



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
Organizaçao para a Harmonizaçao 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 015 juillet 2011

**Les nouvelles modalités de constitution et de réalisation des sûretés :
sûretés personnelles et sûretés réelles immobilières**

Par :

Me BRIZOUA-BI Michel,

***Avocat Associé Cabinet Bilé-Aka, Brizoua-Bi & Associés Abidjan
(Côte d'Ivoire)***



**LES NOUVELLES MODALITÉS DE
CONSTITUTION ET DE RÉALISATION DES
SÛRETÉS : SÛRETÉS PERSONNELLES ET
SÛRETÉS RÉELLES IMMOBILIÈRES**

PORTO-NOVO

14 JUILLET 2011

Michel Brizoua-Bi, Avocat Associé

***Bilé-Aka, Brizoua-Bi & Associés
Abidjan***

SOMMAIRE

- LES SURETES PERSONNELLES
 - Le cautionnement
 - La garantie autonome
- LES SURETES REELLES IMMOBILIERES: L'HYPOTHEQUE

LE NOUVEAU REGIME DE SURETES PERSONNELLES

I/ LE CAUTIONNEMENT

- - Etat des lieux antérieur à la réforme
- -Contenu de la réforme

II/LA GARANTIE AUTONOME

- - Etat des lieux antérieur à la réforme
- -Contenu de la réforme

ETAT DES LIEUX ANTERIEUR A LA REFORME: LE CAUTIONNEMENT

- L'AUS de 1997 ainsi que la jurisprudence qui en est issue protégeaient fortement la caution au détriment du créancier notamment en matière de constitution et de validité de la caution.
- L'exigence de la mention manuscrite de la caution quant à l'étendue maximale de son engagement en toutes lettres et en chiffres n'étant pas toujours respectée en pratique, cela avait conduit à une incertitude: s'agissait-il d'une condition de validité ou d'une simple règle de preuve?
- L'obligation d'information imposée aux créanciers dans le cadre du cautionnement général avait une périodicité de trois (3) mois jugée contraignante.

CONTENU DE LA RÉFORME : LE CAUTIONNEMENT

- **NOUVELLE DÉFINITION DU CAUTIONNEMENT** : deux modifications ont été apportées:
 - introduction dans la définition du cautionnement de la possibilité de garantir une obligation future (Art.13);
 - le cautionnement peut toujours être souscrit sans ordre du débiteur. Toutefois, suppression de la possibilité pour la caution de s'engager à l'insu du débiteur
- =
- instauration d'une obligation implicite d'information du débiteur de l'existence d'un cautionnement souscrit à son profit (Art.13 al.2).

CONTENU DE LA RÉFORME : LE CAUTIONNEMENT

- **LEVÉE DES INCERTITUDES SUR LA PORTÉE DE LA «MENTION MANUSCRITE» :**
 - La mention manuscrite en lettres et en chiffres de la main de la caution du montant maximum garanti n'est plus une condition de validité de l'engagement de la caution comme la jurisprudence avait pu l'interpréter, mais une simple condition de preuve.
 - désormais selon l'article 14, le cautionnement: « (...) se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires ».

CONTENU DE LA RÉFORME : LE CAUTIONNEMENT

- Extension du cautionnement aux accessoires de la créance garantie «sauf stipulation contraire» (Art.18). Ce qui accroît la protection du créancier.

- En outre, l'acte constitutif de l'obligation principale est désormais annexé à la convention de cautionnement à la demande de la caution (Art.18) et n'est donc plus une formalité obligatoire comme l'indiquait l'article 8 alinéa 2 de l'AUS de 1997. Il s'agit là d'un assouplissement du formalisme dans la constitution du cautionnement.

CONTENU DE LA RÉFORME : LE CAUTIONNEMENT

- **Maintien de la mise en demeure préalable du débiteur principal avant toute action du créancier.**
 - L'article 24 a maintenu l'obligation du créancier de mettre en demeure le débiteur principal avant toute action contre la caution.
 - Le créancier doit donc informer la caution de toute défaillance du débiteur principal, dans le mois de la mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet.
- **En revanche, l'obligation du créancier d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal a été supprimée (Art.23)**

CONTENU DE LA RÉFORME : LE CAUTIONNEMENT

□ Allègement de l'obligation d'information périodique de la caution sur l'évolution de la dette .

- La périodicité de l'obligation d'information de la caution (en dehors de tout incident de paiement) a été allongée, passant à **six mois** dans l'**article 25** de l'AUS;
- Le manquement à cette obligation d'information périodique est sanctionné par la déchéance, vis-à-vis de la caution, des intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information.

ETAT DES LIEUX ANTERIEUR A LA REFORME: LA LETTRE DE GARANTIE

- Aucune contrainte majeure sur ce mécanisme de garantie n'a été relevée. Toutefois, dans le souci de l'améliorer, la réforme a:**
 - précisé les conditions de révocabilité de la garantie autonome;**
 - révisé les dispositions relatives à l'incessibilité de la garantie en les améliorant.**

CONTENU DE LA REFORME: LA GARANTIE AUTONOME

- **CHANGEMENT DE DENOMINATION DE LA LETTRE DE GARANTIE ET NOUVELLE DEFINITION**
- **MAINTIEN DU FORMALISME**
- **CLARIFICATION DU REGIME JURIDIQUE DE LA REVOCABILITE DE LA GARANTIE**
- **CLARIFICATION DES REGLES RELATIVES A L' INCESSIBILITE DE LA GARANTIE**
- **CLARIFICATION DANS LES REGLES DE MISE EN ŒUVRE DE L'APPEL EN GARANTIE**

CONTENU DE LA REFORME: GARANTIE AUTONOME

- CHANGEMENT DE DÉNOMINATION ET REDEFINITION:
- « garantie autonome » en lieu et place de lettre de garantie.
- les définitions des garantie et contre-garantie autonome ont été modifiées (Art.39) en précisant que le garant ou le contre-garant s'engagent : « en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre... à première demande ou suivant des modalités convenues. ».



CONTENU DE LA REFORME : LA GARANTIE AUTONOME

■ MAINTIEN DU FORMALISME

- Eu égard à la gravité de l'engagement souscrit, le législateur a maintenu le formalisme entourant la formation de cette sûreté:
- les personnes physiques ne peuvent souscrire de tels engagements;
- les mentions devant figurer dans l'acte constitutif de garantie autonome demeurent prescrites à peine de nullité (Art. 41).

CONTENU DE LA REFORME : LA GARANTIE AUTONOME

■ CLARIFICATION DU REGIME JURIDIQUE DE LA REVOCABILITE DE LA GARANTIE

- garantie à durée déterminée  irrévocable
- garantie à durée indéterminée  révocable

CONTENU DE LA REFORME : LA GARANTIE AUTONOME

- **CLARIFICATION DES REGLES RELATIVES A L'INCESSIBILITE DE LA GARANTIE**
- -L'article 42 de l'AUS maintient le principe de l'incessibilité de la garantie tout en apportant une précision sur le tempérament dudit principe . Ainsi, la référence au rapport de base pour la cessibilité prévue à titre supplétif, source d'ambigüité a été remplacé par l'exigence de la présentation d'une demande conforme au titre de la garantie.
- -Cette suppression paraît tout à fait opportune et devrait faciliter la cessibilité des droits nés de la garantie.

CONTENU DE LA REFORME : LA GARANTIE AUTONOME

■ **CLARIFICATION DANS LES REGLES DE MISE EN ŒUVRE DE L'APPEL EN GARANTIE**

- Remplacement du «*délai raisonnable*» prévu par l'ancien AUS par un délai précis et déterminé de «*cinq jours ouvrés*» pour l'examen de la conformité de la demande en paiement selon les termes de la garantie ou de la contre-garantie:
 - cette innovation de l'AUS permettra de faire une véritable économie de contentieux et renforcera la sécurité juridique des parties au contrat, par une mise en œuvre plus rapide de la garantie, dans un délai précis.
- Instauration d'une obligation de notification, dans ce délai, au bénéficiaire ou au garant, de toute décision de rejet du paiement.

CONTENU DE LA REFORME : LA GARANTIE AUTONOME

- **Règlementation plus précise des conditions de défense de payer:** l'alinéa 2 de l'article 46 maintient l'obligation de transmission de la demande et des documents l'accompagnant au donneur d'ordre ou au contre-garant en cas de contre-garantie contenue à l'article 35 alinéa 2 de l'AUS de 1997. Toutefois le caractère préalable de cette transmission est supprimé.
- **Règlementation plus précise des conditions de recours contre le donneur d'ordre:** les recours de la caution contre le donneur d'ordre sont ouverts au garant ou au contre-garant ayant fait: un paiement conformément aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonome (Art.48) et non plus « un paiement utile » comme le prévoyait l'article 37 de l'AUS de 1997, formule jugée ambiguë.

LE NOUVEAU REGIME DE SURETES REELLES IMMOBILIERES: L'HYPOTHEQUE

- ETAT DES LIEUX ANTERIEUR A LA REFORME
- CONTENU DE LA REFORME

ETAT DES LIEUX ANTERIEUR A LA REFORME : L'HYPOTHEQUE

- ❑ TROP GRANDE RIGIDITE DU PRINCIPE DE SPECIALITE CONDUISANT A L'EXCLUSION DES CREANCES FUTURES DE L'ASSIETTE DES GARANTIES HYPOTHECAIRES.
- ❑ LONGUEUR ET INCERTITUDES DES PROCEDURES JUDICIAIRES DANS LA REALISATION DES GARANTIES HYPOTHECAIRES.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

- EXTENSION DE L'ASSIETTE DES GARANTIES HYPOTHECAIRES.
- REGLEMENTATION PRECISE DU REGIME DE L'HYPOTHEQUE D'UN IMMEUBLE INDIVIS.
- LIMITATION A TRENTE ANS DE LA DUREE D'UNE INSCRIPTION.
- POSSIBILITE DE DEMANDER L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE DE L'IMMEUBLE GREVE D'HYPOTHEQUE
- ADMISSION DU PACTE COMMISSOIRE.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

- **EXTENSION DE L'ASSIETTE DES GARANTIES HYPOTHECAIRES PAR LA POSSIBILITE DE GARANTIR DES CREANCES FUTURES**
- Les critères posés par la loi nouvelle:
 - la créance doit-être déterminée ;
 - ou la créance doit-être déterminable.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

■ EXTENSION DE L'ASSIETTE DES GARANTIES HYPOTHECAIRES :

- L'HYPOTHÈQUE PEUT DÉSORMAIS PORTER SUR DES DROITS RÉELS CONSTITUÉS SUR LES IMMEUBLES ET OUVRAGES PORTANT SUR LE DOMAINE PUBLIC OU SUR LE DOMAINE NATIONAL (Art. 203 al. 3).
- CETTE INNOVATION PEUT AMELIORER L'ATTRACTIVITÉ DE L'HYPOTHÈQUE POUR LES GRANDS PROJETS NOTAMMENT D'INFRASTRUCTURES.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

- **EXTENSION DE L'ASSIETTE DES GARANTIES HYPOTHECAIRES PAR L'INTRODUCTION DE LA POSSIBILITE D'HYPOTHEQUER DES IMMEUBLES FUTURS**
 - Tout en réaffirmant que seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque, l'article 203 de l'AUS introduit la possibilité exceptionnelle d'hypothéquer un immeuble futur sur le modèle de l'article 2420 du Code civil français.
 - Il s'agit là d'une avancée majeure pour le développement du crédit hypothécaire dans les pays membres de la zone OHADA.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

■ REGLEMENTATION PRECISE DU REGIME DE L'HYPOTHEQUE D'UN IMMEUBLE INDIVIS

- Le nouvel article 194 permet à un copropriétaire de consentir une hypothèque sur un bien indivis contrairement à l'ancien article 121 qui exige implicitement le consentement de tous les copropriétaires de l'immeuble indivis .
- Il s'agit là d'un assouplissement salutaire au vu des immenses difficultés rencontrées pendant les procédures de successions.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

■ **LIMITATION A TRENTE (30) ANS DE LA DUREE D'UNE INSCRIPTION**

L'article 196 de l'AUS apporte deux précisions:

- principe de la durée déterminée de l'inscription dans la limite de 30 ans au jour de la formalité, sauf disposition contraire d'une loi nationale;
- absence d'incidence de cette durée de l'inscription sur celle de l'hypothèque qui peut, quant à elle, être indéterminée.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

- **POSSIBILITE DE DEMANDER L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE DE L'IMMEUBLE GREVE : LES CONDITIONS PRÉALABLES (ART.198)**

- Le créancier ne doit pas avoir poursuivi la vente de l'immeuble en vertu des règles de la saisie immobilière;
- L'immeuble en question ne doit pas constituer la résidence principale du constituant.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

■ POSSIBILITE DE DEMANDER L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE DE L'IMMEUBLE GREVE: LA PROCÉDURE

A l'issue d'un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extra-judiciaire demeurée sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte établi selon les formes requises par chaque Etat-partie en matière de transfert d'immeuble (Art.199).

L'immeuble doit-être estimé par expert désigné amiablement ou judiciairement et si sa valeur excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence.

S'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il consigne cette différence (Art.200)

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

- **ADMISSION DU PACTE COMMISSOIRE: DEFINITION**

Convention par laquelle le débiteur qui a constitué une sûreté au profit de son créancier consent à ce que, dans l'hypothèse où il ne parviendra pas à la rembourser au terme prévu par le contrat, que le bien ou la valeur donnée en gage restera la propriété du créancier.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

■ **ADMISSION DU PACTE COMMISSOIRE: JUSTIFICATIONS**

- Lourdeur et coût de la procédure de saisie immobilière;
- Aléas de la procédure de réalisation judiciaire
- Nécessité d'assouplir les conditions de réalisation de l'hypothèque.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

- **ADMISSION DU PACTE COMMISSOIRE: EQUILIBRE RECHERCHÉ DANS LA RÉFORME**
 - Offrir au créancier un mécanisme attractif de réalisation de l'hypothèque;
 - Nécessité de protéger le débiteur et sa famille des risques en matière d'hypothèque.

CONTENU DE LA REFORME: L'HYPOTHEQUE

■ **ADMISSION DU PACTE COMMISSOIRE: LES CONDITIONS**

- S'agissant du constituant, il doit être une personne morale ou une personne physique immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier;
- S'agissant de l'immeuble hypothéqué, il ne doit pas être à usage d'habitation (Art.199).