



ÉCOLE RÉGIONALE SUPÉRIEURE DE LA MAGISTRATURE
Don IDA n° H7990

Rapport de synthèse de la session de formation sur « La constitution et le contentieux des sûretés et autres garanties dans l'espace OHADA »
(ERSUMA, Porto-Novo, du 05 au 09 décembre 2016)

Du 05 au 09 décembre 2016 s'est tenue à la salle polyvalente de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) sise à Porto-Novo (Bénin) une session de formation à l'intention des présidents, greffiers en chef des tribunaux de commerce, avocats, notaires et huissiers de justice sur le thème suivant : « **La constitution et le contentieux des sûretés et autres garanties dans l'espace OHADA** ».

Ont pris aux travaux les délégations de l'ensemble des Etats membres de l'OHADA, à savoir : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, République Démocratique du Congo, Tchad et Togo.

Ont, en outre, participé à la session, à titre payant, treize (13) professionnels de différents corps de métier.

Sous la modération du **Dr Désiré Médard BACKIDI**, Directeur Général par intérim l'ERSUMA et **Dr Boubacar Sidiki DIARRAH**, Directeur des affaires juridiques, de la documentation et de la communication de l'OHADA, la session de formation était animée par :

- **Pr Charles MBA OWONO**, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire à l'Université Omar Bongo de Libreville ;
- **Pr Mayatta NDIAYE MBAYE**, Agrégé des Facultés de Droit, Maître de Conférences à l'Université Cheick Anta Diop de Dakar ;
- **Dr Désiré AÏHOU**, Avocat, Enseignant-Chercheur à l'Université d'Abomey-Calavi.

Les travaux proprement dits ont été précédés par une phase protocolaire.

I. CEREMONIE D'OUVERTURE

La cérémonie d'ouverture a été ponctuée par deux interventions : l'allocution du **Dr Médard Désiré BACKIDI**, Directeur Général par intérim de l'ERSUMA, et le discours d'ouverture du **Pr Dorothé C. SOSSA**, Secrétaire Permanent de l'OHADA.

Dans son allocution, le Directeur Général par intérim de l'ERSUMA a salué la présence du Secrétaire Permanent de l'OHADA et souhaité la bienvenue à tous les participants. Il a souligné que constituant à la fois la dernière activité de formation de l'ERSUMA au titre de l'année 2016 et la première à être organisée avec le concours du Projet d'Amélioration du Climat des Investissements (PACI) financé par le Groupe de la Banque Mondiale, la présente session s'inscrit dans une ère de renouveau du point de vue de la gouvernance de l'Ecole, mais aussi en ce qui concerne la sélection des experts formateurs et les processus de finalisation des curricula de formation. Après avoir présenté les objectifs de la session et les formateurs, le Directeur Général par intérim de l'ERSUMA a souhaité bon séjour à tous les participants.

Dans son discours d'ouverture, le Secrétaire Permanent de l'OHADA a d'abord rappelé la mission de l'ERSUMA telle qu'elle découle du Traité constitutif et du Traité révisé, et souligné sa détermination à combattre les dérives que l'on a pu observer récemment dans la gestion de l'Ecole. Sa présence, a-t-il indiqué, est symptomatique de la nouvelle impulsion que les autorités de l'OHADA entendent donner à l'ERSUMA en termes d'excellence, de crédibilité et d'opérationnalité au service des Etats, qui doivent avoir l'opportunité d'être représentés de façon égalitaire à toutes les sessions de formation.

Envisageant les objectifs de la session, le Secrétaire Permanent a, ensuite, relevé qu'au-delà de l'appropriation générale du droit des sûretés, l'exploration des outils juridiques inusités de l'arsenal normatif de l'OHADA est essentielle pour améliorer les pratiques professionnelles et le niveau de financement des entreprises.

Il a, enfin, remercié le Groupe de la Banque Mondiale pour son soutien financier à l'organisation du séminaire, avant de déclarer les travaux ouverts.

II. TRAVAUX

Les travaux se sont déroulés sur cinq jours, dans un format interactif consistant en présentations suivies d'échanges avec les participants. Des cas pratiques traités en ateliers et discutés en plénière ont permis d'approfondir la discussion sur les différents thèmes abordés.

Journée du Lundi 05 décembre 2016

Les travaux de la première journée ont été animés par le **Pr Charles MBA OWONO** qui a introduit les échanges sur le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention.

Le cautionnement a été présenté d'un point de vue notionnel à travers, d'une part, ses caractères contractuel, accessoire et unilatéral et, d'autre part, ses modalités, le cautionnement classique côtoyant des cautionnements particuliers que sont la certification de caution, le cautionnement réel et le sous-cautionnement.

Les conditions de formation du contrat de cautionnement ont été explicitées : relativement aux parties, la caution doit être crédible et justifier de la capacité à s'obliger ; l'acte de cautionnement lui-même doit être écrit et faire mention de la somme maximale garantie en toutes lettres et en chiffres, étant précisé que l'écrit est exigé à des fins probatoires et non comme condition de validité du contrat ; valablement constituée, l'obligation garantie peut se limiter à une dette précise ou s'étendre à l'ensemble des engagements du débiteur, auquel cas la somme maximale couverte doit être précisée.

L'efficacité du cautionnement a été présentée sous le double prisme de la poursuite de l'exécution contre la caution et des recours reconnus à la caution *solvens*.

Etant accessoire à l'obligation du débiteur principal, le cautionnement s'éteint en principe toutes les fois que l'engagement garanti est éteint, comme en cas de paiement, de dation en paiement ou de novation.

La présentation des **garanties et contre-garanties autonomes** a permis d'examiner successivement l'existence, les effets et l'extinction de ces instruments de couverture d'opérations commerciales et financières.

Se singularisant par le caractère autonome de l'obligation du garant par rapport à l'obligation principale, les garanties indépendantes ne peuvent être délivrées que par des personnes morales. Elles doivent, en outre, être constatées par un écrit comportant des mentions impératives requises à peine de nullité.

L'exécution de la garantie est facilitée, l'opposition au paiement n'étant admise que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Comme la caution, le garant *solvens* dispose contre le donneur d'ordre d'un recours personnel et d'un recours subrogatoire.

La présentation de **la lettre d'intention** a marqué la fin des communications de la journée. Création prétorienne non encore textuellement consacrée en OHADA, la lettre d'intention, encore dite lettre de patronage, de parrainage, de confort ou de soutien est un engagement moins contraignant que les autres sûretés personnelles.

En pratique, la lettre d'intention pose souvent le problème de sa qualification : si elle doit contenir l'expression d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la lettre d'intention mal libellée peut s'apparenter à une autre sûreté personnelle ou, à l'inverse, être dépourvue de toute portée juridique.

Quant à son régime, le contenu de la lettre d'intention dépend de la commune volonté des parties ; l'émission de cette garantie nécessite cependant que soient observées les règles relatives aux pouvoirs, notamment dans les sociétés commerciales. Etant tenu, selon les termes de la garantie, à une obligation de moyens ou de résultat envers le bénéficiaire, le confortant peut voir sa responsabilité civile recherchée ; il dispose d'un recours contre le conforté en cas d'indemnisation du créancier.

Les communications sur les sûretés personnelles ont donné lieu à de nombreux échanges, en particulier sur :

- ✓ la justification de l'option prise par le législateur OHADA d'ériger le cautionnement solidaire en principe ;
- ✓ l'intérêt du cautionnement réel par rapport à une sûreté réelle ;

- ✓ la survivance de l'exigence d'une mention manuscrite du montant maximal garanti, lorsque le cautionnement est souscrit par acte notarié ;
- ✓ la nature de l'acte par lequel la caution actionnée en paiement doit mettre en cause le débiteur ;
- ✓ la recevabilité de l'action du créancier qui agirait directement contre la sous-caution ;
- ✓ la possibilité, pour la caution, de mobiliser à la fois le recours personnel et le recours subrogatoire contre le débiteur ;
- ✓ la compatibilité, avec la règle de la suspension des poursuites individuelles posée par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, de l'action en paiement de la caution contre le débiteur, prévue à l'article 35 AUS ;
- ✓ l'éligibilité de la caution au bénéfice d'un délai de grâce ;
- ✓ l'étendue de l'engagement de la caution en présence d'une restructuration du crédit réalisée à son insu ;
- ✓ le régime des nullités sanctionnant l'inobservation des mentions requises dans la garantie autonome.

Journée du Mardi 06 décembre 2016

Les travaux se sont poursuivis la deuxième journée sous l'animation de **M^e Désiré AÏHOU**, qui a présenté plusieurs communications sur les sûretés mobilières marquées par un enrichissement et une diversification remarquables des techniques de garantie.

Envisagé dans son régime général, **le gage** a été examiné quant à ses conditions de fond et de forme, l'orateur insistant sur le fait que l'écrit est ici exigé à peine de nullité et que la réalisation de la garantie est marquée par l'institution, aux côtés de la vente forcée, de l'attribution judiciaire et de l'attribution conventionnelle du bien gagé. Le gage du matériel professionnel, le gage des véhicules automobiles et le gage des stocks ont été envisagés au titre des régimes particuliers.

Le droit de rétention a été examiné quant à ses conditions de mise en œuvre et qui sont relatives à l'existence d'une créance, d'une détention effective d'un bien et d'un lien de connexité entre la créance et le bien retenu. Quant à ses effets, le droit de rétention confère à son titulaire une situation d'exclusivité en ce qu'il est opposable *erga omnes*.

La réserve de propriété a été présentée comme application de **la propriété retenue à titre de garantie**, de même que la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de sommes d'argent ont été examinés comme applications de **la propriété cédée à titre de garantie**.

La présentation sur **le nantissement et les autres sûretés portant sur des biens incorporels** a marqué le terme des communications de la journée. A cette occasion, le nantissement de compte bancaire, le nantissement des droits d'associé et valeurs mobilières, le nantissement de comptes de titres financiers, le nantissement des droits de propriété intellectuelle et le nantissement du fonds de commerce ont été présentés comme sûretés mobilières portant sur des droits incorporels, aux côtés du nantissement de créances auquel ils empruntent l'essentiel de leur régime.

Les échanges subséquents ont permis aux participants de dissiper leurs interrogations, notamment sur :

- ✓ l'arbitrabilité de la convention de gage ;
- ✓ le point de savoir si le crédit-preneur peut donner en gage le bien objet du crédit-bail ;
- ✓ la distinction entre le gage d'espèces et le nantissement de compte bancaire
- ✓ le point de savoir si les droits d'auteur peuvent faire l'objet d'un nantissement ;
- ✓ l'acte par lequel doit être réalisée la cession de créances à titre de garantie visée à l'art 84 AUS ;
- ✓ la question de savoir si le gage sur véhicule automobile, régulièrement inscrit au service des transports, doit en outre être publié au RCCM ;
- ✓ la compatibilité, avec la prescription quinquennale consacrée en matière commerciale, d'une durée de validité de 10 ans pour certaines sûretés mobilières soumises à publicité (art 58 AUS) ;
- ✓ l'identification de la juridiction compétente en matière d'attribution judiciaire du bien gagé.

Journée du Mercredi 07 décembre 2016

Les travaux de cette troisième journée ont été animés par le **Pr Mayatta NDIAYE MBAYE**, qui a présenté deux communications sur les sûretés réelles immobilières et les modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles conventionnelles.

La présentation sur **les sûretés réelles immobilières** s'est focalisée sur l'hypothèque, qui en constitue l'archétype.

Relativement à son objet, l'hypothèque, qui ne peut porter que sur les immeubles immatriculés sauf disposition contraire, peut grever le lot du copropriétaire, la quote-part de l'indivisaire et même les démembrements de la propriété ; les conditions d'hypothèque des immeubles futurs ont été examinées, de même que les difficultés suscitées par la faculté d'hypothéquer les bâtiments et ouvrages édifiés sur le domaine public ou le domaine national ont été discutées.

L'examen des formes et formalités révèle que si le droit uniforme renvoie au droit national pour la détermination de la forme, notariée ou sous seing privé, de l'acte constitutif d'hypothèque, la déclaration d'hypothèque au RCCM et la publication à la conservation foncière apparaissent, par contre, comme des exigences communes et cumulatives. De la sorte, l'efficacité de la sûreté sera souvent tributaire de la vigilance et de la diligence du notaire instrumentaire, d'autant plus que la publicité foncière apparaît désormais comme une condition de validité et non plus simplement d'opposabilité de l'acte (art 206 AUS).

Les particularités des hypothèques forcées ont, enfin, été examinées. Conférées par la loi ou une décision de justice sans le consentement du débiteur, les hypothèques forcées se déclinent en hypothèques forcées légales et hypothèques forcées judiciaires.

Les effets de l'hypothèque pouvant être neutralisés par la survenance d'une procédure collective, il est permis de se demander si la garantie hypothécaire constitue toujours la mère des sûretés.

Les échanges consécutifs à cette présentation ont permis de discuter de nombreuses questions, dont :

- ✓ Les conditions dans lesquelles un bien immobilier par destination peut être hypothéqué : il a été retenu que dès l'instant qu'il n'est pas individualisé et fait corps avec l'immobilier par nature, l'immobilier par destination peut entrer avec celui-ci dans l'assiette de l'hypothèque ;
- ✓ Le sort de la formalité de déclaration d'hypothèque en présence d'une personne physique non immatriculée au RCCM : la déclaration d'hypothèque prévue par l'article 73 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général s'impose dans tous les cas et n'est pas conditionnée à l'inscription du constituant au RCCM ;
- ✓ La compatibilité de l'hypothèque légale de la femme mariée avec le régime de séparation de biens : l'hypothèque de la femme mariée, qui résulte des textes nationaux, est une mesure de protection accordée par la loi sans discriminer suivant le régime matrimonial.

Par la suite, **les modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles conventionnelles** ont été présentés comme une alternative visant à remédier au défaut d'efficacité économique des procédés judiciaires de réalisation. Sont concernés les seules sûretés conventionnelles : le gage (art 104 et 105 AUS), les nantissements (144, 161 et 178 AUS) et l'hypothèque (article 199 AUS).

Les conditions de validité de la convention de réalisation extrajudiciaire de la sûreté réelle conventionnelle diffèrent selon qu'il s'agit du gage ou de l'hypothèque. Et en matière hypothécaire, la condition suivant laquelle l'immobilier ne doit pas être à usage d'habitation vise la protection du constituant ; en bonne logique, le débiteur personne morale ne saurait se prévaloir de cette protection.

Les formalités de réalisation extrajudiciaire, à défaut de paiement, impliquent le préalable obligatoire de l'évaluation, par un expert, du bien objet de la sûreté, ainsi que des diligences spécifiques. Les difficultés pratiques les plus significatives résident dans :

- le refus du débiteur de signer l'acte constatant le transfert de propriété, qui peut être conjuré en amont par l'insertion au contrat d'une clause de désignation d'un mandataire *ad hoc* ;

– la limitation, par la réglementation bancaire, des actifs immobiliers des banques à 15% de leur patrimoine, ce qui peut compromettre les bénéfices escomptés de l’attribution conventionnelle.

Les échanges ont, substantiellement, porté sur des questions relatives :

- ✓ au rôle du notaire dans la déclaration d’hypothèque au RCCM ;
- ✓ à la possibilité de renouveler une hypothèque après péremption ;
- ✓ au point de savoir si l’existence d’un pacte commissaire interdit le recours à la réalisation forcée judiciaire ;
- ✓ aux modalités de réalisation du pacte commissaire, en cas d’obstruction du débiteur défaillant et de mauvaise foi.

Des cas pratiques ont, ensuite, été distribués aux participants, répartis en 12 groupes.

Journée du Jeudi 08 décembre 2016

Après discussion en plénière et correction des onze cas pratiques distribués la veille, le Pr **Mayatta NDIAYE MBAYE** a présenté **l’agent des sûretés**, innovation majeure de l’AUS et institution particulièrement utile dans le cadre d’opérations impliquant une syndication bancaire ou un financement structuré.

Relativement à sa désignation, seuls peuvent, aux termes de l’AUS, être agents des sûretés les « institutions financières ou établissements de crédit », notion vague qui exclut néanmoins les systèmes financiers décentralisés, institutions financières et établissements de microfinance. Les créanciers désignent l’agent des sûretés par un écrit qui doit comporter certaines mentions impératives.

Quant à sa mission, l’agent des sûretés est un commissionnaire d’un type particulier qui représente les créanciers dans la constitution, l’inscription, la gestion et la réalisation des sûretés et autres garanties d’exécution des obligations du débiteur.

Les échanges subséquents ont porté sur : la possibilité de recourir à l’agent des sûretés en cas de pluralité de débiteurs ; l’assurance susceptible de couvrir la responsabilité de l’agent

des sûretés ; et la protection du patrimoine d'affectation de l'agent des sûretés vis-à-vis des créanciers personnels de celui-ci.

Au titre des **techniques particulières de garantie**, le **Pr Charles MBA OWONO** a d'abord évoqué les mécanismes fondés sur le droit des obligations :

- la solidarité passive (qui produit les mêmes effets que le cautionnement solidaire) et l'indivisibilité, par lesquelles deux ou plusieurs personnes sont tenues à titre principal au paiement d'une dette ;
- la promesse de porte-fort, engagement pris par une personne de faire souscrire une convention ou de faire exécuter une obligation par un tiers ;
- la délégation imparfaite, qui permet au créancier d'avoir un débiteur supplémentaire, et qui diffère néanmoins du cautionnement en ce que le délégué souscrit une obligation nouvelle et indépendante de celle du délégant.

Il a, ensuite, présenté l'assurance, mécanisme parfois utilisé pour garantir l'exécution des engagements, notamment dans ses variantes de l'assurance-décès et de l'assurance-invalidité.

Le **Dr Désiré AÏHOU** l'a suivi avec une communication qui a indiqué que **le classement des sûretés et la distribution des deniers** sont fonction de la nature, mobilière ou immobilière, du bien réalisé, l'ordre établi par la loi étant par ailleurs susceptible d'être perturbé par la survenance d'une procédure collective. Les droits liés à l'exercice du droit de rétention ou d'un autre droit exclusif et le titulaire d'un pacte comissoire échappent à tout concours (art 226 AUS et 150 AUPC).

Présentant **les sûretés dans les procédures collectives d'apurement du passif**, le même intervenant a souligné que si, de façon générale, les sûretés sont fragilisées en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif du fait de la discipline collective, certaines garanties telles que les sûretés-propiété, le droit de rétention et le gage demeurent d'une efficacité renforcée.

Journée du Vendredi 08 décembre 2016

La cinquième et dernière journée de la session a été consacrée, pour l'essentiel, aux échanges d'expériences entre les participants sur l'application du droit des sûretés. Un tour de table des délégations des 17 Etats membres a été effectué à cet effet.

Les différentes communications et les échanges d'expériences ont suscité un vif intérêt chez les participants et donné lieu à des discussions fructueuses. A l'issue des travaux, les participants ont formulé les recommandations suivantes :

Sur un plan général

- Intensifier les actions de diffusion du droit OHADA au sein des Etats, avec une meilleure implication des Commissions Nationales OHADA ;
- Assurer la disponibilité des textes OHADA en langues espagnole et portugaise ;
- Imposer aux auxiliaires de justice une obligation de formation permanente, afin d'optimiser leur apport à la bonne application du droit OHADA ;
- Améliorer le format des formations pour les axer sur la pratique et associer les praticiens à l'animation ;
- Organiser un traitement diligent des procédures devant les juridictions nationales et à la CCJA.

Sur la matière spécifique des sûretés

- Elaborer des modèles d'actes et les mettre à la disposition des utilisateurs ;
- Elaborer et diffuser les grandes tendances de la jurisprudence et des Etats membres et de la CCJA en matière de sûretés ;
- Réduire substantiellement les frais d'enregistrement des sûretés ;
- Accélérer l'informatisation des greffes afin de conjurer le défaut de fiabilité des informations émanant du RCCM tenu manuellement ;
- Améliorer les conditions de délivrance du titre foncier, dont les faiblesses entravent la réalisation des sûretés ;
- Faire évoluer les droits fonciers nationaux pour les adapter aux potentialités offertes par le droit OHADA ;

- Etendre la formation sur les sûretés aux conservateurs fonciers et aux banquiers.

Les travaux de la session ont pris fin par la remise des attestations aux participants. /-

Porto-Novo, le 09 décembre 2016.

Les Rapporteurs

Dr Karel DOGUE

Alexis NDZUENKEU