



Décembre 2015

***LE TRANSFERT FIDUCIAIRE DE SOMME D'ARGENT EN DROIT OHADA
DE L'OPPOSABILITE AUX TIERS ¹***

Par

Arlette Boccovi

Juriste de Banque et d'affaires, Consultante

¹ Cet article fait suite à notre participation à une table ronde au cours de laquelle l'exemple du transfert fiduciaire de somme d'argent a été sommairement évoqué. Voir petites affiches 404e année-25 septembre 2015- N° 192

Avec le soutien de



Orabank



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Décembre 2015

Sommaire

- Résumé en français et en anglais
- Article
- Note biographique de l'auteur

Avec le soutien de



KING&WOOD
MALLESONS



Orabank





Décembre 2015

Résumé

Le législateur OHADA, en créant en 2010, cette nouvelle sûreté, dénommée « **transfert fiduciaire de somme d'argent** », a semé la confusion dans les esprits par une appellation perçue par beaucoup de praticiens comme savante. Cette sûreté est en réalité plus simple que l'on ne pourrait l'imaginer et d'une réelle efficacité. Même si elle s'avère parfois être source de préoccupations diverses, notamment quant à son opposabilité aux tiers, des solutions peuvent être proposées aux praticiens. Tel est l'objectif de cet article.

Abstract

The OHADA legislator by setting up in 2010 this new Security called « **transfert fiduciaire de somme d'argent** », (trust fund) create confusion in the minds of practitioners by using such a scholar expression. In reality, this Security is more simple than it might seem and really efficient. Even though, it may sometimes be cause of various concerns, particularly third-party effectiveness, solutions can be proposed to practitioners. That is the goal of this article.

Le transfert fiduciaire de somme d'argent est, pour la banque opérant au sein de l'espace OHADA en sa qualité de créancière, l'une des sûretés les plus attendues, du fait de sa constitution et de sa réalisation rapides mais surtout de la trésorerie immédiate qu'elle procure. Le règlement COBAC² R-214/01 *relatif à la classification, à la comptabilisation et au provisionnement des créances des établissements de crédit* atteste bien de la qualité de cette sûreté en exemptant de

² Commission Bancaire de l'Afrique Centrale

Avec le soutien de



Orabank





Décembre 2015

tout provisionnement une créance en souffrance³ garantie par un transfert fiduciaire de somme d'argent (art 18 et suivant).

Selon l'article 87 de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS), cette sûreté est établie par une convention aux termes de laquelle « un constituant cède des fonds à un créancier en garantie de l'exécution d'une obligation.

Ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir ». Cet établissement est le plus souvent une banque.

Ce transfert de propriété subsiste pendant toute la durée de la sûreté (art 87 AUS). Contrairement au nantissement de créance, il s'agit d'une sûreté qui est dispensée de l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). Ce qui constitue en pratique :

- un gain de temps par rapport aux diligences administratives d'une sûreté mobilière classique qui peuvent être initiées à la requête du créancier, de l'agent des sûretés ou du constituant (art 51 AUS) ;
- et surtout une économie des frais d'inscription non négligeables la plupart du temps, calculés en pourcentage du montant de la créance à nantir ; ces frais sont généralement à la charge du constituant.⁴

³ Par opposition à une créance saine, la créance en souffrance est toute créance dont le remboursement ne s'effectue pas selon les termes contractuels. Dans l'hypothèse d'une créance en souffrance la réglementation bancaire exige un provisionnement de la créance sauf exemption.

⁴ Le fondement de ce principe en cas de vide législatif dans les pays membres de l'OHADA, peut être conventionnel.

En droit français par exemple, il est posé par l'article 2438 du code civil « S'il n'y a stipulation contraire, les frais des inscriptions, dont l'avance est faite par l'inscrivant, sont à la charge du débiteur »

Avec le soutien de



Décembre 2015

Néanmoins, pour que cette sûreté produise l'effet de garantie attendu à l'égard des tiers, il est indispensable que le transfert de propriété des fonds bloqués ne puisse pas être remis en cause par un ayant droit du constituant susceptible de les revendiquer à son propre profit. L'article 89 le rend opposable aux tiers à partir de la date de notification adressée à la banque qui a ouvert le compte bloqué⁵ au nom du créancier.

L'efficacité de la notification et par conséquent de cette sûreté elle-même, appelle plusieurs observations quant aux modalités de cet acte ; aucune précision n'étant donnée à ce sujet par l'acte uniforme.

1. L'auteur de la notification peut être le constituant ou le créancier, ce dernier ayant tout intérêt à y procéder dès la conclusion de la convention et l'ouverture du compte bloqué puisque l'efficacité de sa garantie en dépend.

2. Le destinataire de la notification est la banque teneur du compte bloqué.

Si le créancier du compte est une personne autre que cette banque, la notification est naturellement faite à cette dernière.

Si, en revanche, le créancier est également la banque dans les livres de laquelle le compte bloqué est ouvert, celle-ci devra se notifier à elle-même l'existence de ce compte contenant le transfert fiduciaire de somme d'argent. Cette opération n'est pas en soi illicite car une même personne peut agir en deux qualités distinctes.

En droit français des voies d'exécution par exemple, il est expressément admis qu'un débiteur peut saisir à titre conservatoire, entre ses propres mains, les sommes qu'il doit à un créancier et dont il estime être à son tour le créancier (Cass. 2e civ. 4-7-2007 n° 06-14.825 : Bull. civ. II n° 201) Plus largement, le contrat avec soi-même est reconnu par les juges français à condition d'agir au titre de deux qualités différentes (TGI Bordeaux, 5ème Chambre civile, jugement

⁵ Selon l'art 90, ce compte bloqué peut faire l'objet de rémunération ; ce qui suppose qu'elle devra être convenue à l'avance avec l'établissement teneur de compte.

Avec le soutien de



Décembre 2015

du 07 novembre 2013) et il est aussi admis que la même personne peut conclure, en des qualités juridiques distinctes, deux contrats avec une autre partie ; l'un en qualité de mandataire, l'autre en qualité de commissionnaire (CA Paris 24-9-1981 : BT 1982.198,).

Ce qui importe surtout lorsque le créancier et le teneur de compte sont une seule et même personne, c'est la preuve de l'exactitude de la date de la notification, qui commande la sécurité de la sûreté par son **opposabilité aux tiers**.

Ainsi, la banque, en sa double qualité de créancier et de teneur du compte bloqué, peut satisfaire à cette condition d'opposabilité aux tiers que le législateur soumet à la notification par deux voies différentes.

3. La notification peut être faite par un **acte sous seing privé ou par un acte d'huissier**. Il est évident que cette dernière option apporte une plus grande sécurité au créancier car une notification par voie d'huissier dénommée « signification⁶ » porte en elle-même la preuve de la date de la notification et, partant, de la prise d'effet de son opposabilité.

En revanche, l'acte sous seing privé notifié par le créancier au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception peut être source d'une controverse sur cette date car elle pose la question de savoir si la notification est faite à l'émission de la lettre, à sa réception ou à sa lecture par le destinataire.

A cette controverse, s'ajoute les régulières perturbations des services postaux dans certains Etats-membres ayant conduit à la pratique de la « lettre au porteur

⁶ « La notification faite par acte d'huissier de justice est une signification. »

- art 57 de la Loi béninoise n° 2008-07 portant code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative,
- art 651-2 du Code de procédure civil français

Avec le soutien de



Orabank





Décembre 2015

contre récépissé ». Cette pratique est d'ailleurs désormais consacrée par l'AUSCGIE⁷, en son article 516.

Mais alors, dans le cas d'une notification à soi même, la question de la certitude de la date doit être apportée aux tiers qui devront la respecter.

3.1. Cette condition sera remplie si la banque, en sa qualité de créancier, use de la signification puisque l'exploit d'huissier, acte authentique, fait foi jusqu'à inscription de faux.

3.2. La solution alternative est la notification par la banque à elle même d'une lettre remise contre récépissé de la convention préalablement enregistrée auprès de l'administration fiscale. Même si l'enregistrement est principalement à but fiscal, sur le plan civil, il confère date certaine à l'acte enregistré⁸.

La preuve de l'heure de l'enregistrement peut être faite au moyen du certificat délivré par l'agent de l'administration fiscale qui a accompli la formalité, mais à la condition que ce document permette d'établir que l'enregistrement a été effectué à une heure déterminée (Cass. Civ. 29-6-1982 : JCP N 1983.II. 294 note DF).

⁷ Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

⁸ Cette disposition est prévue par la plupart des pays membres de l'OHADA.

Au Togo, c'est l'art 400 du code général des impôts, et au Niger, l'art 369 alinéa 2 du code général des impôts. En cas d'absence de cette disposition de façon expresse dans certaines législations nationales, il pourra être fait référence au code civil français en son article 1328 (« Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés..... »). Voir article « De l'application du droit étranger au Mali et par delà dans les pays francophones de l'espace OHADA » par Boubacar DIAMBOU RDAA juillet 2015, <http://www.institut-idef.org/>

Avec le soutien de



Orabank





Décembre 2015

L'avantage de la deuxième option par rapport à la première est essentiellement financier ; l'acte d'huissier étant bien plus cher que l'acte sous seing privé enregistré.

Note biographique de l'auteur



Arlette BOCCOVI est juriste de banque, consultante, spécialisée en droit bancaire et en droit des affaires en Afrique. Après plusieurs années d'expérience dans divers groupes bancaires, entre autres, en tant que Directrice Juridique, elle dirige depuis 2006 après l'avoir créée, la société SIRE OHADA, spécialisée dans la formation qualifiante, le recouvrement de créances et les investigations commerciales.

Mme BOCCOVI est par ailleurs Membre et collaboratrice de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises (I.D.E.F.), enseignante vacataire à l'ERSUMA, Membre de l'Institut Français d'Experts Juridiques Internationaux (I.F.E.J.I.) et Membre de l'Association des diplômés de l'Institut Technique de Banque (I.T.B.).

Avec le soutien de



Orabank

