



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires  
Organization for the Harmonization of Business Law in Africa  
Organizacion parala Armonizacion en Africa de la Legislacion Empresarial  
Organização para a Harmonização em Africa do Direiton dos Negocios



ECOLE REGIONALE SUPERIEURE  
DE LA MAGISTRATURE (ERSUMA)

## **FORMATION DES FORMATEURS AUX ACTES UNIFORMES REVISES**

***Thème : Droit commercial général et droit des sûretés***

*du 12 au 15 juillet 2011*

**THEME : L'AGENT DES SURETES EN OHADA**

**Par Guy-Auguste LIKILLIMBA**

Maître de conférences en droit à l'Université de Rennes 1,  
Avocat au Barreau de Paris

---

# L'AGENT DES SURETES EN OHADA

**Par Guy-Auguste LIKILLIMBA**

Maître de conférences en droit à l'Université de Rennes 1  
Membre du Centre de droit des affaires et de la responsabilité (Rennes)  
Membre de l'Association française de juristes de banque (Paris)

Avocat au Barreau de Paris

3, Villa Victor Hugo

75116 PARIS Cedex 16

Tél. : 01 43 67 66 15

Fax : 01 45 05 58 89

Séminaire Banque Mondiale-ERSUMA

Sur les actes uniformes révisés portant sur le droit commercial général et  
organisations des sûretés

# Introduction générale

- Contexte :
  - Financements ou crédits consortiaux
  - Pool bancaire

## DEFINITION des notions de :

### - Pool bancaire

### - crédits ou financements consortiaux

- Un pool bancaire est un groupement de plusieurs établissements de crédit en vue de financer une opération jugée plus importante ou plus risquée présentée par un client commun ;
- Un crédit consortial ou crédit syndiqué est donc un financement consenti par un consortium d'établissements de crédit ;
  - Il s'agit, pour ces établissements, de mutualiser le risque d'insolvabilité que représente leur client commun ;
  - La gestion de ce risque conduit presque systématiquement les dispensateurs de crédits consortiaux à exiger des sûretés et autres garanties à l'emprunteur.

Problème :

le fait que chacun des membres du pool bancaire ait un droit de créance propre sur l'emprunteur complique la question des sûretés.

...

Solution apportée par l'AUS réformé du système OHADA :

Institution de « *L'agent des sûretés* » et définition de son régime juridique

## I/ Nature juridique de l'agent des sûretés

- A/ L'agent des sûretés et les mécanismes semblables
- 1/ L'agent des sûretés en OHADA et en droit français
- 2/ L'agent des sûretés en OHADA et le représentant-fiduciaire en droit luxembourgeois
- 3/ L'agent des sûretés et le mandataire du pool bancaire

# 1/ L'agent des sûretés en OHADA et en droit français

- Selon l'article 5 de l'AUS:

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

Selon l'article 2328-1 du Code civil:

*« Toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation ».*

Ces textes présentent à la fois des points communs et des points des différences qui sont autant d'innovations du système ainsi créé par l'AUS réformé.

- Point commun :
  - L'agent des sûretés est à la fois :
    - un contrat (conclu entre les membres du pool) ;
    - une partie à des contrats à la fois avec les membres du pool et avec les tiers au profit de ceux-ci ;
- Différences (au nombre de 4, au moins)
  - Etendue des pouvoirs de l'agent des sûretés plus importante en OHADA qu'en droit français ;
  - Le support et le moment choisis dans les deux systèmes pour la désignation de l'agent des sûretés sont différents ;
  - Seules les institutions financières ou les établissements de crédit sont éligibles au poste d'agent des sûretés dans le système OHADA ;
  - Toute personne peut être désignée en qualité d'agent des sûretés en droit français, personne physique ou non...



## 2/ L'agent des sûretés en OHADA et le représentant-fiduciaire en droit luxembourgeois

- Selon l'article 71.2 de la loi luxembourgeoise du 22 mars 2004 :
  - « *Le représentant-fiduciaire peut notamment, en cette qualité, accepter, prendre, détenir et exercer toutes sûretés et garanties et recevoir tous paiements destinés aux investisseurs et aux créanciers qui lui ont conféré ce pouvoir, comme s'il était lui-même titulaire de ces créances de ces derniers, tous paiements faits entre ses mains étant libératoires pour le débiteur* ».
  - L'article 71.1 de la même loi dispose que « *Les droits et les biens qu'il acquiert au bénéfice des investisseurs et des créanciers forment un patrimoine fiduciaire distinct du sien, comme de tout autre patrimoine fiduciaire dont il est titulaire* ».

## Points communs et différences:

- Sur les points communs, il est prévu, dans les deux opérations, la nécessité d'un patrimoine d'affectation pour l'accomplissement de leurs missions respectives par l'agent des sûretés et le représentant-fiduciaire ;
- Les deux systèmes acceptent donc fort heureusement la nécessité d'une transparence entre leur patrimoine personnel et celui affecté à la réalisation de leurs missions respectives.
- Points de différence entre les deux systèmes :
  - Le système luxembourgeois admet la possibilité de désigner plusieurs représentants-fiduciaires, avec le risque de générer des charges liées à la rémunération de ceux-ci, alors que le système OHADA n'en prévoit qu'un, ce qui peut générer ici aussi des économies en termes de frais.

### 3/ L'agent des sûretés et le mandataire

- La comparaison du contrat d'agent des sûretés avec le contrat de mandat est suggérée par trois articles de l'AUS : les articles 5, 10 et 11 qui permettent d'assimiler l'agent des sûretés au contrat de mandat ;
  - Dans cette optique, le contrat d'agent des sûretés serait donc un mandat d'intérêt commun aux membres du pool;
- Il existe, cependant, des points de différence entre le mandataire et l'agent des sûretés :
  - Contrairement au mandataire, l'agent des sûretés n'est pas tenu de décliner systématiquement l'identité des membres du pool bancaire au profit desquels il agit ;
  - Par ailleurs, le mandataire est tenu de justifier d'un mandat spécial pour pouvoir agir en justice, notamment pour une déclaration de créances...

## B/ L'agent des sûretés et les mécanismes périphériques

- 1/ L'agent des sûretés et le fiduciaire
- 2/ L'agent des sûretés et le commissionnaire
- 3/ L'agent des sûretés et la solidarité active

# 1/ L'agent des sûretés et le fiduciaire

- Aux termes de l'article 2011 du Code civil français :
  - *« La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits, des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » ;*
  - Le fiduciaire a en commun avec l'agent des sûretés au moins trois éléments :
    - Le pouvoir de gérer des sûretés reçues ou à recevoir des constituants dans le cadre, par hypothèse, d'un crédit syndiqué ;
    - La possibilité de devenir propriétaire de certains biens reçus dans les conditions suivantes :
      - À la suite de la réalisation d'une sûreté assortie d'un pacte commissaire ;
      - S'il s'agit d'une sûreté portant sur une cession de créance ou un transfert de somme d'argent ;
      - Si l'agent des sûretés reçoit un paiement d'un garant ou un contre-garant, d'un débiteur délégué...
    - L'obligation d'affecter ces biens dans un patrimoine distinct.

(suite)

- les deux opérations se distinguent, cependant, sur au moins deux points saillants :
  - D'une part, l'article 2011 prévoit la possibilité pour les membres d'un pool bancaire de désigner plusieurs fiduciaires là où l'AUS révisé ne prévoit qu'un agent des sûretés pour une même opération de financement syndiqué ; avec, ici aussi, le risque de générer plus de frais pour le pool bancaire et donc pour l'emprunteur en cas de pluralité de fiduciaires ;
  - D'autre part, l'agent fiduciaire des sûretés semble n'avoir qu'un mandat spécial, puisque l'article 2011 précise qu'il accomplit sa mission « *dans un but déterminé* », tandis que l'agent des sûretés OHADA reçoit un mandat général, celui de constituer, inscrire, gérer et réaliser les sûretés au profit du pool bancaire...

## 2/ L'agent des sûretés et le commissionnaire

- Les points communs entre les deux acteurs sont, notamment :
  - Ils sont proches du mandataire, en ce sens qu'ils agissent tous les deux en leur nom ;
  - L'un pour le compte d'autrui, le commissionnaire, et l'autre au profit du pool bancaire, l'agent des sûretés.

(suite)

- Les points de différence sont assez nombreux :
  - Pas de patrimoine d'affectation pour le commissionnaire dans la réalisation de sa mission, contrairement à l'agent des sûretés ;
  - Les sûretés constituées ou inscrites par le commissionnaire tombent donc directement dans le patrimoine du commettant, le pool bancaire, contrairement à l'agent des sûretés, qui les constitue en son nom, mais au profit des créanciers...



# 3/ L'agent des sûretés et la solidarité active

- Aux termes de l'article 1197 du Code civil français :
  - « *L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable entre les divers créanciers* » ;
- Il s'agit d'une opération que l'on rencontre assez souvent dans des montages juridico-financiers réalisés par des pools bancaires ;
  - L'article précité permet donc à toute banque membre d'un pool de demander unilatéralement la réalisation de tout ou partie des sûretés constituées en vue d'obtenir paiement de la créance garantie au nom du pool ;
- Points communs avec l'agent des sûretés :
  - Ce mécanisme présente, comme l'agent des sûretés, l'avantage de permettre aux membres du pool bancaire de réaliser des économies sur les frais qui auraient pu être engagés par chacun individuellement pour pouvoir obtenir paiement, par exemple ;
  - Tout comme pour l'agent des sûretés, ce mécanisme permet la libération du débiteur par le seul règlement fait entre les mains d'un créancier ;

...

## (suite)

- Points de différence ;
  - Seule une banque membre du pool créancier peut se prévaloir du principe de solidarité active pour demander l'exécution d'une sûreté ou déclarer une créance en cas de défaillance de l'emprunteur ;
  - Les tiers ne peuvent donc pas évoquer ce principe, contrairement à l'agent des sûretés qui peut être un tiers dès lors qu'il s'agit d'une institution financière ou d'un établissement de crédit ;
  - Pas de patrimoine d'affectation, donc risque pour les autres membres du pool bancaire de ne pas être payés en cas de mise en liquidation judiciaire du créancier poursuivant ;
    - Dans l'AUS réformé, ce risque a été résolu par la création de l'agent des sûretés, puisque l'article 9 de cet AU pose le principe de l'insaisissabilité du patrimoine d'affectation même en cas d'ouverture d'une procédure collective contre l'agent des sûretés.

# Conclusion sur la nature juridique de l'agent des sûretés

- L'agent des sûretés n'est pas seulement un contrat, comme c'est le cas dans ses relations avec le pool bancaire ;
- L'agent des sûretés est une véritable institution, dans ses relations avec les tiers ;
  - En effet, le postulat est que le terme institution désigne « *des réalités assez variées, mais caractérisées par l'idée d'une manifestation créatrice, et organisatrice, de la volonté humaine* » (Cf. *Lexique des termes juridique* », édition 2010, v° Institution ;
  - Ces « *réalités variées* » sont que selon la volonté des contractants (pool bancaire et agent des sûretés), celui-ci peut emprunter des points positifs du mandat, de la fiducie de sûretés, de la représentation-fiduciaire, du contrat de commission, en évitant ou en essayant d'en éviter les écueils, selon l'ingénierie contractuelle du rédacteur de la convention d'agent des sûretés ;

(suite)

- Cette institution est en train d'innover l'ensemble des AU de l'OHADA dont, évidemment l'AUS révisé, mais aussi l'AUDCG du 15 décembre 2010 ;
- En effet, plusieurs articles de l'AUDCG réformé vise expressément l'agent des sûretés seul habilité à accomplir des formalités de déclaration, d'inscription, de saisine de la justice.
  - Par exemple :
    - Le formulaire d'inscription ;
    - Le fichier national des sûretés ;
    - Le RCCM...

## (souhait)

- Suggestion : le régime juridique de l'agent des sûretés doit s'étendre à d'autres AU du système OHADA, en particulier dans les AU qui sont, *a priori*, ses domaines d'élection tels que :
  - l'AU sur les procédures collectives d'apurement du passif ;
  - l'AU relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution ;
  - l'AU sur les sociétés commerciales et le GIE;
    - sans exclure, bien sûr, le nouvel AU relatif aux sociétés coopératives, puisque la plupart des banques mutualistes et coopératives pratiquent des financements consortiaux au profit de leurs clients sociétaires ou non-sociétaires.
- D'ores et déjà, il convient d'examiner le régime juridique de l'agent des sûretés tel que défini par l'AUS.

## II/ Le régime juridique de l'agent des sûretés

- A/ Le contrat d'agent des sûretés
- B/ La protection des droits du pool bancaire dans le cadre du contrat d'agent des sûretés

## A/ Le contrat d'agent des sûretés

- 1/ Les conditions de validité du contrat d'agent des sûretés
- 2/ L'exécution du contrat d'agent des sûretés
- 3/ La fin du contrat d'agent des sûretés

# 1/ Les conditions de validité du contrat d'agent des sûretés

- Outre les conditions posées en droit commun des contrats, l'AUS a défini des conditions spécifiques au contrat d'agent des sûretés (cf. article 6) ;
  - En effet, ces conditions tiennent :
    - À l'obligation garantie dont il faut définir la nature, le régime et l'assiette ;
    - A l'identité des créanciers membres du pool bancaire ;
    - A l'identité et au siège social de l'agent des sûretés ;
    - A la durée et à la mission de l'agent des sûretés ;
    - Aux modalités de reddition de comptes par l'agent des sûretés aux créanciers membres du pool bancaire.



## 2/ L'exécution du contrat d'agent des sûretés

- a/ La constitution des sûretés
- b/ La gestion des sûretés
- c/ La réalisation des sûretés

## a/ La constitution des sûretés

- Outre l'article 5, les articles 51 et 53 de l'AUS révisé indiquent que l'agent des sûretés procède à l'inscription des sûretés mobilières auprès du RCCM ;
- L'article 79 de l'AUDCG précise que l'agent des sûretés peut également utiliser des procédés électroniques pour toute inscription ou demande d'inscription de sûretés au RCCM ;
- Pour les hypothèques, les formalités d'inscription sont également faites au nom de l'agent des sûretés, auprès de la conservation des hypothèques ou du fichier national ;

## b/ La gestion des sûretés

- Il s'agit d'envisager le sort des sûretés prises par et au nom de l'agent des sûretés pendant la vie du financement consenti par le pool bancaire.
- Concrètement, l'agent des sûretés devra veiller au renouvellement d'inscriptions, notamment pour les sûretés ou garanties nécessitant des mesures de publicité périodique ou en cas de subrogation réelle, par exemple.
- l'article 72, alinéa 6 de l'AUDCG dispose que c'est à ***l'agent des sûretés*** de saisir la justice, en cas de non-transcription d'une sûreté dans le registre chronologique des dépôts et dans le répertoire alphabétique des données figurant dans le dossier transmis par le RCCM dans un délai de 48 heures à compter de la réception dudit dossier, pour solliciter cette transcription.
- L'article 40 de l'AUDCG indique que c'est à l'agent des sûretés de faire des demandes de modification ou de renouvellement de sûretés auprès du RCCM ;
- Selon l'article 73, alinéa 1, de l'AUDCG, les déclarations d'hypothèques sont faites à la diligence de l'agent des sûretés auprès du « Fichier national » de l'Etat où se situe l'immeuble grevé ;
- L'agent des sûretés est tenu d'une obligation au profit de la caution tous les semestres...

## c/ La réalisation des sûretés

- Faute pour l'emprunteur d'honorer ses engagements envers le pool bancaire au titre du crédit syndiqué, se pose alors la question de la réalisation des sûretés constituées par lui ou par un tiers ;
- En l'absence d'un agent de sûretés, pareille situation peut se révéler particulièrement redoutable en raison du caractère forcément divergeant des intérêts en présence parmi les banquiers agissant en *pooling* ;
- Alors que certains créanciers voudraient accorder des reports d'échéance à l'emprunteur, d'autres seraient tentés de faire respecter les échéances et de dénoncer la défaillance d'un client véreux, en faisant réaliser la ou les sûretés ;
- Dans l'AUS, l'agent des sûretés fera jouer les termes du contrat de sûretés avec le débiteur ou le constituant, selon les modalités convenues préalablement ;
- Cette réalisation se fera selon la nature des sûretés définies par l'AUS révisé, dont certaines emportent transfert de la propriété du bien grevé ;
- C'est l'agent des sûretés qui procédera, le cas échéant, à l'évaluation du bien grevé avant de faire liquider le pacte comissoire ;

### 3/ La fin du contrat d'agent des sûretés

- Outre les conditions de droit commun, le contrat d'agent des sûretés peut prendre fin spécifiquement soit par substitution, soit par remplacement (article 10 de l'AUS).
- En effet, le contrat d'agent des sûretés peut définir les conditions de substitution de l'agent de sûretés par un tiers ;
- L'agent des sûretés peut être remplacé à la demande des créanciers membres du pool bancaire dans trois cas :
  - en cas de manquement de l'agent des sûretés à ses devoirs ;
  - en cas de mise en péril des intérêts qui lui sont confiés ;
  - en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif de l'agent des sûretés.

(suite)

- Si le contrat d'agent des sûretés ne mentionne pas les conditions de son remplacement, les créanciers représentés peuvent demander au juge des référés ou son équivalent :
  - Soit la nomination d'un agent provisoire ;
  - Soit le remplacement de l'agent des sûretés.
- Dans les deux cas, c'est-à-dire qu'il s'agisse d'un remplacement de source contractuelle ou judiciaire, le nouvel agent des sûretés se voit transférer de plein droit l'intégralité des droits et actions alors détenus par l'ancien agent des sûretés ;
- Ce transfert se fait sans autre formalité que la décision de justice ou des créanciers représentés.

## B/ La protection des droits du pool au regard du contrat d'agent des sûretés

- 1/ A l'égard des partenaires de l'agent des sûretés
- 2/ A l'égard de l'agent des sûretés

...

# 1/ A l'égard des partenaires de l'agent des sûretés

- a/ Envers les créanciers personnels de l'agent des sûretés
- b/ Envers d'autres tiers



## a/ Envers les créanciers personnels de l'agent des sûretés

- Cette protection résulte de l'article 9 de l'AUS réformé : *«lorsque la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété au profit de l'agent des sûretés, le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés. Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission » ;*
- *«Sous réserve de l'exercice éventuel d'un droit de suite sur ces biens et hors les cas de fraude, ils ne peuvent alors être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion de ces biens, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés ».*

## b/ Envers d'autres tiers

- En cas de substitution, les créanciers membres du pool bancaire peuvent agir directement contre la personne que l'agent des sûretés s'est substitué » art. 10 AUS

## 2/ A l'égard de l'agent des sûretés

- Aux termes de l'article 11 de l'AUS révisé :
  - « *A défaut de disposition contraire dans l'acte le désignant, la responsabilité de l'agent des sûretés à l'égard des créanciers de la ou des obligations garanties s'apprécie comme celle d'un mandataire salarié* ».

# Conclusion

- Nous concluons cet exposé sur un constat, un souhait et un sentiment personnel :
  - Le constat est qu'il apparaît à tous points de vue, que l'AUS révisé fait de l'agent des sûretés une véritable institution sui generis jouant un rôle d'interface tant dans les relations entre les membres du pool bancaire ou des créanciers au profit desquels il agit que dans les relations entre ceux-ci et l'emprunteur et/ou le constituant, puisque les sûretés peuvent être constituées aussi bien par l'emprunteur lui-même que par un tiers ;
  - Le souhait est que l'importance et la nécessité de cette institution, qui participe des moyens définis par le législateur OHADA en vue d'atteindre le double objectif recherché en la matière, et au demeurant rappelé avec force hier, à savoir la souplesse et l'efficacité, soient bien traduites sur le terrain de la pratique juridique, judiciaire, mais aussi universitaire ;
  - Sinon, il est à craindre que l'agent des sûretés ne soit traqué faute d'avoir été bien compris, et si l'agent des sûretés est traqué injustement, c'est le crédit dans l'espace OHADA qui continuera d'être détraqué, ce sera alors un éternel recommencement pour nos pays.