

Le nouveau droit OHADA des sûretés

Jean-Jacques LECAT – Avocat Associé

E-mail : jean-jacques.lecat@cms-bfl.com

Pierre Marly – Avocat Associé

E-mail : pierre.marly@cms-bfl.com

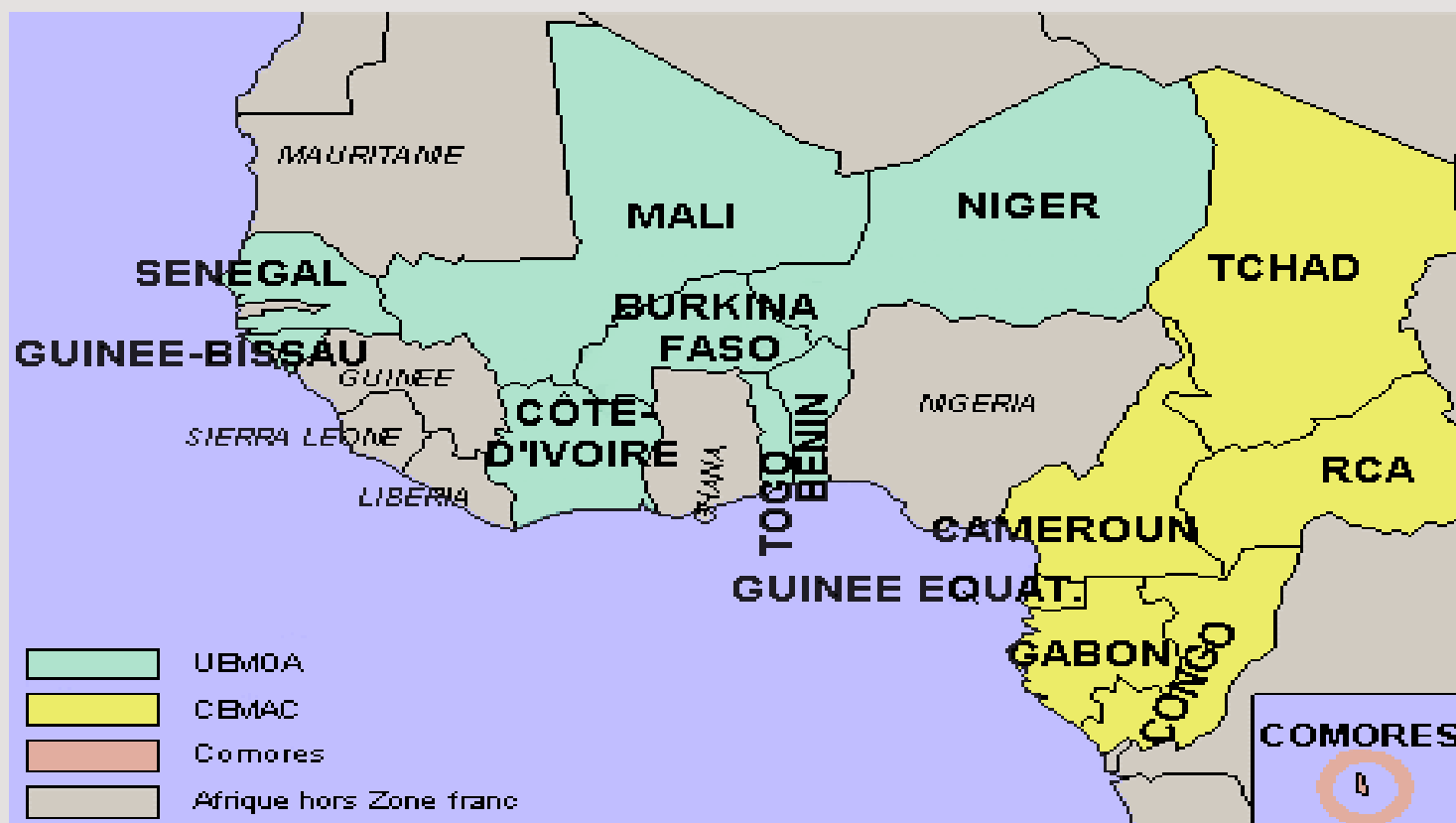
Juin 2011

Sommaire

- Introduction
- Principales innovations
- Les sûretés personnelles : des assouplissements et précisions mais peu de modifications
- Les sûretés réelles :
 - L'innovation de la propriété sûreté
 - L'amélioration du gage et du nantissement
 - Le nantissement de compte bancaire
 - Le nantissement de compte de titres financiers
 - Simplicité des formalités d'opposabilité
 - Réalisation facilitée
- L'agent des sûretés : Une innovation majeure pour les pools bancaires
- Conclusion : Un droit attractif, des défis qui demeurent

UEMOA, CEMAC, OHADA: ETATS MEMBRES

OHADA = UEMOA + CEMAC + Guinée Ckry + Comores [+ RDC]



Introduction

➤ L'OHADA :

- Harmonisation de certaines disciplines du droit des affaires entre 16 pays d'Afrique subsaharienne (Afrique de l'ouest et Afrique Centrale)
- Actes Uniformes directement applicables dans les Etats membres
8 Actes initiaux droit des sociétés, droit commercial, procédures collectives, sûretés, voies d'exécution, arbitrage, comptabilité, transport et un acte uniforme sur les sociétés coopératives adopté en décembre 2010

➤ Importance stratégique du droit des sûretés :

=> sécuriser les bailleurs => favoriser l'octroi de prêts => financer l'investissement => permettre le développement économique

Introduction (suite)

- 1er Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998
- Processus de revue et d'évaluation des Actes OHADA depuis 2007
- Diagnostic sur l'AUS:
 - Une construction de l'AUS imparfaite et incomplète
 - Des possibilités d'exploitation/réalisation par le débiteur des biens gagés/nantis trop limitées
 - Des formalités de constitution et d'opposabilité trop lourdes
- Adoption d'un nouvel Acte Uniforme sur les suretés le 15 décembre 2010 – **entré en vigueur le 15 mai 2010**

Principales innovations : elles portent essentiellement sur les sûretés réelles (1)

- **Clarification du champ d'application** : aucune sûreté réelle disponible autre que celles mentionnées dans l'AUS (sauf exceptions expresses: les sûretés maritime, aérienne ou fluviale et les garanties des obligations entre établissement financiers)
 - **Extension expresse de l'objet des sûretés à tous biens présents ou futurs et à toutes obligations futures, conditionnelles, monétaires (compte bancaire) ou non**
 - **Nouvelle typologie** qui permet plus de souplesse : distinction entre gage et nantissement fondée sur la nature corporelle (gage) ou incorporelle (nantissement) du bien donné en garantie et non plus sur la dépossession ou la non – dépossession
- => permet la création de sûreté sur un bien nouveau sans dépossession**

Principales innovations : elles portent essentiellement sur les sûretés réelles (2)

- **Nouvelles sûretés basées sur le droit de propriété:** Cession de créances, transfert fiduciaire de sommes d'argent
- **Simplification du mode de constitution:** suppression de l'obligation d'enregistrement sauf pour les hypothèques
- **Généralisation de l'inscription** de toute sûreté sans dépossession au RCCM
- **Possibilité de faire constituer, inscrire et réaliser toute sûreté** par une institution financière agissant, en son nom et en qualité **d'agent des sûretés**, au profit des créanciers
- **Possibilité de réalisation conventionnelle (pacte comissoire)**, sauf pour nantissement de fonds de commerce

Les sûretés personnelles: des assouplissements et précisions mais peu de modifications (1)

- Le champ d'application de l'AUS est inchangé:
 - Il régit le cautionnement et les garanties autonomes
 - Les techniques contractuelles de garantie demeurent hors champs de l'AUS (ex. : porte fort, solidarité, délégation...)
- Assouplissement du régime du cautionnement
 - Mentions manuscrites: condition de preuve et non plus de validité
 - Validation du cautionnement de dettes futures (cautionnement de compte courant)
 - Suppression de l'obligation d'information de la caution en cas de défaillance du débiteur
 - Transmission de l'engagement de caution aux héritiers

Les sûretés personnelles: des assouplissements et précisions mais peu de modifications (2)

➤ Précision du régime de la garantie:

- Maintien du caractère solennel de l'engagement (mentions obligatoires) et affirmation du caractère unilatéral de la garantie autonome
- paiement de la garantie : à première demande ou selon des modalités convenues
- révocabilité des garanties/ contre-garanties à durée indéterminée
- recours du garant contre le donneur d'ordre en cas de paiement conforme à la garantie (et non plus « utile au donneur d'ordre»): application plus restrictive pour le garant

Sûretés réelles - L'innovation de la propriété-sûreté

- Institution de la cession simplifiée de créance existantes ou futures aux établissements de crédit nationaux ou étrangers à titre de garantie
- Institution du transfert fiduciaire de somme d'argent: transfert temporaire de propriété à titre de garantie
- Normalisation de la réserve de propriété (visée incidemment dans l'AU sur le droit commercial général et dans l'AU sur les procédures collectives)

Sûretés réelles - L'innovation de la propriété-sûreté

➤ **La cession de créance à titre de garantie**

- Sureté réservée aux établissements de crédit nationaux ou étrangers
- Une assiette étendue permettant une sécurisation efficace du créancier
 - ✓ La cession concerne les créances existantes ou futures
 - ✓ Sauf convention contraire, la créance est cédée avec ses accessoires

Les sûretés réelles - L'innovation de la propriété-sûreté

➤ La cession de créance à titre de garantie (suite)

- Constitution : Ecrit incluant des mentions obligatoires à peine de nullité notamment
 - ✓ Désignation des créances garanties et des créances cédées
 - ✓ Si créances futures : leur individualisation et leur identification doivent être rendues possible dans l'acte
- Opposabilité : un régime différencié selon les intervenants
 - ✓ Entre les parties : à compter de la signature
 - ✓ Vis-à-vis des tiers : à compter de l'inscription au RCCM
 - ✓ Vis-à-vis du débiteur : à compter de l'intervention à l'acte ou de la notification

Les sûretés réelles - L'innovation de la propriété-sûreté

➤ La cession de créance à titre de garantie (suite)

- Effets : une sécurité juridique importante pour le créancier
 - ✓ Le cédant ne peut modifier l'étendue de ses droits sur la créance sans l'accord du cessionnaire
 - ✓ Inopposabilité de l'incessibilité conventionnelle lorsque la créance est professionnelle ou en rapport direct avec l'activité professionnelle
 - ✓ Inopposabilité des exceptions existants entre le constituant et le débiteur cédé en cas d'acceptation de la cession par le débiteur cédé
 - ✓ Seul le débiteur professionnel peut accepter la cession (dans un acte solennel)
- Réalisation : Les avantages de l'attribution en pleine propriété
 - ✓ Attribution de la pleine propriété des créances
 - ✓ Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. Le surplus est restitué au cédant (toute clause contraire est réputée non écrite).

Les sûretés réelles - L'innovation de la propriété-sûreté

➤ **Le transfert fiduciaire de sommes d'argent**

- Constituant/Bénéficiaire: professionnel ou non
- Une sûreté qui porte sur les sommes d'argent
 - ✓ Les fonds doivent être inscrits dans un compte bloqué ouvert au nom du créancier dans les livres d'un établissement de crédit
- Constitution : à peine de nullité la convention détermine :
 - ✓ La ou les créances garanties
 - ✓ Le montant des fonds cédés à titre de garantie et identifie le compte bloqué

Les sûretés réelles - L'innovation de la propriété-sûreté

➤ Le transfert fiduciaire de sommes d'argent (suite)

- Opposabilité :
 - ✓ Entre les parties : à compter de la signature de la convention
 - ✓ Aux tiers : à compter de la date de notification à l'établissement teneur du compte (si les fonds sont inscrits sur le compte bloqué)
- Effets :
 - ✓ Si les fonds cédés produisent intérêts, ces intérêts sont portés au crédit du compte (sauf convention contraire)
- Réalisation :
 - ✓ A l'échéance et 8 jours après avertissement du constituant
 - ✓ Remise des fonds à due concurrence du montant des créances garanties impayées

Les sûretés réelles – L'amélioration du gage et du nantissement

- Le gage ou le nantissement peuvent porter sur des biens corporels ou incorporels présents ou futurs
- En cas de biens futurs, le droit du créancier s'exerce sur le bien gagé ou nanti aussitôt que le constituant en acquiert la propriété
- Instauration du gage sans dépossession : La dépossession n'est plus une condition de validité du gage

Les sûretés réelles – L'amélioration du gage et du nantissement

➤ Gage :

- Amélioration et uniformisation des dispositions relatives aux gages
- Insertion de mentions spécifiques aux matériels et véhicules
- Insertion de mentions spécifiques aux stocks

⇒ droit commun du gage étendu + mentions spécifiques => clarification

➤ Nantissement :

- Création nouvelles : nantissement de compte bancaire, nantissement de droit de propriété intellectuelle, nantissement de compte de titres financiers
- Nantissement de compte de titres financiers: la sûreté porte sur l'universalité du compte : les titres financiers qui substituent ou complètent ceux initialement inscrits ainsi que leurs fruits et produits sont compris dans l'assiette

Les sûretés réelles – L'amélioration du gage et du nantissement

➤ Extension du champ des créances garanties :

Les créances garanties peuvent être présentes ou futures (à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables)

➤ Uniformisation des mentions obligatoires :

- Gage : désignation de la créance garantie et de l'espèce, nature et quantité des biens données en gage
- Nantissement de créance et de compte bancaire : désignation de la créance garantie et des créances nanties ou, si elles sont futures, des éléments de nature à permettre leur individualisation tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et leur échéance

Les sûretés réelles - nantissement de compte bancaire

➤ Détermination des sommes nanties :

- Les parties conviennent des conditions dans lesquelles le constituant peut continuer de disposer des sommes inscrites sur le compte
- possibilité de prévoir un compte bloqué (compte séquestre : possibilité d'un transfert fiduciaire) / compte opérationnel en fonctionnement libre / compte réglementé ou contrôlé

=> liberté contractuelle de prévoir les débits et crédits autorisés en fonction des comptes et des opérations => intérêt dans le cadre de financement de projets (régime différencié selon les comptes)

➤ Réalisation: la question du solde du compte :

- Solde créditeur provisoire ou définitif au jour de la réalisation de la sûreté
- En cas de procédure collective : solde créditeur au jour de l'ouverture de la procédure

Les sûretés réelles - nantissement de compte de titres financiers

- Spécificité du nantissement de compte de titres financiers
 - Déclaration de nantissement
 - Ouverture d'un compte spécial au nom du titulaire et tenu par l'émetteur ou l'intermédiaire financier
 - Le cas échéant, ouverture d'un compte bancaire spécial pour les « fruits et produits »
- ⇒ le compte de titres et le compte bancaire forment le « compte nanti » (universalité)
- ⇒ Régime très proche du nantissement de compte titres français (et qui a démontré son efficacité)

Les sûretés réelles – Simplicité des formalités d'opposabilité

- Inscription au RCCM obligatoire pour l'ensemble des gages et nantissements (qui renforce le besoin d'informatisation des RCCM)
- Inscription facilitée :
 - ✓ Inscription peut être effectuée par chacune des parties (constituant, créancier, agent des sûretés)
 - ✓ Mentions obligatoires uniformisées et plus souples (ex : l'original du titre de créance n'est plus nécessaire)
 - ✓ Durée de validité de l'inscription assouplie : liberté contractuelle dans la limite de 10 ans
- Disparition de l'obligation d'enregistrement
- Information du débiteur cédé : Remplacement de la signification par la notification

Les sûretés réelles - Réalisation facilitée

➤ Instauration du pacte comissoire :

- Clause prévoyant que le créancier deviendra automatiquement propriétaire du bien en garantie en cas de défaut du débiteur (mais la clause prévoyant la vente privée du bien en garantie à un tiers par le créancier) demeure interdite)
- Pour tout constituant : pour les sommes d'argent ou les biens dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle
- Uniquement lorsque le constituant est un professionnel : pour les biens de toute nature sous réserve que leur prix soit estimé au jour du transfert par un expert désigné amiablement ou judiciairement (toute clause contraire étant réputée non écrite)

Si la valeur du bien excède le montant de la créance => reversement différence ou consignation si pluralité de bénéficiaire de la sûreté

L'agent des sûretés, une innovation majeure pour les pools bancaires

« Toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin ».

➤ Personnes pouvant avoir la fonction d'agent des sûretés

- Institution financière ou établissement de crédit, national ou étranger

➤ Sûretés concernées

- Sûretés réelles
- sûretés personnelles
- Toute « garantie de l'exécution d'une obligation »

=> champ d'application très large (le régime applicable en droit français ne vise que les sûretés réelles)

L'agent des sûretés, une innovation majeure pour les pools bancaires

➤ Mode de désignation

- Désigné aux termes d'un acte incluant certaines mentions à peine de nullité
- L'acte peut être conclu postérieurement à la prise de sûreté (plus grande souplesse)

➤ Prérogatives

- Représentation des créanciers
 - ✓ dans leur relation avec le débiteur, leurs garants, les cautions « réelles » et les tiers
 - ✓ mandat d'ester en justice dans la limite des pouvoirs qui lui ont été confié
- Possibilité de se substituer un tiers pour l'accomplissement de la mission

L'agent des sûretés, une innovation majeure pour les pools bancaires

➤ Patrimoine d'affectation

- Pour les transferts de propriété : patrimoine d'affectation séparé (immunité aux procédures collectives) => vraie sécurité pour le pool (rôle proche d'un fiduciaire)
- Saisie du bien que par le créancier d'une créance née de la conservation dudit bien

➤ Responsabilité

- Responsabilité pour faute dans l'exécution de sa mission
- En cas de substitution de l'agent des sûretés par un tiers (si prévue dans l'acte de désignation) => actions directes possibles des créanciers envers le tiers

Conclusion : un droit attractif, des défis qui demeurent

- Un droit attractif susceptible de fournir aux prêteurs la sécurité suffisante dans le cadre de leurs opérations de financement :
 - Un éventail de sûretés adapté aux enjeux de la pratique
 - Des formalités de constitution et d'opposabilité claires
 - Une sécurité renforcée pour les créanciers : supervision et réalisation facilitées
 - L'innovation de l'agent des sûretés de nature à faciliter la mise en œuvre de pools bancaires
- Le déploiement et l'informatisation du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier conditionnera le succès de la réforme : vers un registre informatisé commun aux Etats membres de l'OHADA?

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

L'équipe Afrique de CMS Bureau Francis Lefebvre

- **Une équipe pluri-disciplinaire d'avocats dédiée aux pays africains et aux marchés émergents**
- **Plus de 30 avocats dans les bureaux de Paris, d'Alger et de Casablanca**
- **Une pratique existant au sein du cabinet depuis plus de 50 ans**
- **Un centre de documentation unique consacré à la législation des pays africains**
- **Une compétence largement reconnue dans le domaine du conseil et d'assistance aux entreprises en matière juridique et fiscale**

Jean-Jacques LECAT – Avocat Associé

E-mail : jean-jacques.lecat@cms-bfl.com

Pierre Marly – Avocat Associé

E-mail : pierre.marly@cms-bfl.com