

L'utilisation du mécanisme de transfert fiduciaire d'une somme d'argent en droit OHADA dans le cadre des contrats d'exploitation pétrolière



Par Thibaud Forbin, Avocat associé, McDermott Will & Emery

Le droit OHADA a introduit dans sa réforme de décembre 2010 un mécanisme de transfert fiduciaire d'une somme d'argent en garantie du paiement d'une dette. La sous-section relative à ce mécanisme est très succincte. Elle est composée de cinq courts articles qui laissent beaucoup de place à l'interprétation.

Or, les praticiens des sûretés n'aiment pas beaucoup les interprétations, le but d'un mécanisme de sûreté étant par définition d'être sûr, au moins juridiquement... C'est certainement une des principales raisons pour lesquelles le mécanisme de la fiducie - sûreté qui existe également en droit français, est si peu utilisé.

Pourtant, l'outil commence à être utilisé par certains Etats africains dans le cadre des contrats pétroliers d'exploration, de production et/ou de partage de production pour garantir la bonne exécution par les exploitants de leurs obligations de réhabilitation des sites.

Par exemple, pour ce qui concerne le Gabon, la loi du 28 août 2014

portant réglementation du secteur des hydrocarbures prévoit, à la charge des exploitants, une obligation de constituer un fonds de réhabilitation qui doit être doté « d'un mécanisme

juridique approprié de protection et de garantie contre notamment les risques de défaillance du constituant ou de saisie de ses créanciers ». La rédaction de

“ **Ce mécanisme permet la constitution d'un véritable patrimoine d'affectation sur lequel ni les créancier de l'exploitant, ni les créanciers de la banque, ni ceux de l'Etat n'auraient de droits** ”

certaines contrats d'exploitation semble aller plus loin puisque le mécanisme juridique doit en outre protéger contre les risques de saisie de tiers à l'encontre de l'Etat et du depositaire des fonds

et être fondé sur le mécanisme de transfert fiduciaire de somme d'argent prévu par la loi OHADA.

Cette exigence est tout à fait justifiée car les Etats africains sont souvent très endettés et à la merci de fonds vautours qui pourraient être tentés de saisir les sommes placées sur les fonds de réhabilitation dont les montants sont souvent très significatifs. La saisie de ces fonds entre les mains de l'Etat pourrait contraindre l'exploitant à payer deux fois les coûts de réhabilitation des sites pétroliers.

Dans ces conditions, le recours au transfert fiduciaire à titre de garantie paraît approprié si celui-ci constitue une véritable fiducie-garantie. C'est-à-

dire qu'il aboutit à un transfert de propriété des fonds à titre de garantie par le constituant (l'exploitant) au fiduciaire (la banque) avec l'obligation pour le fiduciaire de transférer les

fonds au bénéficiaire (l'Etat) en cas de défaillance du constituant.

Ce mécanisme devrait en outre permettre la constitution d'un véritable patrimoine d'affectation sur lequel ni les créancier de l'exploitant, ni les créanciers de la banque, ni ceux de l'Etat n'auraient de droits.

Tel est-il bien le cas du mécanisme prévu par le droit OHADA ?

L'alinéa 2 de l'article 87 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés prévoit que « le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation. Le même article prévoit que « les fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir ».

Il en résulte que le droit OHADA prévoit bien un transfert de propriété des fonds à titre de garantie mais reste muet sur l'identité du bénéficiaire du transfert. S'agit-il de la banque dans les livres de laquelle le compte doit être ouvert ou de l'Etat au nom duquel le compte doit être ouvert ? Autre question : la mention de compte « bloqué » sur lequel les fonds doivent être versés signifie-t-il que ceux-ci sont bien détenus dans un patrimoine fiduciaire séparé du patrimoine de la banque ou de l'Etat ?

Le droit OHADA n'est pas clair sur ces sujets pourtant essentiels. Si on veut rester positif, on pourra dire que cela laisse une certaine flexibilité aux praticiens.

Autre sujet sensible : la notion de compte « bloqué » signifie-t-il que

les fonds qui y sont déposés sont indisponibles, y compris pour la banque depositaire ? Ceci semble en contradiction avec les termes de l'article 90 de l'Acte Uniforme portant

“ **Notre recommandation est de pallier les imprécisions du droit OHADA en concluant un contrat de fiducie-sûreté entre les trois parties prenantes** ”

Organisation des Sûretés qui prévoit que si les fonds produisent intérêts ces derniers sont portés au crédit du compte. Or, des fonds ne peuvent être rémunérés que s'ils sont utilisés par la banque. D'ailleurs, au regard des sommes très importantes susceptibles d'être versés sur les comptes de réhabilitation et de la longue durée de blocage de ces comptes qui peut aller jusqu'à 15 ans, il ne serait pas acceptable économiquement que les fonds soit bloqués et non rémunérés.

Il faudrait donc comprendre que les fonds déposés sont indisponibles pour le constituant et le bénéficiaire ainsi que pour les créanciers du constituant, du bénéficiaire et du fiduciaire mais pas pour le fiduciaire lui-même qui pourrait les utiliser dans la stricte limite de sa propriété fiduciaire.

Notre recommandation est donc de pallier les imprécisions du droit OHADA en concluant un contrat de fiducie-sûreté entre les trois parties prenantes. Ce contrat devra détailler les modalités de fonctionnement de la fiducie-sûreté et le rôle de chaque partie. Il devra en particulier prévoir

que le transfert de propriété des fonds est réalisé au profit de la banque en qualité de fiduciaire et non pas de l'Etat. Ceci permettra de garantir que les créanciers de l'Etat n'y auront pas accès même si l'existence d'un patrimoine fiduciaire séparé pouvait être remise en cause.

Il devra en outre prévoir les conditions dans lesquelles le fiduciaire pourra placer les fonds.

Cette véritable fiducie-sûreté créée par contrat même si elle ajoute aux textes du droit OHADA ne nous paraît pas illégale. En effet, si on se réfère à la jurisprudence française datant d'avant la consécration de la fiducie en droit français, celle-ci avait invalidé la fiducie-sûreté créée sui generis au motif que le droit français ne connaissait pas la propriété fiduciaire cédée à titre de garantie.

Cette critique ne peut pas être opposée en droit OHADA puisque les articles 79 et suivants de l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés consacrent précisément la propriété cédée à titre de garantie. ■