



Organisation pour l'Harmonisation en Afrique  
du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.)

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature  
(E.R.SU.MA.)



## **BURKINA FASO**

MINISTERE DE LA JUSTICE

INVESTMENT CLIMATE FACILITY (I.C.F)

PROJET « CREATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE, FORMATION DES MAGISTRATS »

### **FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO**

*Le juge burkinabè et le contentieux des sûretés et du crédit*

du 19 au 23 octobre 2009

# **CONTENTIEUX DES SURETES ET DU CREDIT**

Par :

**Pr. MODI KOKO BEBEY Henri Désiré,**

*Agrégé des facultés françaises de droit,  
Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques  
et Politiques de l'Université de Douala  
(CAMEROUN)*

## **PRESENTATION GENERALE DES ACTIVITES BANCAIRES**

La nature commerciale de l'activité bancaire a été consacrée par *le Code de commerce de 1807* qui mentionnait les opérations de banque dans l'énumération des actes de commerce de l'article 632. *L'article 3 de l'Acte uniforme de l'OHADA, portant sur le Droit commercial général* a adopté la même position. Mais le droit bancaire est aujourd'hui une branche autonome du droit des affaires, et est soumis à un ensemble de règles spéciales, applicables aux opérations de banque et aux personnes exerçant l'activité bancaire. Cette autonomie sera davantage renforcée par l'élaboration d'un Acte uniforme relatif au droit bancaire dont le principe a été adopté par le Conseil des ministres de l'OHADA lors de sa session des 22 et 23 mars 2001.

La spécificité de l'activité bancaire tient surtout à son objet qui est relatif au « commerce de l'argent », ou de la monnaie au sens technique du terme. Celle-ci joue un rôle névralgique dans l'économie, tant à l'échelle interne d'un Etat que dans les relations commerciales internationales. Les grands équilibres macroéconomiques dépendent largement de la maîtrise de cet instrument.

Une masse monétaire incontrôlée ou mal maîtrisée provoque l'inflation et la dépréciation de la monnaie. Le cas du Zimbabwe en constitue aujourd'hui une illustration. L'ex Zaïre a connu la même situation dans les dernières années du règne de MOBUTU.

La distribution excessive des crédits peut également constituer un facteur de surconsommation engendrant le surendettement des ménages ou des entreprises. La crise financière que connaissent actuellement les Etats-Unis d'Amérique et qui a tendance à devenir mondiale, a pour cause le surendettement des ménages américains engagés dans d'importants crédits immobiliers dont les remboursements sont compromis. En France, la question du surendettement des ménages est de nouveau au cœur d'un débat mettant en cause l'excessive sollicitation des clients par les établissements de crédit.

Ces considérations d'ordre général et ces exemples tirés de l'actualité suffisent pour montrer l'intérêt qu'on les Etats à assurer un contrôle permanent de la masse

monétaire en circulation. Ce contrôle passe notamment par celui de l'activité des banques qui sont plus que de simples intermédiaires dans la circulation de la monnaie.

En effet, à travers l'octroi de crédits et facilités de caisse de toutes sortes, les banques augmentent les capacités financières des agents économiques et par conséquent le volume de monnaie en circulation. Elles doivent faire l'objet d'un contrôle assez strict dans des économies telles que celles des Etats membres de l'UEMOA ou de la CEMAC qui souffrent encore de nombreuses insuffisances structurelles. Ces économies portent encore des séquelles de la crise profonde qu'ont connue les systèmes bancaires des deux sous régions au début des années 1990. Cette crise a provoqué la faillite de nombreux établissements de crédit et justifié le renforcement des mesures d'encadrement du crédit par les autorités monétaires.

Les banques centrales sous régionales jouent un rôle particulièrement important dans le dispositif de contrôle mis en place, à travers leurs commissions bancaires respectives auxquelles ont également été reconnus de véritables pouvoirs de sanctions.

Le contrôle exercé par les autorités monétaires nationales en collaboration avec celles de l'UEMOA pour l'Afrique de l'Ouest, ou de l'UMAC pour l'Afrique centrale, porte aussi bien sur les conditions d'exercice de l'activité bancaire que sur les opérations accomplies dans le cadre de cette activité.

## **I/ Les conditions d'exercice de l'activité bancaire**

### **1/ L'agrément des personnes morales**

Suivant les dispositions de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008, portant réglementation bancaire au Burkina Faso, l'agrément est délivré par le ministre en charge des finances, après avis conforme de la Commission Bancaire de l'UEMOA, à l'issue d'une procédure règlementée. Il est constaté par l'inscription sur la liste des banques établie et tenue à jour par la Commission Bancaire qui affecte un numéro à chaque établissement (article 16).

La société anonyme à capital fixe est forme sociale obligatoire. Mais le Ministre des finances peut autoriser, après avis conforme de la Commission bancaire, la création d'une banque sous la forme de société coopérative ou mutualiste à capital variable, ou sous une autre forme. Seule est formellement exclue, la société unipersonnelle (article 31).

Le capital minimum requis pour l'agrément d'une banque a été fixé à un milliard de FCFA dans tous les Etats membres de l'UEMOA (article 34 al 2, L. du 20 novembre 2008, et 23 al 1<sup>er</sup> L. 02 mai 1996).

## 2/ L'agrément des dirigeants des banques

Les lois bancaires successives du Burkina Faso ne prévoient pas expressément l'agrément des dirigeants des banques. Mais les articles 14 de la loi de 1996 et 25 de la loi de 2008 subordonnent l'accès à ces fonctions aux conditions ci-après :

- Les dirigeants proposés doivent être de nationalité burkinabè, ou d'un Etat membre de l'UEMOA ; à défaut, ils devront justifier d'une convention d'établissement les assimilant aux ressortissant du Burkina Faso. Le Ministre des Finances peut cependant accorder des dispenses de la condition de nationalité, sur avis conforme de la Commission bancaire, aux étrangers titulaires d'au moins une maîtrise ou d'un diplôme équivalent et justifiant d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans.

- Les personnes pressenties doivent également jouir d'une bonne moralité. Cela implique principalement l'absence d'une condamnation pour crime de droit commun, faux et usage de faux, vol, escroquerie, abus de confiance, banqueroute, détournement de deniers publics, corruption, émission de chèque sans provision, infraction à la législation contre le blanchiment de capitaux, etc.

## II/ La réglementation de l'activité de banque

L'activité bancaire est caractérisée par le monopole légal reconnu aux banques pour l'accomplissement de toutes les opérations dites de banque (article 3 L. 2008). Il s'agit, au sens de la l'article 2 alinéa 2 de la loi du 20 novembre 2008, de la réception des fonds du public, des opérations de crédit ainsi que de la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement.

A la différence des banques qui peuvent accomplir toutes ces opérations, les établissements financiers visés par la loi de 2008 ne peuvent effectuer que des opérations pour lesquelles ils sont agréés.

L'accomplissement de ces opérations à titre de profession habituelle se fait sous le contrôle permanent de la **Banque Centrale**, à travers sa **Commission Bancaire**. Celle-ci doit veiller au *respect par les banques des orientations de la politique monétaire* des

Etats membres de l'Union, ainsi qu'à la bonne *application des normes prudentielles de gestion* qu'elle leur impose, sous la forme de ratios de liquidité, de solvabilité et d'obligations comptables particulières.

Le parallèle doit être fait ici avec les établissements de **micro finance** qui accomplissent également les opérations de banque.

Les Institutions de micro finance ont pour vocation naturelle d'encadrer les activités économiques des couches pauvres de la population. Elles sont considérées à juste titre comme les *banques des pauvres*, et peuvent effectuer au bénéfice de ceux-ci toutes les opérations de banque. Il faut néanmoins préciser que les instruments de paiement gérés par les EMF ne sont pas admis à la compensation interbancaire et ne peuvent être présentés qu'au paiement de l'établissement tiré. La compétence des EMF est aussi limitée au territoire national.

La réglementation de l'activité de micro finance n'a pas suivi la même évolution dans les deux sous régions africaines membres de la Zone Franc.

Dans l'**Union Economique et Monétaire Ouest Africaine** (UEMOA), le statut est défini par une loi uniforme portant Réglementation des Institutions Mutualistes ou Coopératives d'Epargne et de Crédit (adoptée au Burkina Faso par une Loi-cadre n° 59/94/ADP du 15/12/94, et son décret d'application du 01/08/95).

Cette loi s'applique aussi bien à ces Institutions qu'à leurs unions, fédérations ou confédérations (Article 3). En revanche, sont exclus de son champ d'application, « les groupements d'épargne et de crédit à caractère coopératif ou mutualiste » qui exercent leurs activités sous l'autorité et le contrôle des Ministres des Finances (article 4).

Les Institutions ouest africaines de micro finance sont à but non lucratif et constituées avec un capital variable. Elles sont fondées sur les principes d'union, de solidarité et d'entraide mutuelle. En conséquence, leur objet se limite à collecter l'épargne de leurs membres auxquels elles peuvent distribuer des crédits (article 2).

La création des Institutions Mutualistes ou Coopératives d'Epargne et de Crédit est subordonnée à l'obtention d'un agrément octroyé par le Ministre des finances. Cet agrément leur confère la personnalité morale (article 16). Les conditions d'exercice de l'activité, les règles de fonctionnement et les modalités de contrôle de ces Institutions

sont fixées par le Ministre des finances, dans la convention visée aux articles 6 et 7 de la loi uniforme.

Dans la **Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale** (CEMAC) a adopté un Règlement relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de micro finance (n° 01/02/CEMAC/UMAC/COBAC du 13 avril 2002). Ce règlement établit une classification des Etablissements de Micro Finance (EMF) en trois catégories.

Les établissements de la première catégorie fonctionnent selon le mode coopératif c'est-à-dire collecte l'épargne de leurs adhérents qu'elles leur redistribuent sous forme de micro crédit. Leur création est soumise à une simple déclaration préalable à l'autorité monétaire nationale et au Conseil National du Crédit, ainsi qu'à la commission Bancaire.

Les EMF de deuxième catégorie sont des micro banques. Ils sont autorisés à recevoir des fonds du public et à distribuer des crédits à leur clientèle qui n'est pas constituée uniquement par des personnes ayant souscrit au capital. Ces EMF doivent alors être constitués sous la forme de société anonyme, sont soumis à l'exigence d'un capital minimum (50 millions de fcfa) et doivent obtenir l'agrément préalable de l'autorité monétaire nationale sur avis du Conseil National du Crédit.

Enfin, les EMF de troisième catégorie se rapprochent davantage des établissements financiers dans la mesure où ils ne sont pas autorisés à recevoir des fonds du public, mais peuvent distribuer des crédits. Soumise à l'exigence d'un capital minimum (25 millions), leur création obéit à la règle de l'autorisation préalable de la Commission bancaire.

A l'instar des Institutions Mutualistes ou Coopératives d'Epargne et de Crédit de l'UEMOA, les EMF de la CEMAC peuvent s'organiser en réseau, autour d'un organe fédérateur. Mais, alors que dans la CEMAC l'organe fédérateur est un véritable établissement de crédit, soumis aux conditions d'agrément et aux normes de gestion des banques, la loi uniforme de l'UEMOA ne réserve ce régime qu'aux organes financiers. Les autres structures relevant du régime de l'agrément ministériel (article 46 al 2).

### **III La nature de la relation banquier client**

La relation entre la banque et son client est une relation contractuelle qui a pour point de départ l'ouverture d'un compte. Cette relation est donc régie par tous les principes du droit contractuel à savoir : la liberté contractuelle, la force obligatoire, et l'effet relatif. Mais le banquier a aussi des devoirs ou des obligations spécifiques qui viennent s'ajouter à ses obligations de droit commun, du fait de sa qualité de professionnel. Il est tenu notamment,

- du devoir d'information et de conseil,
- du devoir de vigilance,
- de l'obligation au secret professionnel.

# LES OPERATIONS DE CREDIT

Le crédit est un acte juridique par lequel un Etablissement de Crédit promet de mettre des fonds à la disposition d'un client, à concurrence d'un montant déterminé, et sur demande de celui-ci notamment par voie de tirage ou de retrait.

Le crédit se caractérise par la présence de trois éléments :

- ◆ La mise à disposition d'une somme d'argent ;
- ◆ L'obligation de restituer cette somme à une échéance déterminée ;
- ◆ La stipulation d'intérêt.

Il existe plusieurs catégories de crédits qu'on pourrait présenter en deux groupes :

- ◆ Les crédits à court terme ;
- ◆ Les crédits à moyen et long term.

## **A/ Les crédits à court terme**

Ils sont diversifiés, mais on peut les regrouper en : crédits à la consommation, encore appelés crédits aux particuliers, et les crédits de fonctionnement.

### **1 - Les crédits à la consommation**

Il s'agit des prêts consentis aux particuliers, familles, pour la couverture de certains besoins de ménage dont l'équipement, les cérémonies familiales (mariage, obsèques,...), la rentrée scolaire. Ce type de crédit fait très souvent l'objet d'une réglementation spéciale très protectrice du bénéficiaire.

La couverture du risque d'insolvabilité de l'emprunteur est très souvent assurée par la domiciliation des revenus (salaires); l'employeur délivre à cet effet un engagement ferme et irrévocable de domicilier le salaire de l'employé emprunteur.

### **2 - Les crédits de fonctionnement**

Ce sont les crédits de trésorerie. Ils sont mis par la Banque à la disposition d'une entreprise dont les besoins en fonds de roulement excèdent de façon plus ou moins permanente les possibilités du fonds de roulement.

### **3 – La facilité de caisse**



C'est une avance de fonds destinés à faire face à un besoin ponctuel qui peut se produire à un certain moment dans la trésorerie d'une entreprise parce que les flux de recettes consécutifs à ses ventes ne se réalisent pas de façon harmonieuse avec ses charges (achats des matières premières et produits, salaires, impôts...). L'entreprise peut pendant quelques jours, avoir besoin d'un concours de trésorerie qu'on appelle généralement « **facilité de caisse** ».

La possibilité lui est donc donnée de passer débiteur dans son compte.

#### **4 – Le découvert**

La durée du découvert est plus grande que celle de la facilité de caisse. Un découvert peut avoir une durée allant jusqu'à un an. C'est un crédit de trésorerie mis à la disposition d'une entreprise dont les besoins en fonds de roulement dépassent les possibilités du fonds de roulement.

Exemple : Financement de la constitution d'un stock de matières premières.

#### **5 – Le crédit de campagne ou saisonnier**

Il s'agit de financement qui concerne des activités à caractère périodique, d'opérations qui se réalisent à un moment donné de l'année ou se situe essentiellement pendant une autre période.

Exemple : Campagne Cacao/Café.

#### **6 – L'escompte**

L'escompte est une opération de crédit à court terme par laquelle une Banque, en échange d'un effet de commerce (lettre de change, et plus rarement un chèque) endossé par le client-remettant, crédite le compte de celui-ci d'une somme égale au montant de l'effet sous déduction d'une somme représentant le service rendu et les intérêts (agios) à courir jusqu'à l'échéance, calculés d'après le temps restant à courir jusqu'à l'échéance, augmenté des commissions diverses. Cette opération doit alors être distinguée du crédit d'escompte qui désigne l'engagement que prend le banquier d'escompter les effets que le clients lui présentera pendant une période déterminée et à hauteur d'un plafond convenu (Ligne d'escompte d'effets).

Le banquier escompteur d'un effet de commerce qui revient impayé à l'échéance, peut exercer ses recours cambiaires contre tous les signataires de l'effet (remettant et signataires intermédiaires, tireur). Il bénéficie alors de la solidarité entre les signataires et, s'il est porteur de bonne foi, de l'inopposabilité des exceptions. Mais il lui sera également loisible de procéder à la contre-passation en compte, de l'effet revenu impayé. La contre-passation opérée dans un compte courant en fonctionnement vaut paiement et doit donner lieu à la restitution de l'effet de commerce au client.

#### **7 Le crédit documentaire**

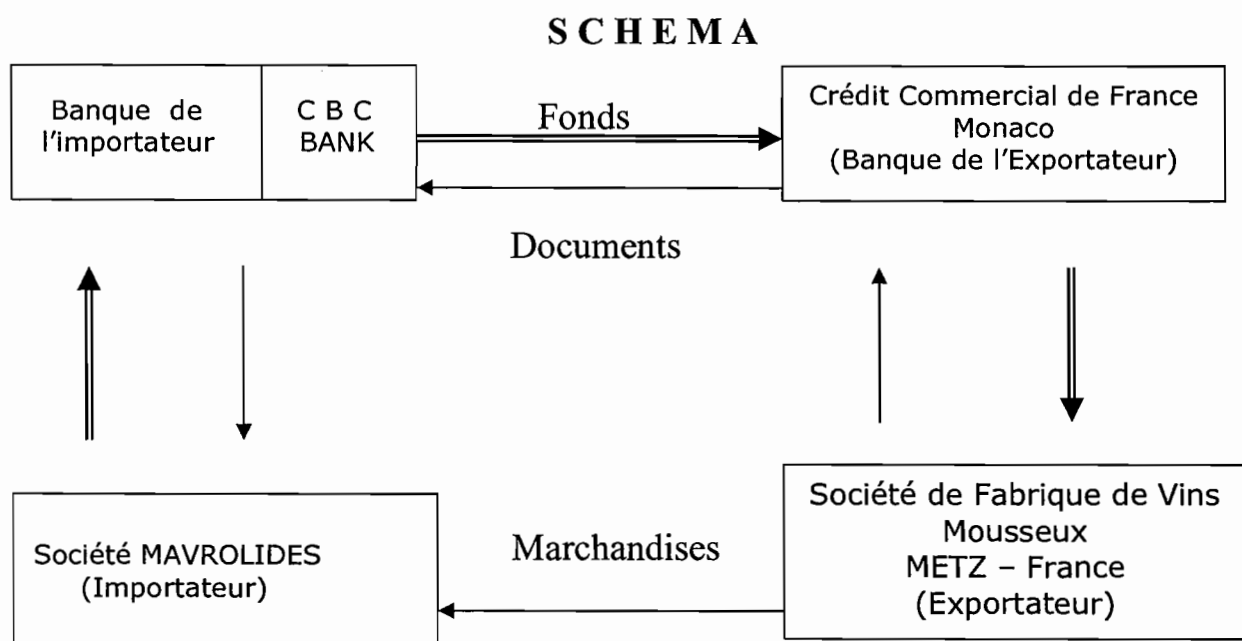
Le crédit documentaire est une forme de crédit qui fait intervenir des banques en facilitant une transaction qui ne comporte pas a priori le minimum de confiance entre fournisseur et client.

Le fournisseur veut bien livrer, mais il veut être sûr d'être payé ; l'acheteur veut bien payer, mais il veut être sûr d'être livré.

Malgré son nom, le crédit documentaire est essentiellement une technique de garantie du paiement des exportations.

Les différentes étapes d'un crédit documentaire sont le plus souvent les suivantes :

- L'exportateur (fournisseur) et l'importateur conviennent des modalités de paiement par crédit documentaire ;
- L'importateur donne l'ordre à sa banque d'émettre un crédit documentaire que l'on suppose irrévocable ;
- La banque de l'importateur émet un accreditif au profit de l'exportateur (bénéficiaire) ;
- L'exportateur remet à sa banque les documents qui permettent d'appréhender la marchandise et d'estimer sa qualité et sa quantité ;
- Si les documents sont formellement conformes à ce qui est précisé dans l'accréditif, les deux banques sont tenues de lever les documents et de verser le montant du crédit documentaire au bénéficiaire.



## 9 - Le crédit par signature

Ce crédit ne consiste pas en une avance de fonds, mais dans la fourniture par la Banque d'une garantie personnelle au créancier de son client. La Banque, fournisseur du crédit par signature, s'engage à payer tel créancier si tel débiteur (son client) est défaillant.

Dans un premier temps, la Banque n'engage que sa signature ; si l'opération se déroule convenablement, il ne décaissera rien ; elle sera conduite à payer, en revanche, si son client débiteur est défaillant ; à ce moment, le crédit deviendrait un engagement par trésorerie.

On peut citer les acquits à caution de douane, les cautions de soumission, de bonne exécution, de retenue de garantie, les avals, les garanties à première demande...

### **B/ Les crédits à long et moyen termes**

Les crédits à moyen terme sont des opérations d'investissement qui s'inscrivent pour la durée, dans la fourchette de 02 à 07 ans. L'on pourrait ainsi citer les prêts pour l'acquisition des machines, l'amélioration de l'habitat, des constructions légères... Il s'agit en somme des crédits finançant des immobilisations.

Les crédits à long terme ne sont pas assez différents de ceux à moyen terme. Il s'agit également d'apporter un concours pour permettre la constitution ou la croissance de l'outil de travail. La différence tient, en matière d'investissement, par la seule durée du crédit : par le crédit à long terme, on finance des immobilisations dont la durée d'amortissement est supérieure à 07 ans. On parle ici d'immobilisations lourdes : construction d'une usine, par exemple.

Ces types d'opérations sont généralement menées par des Banques et Organismes spécialisés (Etablissements financiers).

## LES SURETES PERSONNELLES

Aux termes de l'article 2 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme sur les sûretés, une sûreté personnelle « consiste en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie ».

Le droit classique ne connaissait qu'une seule sûreté personnelle, à savoir le cautionnement. Mais, la pratique bancaire et internationale a créé des engagements libellés de telle sorte qu'ils deviennent indépendants de l'obligation principale : la garantie à première demande ou encore garantie indépendante. Ces engagements sont stipulés exécutoires à première demande du bénéficiaire, sans que ce dernier ait à rapporter la preuve de l'existence ou de l'exigibilité de la dette, alors même que l'inexécution ou la mauvaise exécution du marché à l'occasion duquel ils ont été délivrés serait litigieuse. La jurisprudence française interprète restrictivement les termes de ces engagements.

Pour déterminer la nature exacte de la garantie, il convient de rechercher la commune intention des parties dans le texte même de la garantie. Cette commune intention peut, le cas échéant, être également recherchée dans le contrat commercial sous-jacent auquel la garantie se réfère (Cass. com., 19 mai 1992, no 90-13.383: Quot. jur., 14 juill. 1992, 11). Constitue une vraie garantie indépendante l'engagement aux termes duquel le garant s'oblige à effectuer un paiement à la première demande du bénéficiaire, sans différer son paiement ni soulever d'objection, exception ou contestation quelconque (Cass. com., 27 juin 2000, no 96-20.045, Sté Marseillaise de Crédit c/ Sté Fiat Auto France). De même, l'engagement irrévocable de payer à première demande, nonobstant toute contestation de la part du donneur d'ordre, dans le cas où le bénéficiaire attesterait que le donneur d'ordre n'a pas rempli tous les termes et conditions stipulés, constitue une garantie indépendante.

A la différence du droit français, le droit OHADA consacre formellement cette garantie comme deuxième sûreté personnelle sous l'appellation de « lettre de garantie ». A côté des sûretés personnelles reconnues comme telles, la pratique des affaires a permis l'émergence de la lettre d'intention ou lettre de confort considérée comme une véritable garantie de paiement bancaire.

### I/ LE CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne appelée caution, s'engage envers une autre (le créancier) qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier. Le consentement du débiteur n'est pas requis pour la validité du cautionnement qui être consenti à son insu (art 3, al 1 et 2).

*La caution qui a payé, dispose de deux actions pour obtenir son remboursement, à savoir l'action personnelle et l'action du créancier dans les droits duquel elle est subrogée (art 20 et 21, Acte uniforme).*

L'**action personnelle** de la caution ressemble à celle d'un mandataire ou d'un gérant d'affaires. Elle est ouverte à toute caution quelle qu'elle soit, sauf renonciation de sa part (Cass. com., 19 déc. 1972 : Bull. civ. IV, no 338). Par ce moyen, *la caution peut réclamer non seulement ce qu'elle a payé au créancier (principal et intérêts) mais aussi les frais qu'elle a payés et les dommages et intérêts qui s'ajoutent exceptionnellement aux intérêts moratoires légaux* (C. civ., art. 2038).

Par l'effet de la **subrogation**, la caution bénéficie des actions, droits et sûretés du créancier payé (C. civ., art. 2029). Lorsqu'elle cautionne un codébiteur solidaire, elle est subrogée dans tous les droits de ce créancier contre les codébiteurs, ce qui lui permet de réclamer la totalité de la somme due à l'un quelconque d'entre eux (Art. 20, Acte uniforme / Cass. civ., 12 déc. 1960 : Bull. civ. I, no 537). Mais, avec cette action, *la caution ne peut demander que le remboursement des sommes que le créancier pouvait lui-même réclamer au débiteur principal*. Elle ne peut obtenir ni le remboursement des frais, ni l'attribution de dommages-intérêts. Elle ne peut prétendre sur la dette acquittée qu'aux intérêts au taux légal, et non au taux conventionnel de la créance cautionnée (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mars 2003, no 00-12.209, Coanga c/ Sté Crédit logement).

Le cautionnement peut emprunter certains éléments à la technique des sûretés réelles lorsqu'une personne constitue un gage ou une hypothèque en garantie de la dette d'autrui. Cette personne prend alors le nom de **caution réelle** ; elle demeure une caution dans la mesure où elle n'est tenue qu'à titre subsidiaire, en cas de défaillance du débiteur, mais son engagement est limité à la chose qu'elle a remise en garantie (art 6 et 12, Acte uniforme). La caution peut aussi se faire cautionner par une autre personne appelée **certificateur de caution** qui, sauf stipulation contraire, est dans la situation d'une caution simple (art 11, Acte uniforme).

### 1.1. Validité du cautionnement

#### *Conditions de droit commun (art 1108 C civ.)*

- le consentement exempt de vices
- la capacité de contracter
- un objet et une cause licites.

#### *Conditions Spécifiques de l'Acte uniforme*

- Etre convenu de façon expresse car le cautionnement ne se présume pas (Nullité du cautionnement tacite (art 4 al 1<sup>er</sup>))

- Etre conclu par écrit authentique ou seing privé, signé par les deux parties et comportant en toutes lettres la mention manuscrite de la somme maximale garantie (art. 4, al. 2). La somme maximale garantie correspond au principal de la dette, à ses accessoires et aux frais de recouvrement de la créance dès lors que cela ressort clairement de la mention manuscrite (art 8). Il en est de même en cas de cautionnement général des dettes du débiteur principal couvrant « tous ses engagements » ou « le solde débiteur d'un compte courant » (art 9).

*Exemple* : « bon pour caution solidaire comme ci-dessus, jusqu'à concurrence de FCFA 10 000 000 (dix millions). »

*La caution ne sachant ou ne pouvant écrire est dispensée des exigences de l'article 4 alinéa 2 à condition de se faire assister par deux témoins qui certifient dans l'acte son identité et sa présence, et attestent la nature et les effets de son engagement (art. 4 al. 3).*

- Etre fourni par une personne présentant des garanties de solvabilité. S'agissant d'époux communs en biens, cette condition s'apprécie par rapport à l'ensemble des biens et revenus de la communauté (Cass. 1re civ., 27 mai 2003, no 00-14.302, Rougier c/ Ferrand et a.). A défaut de pouvoir fournir une telle caution le débiteur pourra consentir une sûreté réelle satisfaisante pour le créancier (art 5 al 2 et 3). La même solution est retenue lorsque la caution initialement fournie devient par la suite insolvable (art 6).

- Garantir une obligation principale valable et à concurrence du montant de celle-ci, sous peine de nullité ou de réduction à due concurrence. La confirmation de la nullité par le débiteur sera sans effet sur la validité du cautionnement. Toutefois la loi autorise le cautionnement en connaissance de cause des engagements d'un incapable (art 7).

- Etre consenti par une personne ayant le pouvoir d'engager la personne morale, et dans le cas particulier des SA, avoir préalablement été autorisé par le conseil d'administration (art 449, Acte uniforme sur les sociétés commerciales)

## 1.2. Modalités du cautionnement

Il existe deux sortes de cautionnement, *le cautionnement simple et le cautionnement solidaire*. La caution simple peut contraindre le créancier à poursuivre d'abord le débiteur, à saisir et faire vendre ses biens, avant de l'obliger elle-même au paiement. Cette faculté qui porte le nom de *bénéfice de discussion* ne doit pas cependant apparaître comme un moyen dilatoire. C'est pourquoi la caution est tenue de provoquer la discussion du patrimoine du débiteur dès les premières poursuites en désignant les biens à saisir et en avançant les frais de procédure (C. civ., art. 2023 ; Art 16 al 2, Acte uniforme)

Toutes les fois que la caution a fourni les éléments nécessaires pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard de la caution de la solvabilité du débiteur principal qu'il a négligé de poursuivre en temps utile (C. civ., art. 2024 ; Art 16 al 3, Acte uniforme).

Le bénéfice de discussion est refusé à la caution judiciaire et au certificateur de caution (C. civ., art. 2042 et 2043 ; Art 16 al 1<sup>er</sup>, Acte uniforme, s'agissant de la caution judiciaire). Il disparaît également si la caution y a renoncé lors de la conclusion du cautionnement.

Si *plusieurs cautions* se sont engagées à garantir le paiement de la dette, celle qui est poursuivie peut demander au créancier de diviser ses poursuites entre tous les *cofidéjusseurs*. Par l'effet du *bénéfice de division*, la charge de la dette est immédiatement répartie entre les cautions : l'insolvabilité de l'une d'entre elles est supportée par les autres, non par le créancier. Cette règle comporte cependant deux exceptions : d'une part, lorsque l'insolvabilité de l'une des cautions est apparue après la division (C. civ, art. 2026 ; Art 17 al 2, Acte uniforme) ; d'autre part lorsque le créancier a pris lui-même l'initiative de diviser les poursuites (C. civ., art. 2027 ; Art 17 al 3, Acte uniforme).

En s'engageant solidairement, la caution accroît la garantie du créancier car elle permet à celui-ci d'invoquer à la fois les effets du cautionnement et ceux de la solidarité. Elle rapproche sa situation de celle d'un codébiteur solidaire, en renonçant au bénéfice de discussion et au bénéfice de division. *Des différences existent néanmoins entre les cautions solidaires et les codébiteurs solidaires*. En particulier, la jurisprudence accorde à la caution solidaire le bénéfice de la cession d'actions en justice, alors que les avantages de la subrogation sont refusés au débiteur solidaire ( Cass. req., 30 juin 1942 :

DA 1943, 21). Si le créancier poursuit le débiteur seul, celui-ci, une fois condamné, n'a aucun recours contre la caution solidaire alors qu'il peut toujours agir contre un codébiteur (Cass. com., 9 déc. 1974 : Quot. jur. 1975, no 108, p. 5).

*Exemple de clause de solidarité « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ».*

En droit commun, la mention suivant laquelle la caution s'oblige dans les mêmes conditions que l'emprunteur suffit à établir l'existence d'un engagement de solidarité (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 janv. 1996, no 94-10.530, no 225, D. Ducamp c/ Caisse régionale de crédit maritime mutuel du Sud Aquitaine et a.).

La solidarité est généralement présumée dans le cautionnement commercial. Cette présomption a été consacrée par l'article 10 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme selon lequel « le cautionnement est réputé solidaire ». Le cautionnement simple devient ainsi l'exception, contrairement au système du Code civil.

Lorsque le cautionnement est civil, la solidarité exige une manifestation de volonté expresse et non équivoque de la caution (Cass. civ., 31 janv. 1989 : Bull. civ. I, no 45).

### **1.3. Exécution et effets du cautionnement**

*En cas de défaillance du débiteur, la caution doit immédiatement payer le créancier sans pouvoir discuter le patrimoine du débiteur. Pour échapper à cette obligation, il ne lui reste que deux moyens : 1°/ contester la validité du contrat (vice de forme, vice de consentement, etc.) ou opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal (art 18 al 1<sup>er</sup>, Acte uniforme) et, 2°/ établir que son engagement était disproportionné à ses moyens. Ce dernier moyen n'est pas négligeable car l'Acte uniforme consacre implicitement le principe de proportionnalité de la garantie avec les facultés de paiement du garant (Art 5 al 2).*

Le créancier professionnel ne saurait donc se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à cette obligation. *Il s'agit ici de sanctionner une attitude réputée fautive du créancier qui n'aurait pas dû conclure le contrat de cautionnement.*

L'exécution du cautionnement peut comporter diverses modalités et met des obligations précises à la charge des parties.

#### **1.3.1. Obligation permanente d'informer la caution (Art 13 et 14)**

- ◆ Obligation d'informer la caution de toute défaillance du débiteur principal, et de mettre préalablement ce dernier en demeure de payer.
- ◆ Obligation d'informer la caution de la prorogation du terme accordé au débiteur principal par le créancier. La caution peut refuser cette prorogation et exiger du débiteur principal le paiement de sa dette.
- ◆ Obligation d'informer la caution de la déchéance du terme qui frappe le débiteur principal, même comme celle-ci (déchéance) ne lui est pas opposable.

Ces informations doivent indiquer le reliquat de la créance due, en principal, en intérêts.

### 1.3.2. L'obligation périodique d'informer la caution (art 14 al 2)

- ◆ Périodicité d'information : le mois qui suit le terme de chaque trimestre civil.
- ◆ L'obligation trimestrielle d'information n'a lieu que lorsqu'on est en présence d'un cautionnement général.

Le contenu de l'information

- L'état des dettes du débiteur principal précisant leurs causes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts, commissions et autres frais restant dus à la fin du trimestre écoulé, et rappelant à la caution la faculté de révocation par reproduction littérale des dispositions des articles 9 et 14 de l'Acte uniforme.

NB : Ce formalisme pèse énormément sur les banques par l'augmentation subséquente de leurs charges d'exploitation (en personnel, moyens de communication,...) que les clients concernés refusent de supporter à travers la facturation de commissions supplémentaires.

**Sanction du défaut d'information :** Déchéance des intérêts dus depuis la dernière information (art 14 al 3).

## 1.4. Extinction du cautionnement

### 1.4.1. Causes légales (art 25)

De façon générale le cautionnement s'éteint pour les causes suivantes :

- Le paiement
- La compensation ou la confusion (créancier/caution)
- La dation en paiement
- La novation.

#### *Paiement de la dette par le débiteur*

C'est le mode d'extinction le plus normal : le paiement de l'obligation principale par le débiteur met fin au cautionnement. Toutefois le paiement n'éteint le cautionnement que s'il est total et provient du débiteur lui-même. Le paiement par un tiers ne fait pas disparaître l'obligation, il transmet la créance à celui qui a payé lorsque les conditions de la subrogation sont réunies. Dans ce cas, le cautionnement est maintenu au profit du solvens.

#### *Dation en paiement*

La dation en paiement produit le même effet que le paiement. L'acceptation volontaire par le créancier de la chose donnée en paiement décharge la caution même si le créancier est par la suite évincé de cette chose (C. civ., art. 2038 ; Art 25 al 2, Acte uniforme).

#### *Compensation et confusion*

Du paiement proprement dit, il faut rapprocher la compensation et la confusion. Lorsque le débiteur devient créancier de son créancier, la caution est en droit d'opposer l'exception de compensation; elle a ce droit, même si elle s'est engagée comme caution



solidaire (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1983 : Bull. civ. I, no 165). De même, la confusion c'est-à-dire la réunion sur la tête du débiteur de la double qualité de débiteur et de créancier met fin à l'engagement de la caution.

### ***Paiement partiel***

Lorsque le paiement n'est que partiel, le cautionnement subsiste pour la partie de la dette qui n'est pas payée (Art 25 al 1<sup>er</sup>, Acte uniforme). Une difficulté surgit cependant lorsque le cautionnement est limité et ne garantit qu'une partie de la dette. Comme le cautionnement est une sûreté pour le créancier, la jurisprudence décide que *les paiements faits par le débiteur s'imputent d'abord sur la partie non cautionnée de la dette* (Cass. com., 28 janv. 1997, no 94-19.347 : Defrénois, 30 mars 1997, p. 396, note L. Aynès ; Rev. huissiers, 15 déc. 1997, p. 1443, note J.-L. Courtier).

La diminution de la dette s'opère même si, ultérieurement, les versements portés par la banque créancière au compte courant du débiteur se sont trouvés indisponibles en raison de l'ouverture du règlement judiciaire de ce dernier (Cass. com., 9 juin 1992, no 89-10.002, CRCAM c/ Jabouille).

### ***Remise de dette***

La remise conventionnelle accordée par le créancier au débiteur principal libère les cautions (C. civ., art. 1287 ; voir égal, art 25 al 1<sup>er</sup>, Acte uniforme).

### ***Novation***

La novation opérée à l'égard du débiteur libère la caution (C. civ., art. 1281). Toutefois, elle doit résulter clairement de l'intention commune des parties (Cass. civ., 11 janv. 1984 : Bull. civ. I, no 11). La preuve de la novation incombe à la caution (Cass. com., 26 juin 1972 : Bull. civ. IV, no 202).

La novation par changement de débiteur opérée à l'égard de l'une des cautions solidaires n'a pas pour effet de libérer le débiteur principal et, par suite, pas davantage les autres cautions solidaires, sauf convention contraire (Cass. com., 7 déc. 1999, no 96-15.915, no 1997 P, Joffres c/ BNP et a. : JCP E 2000, jurispr. p. 1477, obs. S. Piedelièvre ; Petites affiches, 27 mars 2000, n o 61, p. 13, note D. Boccara).

### **1.4.2. Résiliation unilatérale**

La résiliation peut être consécutive à la révocation de son engagement par la caution, ou à la renonciation par le créancier.

Si la caution révoque son engagement avant l'échéance, elle sera tenue d'honorer le paiement de l'encours à la date de cette révocation. La caution est déchargée de son engagement lorsque le créancier a, en toute connaissance de cause, renoncé à la sûreté (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juin 2001, no 98-22.640, no 978 FS-P, Sté Udecodiffusion c/ Dalloux : Bull. civ. I, no 161).

### **1.4.3. Autres causes d'extinction du cautionnement**

#### ***Décès de la caution*** (art 25 al 4)

Le décès de la caution n'a pas d'incidence sur le règlement des dettes déjà nées : les héritiers de la caution sont, comme la caution elle-même, tenus des dettes nées antérieurement au décès (Cass. civ., 6 déc. 1988 : Bull. civ. IV, no 335), même si ces

dettes ne sont exigibles qu'à une date ultérieure (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juill. 1994, no 92-18.916 : Bull. civ. I, no 258).

*La clause d'un cautionnement imposant aux héritiers de garantir les obligations nées après le décès de leur auteur constitue un pacte sur succession future et est dépourvue d'effet* (Cass. civ., 13 janv. 1987 : JCP 1988, II, no 20954, note E.-S. de la Marnierre.).

### ***Faute du créancier portant préjudice à la caution***

La caution est déchargée de son obligation lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait exclusif du créancier, s'opérer en sa faveur. Cette règle est impérative et ne saurait être écartée par une clause contraire (Art 18 al 2, Acte uniforme ; C. civ., art. 2037)(Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 févr. 1998, no 96-15.628 : Bull. civ. I, no 42). Elle peut s'appliquer à tout manquement susceptible de priver la caution de ses recours, notamment :

En toute hypothèse, la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits dont elle a été privée par le fait du créancier (En ce sens, art 18 al 3 ? Acte uniforme ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 1998, no 96-20.626, CRCAM c/ Darrieumerlou : Bull. civ. I, no 361 ; D. 2000, p. 215, note A. Boujeka).

*Le créancier doit ménager les intérêts de la caution et s'abstenir de toute attitude susceptible de contribuer à l'insolvabilité du débiteur.* Une banque peut notamment engager sa responsabilité à l'égard de la caution lorsque par le soutien abusif qu'elle a accordé au débiteur, elle a rendu impossible le remboursement de la dette (Cass. com., 7 janv. 2004, no 01-11.947, CRCAM de Champagne-Bourgogne c/ Giess).

## **II/ LA LETTRE DE GARANTIE**

La lettre de garantie est définie par l'article 28 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés comme « *une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier* ». L'alinéa 2 du même texte définit la « *lettre de contre-garantie* » comme « *une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre ou du garant, le contre-garant s'engage à payer une somme déterminée au garant sur première demande de la part de ce dernier* ».

Il résulte de la double définition ci-dessus que la lettre de garantie ou de contre-garantie, selon le cas, est un contrat qui fait naître à la charge du garant ou du contre-garant l'obligation de payer à un tiers appelé bénéficiaire ou au garant, sur sa demande, une somme déterminée en exécution d'une créance que ce dernier détient contre le donneur d'ordre. L'engagement de payer ainsi souscrit est toutefois constitutif d'une obligation indépendante du rapport juridique garanti. C'est ce qui fonde du reste la différence entre la lettre de garantie et le cautionnement.

Dans tous les cas, la lettre de garantie, qui est un engagement par signature, peut satisfaire de nombreuses demandes de couverture d'opérations commerciales ou financières. Les modalités les plus rencontrées en pratique sont les suivantes : la

garantie de bonne fin ; la garantie de soumission ; la garantie de paiement de droit de douanes ; la garantie de restitution d'acompte, *etc.*

Il faut évoquer cette autre sûreté personnelle en étudiant successivement sa formation (I), ses effets (II) et son extinction (III).

## **I – LA FORMATION DE LA LETTRE DE GARANTIE**

Au-delà des conditions de validité de droit commun des contrats, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés énonce certaines conditions particulières qui sont relatives à la personnes du garant ou du contre- garant (A) et à la forme de l'acte constatant la garantie (B).

### **A – LA PERSONNE DU GARANT OU DU CONTREGARANT**

En vertu de l'article 29 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme sur les sûretés, « *les lettres de garantie et de contre- garantie ne peuvent être souscrites sous peine de nullité par les personnes physiques* ». Ce texte écarte les personnes physiques et réserve par conséquent l'exclusivité de prendre des engagements de garantie à première demande aux seules personnes morales. Cette position est sans doute justifiée par le souci de protéger les particuliers, l'engagement de garantie à première demande étant jugé très contraignant.

Aucune discrimination n'est en revanche faite entre les personnes morales. La garantie peut donc émaner en principe de toute personne morale, qu'il s'agisse d'une personne morale de droit privé ou d'une collectivité publique, sous réserve des règles prévues par l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales en ce qui concerne la délivrance des garanties personnelles. Toutefois, et d'une manière générale, les lettres de garantie sont délivrées par les banques à la demande de leurs clients ou à titre de contre- garantie. Il s'agit du reste, pour les banques, d'une activité particulièrement rémunératrice qui est souvent prise en charge par un service spécialisé.

### **B – LA FORME DE L'ACTE DE GARANTIE**

L'article 30 de l'acte uniforme prévoit une double exigence de forme : un écrit qui doit avoir un contenu déterminé.

#### **1 – L'exigence d'un écrit**

La première exigence de forme est que toute convention tenant lieu de garantie doit, pour être valable, être constatée par un écrit ; c'est ce qui résulte de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 30 aux termes duquel « *les conventions de garantie ou de contre- garantie ne se*

*présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit... ».* Ce texte subordonne, sans ambiguïté, l'existence d'un acte juridique ayant valeur d'engagement de garantie à première demande à la rédaction d'un écrit. A défaut, il n'est donc pas possible au bénéficiaire d'en apporter autrement la preuve.

Le droit uniforme africain ne présente cependant pas d'exigence particulière en ce qui concerne la nature de l'écrit. Ce qui signifie qu'il peut s'agir aussi bien d'un acte sous seing privé que d'un acte authentique. Mais la mesure où ces garanties en principe souscrites en matière commerciale, il va le plus souvent s'agir d'un acte sous seing privé.

## **2 – Le contenu de l'écrit**

Le formalisme de la souscription des garanties à première demande ne se limite pas à l'exigence d'un écrit. La lettre de garantie ou de contre-v garantie doit, sous peine d'encourir la nullité, comporter en outre un certain nombre de mentions obligatoires. L'alinéa 2 de l'article 30 de l'acte uniforme sur les sûretés en fait une énumération relativement exhaustive. L'acte constitutif de l'engagement de garantie doit notamment mentionner « *la dénomination de lettre de garantie ou de contre- garantie à première demande ; le nom du donneur d'ordre ; le nom du bénéficiaire ; le nom du garant ou du contre- garant ; la convention de base, l'action ou fait cause de l'émission de la garantie ; le montant maximum de la somme garantie ; la date d'expiration ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ; les conditions de la demande de paiement ; l'impossibilité, pour le garant ou le contre- garant, de bénéficier des exceptions de la caution ».*

**Quelle est l'avantage d'une définition aussi complète du contenu de la lettre de garantie ou de contre- garantie ?**

C'est non seulement de renseigner suffisamment le souscripteur sur la nature et l'étendue de son engagement, mais aussi de lever toute équivoque quant à la qualification juridique du contrat.

## **II – LES EFFETS DE LA LETTRE DE GARANTIE OU DE CONTREGARANTIE**

La lettre de garantie ou de contre- garantie, marquée par son caractère autonome et les conséquences qui y sont attachées, engendre un engagement d'une rigueur accrue. Cette rigidité est cependant tempérée par les dispositions adoptées dans le cadre de l'O.H.A.D.A. qui s'efforcent d'établir un équilibre entre les droits du bénéficiaire et les

intérêts du garant ou du contre-garant et du donneur d'ordre. Il en est ainsi tant en ce qui concerne la détermination de l'étendue de la garantie (A) que pour ce qui est de sa mise en œuvre effective (B).

## **A – L'ÉTENDUE DE LA GARANTIE**

La détermination de l'étendue de la garantie émise doit en principe résulter « des seules dispositions de la lettre de garantie », ce qui est un corollaire de son caractère autonome. L'Acte uniforme sur le droit des sûretés, sans se départir de ce principe fixe toutefois un certain nombre de règles limitatives de la volonté des parties et relatives à la durée et au montant de la garantie.

### **1 – La durée de la garantie**

Le régime des garanties à première demande conçu par l'O.H.A.D.A. s'intéresse particulièrement à la prise d'effet de la garantie et à sa durée de validité.

Pour ce qui est de la prise d'effet de la garantie délivrée, la règle est posée par l'article 32 alinéa 1<sup>er</sup> de l'acte uniforme portant organisation des sûretés : « la garantie et la contre-garantie prennent effet à la date où elles sont émises sauf stipulation d'une prise d'effet à une date ultérieure ». Ce texte situe donc l'effet de l'engagement de garantie à la date de son émission. Toutefois, le même texte donne aux parties contractantes la possibilité de différer l'entrée en vigueur de l'engagement pris par le garant.

Quelle que soit la date à partir de laquelle l'exécution de l'engagement de garantie est susceptible d'être réclamée, la durée de vie de celui-ci est limitée dans le temps. C'est ce qui ressort de l'article 30 de l'acte uniforme sur les sûretés selon lequel la lettre de garantie ou de contre-garantie doit obligatoirement mentionner « *la date d'expiration ou le fait entraînant l'expiration de la garantie* ». Le droit O.H.A.D.A. exclut ainsi, à l'instar des règles uniformes de la chambre de commerce internationale, la garantie à durée indéterminée. L'engagement de garantie à première demande doit de ce fait être nécessairement assorti d'un terme extinctif.

### **2 – Le montant de la garantie**

Le principe posé en la matière par l'article 33 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme sur les sûretés est que « *le garant et le contre-garant ne sont obligés qu'à concurrence de la somme stipulée dans la lettre de garantie ou de contre-garantie...* ». Il faut déduire de cette disposition que le montant de l'engagement du garant doit être déterminé d'avance

par les parties. L'article 30 de l'acte uniforme sur les sûretés, déjà cité, fait d'ailleurs du montant de la somme garantie une mention obligatoire de la lettre de garantie.

Il va de soi que le garant et le contre-garant ne peuvent être tenus d'un montant supérieur à celui stipulé. L'acte uniforme admet, au contraire, la possibilité d'une réduction ultérieure de l'assiette de la garantie. L'article 33 alinéa 1<sup>er</sup> précité précise, dans ce sens, que le garant ou le contre-garant est obligé à concurrence de la somme stipulée dans la lettre de garantie « *sous déduction des paiements antérieurs faits par le garant ou le donneur d'ordre non contestés par le bénéficiaire* ». Il est de la sorte reconnu au garant le droit d'opposer au bénéficiaire les paiements déjà effectués et que ce dernier admet.

L'alinéa 2 du même article 33 laisse également les parties contractantes libres de stipuler la réduction progressive de la somme prévue à l'acte pour « *un montant déterminé ou déterminable à des dates précises ou contre présentation de documents indiqués à cette fin* ». Il s'agit de garanties dites "glissantes" ou "réductibles".

## **B – L'EXECUTION DE LA GARANTIE**

Le caractère autonome des lettres de garantie ou de contre-garantie a pour conséquence d'en faciliter l'exécution. Le paiement doit en principe intervenir dès que le bénéficiaire en manifeste le désir. La réglementation adoptée par l'O.H.A.D.A. en matière de garantie sur demande y apporte cependant des correctifs en soumettant l'appel de la garantie à certaines conditions de fond et de forme (1) et surtout en admettant qu'opposition puisse être faite au paiement dans certains cas (2). Parallèlement, et dans la mesure où le garant ou le contre-garant ne s'engage qu'à titre de garantie, la nouvelle législation lui ouvre, lorsqu'il a effectivement fait un paiement au bénéficiaire, des recours contre le donneur d'ordre (3).

### **1 – L'appel de la garantie**

Il faut examiner successivement la demande de paiement du bénéficiaire (a) et la réaction du garant ou contre-garant (b).

#### **a) – La demande de paiement**

L'acte uniforme sur les sûretés subordonne l'exécution de l'engagement de garantie à une demande formulée par le bénéficiaire. Selon son article 34 alinéa 1<sup>er</sup>, « *la demande de paiement doit résulter d'un écrit du bénéficiaire accompagné des documents prévus au contrat. Cette demande doit préciser que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations envers le bénéficiaire et en quoi consiste ce manquement* ». Toute demande de contre-garantie doit, quant à elle et selon l'alinéa 2 du même article 34, « *être accompagnée d'une déclaration écrite du garant selon laquelle ce dernier a reçu une demande de paiement émanant du bénéficiaire, conforme aux stipulations des lettres de garantie et de contre-garantie* ».

Deux principales remarques s'imposent à la lecture de cette disposition. D'une part, il en résulte que la garantie doit être nécessairement "justifiée" (c'est-à-dire que le bénéficiaire doit indiquer les raisons de son appel de garantie). D'autre part, le droit uniforme essaie de faire prédominer la garantie "documentaire" au détriment de la garantie "sur première demande" (le bénéficiaire doit accompagner sa demande de paiement des documents prévus au contrat).

Dans tous les cas, la demande de paiement et, s'il en est requis, toute attestation ou document devant l'accompagner, sont à présenter au garant pendant la durée de validité de la lettre de garantie ou contre-garantie au lieu où l'engagement a été émis. L'alinéa 3 de l'article 34 de l'acte uniforme dispose en effet que *« toute demande de paiement au titre de la lettre de garantie doit être faite, au plus tard, à la date d'expiration de celle-ci, accompagnée des documents spécifiés, au lieu d'émission de la garantie ou contre-garantie »*. Il va de soi qu'un appel à garantie qui serait effectué au-delà de la durée de validité de l'engagement souscrit resterait sans effet, car celui-ci aurait déjà été frappé de péremption.

#### ***b) – La réaction du garant ou contre-garant***

Le garant ou le contre-garant qui reçoit une demande de paiement dispose, aux termes de l'article 35 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme, *« d'un délai raisonnable pour examiner la conformité des documents produits avec les stipulations de la garantie ou de la contre-garantie »*. Le délai imparti au garant pour décider de l'attitude à adopter est qualifié de raisonnable, ce qui a pour conséquence de soumettre cette question, en cas de litige, à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ceux-ci tiendront probablement compte des circonstances propres à chaque espèce. En ce qui concerne la nature du contrôle exercé par le garant, le texte se limite à lui faire obligation de vérifier *« la conformité des documents produits avec les stipulations de la garantie ou de la contre-garantie »*. Il ne doit s'agir que d'un contrôle purement formel.

### **2 – L'opposition au paiement**

Le principe est que le garant doit payer sur première réquisition du bénéficiaire sans pouvoir se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette garantie. En d'autres termes, hormis l'hypothèse de la non-conformité de l'appel de la garantie par rapport aux stipulations contractuelles, le garant n'a pas d'autre moyen pour refuser le paiement.

Néanmoins, conscients de ce que l'arbitraire peut parfois caractériser certains appels de garanties, les rédacteurs de l'acte uniforme de l'O.H.A.D.A sur les sûretés ont, à l'instar du droit français, reconnu au donneur d'ordre, au contre-garant et même au garant le droit de s'opposer à l'exécution de la garantie. L'article 36 dispose à cet effet que *« le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant ou au contre-garant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Le garant et le contre-garant disposent de la même faculté dans les mêmes conditions »*.

### 3 – Les actions récursoires

Quel que soit le degré d'autonomie de la lettre de garantie, il demeure indéniable que le garant s'engage sur instructions du donneur d'ordre et en considération d'une obligation de ce dernier à l'égard du bénéficiaire. Il en résulte que, lorsque son engagement est finalement exécuté, le garant libère, en fait, le donneur d'ordre de sa propre dette. En conséquence, l'Acte uniforme prévoit, en son article 37, que « *le garant ou le contre-garant qui fait un paiement utile au bénéficiaire dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre* ».

Ce texte, comme on peut le constater, aligne la situation du garant sur celle de la caution dans la convention de cautionnement. Ce qui revient à dire que le garant ou contre-garant qui paie bénéficie du double recours personnel et subrogatoire reconnu à la caution.

### III – L'EXTINCTION DE LA LETTRE DE GARANTIE OU DE CONTREGARANTIE

Les causes d'extinction des garanties ou contre-garanties sont énumérées par l'article 38 de l'acte uniforme.

La lettre de garantie ou de contre-garantie peut d'abord cesser sil les conditions arrêtées contractuellement sont réunies. Ainsi en est-il de l'écoulement de la durée convenue par les parties avec l'arrivée du jour calendaire spécifié ou l'expiration du délai prévu. Il en est de même lorsqu'il y a présentation par le donneur d'ordre au garant ou contre-garant des documents libératoires spécifiés dans la lettre de garantie ou de contre-garantie.

Mais la lettre de garantie ou de contre-garantie peut également cesser par la volonté unilatérale du bénéficiaire sous la forme d'une déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant ou le contre-garant de son obligation. Bien entendu, cette déclaration doit indiquer, de manière non équivoque, que le bénéficiaire entend renoncer à sa créance à l'égard du garant et du contre-garant.

### III/ LES LETTRES D'INTENTION

*On appelle lettre de confort, lettre d'intention ou lettre de patronage l'écrit par lequel une personne considérée comme solvable conforte le crédit que l'on peut faire à une autre personne et manifeste son intention d'aider cette dernière à faire face à ses obligations. Cet engagement peut résulter d'un ensemble de correspondances et de*



contrats (Cass. com., 7 oct. 1997, no 95-15.165 : Dr. sociétés, janv. 1998, p. 11, note T. Bonneau ; Rev. huissiers, 1998, p. 493, note J.-L. Courtier).

Les termes de la lettre peuvent varier à l'infini et être plus ou moins engageants. Parfois, le confort vise une obligation de moyens : aider la personne parrainée à enlever un marché, améliorer sa trésorerie en ne réclamant pas certaines créances, etc. Souvent, la lettre fait apparaître un engagement plus précis, le paiement d'une dette ou l'accomplissement d'un acte. Lorsque les termes assurant l'exécution de l'obligation sont nets et fermes, la lettre présente, en pratique, une sûreté comparable à celle d'un cautionnement (Cass. com., 23 oct. 1990, no 89-12.924 : Bull. Joly, avr. 1991, p. 403, note M. Jeantin ; RJDA 1991, p. 61, no 54 ; JCP 1991, II, 21684, obs. C. Larroumet). Dans certains cas, il arrive que, compte tenu des termes employés par son souscripteur, la lettre de confort soit considérée comme constituant un véritable cautionnement (Cass. com., 21 déc. 1987 : D 1989, 112, note J.-P. Brill ; JCP 1988, II, 21113, concl. M. Montanier).

Les lettres de confort se rencontrent assez fréquemment dans les relations entre les dirigeants d'une société et la société elle-même (Cass. com., 29 mars 1994, no 91-20.291 : Quot. jur., 7 juin 1994), ou entre sociétés pour permettre à une société mère de conforter le crédit de sa filiale. A plusieurs reprises, elles ont été interprétées par les tribunaux comme mettant à la charge de la société mère une obligation de résultat, imposant à cette dernière de verser au créancier une indemnité égale au montant de la créance (CA Paris, 25 avr. 1979 : D 1980, IR, p. 55, obs. M. Vasseur).

Le régime juridique des lettres d'intention provoque un contentieux abondant en droit positif français, notamment quant à la qualification et la portée de cet acte.

### **Quelques termes utilisés :**

1. « La société (mère) s'engage à faire tout le nécessaire pour permettre à sa filiale de remplir ses obligations envers la Banque ».
2. « La société s'engage à faire tout le nécessaire pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses engagements vis-à-vis de la banque ».
3. « Compte tenu de la politique constante de notre société qui surveille et contrôle étroitement la gestion et plus spécialement le déroulement des plans financiers de ses filiales, notre filiale X... doit normalement être en mesure de tenir ses engagements à votre égard. Nous vérifions qu'elle apporte une diligence habituelle au respect de ses engagements ».
4. « Compte tenu de notre politique économique, nous ferons le nécessaire pour que votre banque n'encoure de pertes de frais de ses engagements... »

### **Position nuancée de la jurisprudence française**

La nature et la portée juridique de la lettre de confort est quelque peu controversée et variable en droit positif. On distingue trois catégories en fonction de leurs conséquences :

- les lettres d'intention qui constatent un simple engagement moral dépourvu d'obligation juridique : éléments très généraux et descriptifs se référant au crédit : l'intérêt porté par une société mère pour les affaires de sa filiale, présentation de la filiale à la banque de la société mère ;

- les lettres d'intention comportant une obligation de faire tantôt de moyen, tantôt de résultat : le signataire de la lettre s'engage à apporter son soutien au débiteur ou encore à tout mettre en œuvre pour qu'il honore ses engagements, sans qu'il soit obligé forcément de se substituer à lui en cas de défaillance : par exemple : maintien de la participation au capital de la filiale ; donner à la filiale les moyens financiers indispensables au paiement des dettes de remboursement. Dans cette hypothèse le créancier peut obtenir le paiement de dommages et intérêts compensatoires en cas d'inexécution par le signataire de ses engagements. Mais le montant de la réparation ne correspondra pas forcément au montant de la dette garantie.

- Enfin les lettres d'intention qui masquent en réalité un véritable cautionnement spécialement lorsque la société mère s'est engagée à se substituer à sa filiale en cas de défaillance ; encore que certains arrêts retiennent plutôt « un engagement de payer la dette d'autrui. Mais c'est en principe le régime juridique du cautionnement qui est souvent appliqué.

- Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, du 26 février 2002 ;
- Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, du 09 juillet 2002, n° 96-19.953, à paraître au Bulletin Civil, D.2002, Jur. p. 2327)

## LES SÛRETES REELLES

Lorsqu'un créancier bénéficie d'une sûreté réelle, celle-ci consiste pour le débiteur à affecter prioritairement un ou plusieurs des éléments actifs de son patrimoine au paiement de sa dette (article 2, alinéa 2 de l'AUS). La sûreté réelle aboutit donc à assurer au créancier un paiement préférentiel qui déroge à la loi du concours et de la distribution par contribution.

On oppose traditionnellement, compte tenu de la nature de la chose affectée en garantie, les sûretés mobilières aux sûretés immobilières.

### I/ LE DROIT DE RETENTION

Le Code civil n'a pas fait du droit de rétention une véritable sûreté. Il l'a plutôt envisagé comme un privilège attaché à certaines créances. C'est les cas notamment du privilège du dépositaire qui s'est vu reconnaître un droit de rétention sur la chose jusqu'au paiement de ce qui lui est dû (Cass. 1re civ., 7 janv. 1992, no 90-14.545 : D.1992, IR, p. 45) et un privilège pour le remboursement des frais faits pour la conservation de la chose. C'est le cas également des privilèges reconnus au bailleur d'immeuble, au vendeur de meuble, et aux personnes qui ont engagé des frais pour la conservation d'un bien du débiteur.

*Le bailleur dispose d'un droit de préférence qui lui permet d'obtenir le paiement de ses créances soit sur le prix de vente des meubles qu'il a saisis, soit sur l'indemnité de remplacement en cas de destruction. Il dispose également d'un **droit de rétention, lequel lui permet, s'il n'est pas payé, de s'opposer au déménagement du locataire** en utilisant la saisie. Ce droit de rétention est prorogé par celui de revendiquer pendant un certain délai les meubles déplacés.*

*Le vendeur au comptant bénéficie d'un droit de rétention puisqu'il a droit au **paiement immédiat**. Ce droit de rétention est prorogé par une action en revendication qui peut être exercée dans le délai de huitaine de la livraison et si le meuble n'a pas été revendu par l'acheteur.*

Un privilège est accordé à tous **ceux qui engagent des frais pour la conservation de la chose d'autrui** (C. civ., art. 2102, 3o). Il leur permet de **retenir la chose et de se faire payer** sur le prix par préférence aux autres créanciers.

Le droit de rétention n'est donc pas une invention de l'Acte uniforme. Ce dernier a néanmoins la particularité d'en faire, non plus un privilège spécial réservé à certaines créances seulement, une sûreté réelle d'application générale, lorsque les conditions légales sont réunies.

Les conditions d'exercice du droit de rétention sont fixées par les articles 41 et 42 de l'Acte uniforme. La mise en œuvre de la sûreté requiert principalement :

- la **détention légitime** par le créancier, *indépendamment de toute autre sûreté et non consécutive à une saisie*, d'un bien du débiteur ;
- l'existence d'une *créance certaine, liquide et exigible* ;
- un *lien de connexité* entre la naissance de la créance et la détention de la chose. L'article 42 alinéa 2 fait présumer la connexité de l'existence de relations d'affaires suivies entre le créancier et le débiteur.

En ce qui concerne les effets l'Acte uniforme accorde au créancier rétenteur qui ne reçoit ni paiement, ni sûreté réelle équivalente de la chose retenue, les *prérogatives reconnues au créancier gagiste*, en l'occurrence le droit de suite et de préférence.

## II/ LE GAGE

Selon l'article 44 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, « le gage est un contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement de la dette ». Cette définition fait apparaître les quatre caractères du gage : il est une sûreté, donc un contrat accessoire à un autre, généralement un prêt ; il est une sûreté conventionnelle ; il est une sûreté mobilière ; il est une sûreté qui implique la dépossession du débiteur. Il faut examiner sa constitution (1°), ses effets (2°) et son extinction (3°).

### I – LA CONSTITUTION DU GAGE

La constitution du gage suppose la réunion d'un certain nombre de conditions. Certaines sont communes à tous les gages, quel qu'en soit l'objet (A). D'autres sont particulières à certains types de gages, notamment à ceux qui peuvent être utilisés comme garanties bancaires (B).

#### A – LES CONDITIONS COMMUNES A TOUS LES GAGES

La constitution d'un gage est subordonnée à certaines conditions de fond (1), à la rédaction d'un écrit (2) et à la remise de la chose (3).

##### 1 – Les conditions de fond

En ce qui concerne la créance garantie, l'article 45 précise que « *le gage peut être constitué pour des dettes antérieures, futures ou éventuelles à la condition qu'elles ne soient pas entachées de nullité* ».

S'agissant du bien objet du gage, il est dit à l'article 46 alinéa 1<sup>er</sup> que « *tout bien meuble, corporel ou incorporel, est susceptible d'être donné en gage* ». Il est ajouté à l'alinéa 2 du même texte que « *le gage peut porter sur des sommes ou des valeurs déposées à titre de cautionnement par les fonctionnaires, les officiers ministériels ou toute autre personnes pour garantir les abus dont ceux-ci peuvent être responsables et les prêts consentis pour la constitution de ce cautionnement* ». Il résulte de ce texte que

le gage peut porter sur une diversité de droits, à la condition qu'ils aient une nature mobilière et qu'ils soient susceptibles d'une appréhension matérielle.

Quant aux parties, il est exigé du constituant du gage qu'il soit le propriétaire de la chose gagée. Lorsqu'il ne l'est pas, il est néanmoins permis au créancier gagiste de bonne foi de s'opposer à la revendication du propriétaire dans les conditions prévues pour le possesseur de bonne foi (article 47 alinéa 1<sup>er</sup>). Il n'est cependant pas nécessaire que le constituant du gage soit débiteur. Il peut être un tiers. Mais dans une telle hypothèse, le constituant du gage est tenu comme une caution réelle.

## **2 – La rédaction de l'écrit**

L'article 49 de l'acte uniforme dispose que « *quelle que soit la nature de la dette garantie, le contrat de gage n'est opposable aux tiers que s'il est constaté par un écrit dûment enregistré contenant indication de la somme due ainsi que l'espèce, la nature et la quantité des biens meubles donnés en gage* ».

Il résulte de cette disposition que le gage doit en principe être constaté par un écrit et enregistré. Cependant, il ne s'agit pas d'une condition de validité du contrat de gage entre les parties. La rédaction de l'écrit et l'enregistrement de ce dernier sont seulement nécessaires pour que celui-ci puisse être opposé aux tiers. Ce qui veut donc dire qu'entre les parties, même lorsqu'il est verbal, le contrat de gage est valable. L'exigence de l'écrit est du reste écartée dans tous les cas où la loi nationale de chaque Etat partie admet la liberté de preuve en raison du montant de l'obligation (article 49 alinéa 2).

## **3 – La remise de la chose**

L'article 44 de l'acte uniforme fait de la remise de la chose un des éléments de définition du gage. Cette exigence est confirmée par l'article 48 qui dispose que « *le contrat de gage ne produit effet que si la chose gagée a été effectivement remise au créancier ou à un tiers convenu entre les parties* ».

# **B – LES CONDITIONS PARTICULIERES A CERTAINS TYPES DE GAGES**

On peut distinguer le gage sur des créances (1) d'autres gages particuliers (2).

## **1 – Le gage sur les créances**

Une créance peut être donnée en gage. Par exemple, afin d'obtenir plus facilement un crédit auprès de son banquier, une entreprise peut donner en gage les créances qu'elle détient contre ses clients. Le transfert de la créance, de l'entreprise au

banquier, se fait alors à titre pignoratif, c'est-à-dire à titre de garantie. La difficulté vient de ce qu'une telle opération ne concerne pas que le créancier gagiste et son débiteur ; elle implique aussi le débiteur de ce dernier. C'est la raison pour laquelle l'acte uniforme exige l'accomplissement de certaines formalités destinées à assurer l'information du débiteur du constituant du gage.

L'article 50-1 alinéa 1<sup>er</sup> dispose en effet que « *le débiteur qui met en gage sa créance contre un tiers dénommé doit remettre au créancier son titre de créance et signifier à son propre débiteur le transfert de sa créance à titre pignoratif ; à défaut, le créancier gagiste peut procéder à cette signification* ». La sanction de l'inobservation de cette formalité est en principe l'inopposabilité du transfert au débiteur transféré. Mais cette sanction perd tout intérêt dans la mesure où le créancier gagiste peut y remédier en procédant lui-même à la signification.

La remise des titres des créances est en principe effectuée à titre pignoratif. Cependant, sur demande du créancier gagiste, le débiteur transféré peut s'engager par écrit à payer celui-ci directement. Auquel cas, il ne peut plus opposer au créancier gagiste les exceptions fondées sur les rapports personnels avec son propre créancier (article 50-1 alinéa 2). Dans l'hypothèse où le débiteur transféré ne s'est pas engagé à payer directement le créancier gagiste, il est néanmoins tenu de payer s'il ne peut opposer au créancier gagiste, le jour de l'échéance, aucune exception à l'encontre de son propre créancier ou du créancier gagiste (article 50-1 alinéa 3).

Il faut mentionner le cas particulier de certains titres de créances. Il n'est pas nécessaire d'accomplir la formalité de la signification lorsque les titres mis en gage sont au porteur. Dans ce cas, le transfert s'opère par simple tradition, outre la rédaction d'un écrit constatant le gage (article 50 -2). De même, le transfert de créance s'opère, pour les titres à ordre, par un endossement pignoratif, pour les titres nominatifs, par inscription du gage sur les registres de l'établissement émetteur (article 50-3). Ce qui revient à dire que le régime examiné ci-dessus ne s'applique que lorsqu'on est présence de créances ordinaire, à personne dénommée et non représentés par un titre négociable.

## **2 – Les autres gages particuliers**

L'article 50-4 dispose que « *le gage peut être constitué sur un récépissé du dépôt de valeurs mobilières. Ce récépissé est remis au créancier gagiste et la constitution du gage signifiée à l'établissement dépositaire qui ne peut restituer les titres engagés au titulaire que sur présentation de ce document ou d'une décision de justice passée en force de chose jugée en tenant lieu ou ordonnant la restitution* ». L'article 52 vise les gages constitués sur des marchandises représentées par un bordereau de nantissement, un connaissement ou un récépissé de transport ou de douane. La mise en gage de ces marchandises est constituée suivant les dispositions propres à chacun de ces titres ou documents.

L'article 53 enfin dispose que « *les propriétés incorporelles sont mises en gage dans les conditions prévues par les textes particuliers à chacune d'elles. A défaut de disposition légale, ou de stipulation contraire, la remise au créancier du titre qui constate l'existence du droit opère dessaisissement du constituant* ».

## II – LES EFFETS DU GAGE

Deux sortes d'effets, d'importance inégale, résultent du gage : le créancier à des prérogatives (A), comme il a, en contrepartie, des obligations (B).

### A – Les prérogatives du créancier gagiste

#### 1 – Le droit de rétention

Le créancier gagiste exerce, sur la chose qui lui est remise à titre de gage, un droit de rétention. Cette règle est clairement formulée par l'article 54 alinéa 1<sup>er</sup> qui dispose : *« Le créancier gagiste retient ou fait retenir la chose gagée par le tiers convenu jusqu'à paiement intégral, en principal, intérêts et frais, de la dette pour laquelle le gage a été constitué »*.

L'alinéa 2 de l'article 54 permet au créancier gagiste de retenir le gage si une seconde créance vient à naître avant le paiement de la première. Ce texte dispose en effet : *« S'il survient une ou plusieurs autres dettes entre le même débiteur et le même créancier, postérieurement à la mise en gage et devenues exigibles avant le paiement de la première dette, le créancier peut retenir ou faire retenir la chose gagée jusqu'à complet paiement de toutes les dettes, même en l'absence de toute stipulation contractuelle en ce sens »*.

Le droit de rétention du créancier gagiste est opposable à tous, même aux tiers. La possibilité est, de fait, donnée au créancier gagiste, lorsqu'il est dessaisi contre sa volonté, de revendiquer la chose gagée comme un possesseur de bonne foi (article 55).

#### 2 – Le droit de réaliser le gage

Le créancier gagiste a le droit, lorsque les conditions sont réunies, de réaliser sa sûreté, son gage. Il faut cependant distinguer selon que le gage porte sur une chose ou sur une créance.

Lorsque que le gage porte sur une chose, la règle est que, *« faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution »* (article 56 alinéa 1<sup>er</sup>). Il résulte de ce texte que le créancier, pour procéder à la vente forcée de la chose, a nécessairement besoin d'une autorisation judiciaire.

Le créancier dispose par ailleurs, en raison du gage, d'un droit de préférence sur le prix de la vente. Cette règle est formulée par l'article 57 qui dispose : « *Le créancier gagiste est privilégié, sur le prix de la chose vendue ou sur l'indemnité d'assurance en cas de perte ou de destruction, pour le montant de la créance garantie en principal, intérêts et frais* ».

Le créancier gagiste qui n'est pas payé, au lieu de procéder à la vente du bien, peut saisir la juridiction compétente aux fins de se voir attribuer le gage. C'est ce qui résulte de l'article 56-1 alinéa 2 : « *La juridiction compétente peut autoriser l'attribution du gage au créancier gagiste jusqu'à due concurrence et d'après l'estimation suivant les cours ou à dire d'expert* ». « *Toutes les clauses du contrat autorisant la vente ou l'attribution du gage sans les formalités ci-dessus est réputée non écrite* » (article 56-1 alinéa 3).

Lorsque le gage a pour objet une créance, aucune formalité particulière n'est prévue. La règle est que « *si l'échéance de la créance donnée en gage est antérieure à l'échéance de la créance garantie, le créancier gagiste est admis à en percevoir le montant en capital et intérêts, sauf clause contraire* » (article 56-2 alinéa 1<sup>er</sup>). En revanche, « *si l'échéance de la créance garantie est antérieure à l'échéance de la créance donnée en gage, le créancier gagiste est tenu d'attendre l'échéance de cette dernière pour en percevoir le montant. En outre, sauf convention contraire, il perçoit les intérêts en les imputant sur ce qui lui est dû en intérêts et en capital* » (article 56-2 alinéa 2). « *Dans l'un et l'autre cas, le créancier perçoit le montant de la créance engagée sous réserve de répondre, en qualité de mandataire, du surplus perçu en faveur du constituant du gage* ».

## **B – LES OBLIGATIONS DU CREANCIER GAGISTE**

La principale obligation pour le créancier est de restituer la chose après paiement. L'article 59 dispose à cet effet que « *lorsqu'il est entièrement payé du capital, des intérêts et des frais, le créancier gagiste restitue la chose avec tous ses accessoires* ». Lorsque le gage porte sur une chose consommable, « *le créancier restitue une chose équivalente* ».

Mais en cours de gage, le créancier est également tenu de ne pas user de la chose et de veiller sur elle en assurant sa conservation. Le créancier gagiste et, s'il y a lieu, le tiers convenu ou l'acquéreur de mauvaise foi répondent solidairement de l'inexécution de ces obligations. Toutefois, si la chose menace de périr, le créancier ou le tiers convenu peut, sur autorisation de la juridiction compétente statuant en matière d'urgence, la vendre et les effets du gage sont alors reportés sur le prix (article 58).

## **III – L'EXTINCTION DU GAGE**

L'extinction du gage peut intervenir soit à titre accessoire, soit à titre principal.

Le gage étant une sûreté, donc de nature accessoire, il doit s'éteindre lorsque la créance qu'il garantit s'éteint pour une raison quelconque. Cette règle est posée par



l'article 61 de l'acte uniforme qui dispose : « *Le gage prend fin lorsque l'obligation qu'il garantit est entièrement éteinte* ».

Le gage peut également s'éteindre alors que demeure la créance qu'il assortissait. L'article 62 de l'acte uniforme dispose en effet que « *le gage disparaît indépendamment de l'obligation garantie si la chose est volontairement restituée au débiteur ou au tiers constituant ou lorsque la juridiction compétente en ordonne la restitution pour faute du créancier gagiste, sauf désignation d'un séquestre qui aura mission d'un tiers convenu* ».

### **III/ LES NANTISSEMENTS SANS DEPOSSESSION DU CONSTITUANT**

Dans la catégorie des biens susceptibles de faire l'objet d'un « nantissement sans dépossession » l'Acte uniforme sur les sûretés énumère :

- les droits d'associés et valeurs mobilières ;
- le fonds de commerce ;
- le matériel professionnel ;
- les véhicules automobiles ;
- les stocks de matières premières et de marchandises.

#### **1/ Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières**

L'Acte uniforme a subordonné l'efficacité du nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières au respect de conditions précises de constitution.

##### **A/ Constitution du nantissement**

*Le nantissement des titres sociaux peut être conventionnel ou judiciaire.* Dans le premier cas l'article 65 de l'Acte uniforme requiert un *écrit authentique ou sous seing privé dûment enregistré et comportant, à peine de nullité*, les mentions suivantes :

- les prénoms, noms et domicile du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci est un tiers ;
- le siège social et le numéro d'immatriculation au RCCM de la société émettrice ;
- le nombre et, le cas échéant, les numéros des titres nantis ;
- le montant de la créance garantie ;
- les conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts ;
- l'élection de domicile du créancier dans le ressort de la juridiction où est tenu le RCCM du lieu d'immatriculation de la société.

Le nantissement judiciaire des droits d'associés et valeurs mobilières est soumis à la *procédure applicable aux hypothèques forcées judiciaires* (art 66, Acte uniforme). Cela signifie que le créancier peut être autorisé à prendre une inscription provisoire d'un

nantissement sur des titres appartenant au débiteur, en vertu d'une décision du tribunal compétent du domicile de ce dernier. La décision de justice doit comporter les mentions énumérées ci-dessus (art 66 al 2). L'inscription définitive ne pourra intervenir qu'après une décision sur le fond reconnaissant l'existence de la créance, dans un délai maximum de 6 mois suivant le jour où elle ladite décision est devenue définitive. L'inobservation du délai prive rétroactivement d'effet l'inscription provisoire dont la radiation pourra être demandée par toute personne intéressée aux frais de l'inscrivant (art 136 et s, Acte uniforme).

Quelle que soit sa source, et qu'il soit provisoire ou définitif, le nantissement des droits sociaux et valeurs mobilières suppose pour son efficacité et son opposabilité l'accomplissement des formalités de l'article 67 de l'Acte uniforme à savoir :

- l'inscription au RCCM. Elle conserve les droits du créancier pendant cinq années à compter de sa date, et son effet cesse en cas de non renouvellement avant l'expiration de cette durée ;
- La signification (du nantissement) à la société émettrice

#### **B/ Effets du nantissement (art 68)**

- Droit de suite et de réalisation reconnu au créancier gagiste ;
- droit de préférence conformément au classement de l'article 149 de l'Acte uniforme (5<sup>ème</sup> rang).

La réalisation du nantissement nécessitera le cas échéant l'agrément de l'acquéreur par la société émettrice des titres, lorsque cette dernière est une société de personnes.

Dans la SA et la SARL, l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales prévoit l'approbation préalable du projet de nantissement des parts sociales ou des actions par l'organe compétent désigné par les statuts, ce consentement valant agrément par anticipation du cessionnaire en cas de réalisation forcée du nantissement.

Dans la société en nom collectif et la société en commandite simple, l'associé qui désire nantir ses parts devra donc tout d'abord obtenir le consentement de tous les associés (par acte authentique) puis satisfaire aux formalités légales de publicité prévues dans chaque cas pour l'opposabilité de l'acte à la société et aux tiers.

## **2/ Le nantissement du fonds de commerce**

Le nantissement conventionnel de fonds de commerce est régi par les articles 69 à 90 de l'Acte uniforme, tandis que *le nantissement judiciaire est soumis aux mêmes règles que celles applicables aux hypothèques forcées judiciaires* (art 71 ; cf supra).

#### **A/ Constitution du nantissement conventionnel**

Le nantissement conventionnel du fonds de commerce a une assiette bien déterminée par le législateur et se déroule également suivant les formes prescrites par le législateur.

## 1. Assiette du nantissement (art 69)

Le nantissement porte nécessairement sur les principaux éléments incorporels du fonds de commerce énumérés par l'article 69 de l'Acte uniforme, à savoir :

- la clientèle ;
- l'enseigne ;
- le nom commercial ;
- le bail commercial ;
- les licences d'exploitation.

Les parties peuvent également inclure dans l'assiette du nantissement, par une stipulation expresse, les autres éléments incorporels du fonds de commerce, notamment, les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, etc...

En revanche, la loi exclut expressément de l'assiette du nantissement, les droits réels immobiliers, constatés ou conférés par des baux ou conventions soumis à publicité foncière.

## B/ Forme et publicité de l'acte de nantissement

Le nantissement conventionnel du fonds de commerce est constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré et, comportant à peine de nullité les mentions obligatoires de l'article 70 de l'Acte uniforme. Ces mentions sont identiques à celles requises pour le nantissement des titres sociaux à l'exception de l'indication relative à la composition du fonds nanti qui remplace celle des titres sociaux.

L'acte de nantissement doit être inscrit au RCCM du lieu de l'immatriculation du fonds de commerce. Lorsque le fonds donné en nantissement comporte des succursales, l'inscription doit en outre être prise au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est située chacune des succursales. De même, lorsque le nantissement comprend des brevets, licences, marques, dessins, modèles, une inscription doit en outre être prise auprès de l'organisme national compétent en matière de propriété industrielle (art 77 et 78, Acte uniforme).

L'article 83 prévoit un délai de conservation des droits du créancier d'une durée de cinq années à compter de la date de l'inscription. L'effet de l'inscription cesse si elle n'est renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Pour éviter l'anéantissement du fonds par la perte du droit au bail sans que les créanciers inscrits en aient été avertis, l'article 87 de l'Acte uniforme oblige *le propriétaire de l'immeuble qui poursuit la résiliation du bail* à leur adresser une notification préalable par acte extrajudiciaire. Cette notification est inutile si les créanciers sont intervenus volontairement dans la procédure de résiliation. Mais elle suppose que le créancier nanti ait préalablement notifié le bordereau d'inscription au bailleur dès l'accomplissement de cette formalité (art 81, Acte uniforme).

Dans le même ordre d'idées, les créanciers inscrits doivent être prévenus par le propriétaire du fonds de *l'intention qu'il a de déplacer le fonds*. La notification de cette

intention, par acte extrajudiciaire, doit être faite aux créanciers inscrits quinze jours au moins à l'avance et doit indiquer le nouvel emplacement projeté. La conséquence du défaut de notification dans le délai ci-dessus est la déchéance du terme, c'est-à-dire que les créances inscrites deviennent de plein droit exigibles (art 86).

Si le fonds de commerce sur lequel est prise l'inscription est déplacé, le créancier inscrit est tenu d'accomplir les formalités complémentaires suivantes :

-si le fonds a été transféré à l'intérieur du ressort du tribunal de commerce où est prise l'inscription, le créancier doit simplement faire mentionner en marge de cette inscription le nouveau siège du fonds ;

- si le transfert a lieu dans un autre ressort, le créancier doit « faire rapporter à sa date l'inscription primitive avec l'indication du nouveau siège », sur le registre tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu de transfert.

Ces formalités doivent être accomplies dans quinzaine de la notification que le créancier a dû recevoir en ce cas de son débiteur, ou dans la quinzaine du jour où il aura eu connaissance du déplacement (art 86).

Le créancier nanti qui n'a pas procédé à la modification de son inscription au nouveau lieu d'exploitation du fonds ne saurait être sanctionné s'il n'avait pas eu connaissance du transfert du fonds nanti (Cass. com., 6 oct. 1998, no 96-15.903 : RTD com., 1999, p. 65).

### **C/ Effets du nantissement du fonds de commerce (art 88-90)**

- Droit de suite et de réalisation du nantissement ;  
Droit de préférence conformément au classement de l'article 149 (5<sup>ème</sup> rang). C'est le droit pour les créanciers inscrits d'être payés par préférence à tous autres sur le prix de vente du fonds ;

NB : Chaque créancier exerce son droit de préférence dans l'ordre des inscriptions (Art 149 – 5°). Le créancier inscrit le premier exerce donc d'abord son privilège pour l'intégralité de sa créance, puis, et dans la mesure où l'exercice de ce privilège laisse un solde disponible, le second, etc. Mais il faut rappeler que si l'inscription de nantissement a été prise antérieurement à une inscription de privilège du vendeur, cette dernière est néanmoins préférable dès lors qu'elle a été inscrite dans la quinzaine de l'acte de vente :

- Droit de surenchère de 1/6<sup>ème</sup> du prix de vente du fonds de commerce ;
- Garantie de deux années d'intérêts

### **3/ Le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles**

L'article 93 de l'Acte uniforme rend applicable au nantissement des véhicules automobiles toutes les dispositions relatives au nantissement du matériel professionnel, dès lors que les véhicules concernés sont assujettis à la déclaration de mise en circulation et à l'immatriculation administrative.

Il s'agit également dans les deux hypothèses envisagées ici, d'un gage sans dépossession du débiteur, constitué sur l'outillage et le matériel achetés, au profit soit des vendeurs d'outillage et de matériel, soit des prêteurs qui avancent les sommes nécessaires à l'acheteur pour cette acquisition. Ce nantissement a pour but de faciliter et de développer l'équipement des entreprises commerciales en matériel et en outillage.

### **A/ Constitution du nantissement**

Le nantissement doit porter exclusivement sur *l'outillage et le matériel d'équipement professionnel*, y compris les véhicules, qu'ils soient industriels, commerciaux, agricoles ou artisanaux. Peu importe aussi que le matériel ou les véhicules soient neuf ou usagé.

Les *créances garanties* par ce nantissement sont celles résultant des ventes de matériel et d'outillage faites aux professionnels, c'est-à-dire à ceux qui les utilisent pour les besoins de leur exploitation. En conséquence, *les bénéficiaires de ce nantissement seront, soit les vendeurs de matériel et d'outillage, soit ceux qui prêtent de l'argent aux acquéreurs* pour leur faciliter cette opération (art 91 al 1<sup>er</sup>). Il est cependant permis de créer des effets négociables pour représenter la créance garantie ; dans cette hypothèse, le bénéfice du nantissement est transmis de plein droit aux porteurs successifs des effets, sans exigence de publicité, dès lors que l'acte constitutif du nantissement a prévu la création de tels effets (art 92).

### **B/ Forme et publicité de l'Acte de nantissement**

A l'instar des formes précédemment examinées le nantissement du matériel professionnel doit être constaté par un *acte écrit sous seing privé ou authentique dûment enregistré et comportant à peine de nullité les mentions obligatoires* de l'article 94 de l'Acte uniforme.

De même, l'acte de nantissement doit être inscrit au RCCM du lieu de l'immatriculation du fonds de commerce et/ou des succursales.

### **C / Effets du nantissement**

Selon l'article 95 de l'Acte uniforme « le nantissement du matériel et des véhicules ne produit effet que s'il est inscrit au RCCM ». Ces effets peuvent se résumer par les règles suivantes :

- *Le débiteur ne peut vendre les objets nantis* avant la date prévue pour le règlement de sa dette, sauf consentement préalable du créancier nanti ou autorisation judiciaire. Dans le cas où le débiteur tenterait de soustraire ces biens nantis et de priver ainsi le créancier de son privilège, il s'exposera à la *déchéance immédiate du terme*, avec le risque d'une cessation des paiements, et sans préjudice des poursuites pénales pour *abus de confiance* (art 97, Acte uniforme).

- Si à l'échéance, le débiteur ne règle pas la somme due, le créancier nanti peut faire vendre les biens gagés. Il sera payé par priorité sur le produit de cette vente, en principal, intérêts et frais. L'inscription lui garantit deux années d'intérêts et dans

l'exercice de son droit de réalisation, le créancier peut bénéficier d'une attribution judiciaire du gage (Art 56-1, sur renvoi de l'art 98 al 2).

- Lorsque le débiteur est autorisé à aliéner le bien grevé, le créancier bénéficie d'un droit de suite.

#### **4/ Le nantissement des stocks**

Innovation importante de l'Acte uniforme sur les sûretés, ce gage sans dépossession peut porter sur les éléments suivants (art 100) :

- les matières premières ;
- les produits d'une exploitation agricole ou industrielle ;
- les marchandises destinées à la vente ;

La nature, le contenu et la publicité de l'Acte de nantissement des stocks sont soumis aux règles similaires à celles qui s'appliquent aux autres formes de nantissements prévues par l'acte uniforme (art 101). Les modalités et effets de l'inscription sont également identiques (art 102 et 105).

La véritable originalité du nantissement des stocks réside dans la constitution par émission d'un bordereau signé et daté, puis endossé au bénéfice du créancier par le débiteur. Ce bordereau représentant la valeur des stocks, se transmet et peut être avalisé dans les mêmes conditions qu'un billet à ordre.

Le débiteur est constitué garant de la valeur des stocks et s'engage principalement à ne pas la diminuer et à les couvrir contre le risque de destruction, sous peine de déchéance immédiate du terme. Enfin, il doit tenir constamment à la disposition du créancier et du banquier domiciliataire de l'opération un état des stocks nantis, ainsi que la comptabilité des opérations y relatives.

# **LES SÛRETÉS REELLES IMMOBILIERES**

Les sûretés immobilières sont celles qui visent au paiement préférentiel du créancier sur la valeur d'un immeuble appartenant en principe à son débiteur. L'Acte uniforme de l'OHADA sur les sûretés ne retient que l'hypothèque immobilière. Il s'agit d'une sûreté réelle immobilière qui, sans emporter le dessaisissement actuel du propriétaire d'un immeuble, permet au créancier, s'il n'est pas payé à l'échéance, de saisir ledit immeuble en quelques mains qu'il se trouve, de le faire vendre et de se payer le premier sur le prix. L'hypothèque confère donc un droit de suite et un droit de préférence.

L'hypothèque, selon l'article 117 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme, peut être soit conventionnelle, soit forcée. Les règles applicables aux hypothèques conventionnelles constituent indiscutablement le droit commun, dans la mesure où elles sont, sauf dispositions contraires, applicables aux hypothèques forcées. Il faut donc examiner d'abord les règles relatives aux hypothèques conventionnelles) avant celles particulières aux hypothèques forcées.

## **I – LES HYPOTHEQUES CONVENTIONNELLES**

L'hypothèque conventionnelle exige pour être valablement constituée, que certaines conditions soient réunies. Mais une fois elle est valablement formée, l'hypothèque produit ses effets jusqu'à sa disparition. Il faut par conséquent examiner successivement la constitution (A), les effets (B) et l'extinction (C) des hypothèques.

### **A – LA CONSTITUTION DES HYPOTHEQUES**

La constitution de l'hypothèque doit satisfaire à quatre sortes de règles relatives aux biens susceptibles être hypothéqués (1), à la forme de l'acte (2) et à la personne constituant (3).

#### **1 – Les biens susceptibles d'hypothèque**

Le principe général est que seuls les biens immeubles peuvent faire l'objet d'une hypothèque. A cet égard, l'article 119 de l'Acte uniforme sur les sûretés précise qu'il doit s'agir de certains droits immobiliers, notamment les fonds bâtis ou non et leurs améliorations ou constructions et les droits réels immobiliers inscrits selon les règles du régime foncier (droit d'emphytéose, droit de superficie du bénéficiaire d'un bail à construction).

L'article 119 exige par ailleurs que pour pouvoir être hypothéqué, un bien immobilier doit être immatriculé. La formalité d'immatriculation peut varier dans son contenu et ses modalités d'un pays à l'autre. Mais dans la plupart des pays membres de l'espace OHADA, cette immatriculation se fait par l'enregistrement de l'immeuble dans le livre foncier assorti de la délivrance d'un titre foncier.

Le bien à hypothéquer doit en principe faire l'objet d'une immatriculation définitive. Il reste que l'Acte uniforme permet, sous réserve des textes particuliers l'autorisant, l'inscription provisoire d'un droit réel sur un bien dont la procédure d'immatriculation est en cours. Il est évident, dans une telle hypothèse, que l'inscription définitive qu'après finalisation de la procédure d'immatriculation, c'est-à-dire lors de l'établissement du titre foncier.

Il faut enfin préciser que l'hypothèque ne peut porter, selon l'article 120 de l'Acte uniforme, que sur des biens présents et déterminés. Ce qui revient à dire que le bien futur, sur lesquels le constituant n'a encore aucun droit, ni actuel, ni conditionnel, en sont donc exclus.

## **2 – la forme de l'acte constitutif d'hypothèque**

Le formalisme s'exprime en la matière d'abord par rapport à la nature de l'acte constitutif d'hypothèque (a) et ensuite par rapport aux formalités de publicité (b).

### *a) – L'acte constitutif d'hypothèque*

L'hypothèque, comme du reste l'acte de cession d'un bien immobilier, est un acte solennel dont la validité est soumise à l'accomplissement d'une procédure particulière requérant un écrit.

La convention d'hypothèque doit revêtir une certaine forme. L'article 128 de l'acte uniforme prévoit à cet effet que la convention d'hypothèque doit être, selon la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble, soit d'un acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou l'autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes, soit d'un acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.

A la lecture de ce texte, il ressort que la formation de l'hypothèque ne requiert pas nécessairement un acte notarié. Il peut en effet s'agir d'un acte sous seing privé rédigé selon un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière. Il n'en reste pas moins que dans la plupart des pays membres de l'OHADA, le seul acte reconnu par la conservation de la propriété foncière est l'acte notarié.



## *b) – Les formalités de publicité*

Aux termes de l'article 122 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, « *Tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit au livre foncier conformément aux règles de publicité foncière prévue à cet effet* ».

L'inscription de l'hypothèque au livre foncier est une formalité particulièrement importante. Car, d'une part, tant qu'elle n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et ne constitue, entre les parties, qu'une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité (article 129). D'autre part, l'inscription détermine le rang de l'hypothèque par rapport aux autres inscriptions qui ont pu être prises ou qui le seront sur le bien.

### **3 – Le constituant**

Le constituant du gage est généralement le débiteur. Il ne peut en être autrement que lorsqu'un tiers affecte l'un de ses biens à la dette d'autrui. Ce qu'on appelle le cautionnement hypothécaire. Mais dans tous les cas, le constituant doit être propriétaire de l'immeuble ou du droit qu'il entend hypothéquer. Il n'est cependant pas nécessaire que ce droit soit définitif. L'article 121 admet qu'un droit soumis à condition, résolution ou rescision puisse faire l'objet d'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, résolutions ou rescisions.

En outre, pour hypothéquer, il faut avoir la capacité d'aliéner. Cette règle est exprimée par l'article 127 alinéa 1<sup>er</sup> *in fine*. Cette exigence se justifie par le fait que l'hypothèque est non seulement une convention, mais une convention comportant un risque d'aliénation.

## **B – LES EFFETS DE L'HYPOTHEQUE**

L'hypothèque conventionnelle produit des effets d'abord par rapport au débiteur (2) ensuite par rapport aux tiers acquéreurs et aux autres créanciers (3).

### **1 – Les effets à l'égard du débiteur**

L'hypothèque n'entraîne pas de démembrement du droit de propriété. Tous les attributs du droit de propriété sur le bien grevé (l'usus, fructus et l'abusus) restent en possession du débiteur. Il en résulte que le débiteur, constituant de l'hypothèque, continue donc d'administrer et de jouir des fruits de son immeuble hypothéqué. Il peut céder même le bien grevé, à charge éventuellement de désintéresser le créancier hypothécaire sur le prix de vente.

Il reste, bien entendu, que le créancier peut mettre fin au droit de propriété du débiteur s'il décide de saisir le bien pour se faire payer. Mais cette saisie ne peut en principe intervenir qu'en cas de non-paiement à terme ou de déchéance du terme par suite du non-paiement.

## **2 – Les effets à l'égard du tiers acquéreur et des autres créanciers**

L'hypothèque confère à son titulaire, selon l'article 117, un droit de préférence et un droit de suite.

Le droit de préférence permet au créancier hypothécaire, en cas de réalisation de l'immeuble hypothéqué, d'être préféré aux autres créanciers en cas de distribution du prix de vente. Il s'exerce selon les dispositions de l'article 148 qui établit un classement entre les différents créanciers selon l'ordre fixé par ce texte. Le droit de préférence s'exerce également, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance de l'immeuble sinistré.

Le droit de suite signifie que le créancier hypothécaire a la possibilité de poursuivre le bien grevé de l'hypothèque entre les mains du débiteur ou entre les mains de toutes les personnes auxquelles ce bien est cédé (article 146). C'est donc dire que le créancier hypothécaire a le droit de saisir le bien grevé entre les mains du tiers acquéreur pour exercer son droit de préférence sur le prix de vente. Mais cela suppose que le titre dont se prévaut ce dernier a été publié postérieurement à l'hypothèque.

## **C – L'EXTINCTION DE L'HYPOTHEQUE**

L'article 124 de l'acte uniforme dresse une liste limitative des causes d'extinction des hypothèques, que celles-ci soient conventionnelles ou judiciaires. Ces causes sont soit accessoires, soit principales.

L'hypothèque peut d'abord disparaître par voie accessoire, notamment lorsque s'éteint la créance qu'elle garantit. Ainsi en est-il du paiement pur et simple. En effet, l'hypothèque conventionnelle étant un droit réel accessoire, donc lié à la créance qu'elle garantit, l'extinction de cette dernière emporte logiquement l'extinction de la garantie.

L'hypothèque peut aussi disparaître par voie principale, alors que la créance garantie subsiste. Il s'agit de la renonciation du créancier à l'hypothèque, de la péremption de l'inscription et de la perte de l'immeuble (expropriation, destruction). Mais le droit de préférence est, le cas échéant, reporté sur l'indemnité d'assurance ou d'expropriation.

L'extinction de l'hypothèque doit donner lieu à une radiation selon les règles de la publicité foncière. En cas de refus du créancier d'y consentir ou du conservateur de procéder à la radiation, le débiteur ou l'ayant droit de celui-ci peut obtenir mainlevée judiciaire de cette sûreté qui oblige le conservateur à procéder à la radiation (article 125).

## II/ LES HYPOTHEQUES FORCEES

L'hypothèque forcée est celle qui est conférée à un créancier, sans le consentement du débiteur, par la loi (hypothèque forcée légale) ou par le juge (hypothèque forcée judiciaire). Outre les hypothèques forcées prévues par l'Acte uniforme sur les sûretés, l'article 132 prévoit que d'autres peuvent être instituées par la loi nationale de chaque Etat partie.

Les règles qui régissent les hypothèques conventionnelles, et précédemment étudiées, constituent indiscutablement le droit commun en la matière. Elles sont applicables, sauf dispositions contraires, aux hypothèques forcées (article 118). En conséquence, seules seront examinées, les règles particulières aux hypothèques forcées légales (1°) et aux hypothèques forcées judiciaires (2°).

### A – LES HYPOTHEQUES FORCEES LEGALES

L'acte uniforme a retenu trois sortes d'hypothèques forcées légales qui vont être mentionnées à titre indicatif.

- L'hypothèque légale de la masse des créanciers d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Elle doit être inscrite dans un délai de dix jours à compter de la décision judiciaire d'ouverture de la procédure collective à la requête du greffier ou du syndic (article 133).
- L'hypothèque forcée du vendeur de l'immeuble, de l'échangiste et du copartageant pour garantir le paiement total ou partiel du prix, de la soulte de l'échange ou des créances résultant du partage. La même hypothèque est accordée au prêteur de deniers qui a fourni les deniers pour l'acquisition de l'immeuble (article 134). L'Acte uniforme ne prévoit pas expressément le délai pour l'inscription de ce type d'hypothèque. Cette inscription est sans doute régie par les législations nationales relatives à la publicité foncière. Dans tous les cas l'hypothèque forcée n'intervient qu'à défaut d'hypothèque conventionnelle et en vertu d'une décision judiciaire.
- Il est reconnu aux architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire de bâtiments le droit de se faire consentir conventionnellement, avant le commencement des travaux, une hypothèque sur l'immeuble considéré ou sur un autre. Mais là encore, à défaut d'hypothèque conventionnelle, ces mêmes personnes peuvent obtenir, par décision judiciaire, une hypothèque forcée sur l'immeuble ayant fait l'objet des travaux. Celui qui fournit les deniers pour payer ou rembourser les personnes ci-dessus citées peut bénéficier de la même hypothèque forcée (article 135).

Bien entendu, les deux dernières formes d'hypothèques, dans la mesure où elles bénéficient au prêteur de deniers, présentent un intérêt pour les banques.

## **B – LES HYPOTHEQUES FORCEES JUDICIAIRES**

L'Acte uniforme donne la possibilité à un créancier, pour sûreté de sa créance, de prendre une hypothèque à titre conservatoire sur immeubles de son débiteur (article 36). Il s'agit d'une véritable hypothèque judiciaire, dans la mesure où elle naît d'une décision du juge. Dans la plupart des cas, le créancier qui demande l'autorisation d'inscrire une hypothèque judiciaire conservatoire cherche à la fois à préserver une créance et à exercer une certaine pression sur le débiteur en montrant sa détermination.

Deux étapes majeures ponctuent l'obtention et la mise en œuvre d'une hypothèque judiciaire conservatoire : l'autorisation du juge et l'inscription provisoire et la procédure au fond conduisant à la condamnation et à l'inscription définitive.

### **1 – L'autorisation judiciaire et l'inscription provisoire**

Selon l'article 136 alinéa 1<sup>er</sup> de l'acte uniforme, l'inscription d'une hypothèque conservatoire est prise en vertu de la décision de la juridiction compétente du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir. C'est donc dire qu'une autorisation judiciaire est nécessaire.

La procédure d'autorisation est nécessairement unilatérale, dans la mesure où il faut éviter de prévenir le débiteur qui pourrait organiser son insolvabilité. Elle est donc donnée par une ordonnance sur requête. Celle-ci doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires qui sont énumérées par l'article 136, et surtout par l'article 139, et est exécutoire sur minute nonobstant l'opposition ou l'appel.

Le créancier doit notifier au débiteur la décision ordonnant l'hypothèque judiciaire en délivrant assignation en vue de l'instance en validité ou de l'instance au fond (article 140).

Le débiteur a la possibilité, dans le mois de la notification de l'assignation, de demander la mainlevée ou la réduction de l'hypothèque, par voie de référé, au président de la juridiction compétente, contre consignation entre les mains d'un séquestre des sommes en principal, intérêts et frais (article 141).

La juridiction saisie peut également, en tout état de cause, avant même d'avoir statué sur le fond, ordonner une mainlevée totale ou partielle de l'hypothèque si le débiteur justifie de motifs sérieux et légitimes (article 142). De même, lorsqu'il est justifié que la valeur des immeubles est le double du montant des sommes inscrites, le débiteur peut également faire limiter les effets de la première inscription sur les immeubles qu'il indique (article 143).

La loi n'impose pas au bénéficiaire de l'autorisation un délai pour procéder à l'inscription de l'hypothèque conservatoire. Mais cette inscription provisoire est soumise aux mêmes procédures de publicité foncière que celles prévues pour toute autre hypothèque.

## **2 – La procédure au fond et l’inscription définitive**

La décision autorisant le créancier à prendre une inscription provisoire d’hypothèque lui fixe, selon l’article 136 alinéa 3, un délai dans lequel, à peine de caducité, il doit former devant la juridiction compétente l’action en validité de l’hypothèque conservatoire ou la demande au fond même présentée sous forme d’injonction de payer. Lorsque, à l’issue de la procédure sur le fond, la créance est reconnue, la décision ainsi prise maintient alors en tout ou en partie l’hypothèque déjà inscrite ou octroie une hypothèque définitive (article 144 alinéa 1).

L’inscription provisoire doit être confirmée par une inscription définitive. Celle-ci doit être requise dans un délai de six mois à compter du jour où cette décision a acquis l’autorité de la chose jugée. Ce qui a été maintenu prend rang à la date de l’inscription provisoire, alors que l’hypothèque définitive qui serait accordée par la seule décision au fond prend rang à la date de l’inscription définitive (article 144).

Faute d’inscription définitive dans le délai ci-dessus ou si la créance n’est pas reconnue par la décision sur le fond, la première inscription devient rétroactivement sans effet et sa radiation peut être demandée par toute personne intéressée à la juridiction qui a autorisé ladite inscription (article 144 alinéa 3).

# LES SÛRETES DERIVEES DU DROIT DES OBLIGATIONS

La classification principale des garanties de paiement repose sur la nature du droit conféré au créancier. Toutefois, certaines techniques juridiques, sans nécessairement entrer dans l'une de ces catégories, peuvent être assimilées à des garanties, puisqu'elles confèrent au créancier, et plus particulièrement au banquier, une situation de préférence par rapport aux autres créanciers. Elles sont de ce fait généralement utilisées par les établissements bancaires comme garantie du crédit. On vise un certain nombre de modalités de l'obligation en même temps qu'elle assure l'émergence de mécanismes spécifiques de garantie propres au droit du crédit bancaire.

## *1/ La stipulation pour autrui*

Elle prend la forme d'une assurance vie contractée sur la tête de l'emprunteur au bénéfice du banquier, prêteur. Ce dernier, si le risque décès se réalise, ne fera que réclamer l'exécution par l'assureur d'un engagement de payer qu'il a personnellement contracté. Ce qui ne crée pas une sûreté personnelle. (l'assureur contribue à la dette et ne s'engage pas véritablement en plus de l'emprunteur envers le banquier). C'est ainsi le mécanisme de l'assurance peut être utilisé par un créancier, particulièrement un banquier, pour se prémunir contre le risque de non-paiement. Les banques recourent d'abord à l'assurance-décès ou à l'assurance-invalidité. Une autre forme d'assurance utilisée par les banques à des fins de garantie est l'assurance-crédit. Dans cette hypothèse, l'assurance est destinée à couvrir le risque de non-paiement à l'échéance ou d'insolvabilité du débiteur. Il en existe en réalité deux formules différentes.

## **2/ La solidarité et l'indivisibilité**

La stipulation de solidarité et d'indivisibilité qui lui est souvent attachée vise à neutraliser les dispositions de l'article 1220 du code civil ancien aux termes duquel les dettes se divisent de plein droit entre héritiers ou codébiteurs. Le codébiteur solidaire est obligé au paiement du tout (là réside la garantie) mais ne contribue définitivement qu'à une fraction, sa part personnelle ; chacun est garant de l'insolvabilité des autres. Mais l'effet de sûreté ne peut véritablement se vérifier que dans l'hypothèse de l'article 1216 du code civil, autrement dit lorsqu'un débiteur solidaire est obligé sans être concerné par la dette et dispose alors d'un recours intégral contre le débiteur intéressé. Ce qui reste très théorique car d'aucune d'application pratique. Dans tous les cas, à l'instar du cautionnement, il existe bien une dette unique. Toutefois, l'engagement du garant n'est pas accessoire. Elle ne se caractérise pas d'avantage par une obligation distincte de celle du débiteur garanti (contrairement à la garantie à première demande) ; ce qui explique qu'il ne peut opposer au créancier que les exceptions inhérentes à la dette ou, à tout le moins, celles qui lui sont personnelles.

### ***3/ La délégation***

Elle est prévue par les articles 1275 et suivants du code civil ancien : c'est l'opération juridique en vertu de laquelle une personne (le délégué) s'oblige sur instruction d'une autre personne (le délégant) envers une troisième personne (le délégataire). Sans être par essence une véritable sûreté personnelle, du moins identifiée légalement comme telle, la délégation peut jouer un rôle incontestable de garantie de paiement. Il faut cependant distinguer la délégation novatoire dite parfaite constituant un véritable mode d'extinction des créances par changement de débiteur et la délégation simple dite imparfaite. Dans le premier cas, en payant, le délégué éteint sa dette envers le délégant et éteint en même temps la dette du délégant envers le délégataire. Elle ne procure donc qu'une meilleure solvabilité éventuelle du nouveau débiteur. Un débiteur est simplement remplacé par un autre.

Dans la seconde hypothèse, le délégant n'est pas libéré, dès lors l'adjonction d'un second débiteur conforte la position du créancier. La délégation est alors imparfaite. Elle est constitutive de garantie car le créancier peut poursuivre deux personnes au lieu d'une initialement. C'est ainsi qu'elle est parfois utilisée comme un substitut au cautionnement. Tel est par exemple le cas lorsqu'un locataire s'engage à verser le montant des loyers sur le compte bancaire de son bailleur. La délégation assure une fonction de garantie dans la mesure où le délégué s'oblige envers le délégataire alors même qu'il ne doit rien au débiteur délégant ; il s'engage pour autrui et non pour éteindre sa propre dette.

Au niveau de sa nature et de son régime juridiques, la délégation peut être certaine ou incertaine. Elle est dite incertaine lorsque le délégué s'engage à payer la dette du délégant sans autre précision, autrement dit à payer ce que le débiteur délégant doit au créancier délégataire. Le débiteur délégué pourra donc opposer au créancier délégataire toutes les exceptions affectant la dette principale (tirée des rapports délégant délégataire) : dette nulle, éteinte, résolue etc... La délégation est dite certaine lorsque le débiteur délégué s'engage à payer une certaine somme au créancier délégataire ou à fournir une prestation déterminée, pendant un certain temps ou à une certaine échéance, sans autre condition. Dans cette hypothèse, l'autonomie de l'engagement du délégué emporte l'inopposabilité au délégataire de toutes les exceptions que le délégué peut tirer de sa relation avec le délégant ; ce qui rapproche la délégation d'une garantie à première demande.

### **4/ L'action oblique**

L'action oblique est prévue par l'article 1166 du Code civil selon lequel « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».

Cette action permet au créancier de se substituer au débiteur négligent ou de mauvaise foi, pour revendiquer en son nom, la restitution d'un bien ou l'exécution

d'un paiement par un tiers. L'action est ouverte à tout créancier, chirographaire ou disposant d'une sûreté.

Le tiers poursuivi peut opposer au créancier poursuivant tous les moyens de défense qu'il aurait pu opposer à son propre créancier (nullité, paiement).

L'action oblique ne peut s'analyser en une sûreté personnelle. Car elle ne crée aucun droit personnel au profit du créancier. Le tiers poursuivi ne s'exécutera pas entre les mains du créancier mais entre celles du débiteur (action intentée par le créancier au nom et pour le compte de son débiteur négligent et insolvable).

*L'insolvabilité du débiteur est la première condition de l'action oblique.* Le créancier n'a aucun intérêt pour agir, s'il a par ailleurs l'assurance d'être payé sur d'autres biens du débiteur. Le simple péril de la créance suffit alors pour justifier l'action, indépendamment de son montant.

*Le débiteur doit aussi avoir refusé ou négligé d'agir.* Le retard dans l'action n'est pas constitutif d'une négligence (Civ. , 14 avril 1886 : DP, 1, 220). Mais la discontinuité des poursuites engagées par le débiteur peut être révélatrice d'une indolence justifiant l'action oblique, dès lors que cette attitude compromet les droits du créancier (Civ., 3è, 19 juin 1969 : Bull. III, n° 498). Toutefois le déclenchement de l'action oblique ne prive pas le débiteur négligent de son droit d'agir personnellement et même de transiger avec son débiteur défendeur à l'action (Req., 18 fév. 1862 : D. 1862, 1, 248).

*La créance dont le paiement paraît compromis doit être certaine* (ferme, pure et simple, franche de toute contestation), *liquide* (déterminée dans son quantum) et *exigible* (arrivée à échéance). L'action oblique est en effet plus qu'une mesure conservatoire et s'analyse comme le préalable immédiat d'une saisie.

## 5/ L'action paulienne

L'action paulienne est prévue par l'article 1167 du Code civil selon lequel « les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits ».

C'est une action dirigée contre un tiers acquéreur des biens du débiteur, en fraude des droits de ses créanciers. Elle ne s'applique qu'aux actes juridiques, à l'exclusion des faits juridiques.

L'action paulienne ne tend ni à l'annulation de l'acte frauduleux, ni à la réparation du préjudice causé au créancier poursuivant par cet acte. Il s'agit d'une action en inopposabilité, visant à faire déclarer l'acte frauduleux inopposable au créancier qui le dénonce. L'acte déclaré inopposable au créancier poursuivant demeure valable à l'égard du débiteur qui sera tenu de réparer le dommage que la révocation totale ou partielle cause à son cocontractant.

Contrairement à l'action oblique intentée au nom du débiteur, l'action paulienne appartient au créancier poursuivant. Et en vertu du *principe de la relativité de l'action paulienne*, son bénéfice ne va pas aux créanciers inactifs. L'exercice de l'action confère ainsi un véritable privilège au créancier poursuivant sur les biens ou valeurs concernés.

*L'acte attaqué doit avoir causé un préjudice au créancier.* Pour les créanciers chirographaires le préjudice résulte du fait que l'acte attaqué provoque ou augmente l'insolvabilité du débiteur, et diminue ainsi leurs chances d'être payés. Les créanciers titulaires d'une sûreté ne sont irrecevables à exercer l'action paulienne que dans la



mesure où la réalisation de la sûreté assurerait leur paiement intégral. La Cour de cassation a par exemple déclaré irrecevable l'action d'une banque au motif qu'il suffisait à celle-ci de faire valider la saisie-arrêt qu'elle avait pratiquée et d'utiliser les autres garanties dont elle était nantie (Civ. 2<sup>e</sup>, 7 fév. 1979 : Bull. II n°27). Dans le même ordre d'idée, un créancier nanti qui voit diminuer son gage peut exercer l'action paulienne (créancier hypothécaire attaquant un bail conclu pour une longue durée, avec un loyer inférieur à la valeur locative de l'immeuble, Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juill. 1995 : D 1995, IR 205)

*L'acte doit avoir provoqué l'appauvrissement du débiteur.* L'appauvrissement résulte de la sortie d'un bien du patrimoine du débiteur, en l'absence totale ou partielle de contrepartie. La jurisprudence considère comme des actes d'appauvrissement, les donations faites par le débiteur, la renonciation à une succession, à un legs ou à la communauté, la vente à un prix insuffisant, une transaction désavantageuse etc. Le remplacement d'un bien par un autre de valeur égale mais plus facile à dissimuler, a aussi pu justifier l'exercice d'une action paulienne (Civ. 1<sup>ère</sup> 18 fév. 1971 : D 1972, 53 ; 21 juill. 1987 : RTD civ. 1988, 136, obs. Mestre ; Com. 1<sup>er</sup> mars 1994 : D 1994, IR 119).

En revanche, *le refus de s'enrichir*, hormis le cas de la renonciation à la succession qui fait sortir le bien du patrimoine du débiteur, ne constitue pas un acte d'appauvrissement. De même, *le paiement* fait par le débiteur insolvable à l'un de ses débiteurs ne peut être attaqué par l'action paulienne (« qui paie ses dettes s'enrichit »). D'un point de vue comptable le paiement rétablit l'équilibre du patrimoine (actif/passif). Seules les inopposabilités de la période suspecte pourraient être retenues dans ce cas.

*Le débiteur doit avoir eu conscience du préjudice* qu'il cause au créancier, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit animé d'une intention de nuire.

*Le tiers acquéreur à titre onéreux et à un juste prix* ne peut être évincé que s'il s'est rendu complice de la fraude paulienne. *L'acquéreur à titre gratuit, même de bonne foi* ne pourra pas résister à l'action.

*La créance, qu'elle soit à terme, pure et simple ou conditionnelle* (hormis la condition suspensive, dans laquelle le droit du créancier est incertain) peut justifier l'action, dès lors qu'elle existe dans son principe, avant la conclusion de l'acte frauduleux. Peu importe dans ce cas qu'elle ne soit ni liquide, ni exigible (Com., 25 mars 1991 : Bull. IV, n° 119).

## II/ LES TECHNIQUES SPECIFIQUES DE GARANTIE

La classification principale des garanties de paiement repose sur la nature du droit conféré au créancier. Elle consiste donc à distinguer les sûretés personnelles, qui permettent de substituer un tiers au débiteur défaillant, et les sûretés réelles, qui ouvrent au créancier un droit sur une ou plusieurs choses appartenant au débiteur. Toutefois, certaines techniques juridiques, sans nécessairement entrer dans l'une de ces catégories, peuvent être assimilées à des garanties, puisqu'elles confèrent au créancier, et plus particulièrement au banquier, une situation de préférence par rapport aux autres

créanciers. Elles sont de ce fait généralement utilisées par les établissements bancaires comme garantie du crédit. Il faut distinguer les techniques qui sont généralement utilisées en droit interne (1) de celles qui sont spécifiques aux relations commerciales internationales (2).

## **1 – Les techniques utilisées en droit interne**

On peut retenir l'assurance (a), la délégation (b) et la domiciliation des traitements et salaires (c).

### **a) – L'assurance**

Le mécanisme de l'assurance peut être utilisé par un créancier, particulièrement un banquier, pour se prémunir contre le risque de non-paiement.

Les banques recourent d'abord à l'assurance-décès ou à l'assurance-invalidité. En effet, le remboursement d'un prêt, et surtout d'un prêt à un particulier, est subordonné, en fait et en droit, au maintien de la capacité de travail de l'emprunteur. En cas de décès ou d'incapacité, le remboursement est compromis. Aussi les banques prêteuses font-elles souscrire au bénéficiaire du crédit une police d'assurance-vie ou incapacité de travail, la banque étant désignée comme bénéficiaire de l'assurance. Ce qui signifie donc que le capital assuré sera affecté au remboursement du crédit de l'emprunteur si celui-ci venait à décéder ou à subir une incapacité de travail. Cette assurance est très profitable au client devenu incapable ou à ses héritiers, car le paiement du capital les libère de leur obligation de rembourser.

Une autre forme d'assurance utilisée par les banques à des fins de garantie est l'assurance-crédit. Dans cette hypothèse, l'assurance est destinée à couvrir le risque de non-paiement à l'échéance ou d'insolvabilité du débiteur. Il en existe en réalité deux formules différentes.

La première est l'assurance aval qui se rapproche du cautionnement. A la demande d'un créancier (généralement le tireur d'une lettre de change), l'assureur garantit le paiement de la créance à l'échéance par le débiteur (tiré). Cette garantie est transmise au tiers porteur de la traite et facilite la mobilisation de la créance par l'escompte.

La seconde formule est l'assurance insolvabilité. Concrètement, une police d'assurance est souscrite par le fournisseur pour l'ensemble de ses créances. Le risque couvert est donc l'insolvabilité du débiteur établie par un délai de carence stipulé dans la police ou par le prononcé du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

### **b) – La lettre de crédit stand-by**

La lettre de crédit stand-by a été inventée pendant la seconde guerre mondiale par des banques américaines en raison de l'interdiction fédérale d'émettre des garanties bancaires *stricto sensu*. Il s'agissait d'utiliser la technique du crédit documentaire pour émettre sous cette forme des garanties bancaires.

Concrètement, à l'occasion d'une vente de marchandises ou de biens d'équipement, la lettre de crédit stand-by peut garantir le vendeur contre le risque de non-paiement. Elle est aussi adaptée à divers types de garantie bancaire telles que : garantie de soumission, garantie de bonne exécution d'un marché, garantie de restitution d'acompte.

La lettre de crédit stand-by représente un engagement ferme pris unilatéralement par la banque et qui est autonome par rapport au contrat de base. Sa réalisation est subordonnée à un examen purement formel par la banque des justificatifs fournis.

## LES OBSTACLES A L'EFFICACITE DES SÛRETES (PROCEDURES COLLECTIVES)

Une des finalités principales des procédures collectives d'apurement du passif est la préservation des intérêts des créanciers. Il se trouve cependant, paradoxalement, que l'ouverture d'une telle procédure entraîne plutôt une réduction des droits de ces derniers. L'explication de cette situation est simple ; elle est liée au fait qu'on tient à traiter de manière égalitaire et juste les créanciers dont les droits sont nés antérieurement à la décision d'ouverture. En effet, en instituant entre les différents créanciers une discipline collective, les procédures collectives établissent par la même occasion une certaine égalité et par là même une certaine solidarité dans le malheur.

Il ne s'agit toutefois, comme le soulignent certains auteurs, que d'une égalité et d'une solidarité relatives. En effet, les créanciers munis de sûretés sont en quelque sorte plus égaux que les autres ; ils ont en effet de meilleures chances de désintéressement ou de paiement. Un auteur a d'ailleurs, pour souligner la précarité de la situation des créanciers chirographaires, comparé ces derniers à de « misérables fantassins par rapport aux blindés représentés par les créanciers munis de sûretés ». La question est alors ici de savoir quel est exactement le sort réservé aux sûretés dont bénéficient certains créanciers lorsqu'il y a ouverture d'une procédure collective, donc par conséquent constitution de la masse des créanciers (article 72) et suspension des poursuites individuelles (article 75 alinéa 1<sup>er</sup>).

Il faut examiner successivement la situation des sûretés personnelles (I), plus particulièrement le cautionnement, et celle des sûretés réelles (II).

### A- LES SÛRETES PERSONNELLES

Il arrive souvent que le créancier d'une personne physique ou morale soumise à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens bénéficie d'une garantie personnelle. Autrement dit, qu'il ait face à lui une ou plusieurs cautions ou des coobligés. Il s'agit de toutes les hypothèses dans lesquelles un tiers est plus ou moins tenu au même engagement que le débiteur en difficulté. Cela peut résulter d'une délégation imparfaite, d'une obligation solidaire souscrite par deux ou plusieurs personnes, de l'engagement solidaire comme l'aval d'un effet de commerce, d'un cautionnement solidaire ou de l'obligation de garantie du garant dans la lettre de garantie.

L'acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif aménage aux créanciers bénéficiant d'une telle garantie personnelle, notamment dans ses articles 91 à 94, une position favorable. Le créancier dans la masse, qui a face à lui une ou plusieurs cautions ou des coobligés *in bonis* ou solvables peut produire pour le montant de sa créance dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et demander en même paiement intégral à la caution ou au coobligé. En effet, les cautions et coobligés ne bénéficient ni de la suspension des poursuites, ni de l'arrêt du cours des

intérêts. Il faut néanmoins souligner qu'il n'y a pas de déchéance du terme à l'égard de la caution ou du coobligé du seul fait de l'ouverture de la procédure collective. De même la caution d'un débiteur en cessation des paiements, bénéficie de la dérogation prévue par l'article 24 de l'Acte uniforme sur les sûretés l'autorisant à « agir en paiement contre le débiteur principal ou demander des mesures conservatoires de ses droits dans le patrimoine de celui-ci, avant même d'avoir payé ».

Par ailleurs, dans l'hypothèse où les coobligés se retrouvent également en état de cessation de paiement et qu'une procédure collective est ouverte à leur encontre, le créancier dont la créance est assortie d'une garantie personnelle peut produire dans toutes les masses pour le montant intégral de sa créance et participer aux distributions jusqu'au parfait paiement s'il n'a reçu aucun paiement partiel avant la cessation des paiements.

Il faut enfin souligner que malgré l'adoption du concordat, les créanciers conservent leurs actions pour la totalité de leur créance contre les cautions et les coobligés de leur débiteur. Ce qui revient à dire que le concordat ne leur profite pas.

## **B- LES SÛRETÉS REELLES**

Cette hypothèse correspond plus exactement à la situation où on est en présence des créanciers munis de sûretés ayant pour assiette un bien déterminé du patrimoine du débiteur, qu'il s'agisse d'un meuble (droit de rétention, gage, nantissements sans dépossession, privilèges spéciaux) ou d'un immeuble (hypothèques conventionnelles, hypothèques forcées légales ou judiciaires).

Malgré leurs sûretés, ces créanciers se voient appliquer les règles de la discipline collective.

### **a) Les sûretés suspectes**

Les alinéas 5 et 6 de l'article 68 de l'A.U. visent deux catégories de sûretés qui, dès lors qu'elles sont constituées par le débiteur ou obtenues par le créancier en période suspecte rompent l'égalité entre les créanciers.

#### **- Les sûretés réelles constituées en garantie d'une dette antérieure**

L'hypothèse envisagée est simple : le débiteur incapable de payer ses créanciers est contraint par l'un d'eux de lui consentir une sûreté réelle sur l'un de ses biens en garantie d'une dette antérieurement contractée. C'est cette absence de coïncidence entre le crédit alloué et la constitution de la sûreté pendant la période suspecte qui révèle le comportement anormal du débiteur rendant vraisemblable la fraude et donc sa volonté de retarder sa chute devenue inévitable. En effet, le débiteur octroie cette sûreté en pure

perte, sans en retirer un quelconque avantage puisque par hypothèse, il a déjà bénéficié du crédit qu'elle est censée garantir.

La date en prendre en considération c'est celle de la constitution de la sûreté et non celle de sa publicité. Celle-ci peut valablement intervenir pendant la période suspecte si la constitution de la garantie est antérieure à la date de la cessation des paiements.

Dans tous les cas, il appartient au syndic d'établir l'antériorité de la dette garantie par rapport à la constitution de la sûreté. L'appréciation de cette antériorité a posé problème dans l'hypothèse d'une sûreté garantissant le solde débiteur d'un compte courant en cours de fonctionnement entre le débiteur et son banquier par exemple. Il ressort de l'interprétation des arrêts rendus sur la question en droit français que la sûreté constituée pendant la période suspecte est opposable à la masse des créanciers si le banquier a postérieurement à la constitution fait des avances nouvelles au débiteur et la sûreté ne garantit que ces avances nouvelles. ( Cf. Cass. COM., 11 févr. 1970, D. 1971, 450, note RIVES- LANGE, JCP 1971. II. 16704, note C. GAVALDA; Cass. com., 10 janv. 1983, D. 1983, IR, 264, obs. A. HONORAT, RTD com., 1983, 591, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.)

Quant au domaine de l'inopposabilité de droit, la règle s'applique aux hypothèques et nantissements conventionnels, à la constitution de gage. La solution a été étendue par la jurisprudence à la constitution de la provision constituée pendant la période suspecte pour une lettre de change émise antérieurement.

#### **- Les sûretés conservatoires obtenues judiciairement**

L'article 68 – 6° étend l'inopposabilité de droit aux sûretés judiciaires conservatoires : cette disposition vise les hypothèques ou nantissement judiciaires ayant fait l'objet d'une inscription provisoire pendant la période suspecte. Elle ne s'applique pas en revanche aux hypothèques et nantissements déjà inscrits provisoirement avant la cessation des paiements et dont l'inscription définitive intervient pendant ladite période. Ce qui est sanctionné ici ce n'est plus la fraude présumée du débiteur, mais l'initiative d'un créancier qui sollicite une sûreté judiciaire, donc un avantage par rapport aux autres créanciers, probablement en connaissant la cessation de paiement du débiteur.

**- Les inscriptions de sûreté consenties ou obtenues pour des dettes échues en période suspecte sont susceptibles d'être déclarées inopposables à la masse de créanciers**

Au niveau des conséquences de l'inopposabilité, la sûreté n'est pas annulée, mais le créancier bénéficiaire ne peut pas s'en prévaloir à la procédure collective. Selon l'article 70 de l'A. U. Lorsque le bien sur lequel portait la sûreté est vendu, le syndic a donc le droit de recevoir le paiement pour le compte de la masse, et de procéder à la

distribution, en tenant compte de l'ordre de paiement fixé par les articles 166 et 167 de l'Acte uniforme. Du fait de l'inopposabilité le créancier bénéficiaire de la sûreté va être considéré comme créancier chirographaire et devra produire en tant que tel au passif de la procédure.

### **b) L'obligation de production ou de déclaration de la créance et de la sûreté**

Art. 78 : tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés composant la masse :

- les créanciers dont la créance est antérieure au J. O. et dont le paiement définitif n'est pas intervenu à cette date ; qu'elle soit civile ou commerciale, constatée par acte authentique ou sous seing privé.

L'obligation de production s'impose aussi bien aux chirographaires qu'aux créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales.

### **c) la suspension des poursuites individuelles**

Autrement dit, comme pour tous les autres créanciers, leurs droits de poursuite individuelle sont suspendus aussi bien en cas de redressement judiciaire que de liquidation des biens. Il faut toutefois préciser qu'en cas de liquidation des biens, le droit de poursuite est suspendu seulement jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement qui prononce la liquidation des biens. Passé ce délai, si le syndic n'a pas réalisé les biens concernés, les créanciers gagistes, nantis, hypothécaires peuvent exercer ou reprendre l'exercice de leurs droits de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic.

Toutefois, sauf s'ils ne peuvent pas diligenter la vente (redressement judiciaire) ou doivent attendre un délai de trois mois (liquidation des biens), les créanciers garantis sont néanmoins préférés aux autres sur les biens constituant l'objet de leurs sûretés. Il peut seulement arriver, en cas de non paiement des frais de justice et des créances couvertes par le superprivilège des salaires, que les biens qui constituent l'assiette de leurs sûretés contribuent à leur paiement. En effet le classement des créances établi par les articles 166 (pour les immeubles) et 167 (pour les meubles) de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif se décline comme suit :

### **L'ordre en matière immobilière**

Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués selon l'ordre ci-après :

- 1) Les créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution ;
- 2) Les créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;
- 3) Les créanciers hypothécaires et séparatistes inscrits dans le délai légal ;

- 4) Les créanciers de la masse ;
- 5) Les créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par
- 6) Les créanciers chirographaires.

### **L'ordre en matière mobilière**

Les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :

- 1) Les créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;
- 2) Les créanciers des frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;
- 3) Les créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;
- 4) Les créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;
- 5) Les créanciers garantis par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, suivant la date d'inscription au RCCM ;
- 6) Les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;
- 7) Les créanciers de la masse ;
- 8) Les créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'acte uniforme sur les sûretés ;
- 9) Les créanciers chirographaires.

Il faut enfin souligner, pour terminer, que certains créanciers, bénéficiant parfois de garanties de nature particulière, ont la possibilité d'échapper à la discipline collective.

En premier lieu, il y a les créanciers qui peuvent se prévaloir de la propriété d'un bien qui apparemment appartient au débiteur. Ce peut être le cas du crédit-bail, de la location-vente, de la vente avec réserve de propriété. De tels créanciers peuvent en effet reprendre leurs biens en exerçant l'action en revendication et éviter ainsi de subir la loi du concours qui caractérise les procédures collectives.

En second lieu, on peut signaler le cas des créanciers qui agissent non pas contre le débiteur, mais contre un tiers. On peut en particulier souligner l'action exercée contre une compagnie d'assurance si le débiteur a causé un préjudice couvert par une assurance avant le jugement d'ouverture. La victime pourra en effet, dans une telle hypothèse, être totalement indemnisée par la compagnie d'assurance et n'aura pas, de ce fait, besoin de participer à la procédure collective.



## **LES DEVOIRS PROFESSIONNELS DU BANQUIER**

L'importance du rôle des banques dans l'économie et le monopôle légal dont elles bénéficient pour l'accomplissement des opérations dites de banque, ont pour corollaire des obligations professionnelles d'un type particulier. Il s'agit, à la fois d'obligations de police visant à l'assainissement des opérations avec la clientèle, dans l'intérêt général, et d'obligations contractuelles, visant à protéger les clients en relation de compte avec les banques.

Les principales obligations professionnelles du banquier sont alors constituées par le devoir de vigilance, le devoir de non-ingérence, le devoir d'information et le devoir de secret.

### **I/ Le devoir de secret**

Le secret professionnel du banquier ou secret bancaire est expressément consacré par l'article 30 de la loi bancaire burkinabè du 20 novembre 2008. Aux termes de ce texte « Les personnes qui concourent à la direction, à l'administration, à la gérance, au contrôle ou au fonctionnement des établissements de crédit, sont tenues au secret professionnel, sous réserve des dispositions de l'article 53, dernier alinéa » : (comparer à l'article 19 de la loi du 2 mai 1996).

En dépit de cette obligations, les banquiers peuvent être confrontés aux multiples demandes de renseignements ou de communications de documents confidentiels qui émanent tant des personnes privées (physiques ou morales), que des autorités publiques, essentiellement fiscales et judiciaires. De même, la lutte contre le terrorisme et le blanchiment des capitaux impose aux banques l'obligation de révéler certaines informations confidentielles.

Le régime juridique du secret bancaire s'articule ainsi autour de deux impératifs. D'une part, il postule nécessairement la protection de l'intérêt privé du client et par extension des tiers qui lui sont étroitement liés. D'autre part, le secret bancaire ne peut s'affranchir des valeurs de transparence, d'égalité et de justice qui s'affirment à l'époque contemporaine ; dès lors, il se heurte directement à la défense de l'intérêt public.

#### **A/ Secret bancaire et protection de l'intérêt privé du client**

En principe, le banquier, « confident inéluctable » de ses clients, doit opposer son obligation au secret professionnel à toute personne. Cette obligation trouve sa principale justification dans la nécessité de protéger la sphère privée du client, lequel bénéficie ainsi d'un véritable droit à la discrétion de son banquier. Il existe cependant, certaines

personnes dont les intérêts se confondent avec ceux du client ou qui justifient d'une relation particulière avec ce dernier ; le banquier est tenu d'une obligation d'information envers ces personnes. Il se trouve dès lors délié de son devoir de discrétion.

### **1/ Le droit du client à la discrétion de son banquier**

Le banquier encourt les sanctions pénales lorsqu'il n'observe pas le devoir de réserve que lui impose son métier. Le client, victime de l'indiscrétion de son banquier, peut donc porter plainte et, le cas échéant, se constituer partie civile pour obtenir réparation du préjudice subi. Au demeurant, en dehors même de toute action pénale, le client peut directement rechercher la responsabilité professionnelle du banquier devant les juridictions civiles pour non-respect de son obligation de discrétion.

En pratique on distingue les renseignements protégés par le secret bancaire des renseignements non confidentiels, susceptibles d'être divulgués aux tiers. Les renseignements confidentiels recouvrent à la fois ceux qui touchent à l'intimité de la vie privée du client et ceux comportant des indications chiffrées précises sur son activité. En revanche, les renseignements d'ordre général ne peuvent se voir attribuer un caractère confidentiel. Aussi, le banquier demeure-t-il libre de divulguer de tels renseignements non confidentiels aux tiers. Mais, si cette pratique paraît s'accommoder du secret bancaire, elle n'en est pas moins source de responsabilité pour le banquier qui, par la manière dont les informations auraient été communiquées pourrait gravement léser les intérêts de son client. Encore faudrait-il que soient réunies les trois conditions classiques de la responsabilité civile. Le client doit d'abord établir la faute du banquier. Celle-ci peut consister notamment dans la révélation d'informations inexacts ou la fourniture dans un but malveillant de renseignements exagérés, voire tendancieux sur ses clients ou un tiers. A cet égard, il convient de présumer le caractère confidentiel ou défavorable des révélations du banquier ; ce qui, au prix d'une entorse aux principes du droit de la preuve, dispense le client victime de l'indiscrétion de son banquier du fardeau de la preuve. Cependant, même si le renseignement incriminé se révèle inexact ou témoigne d'une intention de nuire, le client lésé doit en outre, démontrer le préjudice que lui cause la divulgation du banquier : perte de notoriété ou de crédit, atteinte à la réputation commerciale, voire dépôt de bilan, cessation d'activité. Le client doit enfin établir le lien de causalité qui doit nécessairement exister entre le préjudice qu'il allègue et la faute présumée du banquier, afin d'engager pleinement sa responsabilité civile. Si ces conditions se trouvent réunies, il revient au banquier de justifier les motifs qui l'ont déterminé à communiquer à des tiers des renseignements jugés défavorables sur l'un de ses clients et par suite d'établir que cette communication s'est faite avec la réserve et selon les règles en usage dans la profession. Dans cette optique, le banquier n'engage nullement sa responsabilité, s'il se borne à rapporter « l'opinion de la place » avec un minimum de discernement.

De même, le banquier est délié de son obligation au secret professionnel chaque fois qu'il est autorisé à renseigner les tiers spécialement liés au client en vertu d'une disposition légale ou conventionnelle.

### **2/ Le droit de certains tiers à l'information du banquier**

Sur le plan juridique, la doctrine bancaire française s'appuie sur la théorie générale du mandat pour reconnaître au client le droit de relever le banquier de son obligation de discrétion. L'autorisation du client peut être expresse, notamment lorsqu'il donne une procuration à un tiers en vue de réaliser des opérations sur son compte. Mais, elle peut aussi être tacite, par exemple, lorsque le banquier accomplit des opérations pour le compte de son client et pour lesquelles il sollicite le concours d'un confrère ou d'un autre professionnel.

- Par ailleurs, en application de la théorie de la représentation légale, le banquier ne peut opposer son obligation au secret professionnel au tuteur ou à l'administrateur légal d'un mineur. Il en est de même à l'égard du tuteur ou du curateur d'un majeur incapable. En outre, s'agissant des personnes morales, les mandataires sociaux ou représentants légaux régulièrement désignés accèdent librement aux comptes ouverts au nom de la personne morale. En revanche, le banquier est fondé à opposer son secret professionnel à un associé non dirigeant d'une société. Une exception paraît cependant admise au profit des associés en noms collectif ou des commandités, indéfiniment et solidairement responsables des dettes de la société.

Dans tous les cas, le banquier doit se conformer strictement aux termes du mandat qui lui a été confié par son client. Il ne doit révéler aux tiers que ce qui est absolument nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Il ne saurait, par exemple, exécuter un ordre même émanant d'un organe social dont les pouvoirs auraient été limités par les statuts de la société. Pourtant, un principe classique du droit des sociétés énonce que les limitations statutaires des pouvoirs des dirigeants sociaux ne sont pas opposables aux tiers. Il doit cependant être reconnu que le banquier n'est pas un tiers ordinaire. En sa qualité de professionnel, il doit effectuer un certain nombre de vérifications à l'ouverture du compte et au cours de son fonctionnement, concernant notamment l'étendue des pouvoirs des mandataires sociaux. Il s'agit donc d'un tiers suffisamment informé. Aussi engagerait-il sa responsabilité civile s'il exécutait un ordre au mépris des règles légales et statutaires qui déterminent le fonctionnement des sociétés.

- Il est dans l'ordre des choses que le secret bancaire puisse être partagé avec les héritiers et légataires universels du client décédé. Ces derniers continuant la personne du *de cuius*, disposent des mêmes droits que lui à l'encontre du banquier. Le banquier ne doit renseigner les ayants-droit du client que sur la situation patrimoniale de ce dernier au jour du décès et non sur les faits et opérations antérieurs qui échappent à leur pouvoir d'investigation. De même, le banquier n'a pas à communiquer aux héritiers des faits strictement personnels au *de cuius*. Cependant, Il est fait exception à ce principe lorsque le défunt avait consenti des libéralités excédant notablement la quotité disponible et, dès lors, sujettes à réduction. Il est admis, dans cette hypothèse, que le banquier puisse révéler aux héritiers le nom du bénéficiaire de la libéralité, son montant et ses modalités, dans la mesure où leur droit à la réserve est atteint. A défaut, le banquier demeure tenu au secret ;

- Par ailleurs, la réforme OHADA des procédures civiles d'exécution constitue une exception notable au secret bancaire. Il convient, à cet égard, de souligner l'étendue des obligations imposées au banquier tiers saisi. Ce dernier doit spécifiquement renseigner l'huissier, en principe sur-le-champ, sur la nature du ou des comptes ouverts par le client dans ses livres, avec l'indication du solde au jour de la saisie. Il est, en outre, tenu de déclarer à l'huissier l'étendue de ses autres obligations à l'égard du débiteur saisi, ainsi que les modalités susceptibles de les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures. A l'appui de sa déclaration, le banquier communique en principe la copie des pièces justificatives. Ce dernier risque plus facilement d'être condamné au paiement des causes de la saisie, en cas d'exécution tardive ou incomplète de leur obligation déclarative envers les créanciers saisissants.

### **- L'obligation d'information du banquier à l'égard des cautions**

## **B/ Secret bancaire et protection de l'intérêt public**

Diverses autorités administratives ou judiciaires sollicitent régulièrement des établissements bancaires la communication de documents ou la fourniture de renseignements couverts par le secret bancaire. Il est vrai que les missions et les prérogatives dévolues à ces autorités publiques sont de nature à justifier, dans une certaine mesure, le sacrifice du secret bancaire sur l'autel de l'intérêt public. Le secret bancaire cède ainsi devant le droit de communication des administrations fiscales et économiques et devant l'intérêt supérieur de la justice.

### **1/ Le droit de communication des administrations fiscales et économiques**

En vertu de textes spéciaux, l'administration fiscale et douanière, d'une part, les autorités de contrôle de la profession bancaire, d'autre part (voir notamment l'article 53 dernier alinéa de la loi du 20 novembre 2008), peuvent se faire communiquer, dans l'exercice de leur mission, les documents et/ou les renseignements confiés au banquier par ses clients. Par ailleurs, les établissements bancaires, tiers détenteurs des avoirs de leurs clients, sont tenus de payer les impositions et autres créances grevées du privilège du Trésor dues par ces derniers, sous la forme d'un avis à tiers détenteur du fisc ou des organismes publics dûment habilités.

### **2/ Le droit de communication de la justice**

Le banquier, comme tout professionnel tenu au secret professionnel, est dispensé de cette obligation chaque fois que la loi autorise la révélation des informations confidentielles qui lui ont été confiées. C'est notamment le cas en matière judiciaire lorsque l'ordre public est en cause. Ainsi, l'ordre public qui s'attache à la manifestation

de la vérité confère aux juridictions pénales de droit commun ou d'exception le droit de délier le banquier de son secret professionnel

De même, l'article 39 de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des procédures d'apurement du passif énonce que « nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, il (le juge commissaire) peut obtenir (...) par les établissements de crédit (...) des renseignements de nature à lui donner une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise. Le législateur OHADA contraint le banquier à donner au juge commissaire des renseignements, mais non à lui fournir des documents sur lesquels il s'appuie. Le juge commissaire pourrait cependant ordonner la consultation dans les locaux de l'établissement bancaire sollicité des documents demandés par le syndic, sans que ce dernier puisse les emporter et encore moins en faire des copies.

Enfin, il convient de réaffirmer l'opposabilité de principe du secret bancaire au juge civil. Ce dernier ne dispose pas classiquement d'un pouvoir discrétionnaire illimité pour contraindre le banquier à transgresser son obligation de discrétion. Toutefois, le juge peut accéder à la demande des tiers et désigner un expert chargé de procéder à des investigations utiles auprès des banques. Mais, il ne doit s'y résoudre qu'avec la plus extrême réserve et sur la justification par les tiers de l'intérêt probatoire des pièces sollicitées du banquier. Du reste, le pouvoir d'investigation de l'expert ne doit pas priver le secret bancaire de toute portée. Dès lors, une solution de compromis consisterait à reconnaître une dualité de régime des informations couvertes par le secret bancaire. Ainsi, une distinction pourrait se faire entre, d'une part, les informations confidentielles touchant à la vie privée et au secret des affaires du client lesquelles seraient opposables au juge civil et, par voie de conséquence, à l'expert désigné par ses soins et, d'autre part, les informations essentiellement factuelles dont la communication serait possible dans le cadre d'une instance civile. C'est à l'expert d'apprécier le degré de confidentialité des informations sollicitées au banquier, et au juge de veiller à l'équilibre nécessaire entre l'intérêt légitime du client et le droit des tiers à la preuve.

## II/ LE DEVOIR DE VIGILANCE

Le concours que le banquier prête à son client ne doit pas être la cause directe ou indirecte d'un préjudice pour le client lui-même ou pour un tiers. Le banquier doit notamment être vigilant, autant à l'ouverture d'un compte que pendant son fonctionnement. Il doit notamment s'assurer de l'identité de son futur client, et s'abstenir de soutenir des activités illicites de celui-ci.

Au cours du fonctionnement d'un compte, la vigilance attendue d'un banquier doit permettre de détecter toutes les anomalies et *irrégularités apparentes et manifestes*, c'est-à-dire des anomalies matérielles et non pas intellectuelles.

*Exemples d'anomalies matérielles* : non conformité de la signature sur un chèque présenté au paiement, falsification apparente d'un titre de paiement.

*Exemples d'anomalies intellectuelles* : nombre élevé de chèques remis à l'encaissement, chèque d'un montant très élevé, caractère inhabituel d'une opération...

La vigilance implique également un *devoir de surveillance* de l'utilisation des fonds que le banquier met à la disposition de son client, lorsque le crédit a une affectation précise. Elle comporte aussi un *double devoir d'information* du banquier auprès de son client d'une part, et des autorités administratives d'autre part. Lorsqu'il soupçonne une anomalie ou constate qu'*une opération d'une certaine importance se présente dans des conditions inhabituelles* le banquier doit interroger son client<sup>1</sup>.

Le devoir de vigilance du banquier a pris une dimension particulière dans le cadre de la lutte contre le terrorisme international et le blanchiment des capitaux. Les obligations légales ont été renforcées, s'agissant de l'identification des clients (articles 7 à 9 de la loi du 28 novembre 2006, J.O.BFn°4 du 25 janvier 2007).

Les banques sont en outre tenues de faire une déclaration de soupçon<sup>2</sup> auprès la *Cellule Nationale de Traitement de l'Information Financière (CENTIF)*, lorsque les sommes d'argent ou autres biens en leur possession paraissent avoir un lien avec des activités de blanchiment des capitaux tel que défini par l'article 4 de la Directive de l'UEMOA du 19 septembre 2002 (article 10, loi précitée du 28 novembre 2006).

### **III/ LE PRINCIPE DE NON-INGERENCE OU DE NON-IMMIXTION**

Le banquier n'est pas juge de l'opportunité des opérations ordonnées par son client. Il n'a pas à effectuer de recherches ni à demander la raison d'être de telle ou telle opération. Il ne peut pas non plus refuser d'exécuter un ordre de son client sous prétexte qu'il n'en est pas satisfait. Il n'appartient pas non plus au banquier d'intervenir pour empêcher son client son client d'accomplir un acte irrégulier. De telles immixtions seraient source de responsabilité.

---

<sup>1</sup> Article 10, Directive UEMOA du 19/09/2002 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux dans les Etats membres de l'UEMOA

<sup>2</sup> Article 26, Directive précitée ; idem, art 26 L du 31 octobre 2006 (Bénin).

Le principe de non-immixtion interdit au banquier de se mêler des affaires de son client et constitue parfois une importante limite au devoir d'information. Son fondement juridique se trouve tantôt dans le secret des affaires, tantôt dans le respect de la vie privée.

#### **IV/ LE DEVOIR D'INFORMATION ET DE CONSEIL**

Le banquier est un professionnel avisé qui doit informer son client profane sur le contenu des opérations de banque qu'ils concluent et sur les conditions de rémunération de ces opérations. Dans certains cas, ce devoir contractuel d'information ou de conseil est érigé en véritable obligation légale.

*Exemple :*

- L'information des clients sur les conditions générales applicables aux diverses opérations de banque.
- L'Acte uniforme de l'OHADA sur les sûretés impose aux banques bénéficiant d'un cautionnement de leurs crédits, l'obligation d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur principal. L'article 14 de ce texte a également institué une obligation d'information périodique trimestrielle de la caution.

Contrairement au devoir d'information qui n'implique aucune suggestion particulière du banquier à son client, l'*obligation contractuelle de conseil* conduira le banquier à *mettre son client en garde* sur les conséquences de l'opération envisagée. Tout en se gardant de se substituer à son client pour la décision à prendre, le banquier doit émettre un avis d'expert permettant au client de s'engager en parfaite connaissance. Dans toutes les opérations présentant un caractère technique assez prononcé, la jurisprudence française semble retenir systématiquement l'existence d'une obligation de conseil à la charge du banquier.

*Exemples*

- Un client qui avait ordonné des opérations à terme sur valeurs mobilières ayant subi des pertes financières importantes, la Cour de cassation a retenu la responsabilité de la banque pour manquement à son obligation de conseil « *la banque aurait dû, dès les premiers ordres renseigner le client sur le*

*fonctionnement du marché à terme...et, l'aviser du risque qu'il prenait si ses espoirs de gains étaient déçus. » (Cass.com 28 oct. 1974, D. 76, p. 373)*

- Une banque ayant reçu en dépôt l'action unique d'un client a omis de l'avertir qu'un regroupement des actions avait été décidé par la société émettrice, et de lui signaler que son action devenait un « rompu sans valeur », s'il ne procédait pas audit regroupement. La Cour retient encore la responsabilité de la banque au motif que « *l'obligation pour la banque de veiller à la conservation des valeurs mobilières qu'elle a reçues en qualité de professionnel salarié, comportait l'obligation de prévenir le client d'une opération de regroupement qui, faute par lui d'avoir pris une décision le concernant, pouvait faire de l'action un rompu sans valeur. » (Cass. Com. 14 déc. 1965, Banque 1966 p.221).*
- Une banque a manqué à son devoir de conseil en omettant d'informer son client atteint d'une invalidité l'empêchant de régler ses échéances, des possibilités offertes par le contrat d'assurance collective auquel il avait adhéré, ainsi que des pièces à fournir pour bénéficier de la garantie, (Aix, 6 juin 1977 D. 79 IR. 137).



# **LA RESPONSABILITE DU BANQUIER**

La responsabilité du banquier repose sur les principes généraux de la responsabilité aussi bien établis en matière civile que pénale. Il existe néanmoins quelques spécificités tenant au droit des procédures collectives.

## **I – LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITE DU BANQUIER**

La banque peut d'abord engager sa responsabilité civile à raison des dommages causés à autrui (A). Mais elle peut également mettre en jeu sa responsabilité pénale, plus exactement celle de ses dirigeants, lorsque ses agissements sont constitutifs d'infractions pénales (B).

### **A – LA RESPONSABILITE CIVILE DU BANQUIER**

Le fondement de la responsabilité civile de la banque dépend de la qualité de la personne qui demande réparation. Elle est généralement contractuelle à l'égard de ses clients, parce qu'elle résulte de l'inexécution d'une obligation née d'un contrat. Elle est délictuelle à l'égard des tiers, parce qu'elle résulte dans ce cas d'une faute commise en dehors de toute relation contractuelle.

La responsabilité des banques à l'égard de leurs clients dépend de la nature et de l'étendue des opérations effectuées. C'est ainsi la banque est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle à l'égard d'un client pour inexécution ou révocation injustifiée d'une ouverture de crédit. La banque peut également engager sa responsabilité contractuelle pour inexécution d'un ordre donné par son client. On considère même que la responsabilité pré-contractuelle de la banque peut également être mise en jeu dans le cas où elle laisserait par exemple espérer un de crédit et le refuse ultérieurement. Cependant, les banques essaient souvent de dégager leur responsabilité contractuelle par la stipulation de clauses d'exonération. Ces clauses sont dans l'ensemble jugées valables et ne produisent leurs effets que dans la limite de ce qui est admis par le droit commun (par exemple, elles ne peuvent couvrir ni le dol ni la faute lourde).

A l'égard des tiers, les banques sont responsables des fautes professionnelles qu'elles peuvent commettre dans l'ouverture ou le fonctionnement des comptes bancaires ou encore dans l'octroi de crédits imprudents. Il en est notamment ainsi lorsque ces fautes ont favorisé de la part de clients malhonnêtes des agissements dommageables pour les tiers. C'est dans ce cadre que la responsabilité délictuelle du banquier est généralement retenue lorsque son intervention fautive permet à un client en mauvaise situation d'affaires de conserver un crédit apparent et fictif et d'aggraver son passif avant de tomber en liquidation. Cette responsabilité de la banque sera engagée,

pour ce qui est des pays qui continuent d'appliquer le code civil français, sur la base des articles 1382 et suivants de ce code.

De façon générale, quelle qu'en soit le fondement, la responsabilité civile de la banque est assez sévèrement appréciée par la jurisprudence. Cette sévérité est quelque fois justifiée par l'idée que les banques accomplissent une mission de service public aussi bien dans l'exécution des opérations de caisse que dans la distribution du crédit. Mais d'autres rattachent, avec raison de notre point de vue, cette sévérité au caractère professionnel de la responsabilité de la banque. En effet, la profession bancaire, qui fonde la confiance de la clientèle et du public, impose à ses membres un degré de diligence d'un niveau élevé et tout manquement à ce devoir constitue une faute qui fait naître une obligation de réparation.

## B – LA RESPONSABILITE PENALE DU BANQUIER

Le banquier peut voir sa responsabilité pénale engagée à raison des infractions pénales commises dans l'exercice de ses fonctions. Il faut déterminer successivement les infractions (1) et les personnes pénalement responsables (2).

### 1 – Les infractions

C'est essentiellement à l'occasion des procédures collectives que la responsabilité pénale (comme d'ailleurs la responsabilité civile) du banquier est mise en cause. Le plus souvent, cette responsabilité sera engagée au titre de la complicité. En effet, placé dans son rôle de dispensateur de crédit, le banquier peut se rendre complice des délits de banqueroute à l'occasion de l'octroi de crédit.

Aux termes de l'article 231-2°) de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, qui reprend ceux de l'article 197-1°) de la loi française du 25 janvier 1985, sont coupables de banqueroute les personnes qui ont, « *dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements de la personne morale, fait des achats en vue d'une revente au-dessus du cours ou, dans la même intention, employé de moyens ruineux pour se procurer des fonds* ». Il va de soi que le banquier prêtera son concours à cette entreprise se rendra complice conformément aux codes pénaux des Etats membres de l'OHADA.

Au vu de la définition qui précède, les éléments constitutifs de l'infraction sont simples.

En ce qui concerne l'élément matériel, le crédit doit d'abord constituer un moyen ruineux pour l'entreprise. Le crédit peut par exemple être ruineux en raison du taux d'intérêts élevé ou des sûretés excessives exigées par le banquier. Il peut l'être

également lorsque, bien que consenti à des conditions normales, il dépasse les capacités financières de l'entreprise. Le crédit doit ensuite avoir pour effet de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements en prolongeant artificiellement la vie de l'entreprise.

S'agissant de l'élément moral, le banquier doit avoir eu connaissance de la situation irrémédiablement compromise de son client et conscience de lui fournir le moyen de retarder la constatation de la cessation de ses paiements.

Le banquier peut également se rendre complice de l'infraction de banqueroute lorsqu'il a effectué des paiements préférentiels après la cessation de paiements et qui sont visés par l'article 229 -5°) de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif.

Au-delà des procédures collectives, la responsabilité pénale du banquier peut également être mise en jeu à raison d'autres infractions telle que par exemple la violation du secret bancaire ou encore le soutien apporté à une activité illicite.

## **2 – Les personnes pénalement responsables**

En l'absence de textes instituant la responsabilité pénale des personnes morales à raison des infractions qui ont été commises pour leur compte par leurs organes ou leurs représentants (ce qui est déjà le cas en France et en Afrique dans le cadre de la réglementation économique, notamment en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux), ce n'est que les personnes physiques qui peuvent être déclarées personnellement responsables des infractions pénales précédemment évoquées.

Il devrait logiquement s'agir des responsables de l'établissement de crédit. Mais cela suppose aussi que la responsabilité pénale du fait des préposés soit admise. Ce qui n'est pas non plus le cas. Il en résulte que le dirigeant de la banque ne sera poursuivi que s'il a personnellement participé à l'infraction. Ce qui fait que, le plus souvent, le coupable sera le directeur d'agence ou le directeur ou chef de service.

## **II/ LA RESPONSABILITÉ DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT**

En dehors d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation provoquée, voire retardée par suite d'octroi de crédits intempestifs, le banquier pourrait se voir reprocher d'avoir *accordé un prêt dont la charge de remboursement est supérieure aux normes d'endettement usuelles*. (Paris 3<sup>e</sup> Ch. A. 26 septembre 1989 Gaz Pal 31 mars 1990). Sa responsabilité peut alors être mise en jeu sur le fondement de

l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. Mais il faudrait pour cela qu'il y ait un fait de son proposé.

### 3. 1 - Le fait générateur de la responsabilité

Il est de jurisprudence certaine, qu'avant d'accorder un crédit à un particulier et plus encore à une entreprise, le banquier doit procéder à diverses vérifications, en l'occurrence, celle des documents comptables de l'entreprise (Crim. 25 février 1985 RTD Co 1985. 545 ; 22 mai 1985 RTD Co 1986-801). Les juges décident alors que la banque ne saurait se contenter d'une analyse des bilans, mais doit exiger, en plus, des situations comptables intermédiaires sous peine d'engager sa responsabilité envers des tiers. Ces derniers pourraient *démontrer que l'imprudence du banquier dans l'octroi du crédit leur a causé un préjudice*, dans la mesure où le financement bancaire aurait conféré une sorte de « *label de dignité commerciale et financière* » au client, les amenant ainsi croire, à la solvabilité de celui-ci, et à passer avec lui des contrats qui s'avéreront par la suite ruineux. (Com. 2 mai 1989. Rev. Droit bancaire et bourse 1989 n° 16. page 212). Une telle faute du banquier serait caractérisée, si le client était déjà en cessation des paiements.

Le banquier dispensateur de crédit peut également engager sa responsabilité envers son client ou envers des tiers en cas de rupture brusque d'un crédit à durée indéterminée. En effet, s'il est de principe qu'un crédit à durée indéterminée peut être rompu par la banque à tout moment, il est également admis qu'une telle rupture doit se faire sans abus et sans brusquerie. *Il a notamment été jugé qu'est fautif, le retrait de découvert et l'exigibilité du solde d'un compte courant sous 48 heures, alors que la banque connaissait les problèmes financiers du client, et que le découvert maximum qui lui avait été consenti n'était pas atteint* (Cass. 22 avril 1980 JCP 80 IV. 25).

La banque a donc *l'obligation de donner un préavis raisonnable au client*. Le délai de ce préavis peut être mentionné dans le contrat d'ouverture de crédit. L'article 60 de la loi bancaire française ajoute une autre exigence en la matière, en disposant que le crédit à durée indéterminée autre qu'occasionnel ne peut être réduit ou interrompu que « *sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis.* » Le non respect de cette formalité entraîne la mise en jeu de la responsabilité de la banque, sauf en cas de

*faute grave du client, ou de situation irrémédiablement comprise.* (Paris 29 mars 1989 RTD co. 1989. 509). Les mêmes raisons justifieraient la rupture sans préavis d'un contrat à durée déterminée.

La question de la responsabilité du banquier est au centre d'une nouvelle controverse dans la doctrine française, depuis l'adoption par le législateur de la loi du 26 juillet 2005, dite de sauvegarde des entreprises. Il s'agissait pour le législateur de mettre un frein à la tendance des autres créanciers du débiteur en cessation des paiements, à rechercher systématiquement la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, substituant ainsi ce dernier, responsable solvable, au débiteur insolvable. Justifiée par le souci d'encourager les banques à apporter leur soutien aux entreprises en difficulté, cette loi a consacré l'exclusion de principe de leur responsabilité du fait des concours. Mais elle ne semble pas encore avoir modifié l'attitude frileuse des banques.

Aussi la chambre commerciale de la Cour de cassation s'oriente-t-elle vers une nouvelle évolution à travers la consécration d'un devoir de mise en garde de l'emprunteur et des cautions, contre le caractère excessif de leur engagement. Le banquier qui manquerait à ce devoir engage désormais sa responsabilité (O3 arrêts du 3 mai 2006, <http://www.courdecassation.fr>)

Plus complexe est le cas des crédits consentis sans engagement ferme, formel ou précis du banquier. « *Homme prudent* », qui n'accorde pas facilement sa confiance, le banquier se borne parfois à consentir un découvert à son client en se réservant la possibilité d'y mettre fin à tout moment par sa seule volonté. On parle à cette occasion d'une facilité de caisse accordée au client, étant donné que le banquier tolère simplement, sans y être tenu, que le compte du client puisse être débiteur dans certaines limites et pour un certain temps. *La question se pose alors de savoir si le client a néanmoins le droit de se plaindre de la suppression d'une facilité de caisse.*

La réponse donnée à cette question par la Cour d'Appel de Montpellier dans un arrêt du 22 Mai 1951 (JCP 51. 2 6483) résume toujours aujourd'hui la position de la jurisprudence : « *le découvert qui peut momentanément se produire dans le compte, par le jeu de remises insuffisantes ou de retour d'effets, quelle que soit l'amplitude qu'il puisse atteindre à certaines dates, n'implique qu'une tolérance du banquier pour*

*faciliter les affaires de son client, tolérance qu'il lui est toujours loisible de faire cesser, en cas d'inquiétude sur la solvabilité de celui-ci, sauf abus dolosif ou malveillant de ce droit ».*

Il en ressort que la responsabilité de la banque ne sera mise en cause que *si la cessation de la facilité de caisse est intempestive, malicieuse ou dolosive*. Mais la distinction entre la simple tolérance et la véritable ouverture de crédit est parfois délicate, notamment lorsque l'engagement du banquier n'est pas écrit. Il arrive, en effet, que la jurisprudence retienne l'existence d'une ouverture de crédit, là où la banque n'aurait agi que par souci de bienveillance et de réalisme envers son client.

*Ainsi, la Cour d'appel de Paris a vu la preuve d'une ouverture de crédit dans le fait que les relevés mensuels de compte faisaient état, quatre mois de suite de soldes débiteurs (Paris 30 mars 1977. D. 78 IR. 106 obs Vasseur).*

De même, la Cour de cassation par Arrêt du 8 mai 1978 (D. 79 IR. 14 obs Vasseur) a jugé qu'une banque qui, après avoir consenti initialement pour deux mois des facilités de caisse à un client, avait prolongé cette situation pendant 6 mois, fondait le client, eu égard en outre, au montant élevé des agios perçus, à considérer qu'après les deux premiers mois, elle lui avait accordé une ouverture de crédit qu'elle ne pourrait pas rompre brutalement, sans préavis.

Le tribunal de commerce de Paris était fixé dans le même sens dans son jugement du 12 décembre 1977 (D. 78 I.R. 575 obs Vasseur) en posant en principe *qu'il y a, non pas simple tolérance, mais bel et bien ouverture de crédit et engagement ferme du banquier dans le fait de « laisser s'instaurer des soldes débiteurs pour une durée plus au moins longue, même si ces soldes sont fluctuants... le critère étant la durée et la fréquence »*

En somme, la simple tolérance, c'est par excellence, le soutien ponctuel et non continu, non habituel, et la question qui se pose à son propos n'est pas celle de sa révocabilité, mais de son non renouvellement, conclut le Professeur Vasseur (Droit et économie bancaire, Les cours de Droit, T.2).

# LE CONTENTIEUX DU CREDIT

## I/ LA CONTESTATION DE LA TARIFICATION BANCAIRE

Le contentieux de la contestation de la tarification renvoie à deux questions essentielles :

- Quelles sont les composantes de la rémunération du banquier ?
- Comment sont fixés les taux de cette rémunération ?

### 1. 1 -LES COMPOSANTES DE LA REMUNERATION DU BANQUIER

#### 1. 1.1 - Les intérêts

Les intérêts représentent le *prix de l'argent* que le banquier met à la disposition de son client dans le cadre d'une opération de crédit. Ce prix est obtenu en appliquant un taux -d'intérêt- au montant du crédit. On parle aussi d'*intérêts débiteurs*, pour désigner la rémunération due au banquier par le client, sur le solde débiteur de son compte.

L'intérêt peut être annuel, trimestriel ou mensuel, selon les usages et les conventions entre les banques et leurs clients. Il peut aussi être prélevé à un taux conventionnel fixe ou variable. Dans la pratique les taux variables sont appliqués aux seuls crédits octroyés aux grandes entreprises qui peuvent les négocier.

#### 1 1. 2 - Les commissions

Les commissions sont destinées à couvrir les charges afférentes à la réalisation d'une opération de banque et à rémunérer le service rendu au client à cette occasion. Elles peuvent être fixes ou proportionnelles. Les commissions fixes rémunèrent le travail matériel de la banque, tandis que les commissions proportionnelles tiennent compte du risque particulier que prend le banquier dans chaque opération.

Intérêts et commissions peuvent se superposer dans les opérations de crédit impliquant des décaissements. Par exemple, il y a dans toute opération d'escompte :

- Le taux d'intérêt, proportionnel au montant des capitaux avancés ;

- Le banquier perçoit, en plus de cet intérêt ou agio d'escompte, différentes commissions :
  - commission d'endos, pour la mobilisation de la créance du client ;
  - commission de confirmation, pour l'engagement de maintenir le concours jusqu'à l'échéance de la traite ;
  - commission de service, correspondant aux frais d'encaissement de la traite.
  -

## **1.2 - LA FIXATION DE LA REMUNERATION DU BANQUIER**

Dans les opérations de crédit la rémunération peut résulter d'une libre négociation entre le banquier et son client. De manière générale, dans les systèmes bancaires d'Afrique centrale ou de l'Ouest, cette négociation se fait dans les limites fixées par l'Autorité monétaire (Arrêté ministériel). Les textes portant conditions de banque fixent des seuils planchers et des seuils plafonds que les banques sont tenues de respecter dans les opérations de crédit. Le contentieux naîtra parfois du non respect des prescriptions réglementaires par les banques.

Les règles suivantes du droit commun du contrat de prêt pourront aussi s'appliquer à la convention de crédit, en cas de contentieux :

- La convention de crédit doit contenir une stipulation expresse d'intérêts. A défaut d'une telle stipulation toute perception d'intérêts serait indu (art. 1905 C. civ.) ;
- La convention doit également prévoir une stipulation expresse du taux d'intérêt, faute de quoi, l'intérêt sera calculé au taux légal (art. 1907 C. civ.)

NB : Par dérogation au droit commun, ces règles ne s'appliquent pas au compte courant où la stipulation d'intérêts est présumée, ceux-ci courant de plein droit.

## **II/ LES PRATIQUES BANCAIRES LITIGIEUSES**

Outre la pratique des taux usuraires qui constitue un délit pénal dans les différents systèmes nationaux, et la perception des commissions supérieures aux taux réglementaires, les banques s'octroient deux types de rémunérations contestables,



mais pas toujours contestées. Ces rémunérations résultent de la capitalisation des intérêts et de la pratique des dates de valeur.

## **2. 1.- LA CAPITALISATION DES INTERETS**

La capitalisation consiste à faire produire des intérêts aux intérêts échus et non payés. Selon certains usages, les intérêts ainsi produits seront ensuite incorporés au capital dont l'augmentation subséquente générera d'autres intérêts plus importants encore.

### *La capitalisation des intérêts dans le Code civil*

Contrairement à ce qui est souvent enseigné, le Code civil n'a pas interdit la capitalisation des intérêts. Son article 1154 la soumet simplement à certaines conditions, en disposant que : « *les intérêts échus de capitaux peuvent produire des intérêts, ou par demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année.* »

Les conditions suivantes sont donc requises pour la capitalisation de droit commun :

- Existence d'une convention spéciale ou d'une décision de justice ;
- Existence d'intérêts échus depuis au moins un an.

### *La capitalisation dans la pratique bancaire : le cas du compte courant*

Par dérogation à l'article 1154 du Code civil, la capitalisation des intérêts opère de plein droit dans le compte courant, à l'occasion des arrêtés trimestriels ou semestriels de compte. La Cour de cassation française l'a admis depuis fort longtemps. Toutefois la Cour prescrit le retour au droit commun après la clôture du compte, pour les intérêts dus sur le solde débiteur (Cass. civ. 30 juillet 1928, D.P. 1930, 1. p. 24).

## **2. 2 - LES DATES DE VALEUR**

Les dates de valeur constituent une forme de rémunération indirecte des services rendus par les banques à leur clientèle en matière de gestion des moyens de paiement. Les opérations effectuées pour le compte du client sont prises en compte avec un certain décalage par rapport à leur date effective. Par exemple,

- un chèque ou une traite émis par le client sera débité, en date de valeur, quelques jours avant sa présentation au paiement ;

- le montant d'un effet remis à l'encaissement ne sera porté, en date de valeur toujours, au crédit du compte du client que quelques jours après sa remise effective au banquier ;
- les découverts en compte sont considérés comme ayant été consommés avant leur date effective d'utilisation et comme éteints quelques jours après la date réelle du règlement du solde.

L'objectif recherché est de rémunérer indirectement le service rendu par la banque en rallongeant la période de calcul des intérêts.

Le caractère licite des dates de valeur n'est pas contesté. Mais *le juge doit s'assurer que le client qui conteste la rémunération du banquier était informé des conditions qui lui ont été appliquées et, surtout, que les dates de valeur retenues n'aboutissent pas à masquer la perception d'intérêts usuraires.*

La décennie 90 a marqué un certain raidissement de la position de la Cour de cassation française sur les dates de valeur. La haute juridiction considère notamment que les opérations de remise et de retrait d'espèces doivent être inscrites en compte à leur date réelle étant donné que le banquier acquiert la libre disposition des fonds (remise d'espèces) ou la perd (retrait d'espèces) concomitamment à la réalisation de l'opération. En revanche, lorsqu'un chèque est remis à l'encaissement, la disponibilité des fonds est conditionnée par l'encaissement effectif de son montant. Dans ce cas, la banque ne peut légitimement créditer le compte de son client qu'à une date de valeur postérieure à celle de la remise du chèque et correspondant à la réalisation de l'opération d'encaissement ( Cass. com. 6 avril 1993, Bull. civ. IV, n° 138 ; JCP éd. E 1993, II, 444, note J. Stoufflet; D. 1993, p. 310, note Ch. Gavalda).

En clair, la banque ne peut anticiper la date de valeur d'un retrait ou retarder la date de valeur d'une remise de son client qu'en se fondant sur l'indisponibilité des fonds correspondants. Toute convention stipulant des dates de valeur en dehors de ce fondement est illicite selon la Cour de cassation, parce que sans cause ( Cass.com. 10 janv. 1995 Gaz. Pal. 4 févr. 1995, p. 20 ; D. 1995, J, 229, note Ch. Gavalda).

### III/ Les compensations entre comptes multiples

Une personne physique ou morale peut être titulaire de plusieurs comptes dans une banque. Le principe qui régit leur fonctionnement est celui de l'indépendance juridique ou encore l'autonomie des comptes multiples. Il signifie que chacun des comptes doit fonctionner séparément, et que le banquier n'a pas le droit de procéder d'autorité à la compensation du solde débiteur de l'un des comptes avec le solde créditeur d'un autre (Cass. Com. 14 avril 1975, Bull. IV. N° 98 ; 3 mars 1980, Bull. IV, n° 104 ; Paris 3 déc. 1963, JCP 1964. 2. 13714, note GAVALDA).

L'indépendance des comptes multiples peut présenter un inconvénient pour le client lui-même, en cas d'émission par inadvertance d'un chèque sur un compte sans provision suffisante. L'appréciation de l'existence de la provision ne tenant pas compte de la situation d'ensemble, mais de la seule position du compte sur lequel le chèque a été tiré.

*Les comptes multiples peuvent constituer un mécanisme de garantie des crédits bancaires en cas de stipulation de clauses autorisant la compensation entre leurs soldes respectifs.* La compensation procure une grande sécurité au banquier, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le client.

La clause ou une convention spéciale d'*unité ou de fusion de comptes* permet d'affecter le solde créditeur de l'un des comptes au règlement du solde débiteur de l'autre. Sa validité n'est pas contestée par la jurisprudence et relève de la liberté contractuelle.

La *lettre de compensation* quant à elle autorise le banquier à pratiquer la compensation. Sa validité est très controversée dans les procédures collectives, lorsque la lettre revêt un caractère anormal ou suspect.

Enfin, l'affectation du solde d'un compte en sûreté de l'autre s'analyse comme la constitution d'un véritable gage sur créance (Cass. Com., 30 nov. 1964, Banque, 1965, 267, obs. Marin). Elle doit de ce fait respecter les conditions de validité et d'opposabilité du gage, telles que prévues par l'Acte uniforme sur les sûretés.

Le contentieux du crédit dans le cadre des procédures collectives est relatif à la question de l'opposabilité des compensations opérées par la banque entre les divers comptes du débiteur en cessation des paiements, au regard de la règle de l'inopposabilité des paiements anormaux de la période suspecte.

*L'article 68 (3° et 4°) de l'Acte uniforme sur les procédures collectives tranche en faveur des banques en consacrant la solution jurisprudentielle d'après laquelle la compensation entre dettes connexes demeurent autorisées pendant la période suspecte. Les clauses de compensation ou d'unité de comptes ont justement pour effet d'établir ce lien de connexité (Cass. Civ., 13 juillet 1942, DC, 1944, 1, note Chéron)*

#### **IV/ La clôture du compte courant et la contre-passation d'effets impayés**

##### **1/ Définition et régime juridique du compte courant bancaire**

Le compte courant bancaire est une convention par laquelle, la banque et son client conviennent d'affecter dans un même compte toutes leurs opérations juridiques, et de ne procéder qu'à des compensations périodiques, en différant ainsi à la clôture du compte l'exigibilité du solde. Le compte est dit courant parce qu'il enregistre des opérations successives des deux parties qui s'engagent à y effectuer des remises réciproques.

Du point de vue technique, le compte courant est un mode simplifié de règlement des créances réciproques du banquier et de son client. Les créances ou remises portées au crédit du compte, à la suite des versements effectués par l'une ou l'autre partie, perdent leur individualité en devenant de simples articles du compte. Le solde qui se dégage de la compensation des articles du compte ne deviendra alors exigible qu'à chaque arrêté périodique (fin du trimestre) ou à la clôture du compte.

Le compte courant apparaît ainsi comme un instrument de crédit, assorti d'un mécanisme de garantie. La garantie repose d'une part sur le principe de *l'affectation générale* c'est-à-dire de l'engagement des parties de déposer toutes leurs créances dans le compte, et d'autre part, sur le principe de *l'alternance ou la réciprocité des remises ou encore de leur enchevêtrement*, indispensable à la compensation des articles du compte.

La transformation des créances en de simples articles du compte s'explique par l'effet novatoire spécial du compte courant. La créance inscrite au compte étant considérée comme éteinte, novée en un article du compte. L'obligation de payer une telle créance disparaît avec cette novation pour se reporter sur le seul solde du compte qui se dégagera ultérieurement.

Les causes de clôture du compte courant ne diffèrent pas de celles applicables aux comptes ordinaires. Les effets de la clôture sont également soumis aux règles générales.

On observera toutefois ici, que le compte courant étant généralement utilisé pour une activité professionnelle, sa clôture est de nature à gêner gravement le client. *Le banquier devra par conséquent agir avec une particulière prudence quand il décide de mettre fin au fonctionnement d'un tel compte.*

## **2/ Le régime des effets impayés contre-passés en compte courant**

La véritable difficulté que crée la clôture d'un compte courant est relative à la contre-passation d'opérations antérieures. Celle-ci consiste, à constater qu'un article du compte n'a plus d'objet, et à rectifier le compte par une écriture en sens contraire.

En pratique, la contre-passation est utilisée, non pour rectifier une erreur, mais en vue de constater l'annulation ou la résolution d'une obligation, voire d'introduire dans le compte une nouvelle créance étroitement liée cependant à une créance antérieurement passée en compte. Ainsi en est-il par exemple en cas de non paiement par le tiré d'un effet escompté ou d'un chèque dont la banque a avancé le montant au remettant. La question ici est de savoir si le banquier peut encore contre-passer, après la clôture du compte, lorsque l'effet ou le chèque revient impayé. Dans l'affirmative, de quel recours disposera-t-il contre son client ?

La possibilité de contre-passer après la clôture du compte courant, même consécutive à la faillite du client, est admise de longue date par la jurisprudence (Civ. 10 mars 1852. D. 1852. 1. 74. / S. 52. 1. 258). *La contre-passation dans ces conditions est alors très avantageuse pour la banque qui échappe ainsi à la loi du concours en vigueur lors des procédures collectives.*

*La condition essentielle de la contre-passation après clôture du compte courant est la connexité entre la créance non encore entrée en compte, au jour de la clôture, et une remise antérieure en sens contraire (par exemple : non paiement d'un effet escompté en compte courant). Mais il faut aussi que la créance invoquée par la banque soit exigible (Civ 19 mars 1930. D. H. 1930. 225. / 14 octobre et 7 juillet 1942. D. C. 43 J. 70. note Chéron). En revanche, peu importe que la contre-passation ne porte que sur le principal de la créance et/ou ses accessoires (frais de protêt, d'avis et intérêts...)*

Lorsqu'elle intervient, la contre-passation produira des effets différents, selon que le client est ou non en cessation des paiements.

*Dès 1888, la Cour de cassation a admis que la contre-passation après faillite ne prive pas le banquier de ses droits sur l'effets contre-passé, sauf si le solde du compte lui permet d'être totalement désintéressé. (Civ. 19. novembre 1888. D. 89. 1. 409 / 13 février 1906 D. 1907. 1169 note THALLER).*

Cette position a été confirmée dans un arrêt de principe (Com 25 mai 1965. JCP 66 II 14477. note GAVALDA / D 65. J. 529 concl. MONGUILAN). La situation est heureuse au plan pratique, parce qu'elle garantit le crédit et facilite l'escompte en compte courant.

La jurisprudence a généralisé la conservation par la banquier de la propriété de la créance contre-passée après clôture du compte, alors même que le client serait in bonis. (Com. 8 juin 1982. D. 83. in rap. 186. obs. Vasseur). La contre-passation ne produit pas dans ce cas, des effets comparables à un paiement parce que l'effet novatoire qui le permettait en cours de fonctionnement du compte était lui-même lié à la possibilité des remises réciproques ultérieures. Or cette possibilité disparaît après la clôture du compte.

**CAS PRATIQUE N°1**

Dans le cadre de ses activités commerciales la STCA avait ouvert un compte dans les livres de la Compagnie Bancaire de l'Atlantique. Confrontée à des difficultés financières quelques années plus tard, elle a décidé, sur le conseil de sa banque, de procéder à une augmentation de capital par l'émission de cinq mille nouvelles actions d'un montant de 10 milles FCFA chacune, portant ainsi son capital social de 50 à 100 millions de FCFA. L'assemblée générale extraordinaire qui a pris cette résolution avait fixé au 31 janvier 2001 la date limite des souscriptions qui ne pouvaient se faire qu'en numéraire. Elle avait également indiqué que « les fonds apportés durant la période de souscription seront versés dans un compte ouvert spécialement à cet effet par la société dans une banque de la place. Une fois ces fonds versés et la preuve faite de ces dépôts par le relevé de la banque, ces fonds pourront être utilisés par la société afin de faire face aux urgences ».

Deux sociétés actionnaires de la SCTA avaient alors été invitées à participer à l'augmentation de capital et ont apporté chacune 25 millions de FCFA, versés dans le compte tenu par la Compagnie Bancaire de l'Atlantique. Celle-ci avait reçu mandat de garder les fonds jusqu'à l'aboutissement de la procédure d'augmentation de capital et l'émission du certificat de notoriété. Mais la faillite survenue dans l'intervalle n'a pas permis de conduire la procédure à son terme. Les deux sociétés souscriptrices ont par conséquent demandé la restitution de leurs apports.

Le TPI d'Abidjan accédant à la demande, a condamné solidairement la SCTA et la banque à la restitution des sommes versées. Sur appel de banque la Cour d'Abidjan a confirmé cette décision sur le fondement des articles 615 et 616 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales qui interdisent le retrait des fonds provenant d'une souscription en numéraire avant la réalisation complète de l'augmentation de capital.

La banque déclarant avoir exécuté des instructions reçues des dirigeants de la SCTA au cours d'une assemblée générale, pourra-t-elle obtenir de la CCJA la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel ? (Réponse motivée)

**CAS PRATIQUE N°2**

La **SCGL** avait fait construire un immeuble à Cotonou dont elle a cédé des lots à la **BNDA** et à **BIDI**. Ayant constaté des malfaçons dans ledit immeuble, la **SCGL** a assigné l'entrepreneur et l'architecte en garantie décennale. Elle obtint gain de cause devant le tribunal et la Cour d'appel de Cotonou par la condamnation solidaire de l'entrepreneur et de l'architecte à lui payer la somme de *168 millions de FCFA* à titre de dommages-intérêts. La Cour précisa en outre que les intérêts de droit courent à compter de la demande en justice qui remontait à 10 ans. Cela donna lieu à un nouveau contentieux d'une durée de quatre ans. Entre-temps, la **B**

**NDA** et la **BIDI** ont cédé leurs parts de copropriété de l'immeuble à la société **A2IC**.

Cette dernière a la prétention de venir aux droits de ses venderesses sur les intérêts querellés et envisage d'inscrire une hypothèque provisoire sur les autres lots de l'immeuble appartenant à la **SCGL**.

**Quelles sont ses chances de succès ? Quelle démarche lui conseillerez-vous ?**



**CAS PRATIQUE N°3**

Une société hôtelière obtient de deux établissements financiers, un accord de *crédit-bail immobilier* en vue de l'acquisition de locaux. Son gérant se porte *caution solidaire du paiement des loyers*. Mais deux ans plus tard, devant les difficultés de paiement rencontrées, la société conclut avec ses créanciers un protocole d'accord mettant fin à leurs relations et fixant les droits de chacun. Les créanciers renoncent à l'occasion à l'indemnité de résiliation qui leur était due. Ils s'engagent aussi à ne pas poursuivre la société pour les autres dettes, tout en se réservant le droit d'agir contre la caution.

Une procédure collective étant ouverte contre la société, les deux créanciers y produisent leur créance et assignent ensuite le gérant, caution solidaire en paiement des arriérés de loyers.

**Vous êtes appelé à examiner cette demande.**

**Quelle est votre décision?**

## **E.R.SU.MA.**

### **FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO**

*du 19 au 23 octobre 2009*

## **CAS PRATIQUE N°4**

En sa qualité de commissionnaire agréé en douane la société **GITMA** a effectué des opérations d'exportation de cacao pour le compte de la société **SAMEX**. Les droits de douanes payés ainsi que les frais relatifs à la délivrance des connaissements ne lui ayant pas été remboursés par la société **SAMEX**, le commissionnaire a informé son client de sa décision de conserver par devers lui les connaissements en sa possession, jusqu'à son total paiement. La société **SAMEX** l'assigna aussitôt en restitution desdits connaissements qui ne pouvaient d'après elle faire l'objet d'un gage.

**Cet argument vous paraît-il fondé ?**

## **CAS PRATIQUE N°5**

Monsieur **ADJITA** Grégoire, gérant d'une SARL à Cotonou a ouvert depuis une dizaine d'année, outre son compte personnel, deux comptes courants dans les livres de la **Société béninoise de Banque** pour les activités de sa société. Il s'est porté caution à hauteur de Fcfa 50 000 000 des engagements souscrits par la SARL dans les livres de la banque. Ces engagements n'ayant pas été honorés aux échéances convenues, la banque a assigné en paiement la société et son gérant, pris en sa qualité de caution et les comptes de la société ont été transférés sous gestion contentieux.

Monsieur **ADJITA** a tiré un chèque sur son compte personnel que la banque a refusé d'honorer. Cette dernière invoque un droit de rétention sur le solde créditeur du compte eu égard à la créance qu'elle détient contre Monsieur **ADJITA** en sa qualité de caution des engagements souscrits par la société dont il est le gérant.

La caution actionne la banque devant le juge des référés du Tribunal de Cotonou pour obtenir le paiement du chèque. Il est débouté de sa demande. Monsieur **ADJITA** fait appel. En défense, la banque sollicite et obtient, avant dire droit, une expertise qui révèle les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité de la créance dont se prévaut la banque à l'égard de la caution. Ce que ne semble pas contester ce dernier qui, pourtant, ne voit pas le lien entre le paiement de son chèque tiré sur son compte personnel et la créance dont se prévaut le banquier à l'appui de son droit de rétention.

**L'affaire revient au fond et vous êtes désigné en qualité de conseiller rapporteur. Quelle solution motivée allez vous préconiser et sur quel fondement juridique ?**

**E.R.SU.MA.**

**FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE  
DU BURKINA FASO**

*du 19 au 23 octobre 2009*

**CAS PRATIQUE N°6**

Une société de transit et de consignation, **Transit Bénin International**, accomplit différentes formalités, notamment de dédouanement de marchandises pour le compte de la **SARL KAPACKA**. Ayant fait l'avance des frais exigés, Transit- Bénin International, en réclame le remboursement à sa cliente. Mais la société KAPACKA conteste le montant du transitaire consignataire en se fondant sur un premier paiement et sur divers manquements et irrégularités dont la conséquence a été de diminuer le quantum de sa dette. Ce que conteste la société Transit Bénin International qui décide de conserver par devers elle les originaux des quittances douanes, privant par là- même, la SARL KAPACKA d'une rétrocession d'impôts. Ce qui lui cause un préjudice dont elle sollicite la réparation de Transit Bénin International.

**Vous devez vous prononcer sur la régularité et la légitimité de la rétention exercée par le transitaire sur des quittances douanes, d'une part, et sur les conséquences qu'il convient, le cas échéant, d'en tirer sur le terrain de la responsabilité civile, d'autre part.**

**CAS PRATIQUE N°7**

Le crédit commercial du Bénin (CCB) a souscrit une lettre de garantie au profit de la Société nationale immobilière du Bénin (SNIB) d'ordre de sa cliente, **la société nationale de construction bâtiment (Sonacob)**, en garantie de l'exécution par cette dernière des engagements contractés auprès de la SNIB au titre d'un marché de travaux de construction de 2000 villas à usage d'habitation à Porto- Novo. Cet engagement n'a pas été soumis au conseil d'administration. Interrogé par certains administrateurs, le Directeur général s'est contenté de répondre qu'il s'agissait d'une garantie courante qui a été donnée immédiatement en raison de l'urgente sollicitation de la Sonacob tenue par les délais et qu'il n'avait pas jugé opportun d'en informer le conseil d'administration. Les membres du conseil s'interrogent en outre sur la régularité d'un cautionnement donné par le CCB au bénéfice de la BNP en faveur de l'épouse de son directeur général, en garantie d'une importante ligne de crédit qui lui a été consentie par la banque française, notamment pour l'acquisition d'un chalet à RAMBOUILLET. Le directeur Général se défend en affirmant qu'il n'ait nullement intervenu dans l'octroi de cette garantie d'autant plus, qu'en instance de divorce avec sa femme, ils vivent séparés.

**Saisi par un groupe d'actionnaires, vous devez vous prononcer clairement, au regard de la réglementation OHADA, sur la régularité des garanties souscrites par la banque. En outre, quelles recommandations pourriez- vous faire pour éviter que de telles garanties ne soient octroyées à l'avenir en urgence ou sans l'aval du conseil d'Administration.**

## **E.R.SU.MA.**

### **FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO**

*du 19 au 23 octobre 2009*

## **CAS PRATIQUE N°8**

La société **Ariane**, société anonyme installée à COTONOU a entendu soutenir sa filiale de Porto novo, la société **Digital BENIN**. Cette dernière a bénéficié d'une ouverture de crédit jusqu'à concurrence de Fcfa 200 000 000 dans les livres de **l'Union béninoise de Banque** qui a, cependant, sollicité l'engagement de la société –mère à ses côtés pour assurer la bonne fin des tirages qu'auraient à effectuer sa filiale. Mais, le DG de la SA s'est contenté d'adresser une lettre à l'attention de la banque dont les termes sont les suivants : **« Nous avons pris bonne note du crédit ouvert à notre filiale dans vos livres. Nous vous informons que, dans la mesure où celle-ci serait dans l'impossibilité de faire face aux engagements qu'elle aura contractés auprès de votre établissement, nous ferons le nécessaire pour qu'elle dispose des fonds suffisants afin d'honorer ses engagements »**.

L'Union béninoise de Banque vient d'apprendre le dépôt de bilan de la société Digital Bénin. Son Directeur juridique, Monsieur **AMOUSSOU TOKPA**, en se référant à la garantie conférée dans la lettre sus- mentionnée, adresse une correspondance à la SA Ariane pour solliciter le règlement du solde débiteur du compte de sa filiale dans les livres de la Banque. Or, le nouveau directeur de la société- mère affirme ne pas avoir trouvé de trace d'une quelconque photocopie de la lettre dont se prévaut Monsieur AMOUSSOU et de la délibération du Conseil d'Administration ayant autorisé la garantie donnée au profit de l'Union béninoise de Banque. Celle-ci assigne la SA en paiement.

**En votre qualité de juge au Tribunal de Cotonou, vous êtes chargé de rédiger le rapport à soumettre à la délibération de la juridiction.**

## **CAS PRATIQUE N°9**

Monsieur **ISSIAKA** s'est engagé, comme caution solidaire à garantir les engagements souscrits par la société dont il est le gérant, **La SARL Bénin Métal Construction**, à l'égard des différents banquiers qui soutiennent son activité : **le Crédit Commercial du Bénin, la Gold Star banque et un établissement de crédit bail, la Béninoise de crédit**. Or, confrontée à des difficultés liées à la perte de nombreux marchés, la SARL a été contrainte de déposer son bilan. Le Tribunal de Cotonou vient de l'admettre au bénéfice du redressement judiciaire. Le Crédit Commercial du Bénin a une créance exigible de Fcfa 10 000 000, mais a négligé de produire sa créance auprès du syndic dans le délai imparti. La Gold Star Banque a produit sa créance de Fcfa 35 000 000 et celle –ci a été admise par le juge commissaire par une décision passée en force de chose jugée. D'ailleurs, la banque a accepté de consentir une remise de dette de 30 % à la SARL Bénin Métal Construction. Le concordat ayant été homologué, la machine, objet du crédit bail a été vendue à un tiers repreneur.

**En sa qualité de caution solidaire, Monsieur ISSIAKA est sollicité par les banquiers, créanciers de la société en redressement judiciaire. Quels sont, selon vous, ses droits et obligations envers ces derniers.**

## **E.R.SU.MA.**

### **FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE**

#### **DU BURKINA FASO**

*du 19 au 23 octobre 2009*

## **CAS PRATIQUE N°10**

Monsieur SAIZONOU, fonctionnaire du Trésor Public retraité, vient d'être assigné en paiement par l'Union béninoise de Banque, en sa qualité de caution solidaire des engagements souscrits par son fils. Ce dernier, a en effet, obtenu de la banque qu'elle lui accorde divers prêts afin de financer l'achat d'un fonds de commerce de matériels informatiques et de téléphonie mobile et son exploitation ultérieure. Un premier prêt de Fcfa 50 000 000 n'était pas garanti. Le cautionnement de Monsieur SAIZONOU limité à Fcfa 40 000 000 est relatif à un second prêt consenti à l'expiration d'une période de six mois d'exploitation, les résultats n'ayant pas été à la hauteur des espérances en raison notamment de la concurrence des grands magasins spécialisés ou de la grande distribution. Il est à noter que le fils était un profane en la matière. Un an plus tard, l'exploitation du fonds a dû cesser. La banque exige de Monsieur SAIZONOU qu'il paye le montant des échéances restées impayées. Or, ce dernier s'y refuse et se défend, à titre principal, en se fondant sur la nullité de son cautionnement pour vice de consentement et, subsidiairement, au manquement par la banque à son obligation de loyauté et à son devoir de conseil. Ce que réfute l'Union béninoise de Banque.

**En vous appuyant sur la demande de la banque et les moyens de défense avancés par Monsieur SAIZONOU, il vous est demandé de trancher ce litige en motivant votre décision au regard du droit OHADA et de la jurisprudence rendue en la matière.**

## **E.R.SU.MA.**

### **FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO**

*du 19 au 23 octobre 2009*

## **CAS PRATIQUE N°11**

La **Banque International pour le Commerce et l'Industrie du Bénin (BICIB)** est créancière et bénéficiaire de deux nantissements. Mais, elle est bien embarrassée car elle ne sait pas trop comment les réaliser.

La banque bénéficie d'un nantissement constitué par l'entreprise HANNY sur du matériel d'équipement dont elle a financé l'acquisition, à savoir une bétonnière. Mais aucune plaque n'a cependant été apposée sur ledit matériel. Or, l'entreprise HANNY ayant été mise en liquidation des biens, la banque apprend que la bétonnière a été revendue avant l'ouverture de la procédure collective alors que le débiteur reste lui devoir une somme de Fcfa 6 000 000.

**Quels sont les droits de la banque ? Que peut elle faire ?**

La BICIB a financé l'achat d'un véhicule par madame SINATOU et s'est fait consentir un nantissement sur le véhicule automobile. Elle dispose à cet effet du récépissé délivré par les services compétents de la Préfecture de Porto Novo. Or, madame SINATOU est très endettée et la banque dont le prêt reste impayé apprend que d'autres créanciers se sont manifestés et envisage de saisir le véhicule automobile nanti. **Comment devrait réagir la banque ? Le véhicule étant chez un garagiste pour des réparations, que peut-elle faire si ce dernier, non payé de ses factures, refuse de restituer le véhicule ou s'il le vend entre temps ?**

## **CAS PRATIQUE N°12**

SOSSOU est propriétaire en indivision avec PODHAR d'un immeuble d'une valeur de 20 millions de francs CFA. Cet immeuble est divisé en 100 lots.

La société béninoise de Banque est créancière de PODHAR pour un montant de 20 millions de francs CFA. Elle bénéficie d'une hypothèque portant sur l'immeuble en indivision consenti en garanti du prêt qu'il accordé à PODHAR, sans avoir obtenu le consentement de SOSSOU. **Le juge est saisi et il doit se prononcer sur les droits de la banque créancière dans les hypothèses suivantes :**

- PODHAR reçoit l'immeuble en totalité à la suite du partage ;
- PODHAR reçoit la moitié de l'immeuble en copropriété soit 50 lots ;
- L'immeuble est vendu à un tiers acquéreur et PODHAR reçoit 10 millions de francs CFA ;
- L'immeuble est attribué en totalité à SOSSOU et PODHAR reçoit 10 millions de francs CFA.

**CAS PRATIQUE N°13**

**Cour d'appel de Paris, 15ème ch, 5 mars 2002.**

Par jugement du 16 nov. 2000 le Tribunal de commerce de Bobigny a condamné solidairement la Sté Moon et le crédit Lyonnais à payer à la Sté SAS 192 avenue Charles de Gaulle la somme de 970 283,40 F, ainsi que l'indemnité de 15 000F en vertu de l'art. 700 NCPC ; (...);

**LA COUR :**

Considérant que la Sté Moon était titulaire d'un compte courant dans les livres du Crédit Lyonnais depuis le 26 sept. 1997 ; que le 2 nov. 1998, elle lui a remis pour encaissement un chèque de 1 559 909 F, libellé à son ordre, émis le 13 oct. 1998 par la SAS 192 avenue Charles de Gaulle sur son compte à la banque Paribas ; que le crédit Lyonnais a crédité le compte de la Sté Moon du montant de ce chèque; que le 16 nov. suivant, à la demande du gérant de la Sté Moon, le crédit Lyonnais a émis 6 chèques de banque, pour des montants compris entre 205 315,47 F pour le plus important, et 86 021, 56 F pour le plus faible ; qu'entre le 16 et le 24 nov. 1998, la Sté Moon a procédé à des virements, et a tiré d'autres chèques ; que le 25 nov. 1996 (sic), le crédit Lyonnais a demandé à la banque Paribas confirmation du bénéficiaire du chèque ; que la SAS 192 avenue Charles de Gaulle a alors indiqué que le 13 oct. 1998, elle avait émis le chèque à l'ordre du Trésor Public, et l'avait envoyé au destinataire par lettre simple ; que ce chèque a été détourné et encaissé frauduleusement par la Sté Moon ; qu'il ne présentait aucune anomalie apparente, la falsification du nom étant particulièrement habile ; que le 15 déc. 1998, la SAS 192 avenue Charles de Gaulle a dû procéder au virement de la somme de 1559 909F au profit du Trésor public ; que le Crédit Lyonnais lui a adressé un chèque de 589 625,60 F, correspondant aux sommes qu'il avait récupéré en rejetant les différents chèques qui se présentaient en paiement ; - considérant que par application de l'art.4 de la loi de la loi du 12 juill.1990, devenu l'art.L.563-3 c. mon. et fin, toute opération d'un montant supérieur à 1 000 000 F et qui se présente dans des conditions inhabituelles de complexité et ne parait pas avoir de justification économique ou d'objet licite, doit faire l'objet d'un examen particulier de la part de l'organisme financier ; que celui-ci doit se renseigner auprès du client sur l'origine et la destination des sommes et l'identité de la personne qui en bénéficie ;

Considérant que le Crédit Lyonnais expose que la remise à l'encaissement d'un chèque de 1 559 909 F tiré sur la banque Paribas, et la demande d'émission de chèques de banque dans les 15 jours qui suivent le crédit du compte, ne constituent pas une opération d'une complexité inhabituelle ; qu'il estime qu'il aurait pu être alerté si la Sté Moon avait procédé à des retraits en espèces pour la totalité de la provision ; qu'il allègue que la remise d'un chèque de ce montant sur le compte d'une société commerciale qui exerçait une activité de confection, puis d'entreprise générale de



## **E.R.SU.MA.**

### **FORMATION DES MAGISTRATS ET ASSESSEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DU BURKINA FASO**

*du 19 au 23 octobre 2009*

## **CAS PRATIQUE N°14**

En exécution d'un ordre de virement, la Bank of Africa Bénin (BOA) a débitée le compte d'épargne de Madame F. P. Gladys ouvert dans ses livres de la somme de 5 millions de francs CF, au profit d'une société de la place dont le compte a aussitôt été crédité du même montant.

Déclarant n'avoir donné aucun ordre de virement à la banque Madame F. P. Gladys assigne la BOA en remboursement de la somme débitée de son compte. Elle soutient que la banque a commis une faute professionnelle en n'exigeant pas, au moment de l'opération sur le compte d'épargne, la présentation obligatoire du livret d'épargne comme le prévoit la convention d'ouverture de compte. Madame F. P. Gladys relève par ailleurs que la banque n'a pas pu retrouver l'identité du bénéficiaire de l'ordre de virement dont le compte ouvert cinq jours avant l'opération a été clôturé aussitôt après. Elle demande en conséquence réparation du préjudice subi.

**Vous êtes appelé à vous prononcer sur les faits ci-dessus. Quelle sera votre décision.**

**CAS PRATIQUE N°15**

Pour obtenir la garantie exigée par l'Etat Béninois, la société Uniroute représentée par AGOUA Edmond a contacté la Banque Internationale du Bénin (BIBE) SA qui, par acte du 15 janvier 2003, s'est portée caution de ladite société pour la somme de un milliard quarante quatre millions cinq cent mille cent cinq (1.044.500.105) francs CFA représentant 50% des redevances annuelles d'entretien routier ;

Par ailleurs, l'Etat Béninois a obtenu du Président du Tribunal de Première Instance de Cotonou l'ordonnance d'injonction de payer n°316/2004 du 29 avril 2004 qu'il a respectivement signifié à la Banque Internationale du Bénin (BIBE) SA et à la société Uniroute par exploits des 11 et 12 mai 2004 ;

Par exploit du 24 mai 2004, la Banque Internationale du Bénin (BIBE) SA s'opposa à l'ordonnance d'injonction de payer avec assignation de l'Etat Béninois devant le Tribunal de Première Instance de Cotonou statuant en matière civile ;

La juridiction saisie a, par jugement n°33/04/1<sup>ère</sup> C.Civ du 04 août 2004, déclaré la Banque Internationale du Bénin (BIBE) SA déchue de son opposition à l'ordonnance d'injonction de payer ;

Par exploit du 13 août 2004, la Banque Internationale du Bénin (BIBE) a relevé appel de ce jugement ;

Au soutien de son appel, elle fait valoir que la requête à fin d'injonction de payer du 20 avril 2004 introduite par l'Etat Béninois est irrecevable en ce que le cautionnement qui la sous-tend n'est pas conforme à l'article 4 de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés et que la créance ne remplit pas les conditions exigées à l'article 1<sup>er</sup> de l'Acte Uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution ;

Que le cautionnement dont se prévaut l'Etat Béninois est inexistant conformément aux alinéas 1 et 2 de l'article 7 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique ;

Que la société Uniroute créée le 04 mars 2003 n'a pas d'existence juridique le 15 janvier 2003, date de la signature du cautionnement ;

Que la prorogation du terme de l'obligation principale accordée à la société Uniroute par l'arrêté n°030/MTPT/DC/SGM/FR/D/CG du 29 avril 2004 profite à la Banque Internationale du Bénin (BIBE) conformément aux dispositions combinées des articles 13 et 18 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés ;

**La défense de la BIBE vous paraît-elle fondée au regard des dispositions légales visées et des obligations professionnelles du banquier ?**

## RAPPORT GENERAL DE LLA SESSION DE FORMATION DE MAGISTRATS BURKINABE SUR LE THEME : LE JUGE BURKINABE ET LE CONTENTIEUX DES SURETES ET DU CREDIT

Du 19 au 23 octobre 2009, s'est tenue dans la salle de formation de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) à Porto-Novo (république du Bénin), une session de formation de magistrats Burkinabè sur le thème : « le juge Burkinabè et le contentieux des sûretés et du crédit ».

Cette session de formation a vu la participation effective de dix(10) magistrats venus des tribunaux de commerce de Ouagadougou et de Bobo-Dioulasso, du tribunal de grande instance de Ouagadougou et de la chancellerie.

Après avoir sacrifié à la traditionnelle cérémonie d'ouverture ponctuée par un discours de monsieur le Directeur Général de l'ERSUMA, les rapporteurs de la session que sont madame TOE/LORI Fatimata, présidente du tribunal de commerce de Ouagadougou et FAYAMA Issa Saferiba, membre de la Direction Générale des Affaires juridique et judiciaire du Ministère de la Justice ont été désignés.

Les travaux pouvaient alors commencer sous la direction de monsieur MODI KOKO BEBEY Henry Désiré, agrégé des facultés françaises de droit, doyen de la faculté des sciences juridique et politique de l'université de Douala au Cameroun.

La première journée de la session a été consacrée à la présentation générale des activités de la banque et des opérations de crédits.

L'activité bancaire selon le professeur MODI KOKO, est régie au Burkina par la loi n°058-2008 du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire. Cette loi définit la cessation des paiements des établissements bancaires et exclut la possibilité de créer une banque sous la forme d'une société anonyme

unipersonnelle. Elle autorise par contre la création d'une banque sous la forme d'une société à responsabilité limitée.

L'activité bancaire est une activité commerciale qui présente des spécificités par rapport aux activités commerciales en général. Cette particularité ou cette spécificité justifie qu'elle fasse l'objet d'un contrôle particulier et que son exercice soit soumis à des conditions draconiennes relatives à la forme sociétaire de l'établissement bancaire, à l'agrément de la commission bancaire et à la qualité de ses dirigeants.

Lorsque ces conditions sont remplies, l'établissement bancaire est régulièrement constitué et peut mener ses activités à travers une relation contractuelle le liant avec son client, trois types d'opérations : recevoir des fonds du public (dépôts à vue ou à terme), octroyer des crédits et mettre à la disposition de ses clients des moyens de paiement.

La séance de questions ouverte à la suite de la présentation de ce module a permis aux participants de percevoir la différence qu'il y a entre établissements bancaires et établissements de micro-finances qui, contrairement aux premiers nommés, ne peuvent mettre à la disposition de leurs clients des moyens de paiements.

Après ces échanges, le formateur a entamé la présentation du deuxième module qui portait sur les opérations de crédit. Ces opérations qui peuvent se classer selon leur durée, leur objet et leur nature, comportent plusieurs variétés au nombre desquelles on peut citer la facilité de caisse, le découvert, le crédit de campagne ou crédit saisonnier, l'escompte, le crédit documentaire, l'aval et le cautionnement. Elles sont caractérisées par la mise à disposition effective de fonds au client, l'obligation pour celui-ci de procéder à un moment donné au remboursement du montant à sa disposition en plus des intérêts stipulés au contrat.

L'issue de la présentation de ce module a été marquée essentiellement par des questions portant sur la différence existant

entre la facilité et le découvert et sur la responsabilité bancaire dans le cadre de ses opérations de crédit. Ces débats marquaient aussi la fin des travaux de la journée du 19 octobre.

Au cours de la journée du 20 octobre, il a été procédé à la présentation des sûretés pouvant servir de garanties bancaires.

Introduisant ce module, le professeur a fait noter que le crédit est une activité à risque pour le banquier qui peut se voir confronter à l'insolvabilité de son client. Il peut cependant atténuer ce risque par la pratique des sûretés qui sont de deux ordres : les sûretés personnelles et les sûretés réelles.

Les sûretés personnelles consistent en l'engagement d'une personne physique ou morale à suppléer la défaillance du débiteur principal d'une dette ou de fournir une garantie à première demande. Quant aux sûretés réelles, elles consistent pour le débiteur, à affecter un bien mobilier ou immobilier à la garantie de sa dette.

Traitant des sûretés personnelles, le formateur a souligné que l'acte uniforme n'a retenu que deux types à savoir le cautionnement et la lettre de garantie et de contregarantie auxquels on peut ajouter la lettre d'intention.

Le cautionnement est la convention par laquelle, une personne appelée caution, s'engage envers le créancier qui accepte, à suppléer la défaillance du débiteur principal et à exécuter l'obligation de celui-ci. En tant que contrat, le cautionnement obéit aux conditions générales de formation prévues par l'article 1108 du code civil et à des conditions spécifiques fixées par l'article 4 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés. Il existe deux modalités de cautionnement : le cautionnement simple et le cautionnement solidaire qui est le principe. Dans le cautionnement simple, la caution est relativement protégée parce qu'elle a la possibilité de discuter et de diviser les poursuites. Dans le cautionnement solidaire par contre, la possibilité de discuter ou de diviser les poursuites est exclue.

La lettre de garantie quant à elle, la convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier. Dans la lettre de contregarantie par contre, c'est le contregarant qui s'engage à payer au garant une somme déterminée sur première demande de celui-ci.

S'agissant de la lettre d'intention ou lettre de confort ou de patronage, elle est un écrit par lequel une personne physique ou morale conforte un demandeur de financement. La lettre d'intention est selon le professeur, beaucoup plus une recommandation qu'une sûreté et l'interprétation de la jurisprudence française qui la considère dans certains cas comme étant un cautionnement ne peut s'appliquer dans l'espace OHADA car l'acte uniforme soumet le cautionnement à des conditions de validité qui ne satisfont pas de cette position.

Cette présentation a été sanctionnée par une série de questions relatives à la sanction de certaines formalités à observer dans la formation du cautionnement, au régime juridique des nullités prévues par l'acte uniforme en ce qui concerne le cautionnement, à la différence entre le cautionnement et l'aval et à la forme que doit prendre la mise en demeure.

En réponse à ces diverses interrogations des participants, le formateur a précisé que les formalités prévues dans le cadre de la formation du cautionnement étaient des formalités de validité et non de preuve, ce qui entraînait la nullité du cautionnement en cas d'inobservation, que cette nullité devait être obligatoirement prononcée par le juge lorsque les mentions prescrites faisaient défaut, qu'à la différence du cautionnement, l'aval concerne les effets de commerce et que la mise en demeure pouvait par tout moyen laissant cependant trace écrite.

A l'issue de ces débats, les travaux se sont poursuivis après l'amendement et l'adoption du rapport de synthèse de la journée

du lundi 19 octobre 2009, par l'exposé des sûretés réelles mobilières constituées du droit de rétention, du droit de gage et des nantissements.

Le droit de rétention est le fait pour une personne qui détient légitimement un bien de son débiteur, de le retenir en garantie du paiement de sa créance. La détention du bien doit être légitime, il doit avoir un lien de connexité entre la créance et la dette et le bien peut être corporel. La créance doit aussi être certaine, liquide et exigible.

Le gage est le fait pour le débiteur d'affecter un de ses biens meubles à la garantie de sa dette.

Quant au nantissement, il est une forme de gage mais sans dépossession du débiteur qui apporte à la garantie de sa dette une chose mobilière dont il a besoin pour son exploitation. Le nantissement peut porter sur le fonds de commerce, le matériel professionnel, les véhicules et les droits d'associés ou de valeurs mobilières.

Après cet exposé, une série de questions-réponses a précédé la séance des cas pratiques qui a permis aux stagiaires d'appréhender essentiellement les difficultés pratiques de mise en œuvre du droit de rétention. Cette étape a mis fin aux travaux de la journée.

La journée du 21 octobre a été consacrée à l'examen de la deuxième catégorie de sûretés réelles à savoir les sûretés réelles immobilières, des garanties dérivées de la pratique bancaire et du droit des obligations et des difficultés liées à l'efficacité des sûretés bancaires.

Définies par monsieur MODI KOKO comme étant le fait pour une personne d'affecter un ou plusieurs de ses biens immobiliers à la garantie d'une dette, les sûretés réelles immobilières sont constituées essentiellement des hypothèques. On distingue deux catégories d'hypothèques : les hypothèques conventionnelles et

les hypothèques forcées. Ces dernières se composent des hypothèques légales qui résultent de la loi et des hypothèques judiciaires qui sont accordées par décision du juge

Les garanties dérivées du droit des obligations sont constituées essentiellement de la solidarité, de la délégation, de l'action oblique et de l'action paulienne.

La solidarité est une technique contractuelle qui se pratique à travers une clause de solidarité et d'indivisibilité insérées dans le contrat de prêt renforçant ainsi la garantie des crédits en obligeant chacun des codébiteurs solidaires pour le tout, et en empêchant la division de la dette entre eux.

Quant à la délégation, elle ne peut servir de garantie que lorsqu'elle est imparfaite. Dans ce cas, le créancier qui ne libère pas son débiteur principal pourra disposer de deux personnes pour payer la créance : le délégant et le délégué.

S'agissant des actions oblique et paulienne, elles permettent respectivement au créancier soit d'exercer les droits de son débiteur négligent, soit de faire sanctionner une fraude de la part de ce dernier.

En ce qui concerne les garanties dérivées de la pratique bancaire, on peut citer les assurances de crédit et la lettre de crédit stand-by. Cette dernière est un engagement de la banque à garantir la réparation du préjudice consécutif à l'inexécution du contrat.

L'exposé du quatrième module sur les obstacles à l'efficacité des sûretés et à l'analyse de la situation du Burkina Faso a permis aux participants de retenir que l'ouverture d'une procédure collective n'empêche pas, malgré la suspension des poursuites individuelles, de poursuivre les cautions et les coobligés sauf s'ils sont eux-mêmes en état de cessation des paiements.

Les obstacles liés à l'efficacité des garanties réelles sont constituées de l'arrêt du cours des intérêts et du rang du paiement



car les articles 166 et 167 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif placent respectivement les créanciers hypothécaires au troisième rang et les créanciers gagistes et ceux munis d'un nantissement au quatrième et cinquième rang.

L'amendement et l'adoption du rapport de la journée du mardi 20 octobre a permis au professeur de présenter le dernier module sur les obligations professionnelles et la responsabilité du banquier.

Au titre des obligations du banquier, les participants ont pu noter que celui-ci était tenu à une obligation de secret professionnel ou secret bancaire, un devoir de vigilance, un devoir de ne pas s'immiscer dans la gestion des affaires de son client et un devoir de conseil et d'information.

L'obligation de secret professionnel porte sur les informations confidentielles dont le banquier a eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions. Cette obligation n'est pas cependant absolue car elle ne peut être opposée à certaines personnes (héritiers du titulaire d'un compte bancaire décédé, huissier dans le cadre de certaines de saisie, dirigeants de sociétés) et à certaines administrations (fisc, commission bancaire et la justice dans le cadre des procédures pénales).

Le devoir de vigilance vise à éviter des anomalies grossières sur la dans le fonctionnement des comptes des clients de la banque qui doit aussi dans l'application de ce devoir vérifier l'identité complète et l'adresse professionnelle et domiciliaire du demandeur à l'ouverture d'un compte.

Le non respect par le banquier de ces nombreuses obligations mises à sa charge l'expose à deux types de responsabilité : La responsabilité civile et la responsabilité pénale.

La responsabilité civile du banquier peut être engagée à l'égard de ses clients lorsque le non respect de ses devoirs leur a causé un

préjudice. Lorsque le préjudice a été causé à un tiers, la responsabilité civile du banquier est délictuelle.

Le banquier peut également être poursuivi au plan pénal en cas de violation de son obligation de secret professionnel ou du non respect de ses obligations résultant de la loi du 26/11/2006 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Après cet exposé, s'en est suivie une séance de questions-réponses. Les travaux du jour ont pris par la distribution de cas pratiques aux participants.

La journée du jeudi a été consacrée à l'examen de la responsabilité du banquier dans les procédures collectives. Selon monsieur MODI KOKO, cette responsabilité peut être mise en œuvre dans trois cas : l'octroi par le banquier de concours financier à une entreprise en difficulté, la rupture anticipée ou tardive du crédit de la part du banquier et son ingérence dans la gestion des affaires de l'entreprise en difficulté.

Cette responsabilité selon le professeur, peut être mise en œuvre dans trois cas : l'octroi par le banquier de concours financiers à une entreprise en difficulté, la rupture anticipée ou tardive du crédit de la part du banquier et enfin son ingérence dans la gestion de l'entreprise en difficulté.

Dans le premier cas en effet, il pourrait être reproché au banquier d'avoir financé une entreprise en sachant ou ayant les moyens de savoir que ce soutien ne servirait à rien. La faute du banquier serait de maintenir artificiellement en activité une entreprise non viable.

Dans le second cas, loi bancaire impose au banquier de suspendre son concours à toute entreprise qui connaît une situation irrémédiablement compromise. Cependant, cette rupture du crédit ne doit pas intervenir trop tôt ou trop tard. Sa responsabilité peut alors être mise en œuvre par le client lui-même mais aussi par les créanciers de ce dernier. Ainsi, les créanciers

antérieurs à l'octroi du crédit peuvent lui reprocher d'avoir accru le passif de leur débiteur et d'avoir anéanti leur chance d'être payés. Quant aux créanciers postérieurs à l'octroi du crédit, ils peuvent aussi engager la responsabilité du banquier pour avoir maintenu en vie une entreprise non viable et de les avoir ainsi incités à traiter avec cette entreprise. Quant au client, il fondera son action sur la rupture brusque ou sans préavis du crédit qui a aggravé les difficultés de l'entreprise.

Enfin, la responsabilité du banquier peut être engagée lorsque en cherchant à s'assurer de l'utilisation efficace du soutien qu'il apporte à une entreprise, il impose à celle-ci certaines décisions ou subordonne son concours à la prise de certaines décisions, se comportant ainsi comme un dirigeant de fait de l'entreprise.

Une série de questions suivies de réponses a mis fin à cette présentation.

Le deuxième module examiné au cours de la journée a porté sur le contentieux du crédit bancaire qui tire sa principale source de la tarification. En effet, le banquier perçoit en général dans une opération de crédit deux types de frais : les intérêts et les commissions.

Les intérêts représentent le prix de l'argent qu'il met à la disposition de son client. Ils doivent être stipulés dans la convention de prêt et sont déterminés sur la base d'un taux applicable au montant du crédit.

Quant aux commissions, elles représentent les charges que le banquier supporte dans l'octroi et la gestion du crédit.

Le contentieux de la tarification peut provenir soit de l'imprécision des taux soit de l'imprécision des commissions. Il existe d'autres sources de contentieux constitués par la capitalisation des intérêts, la pratique des dates de valeur, les compensations entre comptes multiples et la contre-passation en compte courant des effets revenus impayés. La capitalisation consiste à faire à produire des

intérêts aux intérêts échus et non encore payés. Le contentieux peut provenir de la pratique des dates de valeur qui consiste pour le banquier à reculer ou à avancer d'un ou de plusieurs jours les dates de retrait et de dépôt des fonds dans le but de gagner sur la comptabilisation des intérêts débiteurs.

La compensation entre comptes multiples s'effectue lorsqu'un banquier tient plusieurs comptes au profit d'un même client. Le principe de l'autonomie juridique des comptes l'interdit et peut entraîner des contestations en cas de violation. Par ailleurs, lorsque la compensation est autorisée, elle peut être source de conflit dans les procédures collectives car le banquier qui bénéficie d'une clause de compensation, d'unité ou de fusion de compte sera tenté d'en profiter dès l'apparition des premières difficultés de l'entreprise.

S'agissant de la contre-passation d'effets impayés, la question est de savoir si elle équivaut à un paiement lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements. Selon la jurisprudence française notamment, la réponse à cette question est négative.

Enfin, un contentieux spécifique peut se déclencher lors du dénouement du crédit documentaire. Ce contentieux peut être commercial s'il est relatif au contrat principal de vente. C'est le cas par exemple lorsque les marchandises sont par exemple non conformes aux spécifications de l'acheteur. Ce contentieux commercial ne concerne pas cependant le banquier. Ce dernier ne sera impliqué dans le contentieux que lorsqu'il aura accepté des documents qui ne sont pas conformes à ceux recommandés par son client.

Après l'exposé de ces modules, le rapport de la journée du mercredi 21 octobre 2009 a été présenté et adopté après amendement. Les travaux de la journée ont pris fin par la distribution de cas pratique aux participants.

Les travaux de la cession ont pris fin le vendredi 23/10/2009 par la correction des cas pratiques qui ont porté sur l'ensemble des thèmes abordés au cours de la session.