>> Retour à la newsletter

NEWSLETTER SEPTEMBRE 2015

Focus

RÉFLEXIONS LIMINAIRES SUR L'AVANT-PROJET DE RÉFORME DES SÛRETÉS MOBILIÈRES OU COMMENT LE MAROC DÉVELOPPE DE NOUVEAUX DISPOSITIFS DE GARANTIE DES FINANCEMENTS

Hugues Martin-Sisteron
Docteur en droit, avocat, White & Case LLP

Le Royaume du Maroc poursuit sa stratégie de perfectionnement de son environnement des affaires par la modernisation de son droit substantiel. L'objectif est de faire de Casablanca un centre financierinternational pour les affaires en Afrique du nord, de l'ouest et centrale.

C'est dans cette perspective, initiée par Casablanca Finance City (CFC), que l'avant-projet de loi n° 18-15, diffusé au public dans une version (encore) inachevée (**loi n° 18-15**), mais non moins intéressante, sur le site du Secrétariat général du Gouvernement, propose une refonte du régime juridique des sûretés mobilières au bénéfice du développement du crédit et des investissements.

Selon l'exposé des motifs, cet avant-projet, important par son ampleur et la diversité de ses objets, « *vise à réformer le droit des sûretés mobilières et ce en s'inspirant des meilleures pratiques internationales* » (**note de présentation p. 1, § 2**).

Dans le contexte actuel où la concurrence d'autres systèmes juridiques se fait plus prégnante (classement, rapports *Doing business*, etc.), la matière - éparse et quelque peu obsolète - méritait, à l'évidence, d'être rajeunie afin de mieux répondre aux attentes des opérateurs économiques. Le droit des sûretés mobilières est indispensable à la mobilisation des ressources financières tant il est vrai que la qualité d'un crédit, quelle que soit sa forme, se mesure à la solidité de l'emprunteur, mais aussi souvent aux sûretés qui en garantissent l'exécution.

La réforme proposée, encore en gestation, a trait principalement à la rénovation du Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant Code des obligations et des contrats (DOC) et à celle de la loi n° 15-95 formant Code de commerce.

À l'aune des droits français et OHADA (Acte uniforme (révisé) portant organisation des sûretés, entré en vigueur le 16 mai 2011) dont l'avant-projet est inspiré, il s'est agi pour les rédacteurs, réunis à l'initiative du Ministère de l'Économie et des Finances, de conduire un diagnostic d'ensemble du droit positif aux fins d'en détecter les silences, repenser les dispositions qui appelaient une écriture nouvelle et supprimer celles qui devenaient désuètes.

Ce faisant, le législateur a pris soin d'éviter les écueils constatés, à ce jour, dans les différents régimes juridiques qui ont pu servir de modèle, pour ne pas répliquer *stricto sensu* les exemples étrangers dont l'utilité n'a pas été avérée (régime français de l'agent des sûretés, fiducie-sûreté, etc.)

Des travaux rigoureux de clarification (création d'un Livre III regroupant les sûretés mobilières, définition des principaux termes, ordre de préférence des créanciers, etc.) et d'harmonisation (énoncé de règles communes, etc.) renforcent l'accessibilité et l'intelligibilité du droit et, par là-même, son efficacité.

De l'ensemble de cet avant-projet, ressortent finalement trois axes de réflexion.

1. Innovation

Pour important qu'il soit, cet exercice de refonte ne saurait réduire l'avant-projet à une (seule) codification à droit constant. Certes, l'essentiel des dispositions est destiné à consolider la matière, mais aussi à réceptionner des techniques étrangères nées des forces créatrices du droit que sont les juges et les praticiens.

En certains sujets, et non des moindres, y figurent de nouveaux instruments dont l'efficacité doit être saluée. Parmi les innovations majeures, il est ainsi introduit un gage-espèces adapté à ce bien incorporel très particulier qu'est la monnaie scripturale (*art. 1249 et s.*). À l'instar du droit OHADA, le législateur marocain a ainsi consacré un véritable régime juridique aux sûretés ayant pour objet des unités monétaires, alors que le droit français ne lui connaît pas de règlementation spécifique (droit commun du gage), ce qui fût source d'incertitudes. Comme le montre le contentieux ayant assorti la matière, la remise d'une somme d'argent à titre de garantie à un créancier est considérée soit comme une cession fiduciaire lorsque la somme n'est pas individualisée (*Cass. com., 3 juin 1997*), soit comme un nantissement de créance lorsque

la somme figure sur un compte spécial bloqué (*Cass. com., 23 avr. 2003, n° 02-11.015 : JurisData n° 2003-018868*) sauf si le compte spécial est ouvert « pour la seule commodité des écritures», et, d'autre part, que les parties aient manifesté leur volonté de conférer au créancier un pouvoir de disposer de la somme donnée en garantie *(Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-16.649 : JurisData n° 2007-037323*). En l'espèce, le régime est clairement affirmé : cette sûreté a pour effet de transférer la propriété des fonds (*art. 1249*) affectés en garantie au bénéficiaire, lesquels sont inscrits sur un compte bloqué ouvert au nom du créancier gagiste (*art. 1250*) et échappe, de fait, à une procédure collective ouverte à l'encontre du constituant (*art. 1252*).

Autre apport majeur, celui d'un nantissement sur biens circulants (*art. 1211 et s.*) permettant à un constituant professionnel de constituer une sûreté sur un « *ensemble de biens corporels qui, dans le cours habituel de son activité professionnelle, sont destinés à être revendus et remplacés par des biens identiques* ». Cette sûreté unique attachée à une assiette fluctuante n'est pas sans rappeler à quelques égards la *floating charge* de droit anglais ou le *security interest* de droit nord-américain. Le constituant conserve la gestion dynamique sur les biens circulants grevés, ce qui lui permet de les détruire ou de les aliéner, à charge toutefois, le cas échéant, de les renouveler en nature ou en valeur. Si le nantissement de biens circulants ne confère pas de droit de suite, les créanciers nantis jouissent cependant du droit de se faire payer par priorité sur le prix de vente des biens circulants présents, correspondants à la quantité, au poids ou au volume des biens nantis (*art. 1212*).

Le nantissement de compte de titres financiers fait son apparition en droit marocain sur le même modèle que celui des droits français et OHADA, dotant le Maroc d'un outil juridique à la fois souple et efficace. Le nantissement a pour assiette les titres, les sommes d'argent correspondant à leurs fruits et produits ainsi que tous ceux qui leur seront substitués ou qui les compléteront (*art. 1227 et s.*)

Enfin, entres autres nouveautés, un régime *ad hoc* est consacré à l'agent des sûretés, figure bien connue dans les financements syndiqués, souvent un établissement de crédit, prêteur lui-même, chargé de constituer, inscrire, gérer et réaliser les sûretés pour le compte de l'ensemble des créanciers du syndicat bancaire. Il peut en outre ester en justice pour défendre et faire valoir les droits et intérêts des créanciers, y compris pour déclarer leurs créances au syndic en cas de procédure collective du constituant, sans justifier d'un mandat spécial à cet effet (*art. 1255*).

2. Liberté

Il faut souligner la place faite à la liberté contractuelle qui innerve cet avant-projet en lui donnant une véritable unité. Fondement de l'économie de marché, le pouvoir de la volonté est ainsi proclamé tout au long de la vie des sûretés, avec pour contrepoids une protection renforcée du constituant non professionnel.

Lors de la constitution des sûretés mobilières, tout d'abord : le constituant a ainsi la faculté de décrire de manière générale les objets grevés, de façon à permettre à un nantissement ou un gage d'être constitué sur un ensemble de biens, présents et futurs, « *par la simple référence à un groupe ou une catégorie de biens présents ou futurs* » (*art. 1182*).

Il est, en outre, prévu la possibilité de constituer des sûretés mobilières en garantie de créances dont le montant n'est pas encore déterminé ou est susceptible d'évoluer (*art. 1179*), sous réserve, néanmoins, de la désignation du quantum maximum en principal de la créance garantie (*art. 1182*).

Les deux éléments directeurs du principe de spécialité sont donc assouplis (spécialité du bien gagé ou nanti, spécialité de la créance garantie).

Egalement, en phase d'exécution : on trouve un droit général des parties à substituer, sous certaines conditions, un bien nanti ou gagé par un autre, sans que cette substitution ne donne naissance à une nouvelle sûreté (*art. 1193*).

Les parties peuvent par ailleurs procéder à une mainlevée partielle de leur sûreté mobilière (*art. 1195*) permettant alors au débiteur de libérer proportionnellement les actifs à hauteur des remboursements effectués.

On remarquera que la réforme supprime l'exigence de dépossession, imposée *ad validitatem* par l'article 1188 du DOC et l'article 339 du Code de commerce. Si le gage avec dépossession présente l'avantage d'octroyer au créancier le bénéfice d'un droit de rétention effectif, il prive cependant le constituant de l'usage du bien grevé, tout en faisant peser sur le créancier une obligation de conservation du bien gagé que ce dernier n'est pas toujours en mesure d'assumer (le recours à un tiers convenu pouvait quant à lui s'avérer onéreux). La dépossession était par ailleurs peu conciliable avec le droit des sûretés incorporelles.

Parallèlement, on se réjouira plus encore de nouvelles dispositions propres au nantissement de solde de compte bancaire : la consécration de la faculté pour le créancier nanti (ou, le cas échéant, l'agent des sûretés) de procéder au blocage du compte nanti (*art. 1225*) par simple instruction à cet effet au banquier teneur de compte (avec copie au constituant), indépendamment de toute réalisation de la sûreté. Le gel temporaire du fonctionnement du compte, souvent lors d'un évènement de nature à affecter la solvabilité du débiteur ou d'une dégradation de sa situation financière, résulte d'une invention de la pratique des financements structurés. En l'absence de réglementation, ce procédé, de source conventionnelle, a pu susciter des controverses de place en droit français (certaines banques refusent de procéder à un tel blocage, indépendamment de toute réalisation du nantissement, eu égard aux conséquences financières importantes que cela pourrait entraîner à l'égard du titulaire du compte, pouvant conduire *in fine* à engager la responsabilité du teneur de compte). Cette consécration législative dissipera les incertitudes pour le marché marocain.

En phase de réalisation, des nouveaux modes de réalisation extrajudiciaire, appréciés des banques pour leur efficacité, sont introduits et le régime est construit en alternative à quatre branches (sous réserve d'exceptions propres à certains actifs, il est d'ordre public (article 1226 du DOC) que l'unique mode de réalisation autorisé au titre du droit positif est la vente aux enchères publiques) :

- le pacte commissoire (*art. 1202, 3°*. - au moment de la constitution de la sûreté, ou postérieurement, le créancier peut convenir avec son débiteur qu'il deviendra propriétaire du bien en cas de non-paiement) ;

- l'attribution judiciaire (*art. 1202, 2°*) ; et

- la vente de gré à gré (*art. 1202, 4°*).

Les deux premiers sont assez classiques. En effet, si la vente aux enchères publiques vise à protéger le constituant en évitant une vente à vil prix, la réalité a pu montrer que ce mode ne permet pas souvent au débiteur d'obtenir le meilleur prix de la chose tout en ajoutant des coûts

et des délais inhérents à l'instance.

En revanche, l'autorisation de la vente de gré à gré nous semble être une reconnaissance de la voie parée, proscrite par les législateurs OHADA et français, (il est interdit au créancier d'introduire dans l'acte une clause par laquelle il se fait autoriser par le constituant à vendre amiablement le bien), ce qui est une vraie nouveauté, mettant en exergue la primauté accordée à la liberté contractuelle.

L'article 200 du DOC est également modifié et prévoit, sauf stipulation contraire, le transfert automatique des sûretés attachées à la créance cédée, transfert autrefois exclu en l'absence de stipulation contractuelle l'autorisant expressément.

Liberté, enfin, dans le nouveau régime juridique de l'agent des sûretés, puisque ce mandat peut être exercé par « *toute personne* », ce qui n'implique pas que l'agent des sûretés soit prêteur au titre de la convention de crédit, ni même qu'il ait la qualité d'établissement de crédit. Il peut être une personne physique ou morale, nationale ou étrangère, professionnelle de la finance ou non. Son champ d'application est aussi large, comprenant sans autre précision toute « *sûreté* », ce qui couvrirait à la fois les sûretés réelles et personnelles du DOC et du Code de commerce, mais sans doute celles de droits étrangers. Une hésitation subsiste toutefois quant aux remises en pleine propriété (cession de créances, gage-espèce), promesses de sûreté et garanties.

3. Sécurité

Le nouveau texte ne se sacrifie pas sans retenue à la liberté contractuelle et concilie cette dernière avec l'impératif de sécurité juridique, qui demeure une préoccupation essentielle pour la vie des affaires. Ainsi c'est un droit d'équilibre, pareillement soucieux des intérêts en présence, qui traverse de part en part cet avant-projet, comme en témoignent les quelques exemples ci-après.

Au nom d'un ordre public de protection qui apparaît en filigrane dans la réforme, le pacte commissoire et la vente de gré à gré ne sont pas autorisés lorsque le constituant est non professionnel. Il s'agit de protéger ce dernier contre les déséquilibres excessifs.

D'autre part, elles s'accompagnent de règles de protection du constituant professionnel via une évaluation objective du bien grevé soit en fonction d'une cotation officielle sur un marché réglementé soit au moyen d'expertise (*art. 1204, 1205*) ou, concernant la vente de gré à gré (dans le silence de la convention), « *à un prix raisonnable compte tenu de l'état du marché considéré* ». En tout état de cause, si cette valeur est supérieure au montant de la créance garantie, la différence est restituée au constituant.

Quand les créanciers sont représentés par un agent des sûretés, leurs droits sont notamment préservés par l'ouverture d'un compte d'affectation spécial sur lequel seront portées les sommes résultant de la réalisation des sûretés et tout paiement y relatif. Ces sommes ne pourront faire l'objet de procédures civiles d'exécution qu'au profit des créanciers au nom desquels le compte a été ouvert et dans le respect des règles d'affectation conventionnelles.

Autre illustration de cet équilibre au regard du gage-espèce précité, lorsque les fonds donnés en garantie produiront intérêts, ces derniers seront, sauf convention contraire, intégrés dans l'assiette du gage-espèces (*art. 1251*). Cette règle d'inspiration OHADA est favorable au créancier tout en ménageant les intérêts du constituant. Le premier bénéficiera d'un maintien de la valeur économique (et ainsi de l'efficacité de la sûreté), qui profitera de même au second, à l'échéance, en cas de complet paiement de la créance garantie, sans qu'il ne soit besoin d'autre formalité (*art. 1252*). Corrélativement, la réalisation de la sûreté est subordonnée au respect d'un délai minimal de huit jours ouvrables à compter du constat de la défaillance du débiteur, mais « *après que le constituant en ait été notifié* », ce qui est utile lorsque le constituant n'est pas le débiteur de la créance garantie. L'obligation de notification au tiers constituant est d'ailleurs érigée en condition préalable à la réalisation des gages et nantissements (*art. 1199, 1°*) et s'étend aussi, le cas échéant, aux bénéficiaires antérieurs ou postérieurs d'autres rangs.

Quant à la protection des tiers, l'avant-projet introduit un régime généralisé de publicité des nantissements. L'opposabilité aux tiers est ainsi soumise soit à une exigence de dépossession soit, pour les sûretés sans dépossession, à une formalité de publicité à un Registre national des nantissements (*art. 1185 et s.*). Cette exigence de publicité est destinée à remplacer la procédure actuelle de légalisation, souvent coûteuse et longue. Si ce formalisme facilite l'inscription de nantissements successifs, chaque créancier prenant rang à sa date, la technique du registre n'en est pas moins contraignante à plusieurs égards (confidentialité, formalisme). L'inscription peut être faite au seul nom de l'agent des sûretés (*art. 1185, 3°*) évitant de ce fait toute inscription modificative en cas d'évolution du syndicat bancaire ou de syndication ultérieure.

Tel qu'il se présente, l'avant-projet s'efforce donc de faire une juste part entre liberté contractuelle et sécurité juridique, éléments binaires du droit civil privé, permettant de doter la place financière de Casablanca de mesures propres à lui assurer l'attractivité et la compétitivité sur les plans régional et international. Reste à guetter les évolutions qui naîtront sans doute des discussions actuelles, en formant le vœu que ces dernières tendent à clarifier plus encore la matière (cession de créances professionnelles à titre de garantie, agent des sûretés, vente de gré à gré, etc.).

LexisNexis France | Conditions générales de vente

Copyright © 2015 LexisNexis© une filiale de la société Reed Elsevier. Tous droits réservés