



ACTE UNIFORME PORTANT

ORGANISATION DES SURETES

Secrétariat de l'Organisation pour l'Harmonisation
en Afrique du Droit des Affaires

Avec la collaboration du professeur Joseph Issa Sayegh
de la Faculté de Droit d'Abidjan

L'Acte Uniforme portant organisation des sûretés, adopté par le Conseil des ministres du 17 avril 1997, est **entré en vigueur le 1er janvier 1998**, tout comme l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général et l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

Les dispositions de cet Acte sont, conformément aux dispositions du Traité relatif à l'Harmonisation du droit des Affaires en Afrique, directement applicables et obligatoires dans les seize Etats-parties (sous réserve du dépôt de ratification au Sénégal, Etat dépositaire du Traité) :

Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée-Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo

Hormis le Sénégal, aucun des Etats-parties de l'OHADA n'a refondu le droit des sûretés ; celles-ci se trouvent, de ce fait, soumises aux dispositions du code civil français de 1804 en la matière. La refonte de ce pan de droit se justifie en raison de la vétusté et des lacunes qui affectent les textes relatifs aux sûretés personnelles, aux sûretés réelles et à leur classement.

I. SURETES PERSONNELLES

A. En tout premier lieu, **le cautionnement** dont les règles n'ont pas été modifiées depuis 1804 bénéficie largement des nombreuses et importantes réponses apportées par la jurisprudence et la doctrine, depuis près de 200 ans, aux problèmes majeurs posés par cette sûreté dans la pratique, notamment sur les points suivants

1. Pour **protéger le consentement de la caution**, il est requis, à peine de nullité, que le cautionnement soit exprimé par écrit pour une somme déterminée en principal et accessoires de la dette (article 8). Il en est de même pour le cautionnement général ou de tout engagement qui ne peut être donné que pour une somme maximale déterminée conventionnellement ; ce cautionnement est susceptible de renouvellement lorsque cette somme est atteinte, ou de révocation avant qu'elle ne le soit (article 9).

Une disposition spéciale est prévue pour protéger le consentement de la caution illettrée (article 4).

2. Le principe est que la **caution est solidaire** sauf stipulation contraire expresse (article 10).

3. Pour éviter que la caution soit surprise par les incidents de paiement du débiteur garanti et ne puisse prendre les mesures conservatoires qui s'imposent pour préserver ses intérêts, le **créancier a l'obligation**, sous peine de perdre ses recours contre elle :

- de l'informer de toute défaillance du débiteur, déchéance ou prorogation du terme (article 14);

- de l'évolution du passif du débiteur garanti lorsque le cautionnement est général (article 14).

B. La refonte du droit des sûretés a été l'occasion d'introduire sur le plan législatif, afin de les organiser, les garanties autonomes et, en particulier, la **garantie à première demande**, en raison de son importance grandissante dans les relations d'affaires et des nombreux problèmes qu'elle pose dans la pratique, souvent délicats à régler en raison du vide législatif total en la matière. La réglementation (légère, afin de ne pas la rendre rebutante) est empruntée aux règles suggérées par la Chambre de Commerce Internationale pour la rédaction de telles garanties dans un document récemment publié portant "*Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur première demande*".

1. Des **conditions de fond et de forme** strictes ont été édictées (sous peine de nullité) pour empêcher les personnes physiques de contracter de telles garanties (article 29) et pour permettre aux seules sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique qui peuvent s'y soumettre, d'être parfaitement informés sur la nature et le contenu de leurs engagements (article 30).

2. Les **effets** de la garantie à première demande sont ceux reconnus par la pratique des affaires et par la jurisprudence, sous réserve de quelques précisions sur la procédure de la demande en paiement, l'expiration de la garantie, les moyens de défense opposables par le garant ou le donneur d'ordre en cas de fraude ou d'abus manifeste du bénéficiaire, les recours du garant...

II. SURETES REELLES

Le domaine des sûretés réelles mobilières et immobilières a également subi de nombreuses innovations.

A. Sûretés mobilières

1. Le **droit de rétention**, autrefois consacré par quelques textes particuliers et épars (vente, dépôt, succession, droit du travail ...) dont on déduisait une application plus ou moins générale et heureuse, fait maintenant l'objet de dispositions de portée générale (articles 41 à 43) la définissant comme une sûreté achevée et organisant le régime juridique de sa réalisation par référence au gage.

2. Le **gage** (articles 44 à 62) a subi une mise à jour de ses techniques de constitution lorsqu'il porte sur certains biens mobiliers incorporels (titres de créance, titres nominatifs ou à ordre) ou sur des choses fongibles ou consommables. Notamment, la constitution d'un gage sur des créances fait désormais l'objet de dispositions précises permettant au créancier gagiste de réaliser la créance gagée sans préjudice pour lui ni pour le débiteur titulaire de la créance donnée en gage.

3. A côté des **nantissements sans dépossession** classique sur le fonds de commerce, le matériel professionnel et les véhicules (pour ces derniers, on parlait de gage antérieurement) qui n'ont pas subi de modifications notables (articles 69 à 90, articles 91 à 99), il a été fait une place d'une part, au nantissement des actions et parts sociales (articles 64 à 68) articulé sur les dispositions de l'Acte Uniforme du Droit des Sociétés Commerciales et du groupement d'intérêt économique et d'autre part, au nantissement des stocks de matières premières et de marchandises (articles 100 à 105).

Ce dernier nantissement appelle quelques observations. On constatait, autrefois, l'existence d'une multiplicité de warrants (agricole, hôtelier, pétrolier ...), chacun étant régi par un texte spécial. Cette hétérogénéité et cette dispersion des textes (qui ne facilitaient pas la recherche et la connaissance de ces sûretés) ont été avantageusement réduites par une réglementation commune

et uniforme de tous ces warrants qui, d'ailleurs, à cette occasion, ont perdu leur appellation anglaise au profit du terme français, plus approprié, de nantissement, ce qu'ils sont en fait et en droit. La création d'un bordereau de nantissement, véritable billet à ordre endossable constatant la créance et sa garantie, permet la mobilisation de cette créance.

4. La liste des **privilèges généraux du code civil** était devenue archaïque, abondante et désordonnée. D'autre part, leur assiette (mobilière et immobilière) ainsi que leur classement étaient déterminés de façon très confuse par le législateur français, et cela d'autant plus que la liste en avait été allongée démesurément depuis deux cents ans.

Il s'avérait donc nécessaire de réduire cette liste en éliminant les privilèges qui ne correspondent ni à l'Afrique ni à notre époque (ex : privilège de la nourrice, privilège du Crédit Foncier ...), de déterminer, de façon aussi exacte que possible leur assiette et leur rang, entre eux d'abord et parmi toutes les autres sûretés ensuite. C'est l'objet des dispositions des articles 106 à 108.

5. Les **privilèges généraux** sont, par essence, occultes. Pourtant, certains d'entre eux garantissent des sommes très importantes (Trésor, Douane, Institutions de sécurité sociale) dont la découverte surprend fâcheusement les créanciers qui ont accordé du crédit au débiteur dans l'ignorance totale de ce passif privilégié qui, souvent, absorbe l'intégralité de l'actif.

Il a paru opportun d'assurer une publicité de certains de ces privilèges pour les rendre opposables aux créanciers, à travers un Registre du crédit mobilier (réglementé par l'Acte Uniforme sur le Droit commercial général en association avec le Registre du commerce) qui, par ailleurs, centralise la publicité de toutes les Sûretés mobilières soumises à cette formalité (nantissement et privilège du vendeur de fonds de commerce, nantissement des actions et parts sociales, nantissement du matériel professionnel, des véhicules automobiles, nantissements des stocks...).

6. La liste des privilèges mobiliers spéciaux (articles 109 à 116) méritait également un toilettage pour en évincer ceux qui ne correspondaient plus à rien dans la vie économique moderne (ex. : privilège de l'hôtelier sur les effets mobiliers apportés par le voyageur) ou réduire ceux qui

étaient excessifs (ex : privilège du bailleur d'immeuble sur les meubles garnissant les locaux loués qui garantissait deux années de loyers échus et deux années de loyers à échoir postérieurement à la saisie).

Un autre point délicat était à régler : le conflit entre des privilèges mobiliers spéciaux portant sur les mêmes meubles. Les solutions léguées par le droit français étaient particulièrement complexes à cet égard et souvent impraticables ou sujets à controverse (préférence des privilèges fondés sur l'idée de gage par rapport à ceux fondés sur l'idée de plus-value introduite par le créancier dans le patrimoine du débiteur ; préférence du privilège du conservateur sur tous ceux dont la créance est antérieure à la sienne ; en cas d'égalité entre créanciers « gagistes », préférence accordée à celui qui a été mis en possession en dernier ; en cas de concours entre créanciers ayant procuré une « plus-value », préférence au premier saisissant). Une seule règle de solution de conflit a été retenue : la préférence est accordée au premier saisissant (article 149-6°).

B. Sûretés immobilières

Contrairement au droit des sûretés mobilières, celui des sûretés immobilières applicables dans les Etats-parties de l'OHADA apparaît plus moderne tel qu'il résulte notamment, des trois textes coloniaux définissant le régime foncier et comportant des dispositions relatives à de telles sûretés et à la publicité foncière. Ces dernières n'ont peu ou nullement été modifiées par les lois postérieures à l'indépendance qui ont réformé les régimes fonciers. Il s'agit des textes suivants :

- le décret du 28 mars 1899, modifié par le décret du 12 décembre 1920 applicable au Congo, au Gabon, au Tchad et en République Centrafricaine ;
- le décret du 24 juillet 1906 applicable au Togo ;
- le décret du 26 juillet 1932 applicable au Sénégal, à la Mauritanie, au Mali, à la Guinée, au Burkina-Faso, au Niger, au Bénin et en Côte d'Ivoire ;

- le décret du 21 juillet 1932 applicable au Cameroun.

Le droit des sûretés immobilières étant organisé sensiblement de la même façon dans tous ces pays, l'unification ne présente pas de difficultés majeures.

1. Les hypothèques (articles 117 à 146)

a) Enumération

L'**antichrèse** ayant été supprimée par ces législations, il n'a pas paru opportun de rétablir cette sûreté quelque peu archaïque et peu pratique dans la mesure où la cession de loyers peut la remplacer utilement, voire avantageusement.

Les **hypothèques conventionnelles** (articles 126 à 131) constituent le droit commun des hypothèques sous réserve des dispositions particulières aux hypothèques forcées (article 118). La forme authentique ou sous seing privé de la convention d'hypothèque est décidée par la législation de chaque Etat-partie (article 128).

Le remplacement de tous les privilèges immobiliers (existant encore en droit français) par des **hypothèques forcées** a été maintenu dans la mesure où il confère uniformité et cohérence à l'ensemble des hypothèques.

Il a paru judicieux de réglementer l'hypothèque forcée du vendeur (de l'échangiste, du copartageant, et du prêteur de deniers : article 134), de l'architecte et de l'entrepreneur (article 135) ainsi que l'hypothèque judiciaire conservatoire (articles 136 à 144), en laissant à la législation de chaque Etat-partie le soin de réglementer les autres hypothèques forcées, notamment celles relevant du droit de la famille ou de la comptabilité publique.

b) Péremption

Il a paru opportun de supprimer la règle selon laquelle les inscriptions d'hypothèque ne se périment pas, car elle expose le débiteur à supporter des frais importants de radiation même s'il s'est acquitté de sa dette alors qu'il pourrait attendre patiemment l'écoulement du délai de validité de l'inscription pour qu'elle tombe automatiquement sans frais (article 123).

2. La publicité foncière

Les décrets coloniaux précités organisent également une publicité foncière : tout droit réel immobilier (propriété, usufruit, servitude, hypothèque, bail emphytéotique, bail à construction, droit de superficie, d'usage et d'habitation ...) doit faire l'objet d'une publicité foncière, à savoir :

- il faut observer une procédure d'immatriculation pour l'établissement d'un titre foncier sans lequel aucune constitution, transmission ou modification de droit réel immobilier n'est possible tous les pays concernés ou presque ont déjà légiféré sur ce plan et dans des voles si différentes qu'il était hasardeux de s'aventurer sur ce terrain au demeurant sans grande importance pour la publicité foncière proprement dite qui en est la suite ;

- la publicité foncière est gérée par des services administratifs (conservation foncière) qui, pour les mêmes raisons que celles précitées, ne paraissaient pas devoir être touchés ;

- enfin les règles ou formalités de publicité proprement dites des hypothèques (inscription de la constitution, de la mainlevée, de la transmission, de la modification) auraient pu être utilement uniformisées ou harmonisées de manière à ne pas dérouter les créanciers ; mais il ne faut pas se cacher que si on y touche, on touche aussi nécessairement aux règles et formalités de publicité des autres droits réels et aux opérations qui les concernent (Vente, servitude conventionnelle ou légale, concession de bail emphytéotique, de bail à construction, de droit de superficie, d'habitation, cession de loyers ...). Il a semblé prématuré et délicat d'aller jusque-là.

III. DISTRIBUTION ET CLASSEMENT DES SURETES

A. Le classement des Sûretés, tel qu'il a été légué par le droit français, est particulièrement complexe et confus même pour les esprits les plus éclairés. C'est pourquoi il a paru judicieux d'établir, séparément, un classement des sûretés en matière immobilière et un autre en matière mobilière en énumérant, dans l'ordre où elles doivent être servies, les différentes sûretés qui auront été prévues et organisées par les textes de droit uniforme (articles 148 et 149).

Une telle méthode permet d'éviter toute interrogation sur le sort de telle ou telle sûreté.

B. Bien entendu, il est inévitable que tel texte particulier adopté par un Etat-partie ultérieurement et extérieurement au texte uniforme, crée un privilège général ou une hypothèque forcée nouvelle au profit de telle personne physique ou morale jugée digne d'intérêt (pour une nouvelle taxe fiscale ou parafiscale locale, pour un établissement financier ou de crédit à but social, par exemple).

Il était donc utile de prévoir, dans le texte uniforme, que ledit texte particulier indique expressément le

rang de ce nouveau privilège par référence à un autre privilège du droit uniforme déjà répertorié et classé, faute de quoi, le rang de cette nouvelle sûreté sera automatiquement celui du dernier privilège précédant immédiatement les créanciers chirographaires (article 106).

Une telle disposition était inutile pour le cas de la création d'une hypothèque forcée nouvelle dans la mesure où le principe en la matière est que le rang des hypothèques est déterminé par la date de leur inscription.