions de réformes sur la question. Il en est ainsi notamment du projet Catala dans son article 1187-2 qui disposait « le débiteur ne peut pas réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou qu'il diminue par son fait celles qu'il lui a données(al.1^{er}).Il est également déchu du bénéfice s'il devient insolvable ou s'il est déclaré en liquidation judiciaire (al 2) ».Aussi, du projet Terré, *régime général des obligations* dans son article 34 : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises ou si elles se trouvent perdues ou diminuées par son fait ». Mais malgré l'adoption du nouvel article 1305-4, des propositions ont été avancées dans le sens de plus élargir le champ d'application de cette disposition. Il en est ainsi de cette formulation alternative : « le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas, soit les garanties initialement promises au créancier, soit les garanties demandées en remplacement ou en complément de celles diminuées ou perdues après l'octroi du terme ». Cette solution permettrait d'étendre l'application de l'article1305-4 non plus seulement aux sûretés, mais aussi aux garanties telles que les sûretés négatives et toute autre forme de garanties issue du droit des contrats.

B. Le comportement gravement répréhensible et l'atteinte à la dignité du crédit

¹⁷⁴Civ. 1^{er}, 9 Mai 1994, n°92-15., *Bull. civ.* I, n°171.

Cette sanction est particulière en ce qu'elle s'applique qu'en matière de crédit bancaire. Elle est d'ailleurs prévue par un texte spécial portant code monétaire et financier. Son application en matière de sûreté négative se justifie en ce que celle-ci est le plus souvent utilisée en matière bancaire d'où elle est issue d'ailleurs. La déchéance du terme peut être prononcée ici par le juge s'il estime l'engagement suffisamment important. En effet, si le bénéficiaire de la clause est un établissement de crédit, le non-respect de l'engagement contractuel constitue un comportement gravement répréhensible fustigé par les dispositions de l'ancien article 60 de la loi bancaire de 1984 codifiée à l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. Cette notion de comportement gravement répréhensible se conçoit comme une situation subjective qui porte atteinte à la relation de confiance ayant pu s'instaurer entre le banquier et son client¹⁷⁵. Si cette situation se présente, l'établissement de crédit est en droit de mettre fin sans préavis au concours à durée indéterminée ou déterminée, accordé à une entreprise¹⁷⁶. Mais pour ce faire il faudrait que le débiteur soit animé d'une intention frauduleuse à défaut la sanction ne saurait avoir lieu.

Quant à l'atteinte à la dignité du crédit, certains auteurs la considèrent généralement comme constituée par la violation de l'obligation de ne pas faire qui justifie ainsi la déchéance du terme prononcée par le juge¹⁷⁷.

La déchéance bien qu'étant la sanction la plus fréquente de l'inobservation des engagements de ne pas faire issus des sûretés négatives, elle est rivalisée par les sanctions de l'inexécution contractuelle relevant du droit commun des obligations.

SECTION II : Les sanctions du droit commun de l'inexécution contractuelle

En dehors des sanctions conventionnelles et celles légales relatives à la déchéance du terme, la partie l'aisée peut faire recours aux mécanismes du droit commun de la responsabilité civile. Le débiteur défaillant n'ayant pas honoré ses engagements résultant de la clause de sûreté négative envers son prêteur peut voir sa responsabilité contractuelle engagée

¹⁷⁵S. Neuville, « Droit de la banque et des marchés financiers », *PUF Coll. Droit Fondamental*, 2005, n° 190, p. 294.

¹⁷⁶ C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire : Litec*, 2008, n° 1008 ; B. Mercadal, *Droit commercial : Mémento* F. Lefebvre, 2007, n° 58215 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10ème Ed. *Lexis Nexis*, 2015, n° 660, p.489, 851 pp.

¹⁷⁷J.-L. Rives-Lange, M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, *D*, 1995, n° 428.

(Paragraphe 1). La violation de la clause peut émaner de la mauvaise foi d'un tiers acquéreur des biens soumis à une inaliénation. Le prêteur persuadé de la connaissance de ce tiers de la clause prohibitive peut engager sa responsabilité délictuelle (Paragraphe2).

PARAGRAPHE I : La responsabilité contractuelle du débiteur

La responsabilité civile renvoie à une obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat, soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui. La première relative au contrat nous intéressant ici, est prévue par le droit commun des contrats. Elle peut être faite recours pour sanctionner les fautes dommageables du débiteur dans un contrat. Étant façonnées par des mécanismes contractuels, les negative pledge n'échappent pas à cette possibilité. Leur violation par le débiteur entraîne la responsabilité contractuelle de celui-ci. Cependant, engager la responsabilité contractuelle du débiteur nécessite obligatoirement l'établissement d'une faute du débiteur(A) avant de pouvoir exiger une réparation dont la nature dépend des possibilités (B).

A. L'existence d'une faute du débiteur

Il importe de rappeler que les sûretés négatives sont des engagements accessoires à un contrat généralement de prêt. Il s'agit en réalité de contrat unilatéral du débiteur de ne pas faire et qui consiste le plus souvent pour le débiteur de ne pas donner de sûreté réelle à un tiers ou de ne pas aliéner un ou plusieurs biens pendant la durée du prêt en principe. L'irrespect de ces engagements entraîne la responsabilité contractuelle du débiteur. Cette responsabilité contractuelle du débiteur suppose donc l'existence d'une faute et l'établissement d'un préjudice. Dans les sûretés négatives, l'existence de la faute n'est pas difficile à démontrer. La faute constitue un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit¹⁷⁸. La faute relèverait de la violation de l'engagement soit de ne pas vendre soit de ne pas constituer de sûretés à autrui. Il s'agit ici donc d'une faute de nature

¹⁷⁸ Art. 119 COCC. On note une consécration formelle de l'unité de la faute délictuelle et contractuelle et par conséquent une unité des responsabilités. V. J-L Corréa, « Cours de droit de la responsabilité civile », Université Assane Seck de Ziguinchor, Licence, 2015-2016, diapositive15, Inédit.

contractuelle. Le préjudice est aussi appelé dommage¹⁷⁹. Il consiste en une atteinte à la personne (préjudice corporel) ou à ses biens (préjudice matériel) ou ses sentiments, son affection (préjudice moral, le prix de la douleur)¹⁸⁰. Ce préjudice se veut également direct et certain¹⁸¹ pour être réparable. Son établissement dans les negative pledge clauses n'est pas facile du moins en pratique. En effet, il sera très difficile pour le débiteur de prouver que la violation de la clause a causé un préjudice et d'en établir le niveau. L'établissement de la faute ne faisant plus de doute, la responsabilité étant ainsi engagée, le débiteur s'expose devant une panoplie de sanctions.

B. Les sanctions de la faute contractuelle

L'emprunteur violant la clause sûreté négative porte ainsi atteinte à la force obligatoire du contrat et s'expose de ce fait à des sanctions. De son côté, le créancier dispose de plusieurs solutions pour remédier à cette situation. En effet, il a le choix entre demander des dommages et intérêts, la résolution du contrat, l'exécution forcée etc. Mais en matière de sûreté négative, toutes les sanctions ne sont pas d'une utilité de taille. En effet, il est généralement demandé la résolution du contrat qui vaut déchéance du terme souvent insérée dans la clause. Avec le droit français et avant la réforme de 2017, le banquier ne pouvait s'attendre qu'au paiement des dommages et intérêt¹⁸². Sur ce point, le droit sénégalais fait preuve d'une avancée notoire par rapport à ce dernier. L'article 6 du COCC dispose : « Le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit exécuter complètement son obligation (al 1). A défaut, il est tenu à réparation. Le juge peut en outre ordonner la destruction de ce qui aura été fait contrairement à l'obligation (al. 2) ». Dans cet alinéa 2, cet article met en exergue la possibilité pour un juge de procéder à une réparation en nature, lorsque le débiteur a violé son engagement de ne pas faire, en l'annulant (destruction), ce qui n'est le cas du droit français que très récemment¹⁸³. Les mesures conservatoires tendant à maintenir un bien dans le patrimoine peuvent être conçues comme des moyens d'exécution forcée lorsque le prêteur est au courant par exemple

¹⁷⁹ J-L Corr a, « Cours de droit des obligations », Université Assane Seck de Ziguinchor, Licence, 2012-2013, p. 118 et 119, Inédit.

¹⁸⁰ Art. 124 COCC.

¹⁸¹ Art. 125 COCC.

¹⁸² Art. 1142 C.civ. ancien.

¹⁸³ Art 1221C.civ nouveau.

de l'intention ou de la volonté de son débiteur de passer outre l'interdiction qui lui est faite de ne pas aliéner ou de ne pas constituer une sûreté¹⁸⁴.

En pratique, en dehors d'une clause de déchéance du terme, le bénéficiaire de la clause de sûreté négative qui justifie d'un préjudice de cette inexécution est généralement alloué des dommages et intérêts en guise de réparation.

La responsabilité n'est pas seulement contractuelle. Elle peut s'étendre au tiers de mauvaise foi ayant acquis un bien objet d'une prohibition d'aliénation.

PARAGRAPHE II : La responsabilité du tiers ayant acquis le bien envers le bénéficiaire de la clause de sûreté négative

Comme précédemment évoqué, les clauses portant renonciation à un droit réel telles que les negative pledge s'analysent à notre sens comme la consécration d'une obligation personnelle de ne pas faire. Leur violation est en principe et généralement sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts¹⁸⁵. Cependant, l'intérêt de l'étude des sanctions de la clause de sûreté négative demeure dans celui plus particulier des clauses restrictives de droits réels notamment des clauses d'inaliénabilité et celles prohibant la constitution de sûretés réelles à un tiers, pour ainsi exclure celles restreignant l'expression des droits personnels qui sont sans doute sanctionnées par l'octroi de dommages-intérêt. En effet, leurs sanctions diffèrent de ces dernières sur certains points. D'abord, si on doit voir dans les clauses d'inaliénabilité des obligations personnelles de ne pas faire, leur application n'échappe donc pas au principe de l'effet relatif des conventions. Ensuite, soutenant que ces clauses n'entraînent pas une indisponibilité réelle, l'acte passé en violation de leurs prévisions n'encourt pas la nullité sur le fondement de l'opposabilité. C'est donc de la violation d'une obligation personnelle du propriétaire qu'il s'agit. La violation de l'acte étant cette fois l'œuvre d'un tiers, nullement concerné par le contrat, sa responsabilité contractuelle ne peut être engagée. C'est sur le

¹⁸⁴ Art. 195 COCC.

¹⁸⁵ Sous le régime de l'ancien art. 1142, les obligations de ne pas faire étaient toujours sanctionnées par le paiement des dommages et intérêts. Mais avec le nouvel article 1221, le créancier peut désormais poursuivre l'exécution en nature du contrat que l'obligation à moins que l'exécution ne soit possible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Mais en matière de sûreté négative il est toujours préférable une réparation par équivalent.

champ de la responsabilité délictuelle que l'action du créancier sera intentée si toutefois le tiers a été « complice »¹⁸⁶ de cette violation. Ainsi donc, les conditions (A) puis les sanctions (B) de cette responsabilité seront évoquées.

A. Les conditions de la responsabilité

La responsabilité en principe suppose l'existence d'une faute contractuelle ou délictuelle. Dans les sûretés négatives, la responsabilité délictuelle tient au fait du tiers ayant connaissance de l'existence et du contenu de la clause et contracte néanmoins avec le débiteur de cette clause prohibitive. Sur ce point, le droit français s'inspire de solutions existant dans d'autres domaines voisins, par exemple en matière de promesses de vente¹⁸⁷, sources d'une inaliénabilité conventionnelle ou de clauses de non-concurrence et donc plus largement en matière de conflit entre deux contrats successifs¹⁸⁸. Depuis longtemps, la jurisprudence admet la responsabilité du tiers de mauvaise foi qui a participé à la violation d'une obligation contractuelle dès lors qu'il avait connaissance de l'existence du contrat. D'autres jurisprudences formulent en ces termes: « le contractant victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat peut demander réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que ce dommage est imputable »¹⁸⁹. La Cour de cassation raisonne en termes de responsabilité délictuelle, sur la base de l'article 1240 du Code civil¹⁹⁰. Il s'agit d'un régime de responsabilité délictuelle assez particulier en ce que le tiers se trouve fautif comme en matière de promesse de vente¹⁹¹ de sa seule connaissance de la convention bafouée par son

¹⁸⁶ Même si certains critiquent la connotation pénale du terme.

¹⁸⁷ Les clauses de sûretés négatives ne sont pas moins des promesses, seulement leur objet est de ne pas faire et non de vendre.

¹⁸⁸ Le droit sénégalais peut à notre avis se référer aux dispositions de l'article 326 COCC relatives à la violation de la promesse de vente pour engager la responsabilité du tiers ayant contracté avec un débiteur d'une clause de négative pledge dont il savait être dans des liens juridiques lui interdisant de passer l'acte effectué.

¹⁸⁹ Civ. 1ère 26 Janvier 1999, *D.* 1999, Somm Commentés p. 263, par P. Delebecque, *RTD Civ.* 1999 p. 405, obs. P. Jourdain ; Civ. 1ère 17 Octobre 2000, *D.* 2000 p. 952, note Billiau et Moury, *JCPG* 2001, I, 338 n° 6, note G. Viney ; Généralement, voir Terré, Simler et Lequette, *Droit civil : Les obligations*, Précis *D.*, 8e Ed. 2002, n° 494.

¹⁹⁰ Ancien art. 1382 C.civ ; Art 118 COCC.

¹⁹¹ Terré, Simler et Lequette, ouvrage précité n° 494 ; P. Huguency : « De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », Thèse Dijon, 1910.

contractant le débiteur lui-même. Par ailleurs, selon quelques plumes, la responsabilité délictuelle doit être remise en question : il s'agit plutôt de responsabilité contractuelle¹⁹².

Des questions se sont posées de savoir si la simple connaissance de l'inaliénabilité par les tiers sans aucune autre précision sur par exemple sa durée ou sa portée suffit, ou faudrait-il une connaissance plus pointue du contenu ou des circonstances de la clause signifiant clairement un agissement en violation des droits du créancier¹⁹³. La deuxième hypothèse semble le remporter¹⁹⁴.

Si le principe s'en trouve simple, son application reste complexe pour des questions de preuve. Se pose dès lors la question de la preuve par le créancier de la connaissance effective de la clause qui non seulement relève du for intérieur du tiers, mais qui plus est ne peut être présumée en règle générale¹⁹⁵. Quoique possible par tous moyens d'une façon générale, elle n'en est pas moins difficile à rapporter. Il est quand même imaginable qu'une personne en ait eu connaissance par ses fonctions de conseil ou de salarié d'une des parties. Aussi bien, à la limite de ce qui est prévu en matière de gage de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel, rien n'empêche de stipuler l'apposition d'une plaque sur certains biens. Cependant, elle n'est qu'une présomption de fait, puisque ses effets ne sont pas légalement déterminés. Encore faut-il que ces marques n'aient été ni détruites, ni retirées, ni recouvertes. De plus, le débiteur ne sera pas enclin à « afficher » ces marques de défiance de la part d'un des créanciers¹⁹⁶. Hormis ces possibilités, ce sera que par extraordinaire qu'un emprunteur lui-même prévienne un tiers, ou inversement pour un banquier d'être au courant de la violation proposée et de mettre en garde le tiers¹⁹⁷.

Toutefois, la preuve de cette connaissance peut être facilitée lorsque la clause répond à un régime spécial de publicité. Au Sénégal, il ne semble y avoir aucun texte spécial relatif aux

¹⁹²J. Demogue, *Traité des obligations en général*, n° 1176, 1933, cité par Y. Chaput, « Sûretés négatives », rubrique Contrats-Distribution, *Juris-classeur*, Fasc. 935, 1991, n° 46.

¹⁹³A. Meinertzhagen-Limpens, « Les engagements de ne pas faire en matière de crédit », *RDAI*, 1986, n° 6, n° Spécial, p. 675-692, nota. p. 690 ;

¹⁹⁴V. M. Fernandez précité, p. 397.

¹⁹⁵Com. 12 Mars 1963, *D.* 1963 p. 367, note J. Robert.

¹⁹⁶Art. 525-4 C. com. ; Y. Chaput : « Sûretés négatives », rubrique Banque-Crédit-Bourse, *Juris-classeur*, Fasc. 790, 2009, n°70, p. 26 et 27 ;

¹⁹⁷Y. Chaput, « Sûretés négatives », rubrique Contrats-Distribution, *Juris-classeur*, Fasc. 935, 1991, n° 43, selon lui, il n'est de l'intérêt du débiteur ni d'afficher sa propension à s'affranchir de ses obligations contractuelles, ni de souligner l'existence de la clause, marque de défiance d'un de ses créanciers.

stipulations contractuelles portant sur des biens et soumises à publicité¹⁹⁸. Ni la loi sur le régime de la propriété foncière ni le COCC ne prévoient les clauses d'inaliénabilité portant sur un immeuble ou autre bien parmi les droits réels susceptibles d'une publicité. Par ailleurs, en droit français, lorsque l'inaliénabilité porte sur un bien immobilier, elle peut devenir opposable aux tiers par le jeu des mécanismes classiques de la publicité foncière. Lorsque la clause d'inaliénabilité portant sur un immeuble est considérée comme une sûreté négative ou encore sous la forme d'une hypothèque, le créancier peut invoquer l'article 28-2° du décret du 4 janvier 1955. Ce texte, parmi les actes soumis à publicité obligatoire, mentionne : « les actes entre vifs dressés distinctement qui constatent des clauses d'inaliénabilité temporaire ou toute autre restriction au droit de disposer... ». Aucune distinction n'a été faite relativement à la nature juridique de ces actes ou selon leur classification. Cette forme spéciale de publicité permet au bénéficiaire de la clause d'en rendre les effets opposables à tous¹⁹⁹. Seulement, si l'avantage ainsi obtenu est loin d'être négligeable, il nécessite la rédaction d'un acte notarié qui sera présenté à la formalité. Cette intervention ne représente pas de coût supplémentaire lorsque la clause complète une constitution d'hypothèque obligatoirement passée par acte notarié. Cependant, dans d'autres hypothèses, dès lors que le banquier se contente d'un acte sous seing privé, il renonce à cette possibilité. Il est vrai que les inconvénients pour le débiteur d'une telle publicité, les frais qu'elle entraîne, peuvent faire préférer une situation moins protectrice, mais plus confidentielle. C'est dans cet esprit, également, que le banquier n'exige parfois qu'une simple promesse d'hypothèque²⁰⁰.

Cependant, qu'il y ait publicité ou pas, si le créancier arrive à prouver par n'importe quel moyen la mauvaise foi du tiers, il s'ensuivra réparation du préjudice subi.

¹⁹⁸ V. Art 380 et s. COCC ; Art 5 et 20 de la loi n°2011-7 portant régime général de la propriété foncière du Sénégal ; art 195 et 216 AUS/OHADA.

¹⁹⁹ Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Les sûretés*, D, 2004, n° 33.

²⁰⁰ Voulant éviter ou faire éviter des frais de publicité, il est souvent préféré une promesse d'hypothèque au lieu d'une clause d'inaliénabilité dont les formalités peuvent générer un coût ; c'est le cas des clauses particulières de sûretés négatives, les clauses créatrices par lesquelles l'emprunteur promet qu'en cas de violation de l'interdiction de constituer une sûreté immobilière par exemple, d'en conférer une même au banquier bénéficiaire de la clause. Cette situation est certes plus souple, moins onéreuse et plus confidentielle que celle des clauses d'inaliénabilité. Seulement, elle est moins protectrice et son efficacité repose ici que sur l'honnêteté du client et la surveillance de la banque s'il est bien sure stipulé une clause instituant un droit de regard.

B. Les sanctions de la responsabilité du tiers acquéreur

L'action en responsabilité est dirigée par le prêteur contre le tiers acquéreur. La nature de la sanction dépend selon que l'inaliénabilité ou l'interdiction faite sur le ou les bien sa fait l'objet d'une publicité ou pas.

En cas de défaut de publication de l'inaliénabilité sur un immeuble, ou s'agissant d'un meuble n'ayant pas subi une technique comparable à celle de l'art L525-4 du C.com français, la banque ne pourra, en tenant compte de la nature des negative pledge clauses, obtenir que des dommages et intérêts du tiers auteur du préjudice, sur la base de l'article 133 COCC. De même que le droit français même si ce dernier met en priorité la réparation en nature²⁰¹. Par contre, la publicité de la clause d'inaliénabilité a une influence plus déterminante sur la réparation qui sera accordée au banquier. Souvent, la réparation prend la forme pécuniaire de dommages et intérêts. La loi reconnaît néanmoins à la victime le droit à une réparation en nature chaque fois que celle-ci peut être effectuée²⁰². La réparation en nature bien qu'étant possible n'est pas très sollicitée au juge lorsqu'il s'agit de sûretés négatives. Par ailleurs, en choisissant une sûreté négative, le banquier sait qu'il peut être concurrencé par les autres créanciers. C'est pour cette raison que la réparation par équivalent est préférée. Les tribunaux arbitreront les dommages et intérêts en tenant compte du préjudice réel que subit le créancier, autrement dit, des avantages qu'il aurait tirés de l'exécution de la clause. Ce qui n'est pas forcément symbolique. Lorsque, notamment, le débiteur est en redressement ou en liquidation judiciaire, le banquier n'en dispose pas moins d'une action en dommages et intérêts contre le tiers qui, ne respectant pas la sûreté négative, a affaibli le gage sur lequel il comptait²⁰³.

Par contre, lorsque l'interdiction de ne pas faire portant sur un bien est soumise à publicité, la sanction n'est pas forcément et seulement les dommages et intérêts. Le droit sénégalais ne semble pas disposer d'une réglementation spécifique prévoyant la publicité des clauses d'inaliénation portant sur des biens meubles ou immeubles. Cependant, en plus ou au lieu des

²⁰¹ Art. 1249. Mais la jurisprudence est depuis toujours favorable au paiement de dommages et intérêts. En plus, en matière de sûreté négative le titulaire de l'action délictuelle en l'occurrence le bénéficiaire de la clause de negative pledge préfère les dommages et intérêts qu'une annulation qui ne profiterait qu'à l'ensemble des créanciers chirographaires avec qui il devra concourir en cas de paiement.

²⁰² Art. 133 al. 2 COCC ; Idem art 1249 C.civ et nouvel art. 1221 du C.civ.

²⁰³Y. Chaput précité, n°74.

dommages et intérêts, le juge peut prescrire d'office toute mesure destinée à réparer le dommage. Dans cette mesure on sous entend à notre niveau que le juge peut procéder à l'annulation du contrat en violation de la clause de sûreté négative²⁰⁴. En droit français, la doctrine reste divisée sur la sanction. En effet, des auteurs estiment que les clauses d'inaliénabilité qui grèvent un immeuble sont soumises aux formalités de la publicité foncière issues de l'article 28-2 du décret du 4 Janvier 1955 même si son invocation en la matière est contestée²⁰⁵. Si tel est le cas, cela établit une nuance quant au régime de la violation d'une clause : s'agissant d'un immeuble, lorsque la publicité a été correctement effectuée, le prêteur ayant stipulé la clause ne pourrait se voir opposer les aliénations postérieures à la publication. Il serait en droit de considérer que le bien n'a pas quitté le patrimoine de son débiteur²⁰⁶. Cette solution peut être discutée, notamment parce qu'en raison de l'effet relatif des conventions dont n'échappent pas les sûretés négatives, l'opposabilité de la disposition ne profiterait qu'au créancier ayant stipulé la clause d'inaliénabilité ; il se retrouverait alors dans une situation où il ne subirait pas le concours des autres créanciers de son débiteur sur ce bien, étant le seul à « appréhender le bien dans le patrimoine de son débiteur »²⁰⁷. Exprimé autrement, le créancier ayant stipulé la clause serait dans une meilleure situation en cas de violation de la clause que si elle avait été respectée. Cela conduit un auteur à considérer que le juge préférera à la déclaration d'inopposabilité de la disposition incompatible à une réparation par équivalent, jugée plus adéquate²⁰⁸.

Le prêteur peut aussi en plus des dommages et intérêts, demander la nullité de l'acte en violation de la clause de negative pledge. Cette nullité ne repose non pas sur l'opposabilité erga omnes des droits réels, mais dans la fraude « *Fraus omnia corrumpit* » dans laquelle s'intègre la mauvaise foi du cessionnaire.

²⁰⁴ V. art. 233 COCC.

²⁰⁵ Y. Chaput précité, n° 35 et 44 ; B. Saint-Alary et M. Boccara , « Les garanties du crédit », 1995, Éd. du *Journal des Notaires et des Avocats*, n° 90, qui cantonnent la règle du décret de 1955 aux libéralités ; voir également, sur la question, Lamy droit du financement, Ed. 2003, n° 4416.

²⁰⁶ J.L. Rives-Langes et M. Contamine Raynaud, *Droit Bancaire*, 6^e Ed. 1995, n°428.

²⁰⁷ Y. Chaput précité, n°48, p.28.

²⁰⁸ Y. Chaput, article précité, n°47 à 49 ; Y. Chaput, « Les sûretés négatives », *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques*, Université de Clermont, 1974, p. 176 et s, nota. p. 184 ; dans le même sens : A. Meinertzhagen-Limpens, article précité, p. 691 note 91.

Conclusion Titre II

Pris dans leurs variétés et leurs différents objets, on peut affirmer qu'il découle des sûretés négatives des effets personnels. En effet, cette nature personnelle découle d'abord de la volonté des parties qui n'ont aucune intention de créer une indisponibilité sur les biens du débiteur. Ensuite, il s'agit avant tout d'un engagement de ne pas faire qui naturellement répond au régime des obligations de ne pas faire. Enfin, s'il y'a lieu aussi de prendre en considération l'atteinte indirecte des sûretés négatives portée parfois sur les droits réels du débiteur, il convient également de noter que l'effet personnel est plus marquant que celui réel en ce que les interdictions pèsent sur la tête de l'emprunteur et non directement sur ses biens. Ceci n'est pas sans conséquence sur les sanctions applicables. Hormis la déchéance du terme qui est souvent stipulée dans la clause, il est généralement octroyé au créancier victime de l'inexécution ou de la violation de la clause, des dommages et intérêts pour préjudice subi.

CONCLUSION GENERALE

L'étude des sûretés négatives nous a permis d'abord de découvrir un mécanisme de garantie simple et souple. Elle a permis de déceler au fond une hétérogénéité de l'obligation qu'elle semble véhiculer à priori. Si de manière générale ces clauses emportent une obligation de ne pas faire, un souci d'efficacité et de sécurité pousse de plus en plus les praticiens à inclure d'autres stipulations qui finalement transforment l'obligation de base en une obligation de faire, qui toutefois forme un engagement global négatif au regard de leur finalité. Elles assurent ainsi le maintien du patrimoine par la négation des droits préférentiels concurrents et par conséquent préserve le rang ni privilégié ni désavantagé du créancier original par rapport aux créanciers futurs du débiteur de la clause. Leur création n'a pas aussitôt permis leur reconnaissance juridique. Les conséquences néfastes qu'elles entraînent sur les libertés patrimoniales sur certains droits fondamentaux du débiteur de la clause et l'atteinte plus générale à l'ordre public économique ont posé des difficultés quant à leur validité. Face à ce blocage, les sûretés négatives se permettent de contourner ces exigences légales en justifiant toutefois leur transgression par un intérêt sérieux et légitime temporaire. Leurs violations peuvent au regard des analyses faites faire en principe l'objet d'une sanction commune. En effet, malgré leur diversité d'objet, la fonction et les effets communs, elles doivent donc permettre une harmonisation de leur sanction qui se résume par la nullité de la clause ou parfois par une régularisation si la violation est moins grave.

D'autres difficultés de ces clauses résident dans leurs effets. En fait, la détermination de leur nature juridique notamment et surtout celles prohibant des droits réels du débiteur, va du moins au plus complexe. En effet, si elle est moins complexe à propos des clauses prohibant la constitution de sûretés réelles à un tiers (*negative pledge clause*), elle ne l'est pas concernant celles d'inaliénabilité. La nature personnelle des *negative pledge clauses* étant affirmée par la quasi-totalité de la doctrine malgré quelques réfutations et exceptées à la limite les clauses créatrices, les restrictions au droit de disposer telles que les clauses d'inaliénabilité ont fait l'objet de plus de brouille d'opinions. Le désaccord résidant quant à l'indisponibilité générée ou pas dans les actes à titre onéreux. Certains faisant une analyse analogique soumettent ces clauses au même régime que les actes à titre gratuit et les confèrent un effet réel. D'autres, plus nombreux, argumentent en terme d'obligation de ne pas faire et confèrent une nature personnelle à ces dernières. Pour d'autres encore c'est l'intention clairement

exprimée des parties déterminerait la nature réelle ou personnelle de la clause. Au regard de cette dernière analyse c'est vrai que rien n'interdit, aux parties de volontairement soumettre ces clauses au régime des obligations de ne pas faire. Donc défaut de choix, elles seraient soumises au régime de l'affectation et de l'indisponibilité réelle comme dans les actes à titre gratuit leur domaine de référence. Cette proposition de solution trouve ses limites en cas de sanction de la violation de la clause de sûreté négative qui dépend donc en principe de la nature des droits qu'elle confère,²⁰⁹ mais aussi de l'hypothèse du *numerus clausus*. Les clauses restreignant l'expression des droits personnels étant soumis au régime des obligations de ne pas faire leurs sanctions généralement portent sur le paiement de dommage et intérêt. La complexité de leur sanction demeure cependant au niveau des clauses portant négation des droits réels du débiteur. Bien que leur importance tenant à l'atteinte portée sur les droits réels du débiteur varie selon qu'il s'agit des negative pledge ou des clauses d'inaliénabilité, ces clauses partagent dans l'essentiel le même régime des sanctions. Les negative pledge n'ayant pas été réglementées, leurs sanctions vont suivre celles des clauses d'inaliénabilité, tout comme il a été procédé pour leur validité, d'autant plus qu'elles partagent la même fonction et les mêmes effets. Bien que limité dans son efficacité, la sanction habituelle et de préférence des sûretés négatives résident dans la déchéance conventionnelle du terme, car elle provoque l'exigibilité anticipée de la créance. Outre, celle-ci, les mécanismes du droit commun de la responsabilité peuvent être mis en œuvre: la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution du débiteur de son engagement de ne pas faire ou éventuellement la responsabilité délictuelle du débiteur envers le tiers acquéreur de mauvaise foi permettant d'obtenir la nullité de l'acte en violation de la clause²¹⁰ ou demander tout simplement la réparation du préjudice subi comme il est souvent de pratique. Donc, pris dans leurs variétés, leurs diversités et leurs différents domaines, on peut affirmer qu'il découle des sûretés négatives des effets personnels. Toujours est-il que cette nature personnelle est avant tout l'intention recherchée par les parties qui n'ont aucune intention de créer une indisponibilité sur les biens du débiteur.

²⁰⁹ A notre sens, même si les parties avaient l'intention de soumettre la clause au régime de l'affectation et de l'indisponibilité réelle, la nature réelle ne saurait en résulter. V. commentaire suivant.

²¹⁰ Cette nullité, comme précisée plus haut se fonde non pas sur l'opposabilité comme en matière de droits réels (limitativement énumérés par la loi et conférant seuls le caractère erga omnes), mais sur la mauvaise foi du tiers acquéreur (le tiers ayant connaissance effective de la clause de sûreté négative). Ce qui à notre avis élimine toute idée de nature réelle à ces clauses restrictives de droits réels. Quel qu'en soit l'atteinte portée sur les biens du débiteur ou son droit de propriété, la clause d'inaliénabilité encore moins les negative pledge clauses insérées en tout cas dans des actes à titre onéreux confèrent toujours des droits de nature personnelle.

Ensuite, il s'agit avant tout d'un engagement de ne pas faire qui naturellement répond au régime des obligations de ne pas faire. Enfin, même si on devait prendre en compte l'atteinte réelle parfois portée par la clause sur les biens du débiteur, il convient également de noter que l'effet personnel est plus marquant que celui réel en ce que les interdictions pèsent sur la tête de l'emprunteur et non directement sur ses biens. Ceci n'est pas sans conséquence sur les sanctions applicables. Hormis la déchéance du terme qui est souvent stipulée dans la clause, il est généralement octroyé par le juge des dommages et intérêts pour préjudice subi au lieu d'une exécution en nature pouvant éventuellement conférer par là une situation plus favorable que si la clause a été respectée.

Cette réflexion a fait montre également de l'importante place qu'occupent les sûretés négatives au sein des garanties en général. Elles n'ont pas été prévues et régies par le législateur comme en matière de sûretés, mais ont été imaginées et créées par les banquiers eux-mêmes. Si elles n'étaient pas un moyen plus avantageux, plus souple, voire plus efficace que les sûretés réelles dans certains domaines, elles n'auraient pas fait l'objet de recours des banquiers pour la garantie des prêts octroyés en général aux sociétés. Face aux sûretés classiques réputées être les meilleurs moyens de garanties de créance et sans doute les plus protectrices du créancier, les sûretés négatives sont pourtant plus présentes dans les domaines des crédits syndiqués, les eurocrédits, le commerce international, des contrats internationaux de crédit. L'application des sûretés négatives dans le domaine international et sociétal est préférée à celle de sûretés réelles. En effet, dans le cadre par exemple d'un crédit syndiqué dans les lesquels des sommes colossales sont octroyées à l'emprunteur, il sera rare que ce dernier dispose d'un potentiel de biens suffisants et disponibles pouvant être amené en garantie ou s'il en existe aussi ça serait une des techniques les plus inefficaces voire des moins intelligentes. Or, à travers les sûretés négatives, le mécanisme est beaucoup plus souple en ce qu'elles vont interdire par la personne du débiteur la disposition des biens du patrimoine sans leur consentement (droit de veto), maintenir leur rang par rapport aux créanciers présents et futurs et par d'autres clauses avoir un droit de vote d'origine conventionnelle dans la prise de certaines décisions, et une obligation d'information du débiteur lorsque la clause de sûreté négative est prise *lato sensu*.

En fin de compte, on relève une importance considérable des sûretés négatives. Elles contribuent à la célérité des affaires, à l'accès aux prêts avec plus d'efficacité²¹¹ que les sûretés réelles dans les domaines précités. N'étant pas bien pratiqué au Sénégal hormis le cadre de contrats internationaux, leur insertion dans le droit positif sénégalais permettrait aux sociétés sises au Sénégal, mais surtout aux PME de pouvoir facilement accéder au crédit bancaire avec moindre coût, et sans forcément affecter des biens qu'ils peineront même à disposer quand la somme empruntée est assez importante. Donc leur réglementation légale en droit sénégalais pourrait déclencher leur pratique et un redécollage de certaines entreprises en difficultés financières. Il faudrait pour ce faire se fier aux solutions déjà acquises par la jurisprudence quant à leur validité et surtout leur nature pour éviter d'éventuelles incertitudes juridiques. En outre, il faudra réglementer les conditions de l'octroi du crédit dans un environnement de sûreté négative et essayer de pallier aux non moins importantes limites²¹² qu'elles véhiculent en tenant compte des solutions proposées dans le cadre de « *l'étude relative à la promotion de garantie hypothécaire dans les pays de l'UEMOA* », dossier 4410-00-17 (0061), Déc. 2012 :

- En imposant un formulaire d'hypothèque avec clauses précises (dans l'éventualité de l'option 2)
- En faisant des débours progressifs par tranches
- En prévoyant des termes inférieurs à l'amortissement entraînant des renouvellements du contrat à la fin du terme et, de là, un meilleur contrôle. Ex : prêt à 5ans, amortissement de la dette à 15ans.
- En obligeant, pour les conseillers en crédit et les juristes de la banque, à suivre une formation précise.
- En prévoyant une documentation prévoyant des procédés à suivre.
- En systématisant les opérations de suivi.
- En utilisant des formulaires préétablis.
- En utilisant des pro forma de jugement, Etc.

Les sûretés négatives, entreprises ici dans leur acception *stricto sensu* notamment en termes d'engagement de ne pas faire, et ce pour des raisons et choix académiques. Mais elles sont

²¹¹ Non seulement les sûretés négatives peuvent parvenir au même résultat que les sûretés classiques, mais elles le peuvent aussi moins rigoureusement et à moindre coût.

²¹²

plus efficaces en pratique si elles sont prises dans leur sens large. En effet, elles incluraient outre des engagements de ne pas faire, d'autres types d'engagement notamment de faire et qui certes trahiraient son concept strict, mais protégeraient mieux l'assiette du droit de gage général que constituent les biens du débiteur pour ses créanciers ou des moyens d'en surveiller l'évolution. Et dans leur acception peuvent trouver l'efficacité des solutions qui viennent d'être proposées.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCUMENTS OFFICIELS.

- ✓ Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution/ OHADA;
- ✓ Acte Uniforme portant organisation des Sûretés/OHADA;
- ✓ Acte Uniforme relative au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'intérêt Économique/ OHADA ;
- ✓ Code Civil français : version consolidée, Edition 2017;
- ✓ Code de Commerce français : version 2010-06-19, date de dernière modification 2010-06-17, Édition 2010-06-22;
- ✓ Code des Obligations Civiles et Commerciales sénégalais;
- ✓ Code Monétaire et Financier français : version consolidée du code au 5 octobre 2014, Édition 2014-10-12;
- ✓ Décret du 4 janvier 1955 pub foncier V;
- ✓ Constitution du Sénégal du 22 Janvier 2001.
- ✓ Constitution de la France du
- ✓ Loi uniforme 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire/l'UEMOA.

II. TRAITES ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ✓ **D. Legeais**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 2013;
- ✓ **F. Terré, Ph. Simler**, *Les biens*, D, 2006;
- ✓ **G. Marty et P. Raynaud**, *Droit civil*, T.II Vol. 2 : *Les biens*, 2e Édition, Sirey, 1976;
- ✓ **Gavalda, J. Stoufflet**, *Droit bancaire*, Litec, 2008;
- ✓ **J. Carbonnier**, *Droit civil : Les biens*, Thémis, PUF, 1995;
- ✓ **J. Demogue**, *Traité des obligations en général*, n° 1176, 1933;
- ✓ **J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau**, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001;
- ✓ **J.L. Rives-Langes et M. Contamine Raynaud**, *Droit Bancaire*, 6^eÉdition, 1995;

- ✓ **M. Cabrillac et C. Mouly**, *Droit des sûretés*, 6e édition, Litec 2002;
- ✓ **M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Petel**, *Droit des sûretés*, Paris 10^{ème}Édition, Litec, 2010, 851 pp;
- ✓ **M. Planiol, G. Ripert**, *Traité pratique de droit civil, Les biens*, t. 3, par M. Picard, LGDJ, 1926;
- ✓ **Mazeaud et Chabas**, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, Tome. I Vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, n° 217 et 219;
- ✓ **Mercadal**, *Droit commercial : Mémento* F. Lefebvre, 2007;
- ✓ **P. Crocq**, *droit des sûretés*, D, 2014;
- ✓ **Ph. Simler, Ph. Delebecque**, *Les sûretés*, D, 2004;

- ✓ **Saint-Alary et M. Boccara**, *Les garanties du crédit*, Éditions du *Journal des Notaires et des Avocats*, n° 90, 1995;
- ✓ **Terré, Simler et Lequette**, *Droit civil : Les obligations*, D, 8e Ed. 2002;
- ✓ **Y. Picod**, *Droit des sûretés*, 3ème Édition, *Thémis*, 2016, 544 pp;
- ✓ **P-Y. Ardoy**, *fiches de droit des sûretés*, Ellipses Edition Marketing S.A, 2013.

III. OUVRAGES SPÉCIALISES

- ✓ **J.H. Farrar**, *Negative Pledges, Debt Defeasance and Subordination of Debt*, in Farrar: « *Contemporary Issues in Company Law* », 1988;
- ✓ **P. Gabriel**, *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Butterworth, 1986;
- ✓ **P. Simler**, « Les clauses d'inaliénabilité », D. 1971;
- ✓ **P. Simon**, *Financement d'entreprise : Le fil à la patte des sûretés négatives*, D *Affaires*, 1996, n°21, p. 635;
- ✓ **P.R Wood**, *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, Ed. Sweet Maxwell, 1995;
- ✓ **Y. Guyon**, *L'inaliénabilité en droit commercial*, in « *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'A. Sayag* », Litec, 1997.

IV. THÈSES

- ✓ **Raynaud** : « La stipulation d'indisponibilité », Thèse, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2003;
- ✓ **H. De Levallois-Laender** : « Les sûretés négatives », Thèse Paris I, 1999;
- ✓ **J. Azéma** : « La durée des contrats successifs », Thèse, Lyon, LGDJ, 1969;
- ✓ **L. Valette** : « La clause de traitement égal, dite clause *pari passu* », Thèse, Paris IX, 1999;
- ✓ **M. Fernandez** : « Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais », Thèse, Paris II, 2002;
- ✓ **N. Gras** : « Essai sur les clauses contractuelles », Thèse, Université d'Auvergne - Clermont- Ferrand I, 2014;
- ✓ **P. Hugueney** : « De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », Thèse, Dijon, 1910.

V. ARTICLES ET COLLOQUES.

- ✓ **C. GAVALDA**, « Établissement de crédit et banque » in *Répertoire de droit international*, janvier 2015;
- ✓ **D. Mazeaud**, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *LPA*, 1998;
- ✓ **F. Danos**, « Les restrictions conventionnelles au pouvoir de disposer : unité de régime ? », *Revue des contrats*, 2016;
- ✓ **H. Corvest** : « L'inaliénabilité conventionnelle », *Deffrénois*, 1979;
- ✓ **H. Conchon**, « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », *LPA*, 2002;
- ✓ **J. Demogue**, « Les obligations, garanties susceptibles d'être conférées aux obligataires », *JCP Sociétés*, t. 5, Fasc. 108, 5, 1979, I, n°53;
- ✓ **J. Huet**, « Les principaux contrats spéciaux », *LGDJ*, 2001, n° 11147;
- ✓ **J.B. Stone**, « The Affirmative Negative Pledge », *JIBL*, 1991
- ✓ **L. Aubert**, « Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur », *RTD civ*, 1969;
- ✓ **M. Favero**, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre les systèmes juridiques. L'exemple du *Loan Market Association* », *RTDCom*, 2003;

- ✓ **M. Morin**, « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », *Defrénois*, 1971;
- ✓ **M. Vasseur**, « Les garanties indirectes du banquier », *RJC*, 1982 ;
- ✓ **Meinertzhagen-Limpens**, « Les engagements de ne pas faire en matière de crédit », *RDAI*, 1986;
- ✓ **N. Molfessis**, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in colloque, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *LPA*, 1998;
- ✓ **P. Chauviré**, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle », in « Liberté contractuelle et droits réels », Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, 2015;
- ✓ **R. Marty**, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens » (Ière partie), *LPA*, 2000;
- ✓ **R. Mortier**, « Les nouveaux horizons de l'inaliénabilité en droit des groupements : Dr. Sociétés », 2008, chron. n° 1;
- ✓ **S. Neuville**, « Droit de la banque et des marchés financiers », *PUF*, Coll. Droit Fondamental, 2005;
- ✓ **T. Brocas**, « Les clauses de protection liées à la situation financière de l'emprunteur », in « Les Eurocrédits, expériences continentales », Coll. de Tours des 10, 11 et 12 /06/1981;
- ✓ **Y. Chaput** :
- ✓ « Les clauses de garanties (sûretés négatives) », Coll. IDA sur « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », Aix-en-Provence, 1990.
- ✓ « Les sûretés négatives », *Annales de la Faculté de Droit et de Science Politique de Clermont- Ferrand*, Edition *L.G.D.J.*, 1974
- ✓ « Les sûretés négatives », *Contrats-Distribution*, *Jurisclasseur*, Fascicule 935, , 1991.
- ✓ « Sûretés négatives », *Banque-Crédit-Bourse*, *Jurisclasseur*, Fascicule 790, 2009.

VI. JURISPRUDENCES

- ✓ Arrêt Knott c/ Manufacturing Co décision rendue par la West Virginia Court en 1888
- ✓ Arrêt Brunton c/ Electrical Engineering Corporation 1892] 1 Ch. 434
- ✓ CA Montpellier, 23 Avr. 1931 : *Gaz. Pal.* 1931, I, p. 879

- ✓ Cass civ 26 Mai 2006
- ✓ Cass civ arrêt du 11 Mai 2011.
- ✓ Cass. 1re civ. 11 Févr. 2003, n° 01-10366
- ✓ Cass. 1re civ. 13 Déc. 2005 n° 04-13772 *legifrance*
- ✓ Cass. 1re civ. 15 Juin 1994, n° 92-12139 : *D.* 1995, jur. p. 342 *idem*
- ✓ Cass. 1re civ. 1er Févr. 2005, n° 01-16.733, 2005, I, n° 60
- ✓ Cass. 1re civ. 23 Janv. 2008, n° 06-16.120 : *RJDA* 2008, n° 782
- ✓ Cass. 1re civ. 27 Nov. 2008, n° 07-15.226, 2008 : *Bull. civ.* 2008, I, n° 275.
- ✓ Cass. 1re civ., 15 Juin 1994, n° 92-121.39 ; *Bull civ.* 1994, I, n° 211, *D.* 1995, p. 342
- ✓ Cass. 1re civ., 8 Févr. 2000, n° 97-20.727 : *Bull. civ.* 2000, I, n° 43
- ✓ Cass. 1re civ., 8 Janv. 1975, n° 73-11.648 ; *Bull. civ.* 1975, I, n° 8 *idem*
- ✓ Cass. civ. 1er 30 Mai 2006, n°02-13495, *RTD civ.* 2006 p. 558
- ✓ Cass. civ. 1ère 13 Décembre 2005 n°04-13772, *RTD civ.* juillet 2006, n°3 p.557
- ✓ Cass. civ. 3ème 22 Mars 2006 n°04-19349, *RTD civ.* octobre 2006, n°4 p.722
- ✓ Cass. civ., 24 Janv. 1899 : *DP* 1900, I, p. 533

- ✓ Cass. com., 11 Juin 1965, n° 63-10240 : *Bull civ.* 1965, III, n° 361 ; *D.* 1965, p. 782
- ✓ Cass. req. 2 Mai 1900 : *S.* 1901, I, p. 14
- ✓ Cass. req. 23 Juin 1919 : *S.* 1920, I, p. 134.
- ✓ Cass. req. 27 Juill. 1863 : *D.* 1864, I, p. 494
- ✓ Cass. soc. 12 Juill. 2005 n°04-13342, *RTD civ.* 2006 p.109
- ✓ Cass. civ., 31 Oct. 2007, n° 05-14.238: *Bull. civ.* 2007, I, n° 337 ;
- ✓ Civ. 1^{er}, 9 Mai 1994, n°92-15., *Bull. civ.* I, n°171
- ✓ Civ. 1ère 17 Oct. 2000, *D.* 2000 p. 952
- ✓ Civ. 1ère 26 Jan. 1999, *D.* 1999, *Somm Commentés* p. 263, par P. Delebecque, *RTD Civ.* 1999 p. 405
- ✓ Civ. 1ère, 15 Juin 1994, *D.* 1995, *Jurisprudence* p. 342, note Leborgne
- ✓ Com. 12 Mars 1963, *D.* 1963 p. 367
- ✓ Tribunal de commerce de la Seine, 27 Juin 1935, *D* 1937, II, p. 95
- Tribunal de commerce de la Seine, 27 Juin 1935, *D.* 1937 II p. 93, note P. Cordonnier

VII. SITES INTERNETS

- ✓ <http://blogs.u-paris10.fr>
- ✓ www.courdecassation.fr
- ✓ www.doc-du-juriste.com
- ✓ www.google.com
- ✓ www.legifrance.gouv.fr
- ✓ www.lgdj.fr

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
TITRE I : L'AMÉNAGEMENT DES CLAUSES DE SÛRETÉS NÉGATIVES.....	19
CHAPITRE I : Le sens des clauses de sûretés négatives.	19
SECTION I : Le contenu général des clauses de sûreté négative.....	20
PARAGRAPHE I : La négation d'un droit du débiteur.	20
A. La negative pledge clause.	21
1. L'origine et le but des negative pledge clauses.....	21
a. L'origine des negative pledge clauses.....	21
b. Le but des negative pledge clauses.	24
2. L'obligation véhiculée par la clause de negative pledge.....	26
B. La clause d'inaliénabilité.	27
PARAGRAPHE II : La portée de la négation.	30
A. Les garanties ou sûretés concernées par la négation.	30
B. Les crédits et les biens concernés par la négation.	31
SECTION II : Le contenu particulier des sûretés négatives.	32
PARAGRAPHE I : La justification de l'inclusion au sein des sûretés négatives.	32
A. La primauté de la négation dans la clause créatrice.	33
B. La justification téléologique de la clause créatrice.	33
PARAGRAPHE II : L'insertion de clauses affirmatives ou créatrices.	34
A. Les clauses créatrices par l'effet d'une sanction.	35
1. Les clauses portant engagement du débiteur de consentir une sûreté en cas de violation.	35
2. Les clauses dites automatiques.....	36
B. Les clauses créatrices sous l'effet d'une condition.	37
1. Les unless clauses.....	37

2.	Les pari passu clauses du droit français.	37
CHAPITRE II : La validité des clauses de sûretés négatives.		39
SECTION I : La validité des clauses portant négation de certains droits réels.		40
PARAGRAPHE I : La recherche d'un régime juridique adapté.		40
A.	La référence à la clause d'inaliénabilité.	41
B.	L'admission de la validité de la clause d'inaliénabilité.	42
PARAGRAPHE II : La validité des clauses d'inaliénabilité.		44
A.	Des conditions particulières de validité.	44
1.	L'exigence d'un intérêt sérieux et légitime.	44
2.	L'exigence d'une durée déterminée.	46
B.	La sanction de l'irrespect des conditions de validité.	48
1.	La nullité de la clause.	49
2.	Une possible réduction judiciaire.	49
SECTION II: La validité des clauses imposant une renonciation à certains droits personnels.		50
PARAGRAPHE I : L'absence de conditions particulières de validité.		50
A.	La référence à l'ordre public.	51
B.	L'appréciation subjective de la validité de la clause.	52
PARAGRAPHE II : La nécessité de reconsidérer la validité des clauses imposant une renonciation de certains droits personnels.		52
A.	Vers un dépassement de l'ordre public économique comme seul élément de contrôle de validité.	53
B.	Essai d'une transposition des conditions jurisprudentielles applicables en matière de clauses d'inaliénabilité.	53
Conclusion Titre I.		54
TITRE II : TRAITEMENT DES SÛRETÉS NÉGATIVES.		55
CHAPITRE I : L'identification des droits conférés par les sûretés négatives.		56

SECTION I : La nature des droits conférés par les negative pledge clauses.....	57
PARAGRAPH I : La nature des absolute negative pledge clauses.....	57
A. La nature personnelle des negative pledge clauses absolues.	57
B. Quelques hésitations relatives à la nature personnelle des negative pledge simples.	58
PARAGRAPH II : La nature complexe des clauses dites affirmatives.....	59
A. La difficile qualification des clauses à vocation créatrice.....	59
B. La nature des clauses créatrices.	63
SECTION II: Le cas complexe des clauses d'inaliénabilité.	63
PARAGRAPH I : L'incohérence terminologique.....	63
A. La notion de clause d'inaliénabilité.	64
B. Essai d'une mise en cohérence terminologique.	65
PARAGRAPH II : Les difficultés relatives à la nature des droits conférés dans les actes à titre onéreux.	66
A. La thèse de la nature réelle des clauses d'inaliénabilité.....	66
B. La position dominante : la nature personnelle des clauses d'inaliénabilité.	68
CHAPITRE II : Les sanctions de la violation des clauses de sûretés négatives.	72
SECTION I : Les sanctions provoquant l'exigibilité de la créance.....	72
PARAGRAPHE I : La déchéance conventionnelle du terme.....	72
A. La sanction de préférence des sûretés négatives.	73
B. L'efficacité limitée de la déchéance du terme.....	73
PARAGRAPHE II : La déchéance légale du terme.	74
A. La diminution ou le défaut de fourniture des sûretés par le débiteur.....	74
B. Le comportement gravement répréhensible et l'atteinte à la dignité du crédit.	76
SECTION II : Les sanctions du droit commun de l'inexécution contractuelle.....	77
PARAGRAPH I : La responsabilité contractuelle du débiteur.	78
A. L'existence d'une faute du débiteur.	78

B.	Les sanctions de la faute contractuelle.....	79
	PARAGRAPHE II : La responsabilité du tiers ayant acquis le bien envers le bénéficiaire de la clause de sûreté négative.	80
A.	Les conditions de la responsabilité.....	81
B.	Les sanctions de la responsabilité du tiers acquéreur.....	84
	Conclusion Titre II.....	86
	CONCLUSION GENERALE	86
	TABLE DES MATIERES.....	97