

AVANT-PROPOS

L'Ecole Supérieur de commerce de Dakar, une société anonyme créée en 1993 est un établissement d'enseignement supérieur agréé par l'Etat du Sénégal et lié à la chambre de Commerce et de l'industrie de Dakar par convention de partenariat.

SUPDECO Dakar a une grande vocation de formé des cadres de très hautes compétences techniques, capable de jouer un rôle d'entrepreneur dans la recherche et la mise en œuvre de nouvelles opportunités favorables au développement de notre continent.

Son concept pédagogique intègre l'élaboration d'un mémoire de fin de cycle en vue de l'obtention du master II en Droit des Affaires et Fiscalité. Conformément à cette obligation définie, nous avons mené une réflexion sur le thème « Analyse de la pratique des sûretés réelles dans l'octroi du crédit bancaire au Mali : cas de la BDM-SA »

DEDICACES

Je rends d'abord grâce à Allah qui est Bon en toutes choses car c'est Lui qui donne l'intelligence et qui m'a permis aujourd'hui d'être en vie et de rédiger ce modeste travail.

Ce mémoire ne saurait être attribué, à mes seuls efforts, mais aussi à l'apport de ma famille et de mes amis.

C'est la raison pour laquelle, je dédie ce mémoire à feu mon époux Adama Coulibaly dit Papis arraché à notre affection par la volonté d'Allah le tout Miséricordieux et très Miséricordieux.

A mon très cher papa et très chère maman qui n'ont ménagé aucun effort pour me permettre l'élaboration et la concrétisation de ce mémoire de fin d'études qu'ils en soient tous remerciés.

REMERCIEMENTS

La réalisation d'un mémoire nécessite beaucoup d'effort et d'abnégation non seulement de la part de l'étudiant mais également des enseignants.

C'est pourquoi, je remercie mon directeur de mémoire M. Fall Mansour pour sa disponibilité et son encadrement lors de l'élaboration de ce travail.

Je remercie mon père Alpha Youssouf Tandia pour son sacrifice incommensurable pour ma formation.

Je remercie l'administration de SUPDECO-Dakar et tout le corps professoral pour leurs contributions à ma formation académique. Qu'ils trouvent dans ce travail, l'expression de ma reconnaissance pour le soutien qu'ils m'ont apporté.

Je remercie mes copines Adamou Mamoudou Fati, ainsi que Safiatou Sy pour leur précieuse aide à l'élaboration de ce mémoire.

Ma sincère sympathie à l'égard de tous ceux qui de près ou de loin ont participé à l'élaboration de ce mémoire.

SOMMAIRE

Avant propos.....	i
Dédicaces.....	ii
Remerciement.....	iii
Sommaire.....	iv
Introduction.....	1

PREMIERE PARTIE : CADRE THEORIQUE ET METHODOLOGIQUE

Chapitre I : Environnement et objet de l’étude.....	6
Section I : contexte.....	6
Section II : Problématique.....	8
Section III : Objectifs de recherche.....	9
Section IV : Intérêt du sujet.....	10
Section V : Revue littérature.....	11
Chapitre II : Matériels et méthodes.....	12
Section I : Technique de recueil de données.....	12
Section II : Technique d’analyse des données.....	13
Section III : Difficultés rencontrées.....	13
Chapitre III : Présentation de la BDM-SA.....	13
Section I : Localisation.....	13
Section II : Historique.....	14
Section III : Missions et objectifs.....	16
Section IV : Structure et organisation.....	17
Chapitre IV : Les différents types de crédits accordés et les garanties y rattachées.....	22
Section I : Procédure d’octroi de crédit.....	22

Section II: Les différentes formes de crédits accordés par la BDM-SA.....25

DEUXIEME PARTIE : CADRE COMCEPTUEL ET DONNEES DE BASE

Chapitre I : Typologies des suretés mobilières.....38

Section I : Droit de rétention.....39

Section II : Propriété cédée ou retenue à titre de garantie.....45

Section III : Le gage.....50

Section IV : Le nantissement.....65

Section V : Les privilèges.....74

Chapitre II : Typologies des sûretés immobilières.....77

Section I : Les dispositions générales relatives à l’hypothèque.....77

Section II : La réalisation de la garantie hypothécaire.....80

TROISIEME PARTIE : CADRE ANALYTIQUE

Chapitre III : Les forces et faiblesses du système bancaire de la BDM-SA.....84

Section I : Les forces du système.....84

Section II : Les faiblesses du système.....85

Section I : Mettre à profit les nouvelles opportunités offertes par le nouvel AUPOS.....85

Chapitre IV : Solutions et recommandations.....87

Section I : Mettre à profit les nouvelles opportunités offertes par le nouvel AUPOS.....87

Section II : Contribution du renforcement de la banque des contrats de la BDM-SA.....88

Exemple de formulaire de nantissement des titres.....89

Recommandations sur ce type de convention.....90

Conclusion.....91

Bibliographie.....93

LISTE DES ABREVIATIONS

Art : Article(s) (Renvoi aux art. du texte concerné)

AU : Acte uniforme.

AUPOS : Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés

AUSC : Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le GIE

Al. : Alinéa

Art. : Article

AU DCG : Acte uniforme portant droit commercial général

AU PCAP : Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif

AU PSRVE : Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution

AUS : Acte uniforme portant organisation des sûretés.

BCEAO : Banque Centrale des Etats de l'Afrique

BDM : Banque de Développement du Mali

C.Cass : Cour de cassation

CPCC : Code de procédure civile et commerciale

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires..

RCCM : Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

RGO : Régime générale des obligations

UEMOA : Union Economique et Monétaire Ouest Africain.

INTRODUCTION

L'évolution du monde des affaires et le développement économique ne peuvent s'effectuer aisément que si des opérateurs économiques ont la possibilité et la facilité d'avoir accès aux crédits. Ce crédit peut s'obtenir au près des institutions agréées que sont les établissements de crédit, ainsi que les établissements à caractères bancaires. Ces derniers comprennent les banques, les établissements financiers, les caisses d'épargne postale, les sociétés financières d'investissement et de participations. Jusqu'à la conception extensive des établissements de crédit, la pratique du crédit relevait du seul domaine des banques.

Les sûretés sont réglementées par l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés (AUPOS) pris dans le cadre du traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA). Les sûretés sont des mécanismes qui visent à garantir l'exécution d'une obligation par le débiteur. Elles ont pour objet de renforcer les chances de paiement du créancier, de le faire échapper au concours des autres créanciers, de le prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur, soit en lui procurant un ou plusieurs débiteurs supplémentaires (sûretés personnelles), soit en lui accordant un droit préférentiel sur un ou plusieurs biens du débiteur (sûretés réelles).

Une sûreté est une garantie accordée à un créancier, qui lui permet d'obtenir paiement de sa créance en cas de défaillance du débiteur, par affectation d'un bien (sûretés réelles) ou par la garantie apportée par un tiers (sûretés personnelles)¹. La sûreté est le plus souvent accessoire à la créance : elle disparaît lorsque la créance s'éteint et ne peut être transmise qu'avec la créance. Le droit des sûretés existe du seul fait de conféré au banquier une certaine sécurité pour le recouvrement de ses fonds, c'est un « droit de paranoïaque », comme le disait le Pr. Stéphane Piedelièvre². C'est le droit de la méfiance et de l'anticipation. Le créancier organise l'efficacité de son paiement en appliquant un certain nombre de mécanisme, comme le cautionnement, qui permet d'avoir un second débiteur (le débiteur et la caution) donc deux fois plus de chance d'être payé. Une autre technique possible, en tant que créancier, est de se réserver un pouvoir exclusif sur certains biens du débiteur et ainsi garantir l'efficacité du

¹ Source : RAYMOND GUILLIEN ET JEAN VINCENT, lexique des termes juridiques Dalloz, 17^e édition, 2010, p.687

² Livre « Instrument de crédit et de paiement », 6^e édit, Stéphane Piedelièvre, Dalloz-Sirey - Paru le 27/01/2010.

paiement en court-circuitant les autres créanciers. Les sûretés jouent un rôle accessoire³ mais important dans la décision d'octroi de crédit par les banquiers car plus le « risque-client », c'est-à-dire le risque de non recouvrement est élevé, plus le banquier recherchera des garanties. La sûreté doit être clairement distinguée de la garantie. La sûreté se caractérise en effet par l'affectation d'un patrimoine ou l'affectation de la valeur d'un bien au paiement d'une dette. En revanche, l'affectation de la valeur d'un bien, comme un gage ou une hypothèque, concerne un bien et non un patrimoine. La sûreté est un dispositif qui permet d'ajouter un lien d'obligation à une dette préexistante payable à terme tandis que, la garantie n'est pas ajoutée à la dette, elle est consubstantielle à la dette, il n'y a pas d'obligation supplémentaire. De toute façon, la distinction entre sûreté et garantie, bien qu'importante pour l'application du régime, est bien souvent galvaudée, tant par le législateur, que par la jurisprudence.

« Au niveau de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) les organismes prêteurs, ne disposent généralement pas des moyens extrinsèques d'étudier avec fiabilité tous les aspects techniques et industriellement appropriés du financement envisagé. Ils en sont donc réduits soit à faire confiance à l'emprunteur, soit à prendre des garanties »⁴. Ainsi apparaît l'importance de celles-ci et de leurs adéquations avec les différents types de financement.

C'est surtout au début du 19^{ème} siècle que le législateur a organisé le régime des garanties en adoptant des textes y relatifs à travers quelques dispositions du code de procédure civile commercial et social en mettant sur pied des nouvelles garanties. La garantie permettant la couverture du crédit, le banquier est presque toujours assuré de recouvrer son crédit. Le bien concédé vaut presque toujours plus que le crédit. L'on ne saurait donc négliger les aléas qui peuvent survenir pour empêcher le remboursement normal du crédit. Qu'est-ce donc le crédit ? Quels aléas peuvent donc empêcher le remboursement du crédit ?

Le crédit peut être défini comme tout acte par lequel une personne ou une organisation (le créancier) met ou promet de mettre une ressource (une somme d'argent ou un bien) à la disposition d'une autre personne (le débiteur) contre l'engagement d'être payé ou remboursé dans le futur, à une date déterminée, dans l'intérêt de celle-ci, une convention par signature tel

³ Une sûreté, il faut la noter, n'est pas forcément l'accessoire d'une dette principale. Ex: Le cautionnement est l'accessoire de la dette principale. Si la dette principale est nulle, le cautionnement est nul lui aussi.

⁴ A.SAKHO et I.NDIAYE « Pratique des garanties du crédit » 1^{ère} éd.

qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie⁵. Lorsque la ressource fournie est un bien, on parle de crédit fournisseur ; lorsque c'est une somme d'argent accordée par une banque, on parle de crédit bancaire. Dans le cas où il s'agit d'une somme d'argent, le remboursement est quasiment systématiquement assorti du paiement d'intérêts.

Tandis-que le prêt est un contrat par lequel l'une des parties, le prêteur, met à la disposition de l'autre, l'emprunteur, une chose pour qu'il s'en serve, à charge de restitution en nature ou en valeur⁶. En effet, c'est un contrat réel qui suppose la remise des fonds ou d'une chose à l'emprunteur. Il lui transfère la propriété de la chose ou des fonds avancés. L'emprunteur à la libre disposition des fonds à lui remis et est tenu tout juste de restituer l'équivalent à l'échéance. Le prêt peut être à titre gratuit⁷ ou onéreux⁸. Le prêt consenti par un banquier a une nature commerciale. Celui consenti à un non commerçant a une nature mixte. Les prêts bancaires sont nécessairement onéreux, compte tenu de son statut de société commerciale. Il serait donc difficile de concevoir un prêt gratuit provenant d'un banquier. D'où le rapprochement avec le crédit.

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) reconduit pour l'étude des sûretés une catégorie bien connue. Il s'agit de la grande distinction entre une sûreté personnelle et une sûreté réelle. Le crédit personnel repose sur la solvabilité du crédit du crédit ou sur la surface financière, le crédit réel est celui qui est nécessairement assorti de garantie ; et la banque a le choix sous réserve de tout ce qu'ont peut lui offrir son client entre 3 types de sûretés : sûretés personnelles, réelles ou spécifiques.

Les sûretés personnelles consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci à première demande du bénéficiaire de la garantie⁹. Quant aux sûretés réelles, elles consistent dans le droit du créancier de se faire payer par préférence, sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation¹⁰. La particularité des sûretés personnelles réside, entre autres, dans le fait que leur assiette porte sur l'ensemble du

⁵ Source : RAYMOND GUILLIEN ET JEAN VINCENT lexique des termes juridiques, Dalloz, 17^e éditions, 2010, p.215.

⁶ RAYMOND GUILLIEN ET JEAN VINCENT, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 17^e éd., 2010, p.561.

⁷ On peut citer à titre d'exemple le prêt d'usage : article 1875 du C.civ.Français version 20120412 « le prêt à usage est un contrat par lequel l'un des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. »

⁸ C'est le cas de prêt de consommation prévu à l'article 1892 du C.civ Français version 20120412 « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ».

⁹ Article 4 alinéa 1 de l'AUS .

¹⁰ Article 4 alinéa 2 de l'AUS

patrimoine du débiteur, contrairement aux sûretés réelles qui ne porte que sur la chose meuble ou immeuble apportée en garantie. De telle sorte que lorsqu'une caution requise pour payer ne s'exécute, n'importe quel bien meuble ou immeuble de son patrimoine peut être saisi par le créancier.

S'agissant des sûretés réelles permettent l'affectation d'un ou plusieurs bien à la garantie d'une dette ou d'une obligation. Parce que portant sur un bien, les sûretés réelles créent toujours au profit du créancier un droit sur ce bien : ce qui signifie qu'en cas de défaillance le produit de la vente de ces biens est remis au créancier par préférence au créancier chirographaire. Lorsqu'elles portent sur un meuble, on parle de privilèges mobiliers, de gage ou de nantissement, et quand elles portent sur des biens immeubles, on parler d'hypothèque ou de privilèges immobiliers.

De nombreuses garanties étaient déjà d'usage dans la pratique bancaire. L'avènement de l'acte uniforme ne fait qu'ajouter dans le panel des garanties ou de réaménagement de nombreuse d'entre elles : ce qui contribue à l'amélioration de la situation du demandeur de crédit, dans la mesure où le réseau de choix se trouve diversifié. En plus, les modalités de réalisation de ces sûretés confèrent au banquier une certaine sécurité dans le recouvrement de ses fonds. Notre étude va s'appesantir sur les instruments de l'OHADA où des nombreux développements ont été consacrés. Ces multiples développements sont faits sur la base des Actes Uniformes et principalement ceux relatifs aux droit des sûretés. Dans le cadre de cette étude on va plus ce consacrer sur les sûretés réelles car étant les plus utilisées par le banquier. Nous verrons trois grandes parties à travers lesquelles nous tenterons d'éclaircir ces techniques appliquées quotidiennement dans le milieu bancaire.

Nous commencerons d'abord par la présentation du cadre théorique et méthodologique puis nous étudierons le cadre conceptuel et des données de base. Enfin, nous terminerons par une analyse empirique qui portera sur une banque malienne à savoir la Banque de Développement du Mali (BDM-SA).

Première partie : cadre théorique et méthodologique

Cette première partie du cadre théorique et cadre méthodologique est composée de quatre chapitres.

CHAPITRE I : ENVIRONNEMENT ET OBJET DE L'ETUDE

SECTION I : CONTEXTE

Le **Mali** est un pays d'Afrique de l'Ouest, frontalier de la Mauritanie et de l'Algérie au nord, du Niger à l'est, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire au sud, de la Guinée au sud-ouest et du Sénégal à l'ouest. Le Mali est devenue indépendant le **22 septembre 1960**, après l'éclatement de la Fédération du Mali regroupant le Sénégal et le Soudan français. Sa devise est « **un peuple, un but, une foi** » et son drapeau est constitué de trois bandes verticales respectivement verte, jaune, rouge. Sa population est estimée à 14.159.904 d'habitants (FMI 2011)¹¹ qui est Répartition par âge :

0-14 ans: 47,3% (hommes 3.372.717/femmes 3.325.188)

15-64 ans: 49,7% (hommes 3.438.687/femmes 3.605.143)

65 ans et plus: 3% (hommes 199.862/femmes 218.307) (2011) avec une croissance démographique de 2,61%, un taux de natalité 45,62 naissances/1.000 habitants, taux de mortalité 14,29 décès/1.000 habitants, taux de migration nette -5,23 immigrant(s)/1.000 habitants. La population malienne est constituée de différentes ethnies, dont les principales sont les Bambaras. Le français est la langue officielle, mais la population parle majoritairement les langues nationales, le bambara étant la plus utilisée. Avec une économie encore essentiellement rurale, le Mali, pays enclavé, fait partie des 49 pays les moins avancés (PMA) en termes de développement socio-économique. Le pays fait partie de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et de l'Union africain ; Bamako peuplé de 1 809 106 habitants en (2009), est la capitale du pays.

Le taux de bancarisation dans l'espace UEMOA est faible et se trouve entre 3 et 7% alors qu'il avoisine 99% dans certains pays et se situe à 50 ou 60% dans la région du Maghreb. Pour corriger cet état de fait, la BCEAO (Banque Centrale des Etats d'Afrique de l'Ouest) entame une vaste campagne populaire. Objectif : Atteindre un taux de bancarisation de 20% dans l'espace UEMOA. Dans les huit pays de l'espace

¹¹ Source internet wikipédia

UEMOA que sont le Benin, le Burkina Faso, la Cote d'Ivoire, la Guinée Bissau, le Mali, le Sénégal, le Togo, et le Niger, le taux de bancarisation, c'est à dire le pourcentage de la population qui utilise les services d'une banque, est estimé à ce jour à moins de 10%. Et l'utilisation des moyens de paiement fiduciaires gagnent de plus en plus le terrain au détriment des moyens scripturaux dans les transactions. Selon les responsables de la **BCEAO** il y a plusieurs facteurs socio-économiques bloquants notamment la crise du système bancaire qui a engendré une sérieuse perte de crédibilité, le faible revenu des populations, l'analphabétisme, la méconnaissance du système bancaire, l'éloignement des structures, les longues procédures, les coûts élevés de service et souvent aussi le manque d'information.

« Le Mali a réalisé un exploit avec la multiplication des guichets et agences à travers le pays. Le nombre des agences est passé de 143 en 2006 à 286 en 2010, soit un taux de bancarisation de 6,6% qui classe le Mali au 2ème rang derrière le Togo (12,6%) et devant le Sénégal (6,4%), le Bénin (5,4%) et la Côte d'Ivoire (4,4%) », un fait remarquer par le directeur général de la **BOA** (Banque of Africa) Mali, Mamadou SENE. Un taux jugé insuffisant par le directeur général de la BOA Mali, à cause justement du faible taux de revenu et la part importante du secteur informel. Le taux de bancarisation du Mali apparaît comme un des plus élevés de la sous-région ; il est supérieur au taux moyen de l'**UEMOA** qui est de 6,5%. On estime qu'environ 65% des crédits sont des crédits à court terme, et presque la moitié de ceux-ci sont alloués au secteur du commerce et de l'hôtellerie. En fin 2006, les crédits en cours représentaient 575 milliards de FCFA¹².

L'activité bancaire est soumise à la réglementation commune de l'UEMOA et au dispositif prudentiel élaboré par la Commission bancaire de l'UEMOA à travers la BCEAO, qui exerce également la fonction de surveillance. Le Mali compte à nos jours 12 banques :

La BDM SA (Banque de développement du Mali)

La BNDA (Banque Nationale pour le Développement Agricole)

La BOA (Bank of Africa)

ECOBANK- Mali

La BSIC (Banque Sahélo-Saharienne pour l'Industrie et le Commerce)

La BIM (Banque Internationale pour le Mali)

¹² Source: Fiche de synthèse : le secteur bancaire du Mali de la « Missions Economiques » de l'Ambassade de France au Mali (septembre 2007)

La BICIM sa (Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie du Mali)

La BCS (Banque Commerciale du Sahel)

La BHM (Banque de l'Habitat du Mali)

BMS (Banque Malienne de Solidarité)

BRS (Banque Régionale de Solidarité)

La Banque Atlantique Mali

La BCI (Banque pour le Commerce et l'Industrie)

Afin de dynamiser le système bancaire au Mali, pour passer du taux de bancarisation de 10% à 20%, à l'horizon 2012-2013, l'Association Professionnelle des Banques et Etablissements Financiers en partenariats avec la Banque Centrale, le Ministère des Finances malien et l'ensemble de la communauté financière, avait organisé une journée des banquiers¹³ qui avait pour objectif de sensibiliser le grand public sur l'importance de la bancarisation, un outil d'intégration sociale donc un accélérateur de la croissance économique.

SECTION II : PROBLEMATIQUE

L'octroi de crédit étant l'activité principale de la plupart des banques, celles-ci doivent effectuer une analyse de la solvabilité des emprunteurs, qui, d'une part, ne s'avère pas toujours exacte, et d'autre part, peut se détériorer avec le temps du fait de divers facteurs. Selon PRUCHAUD J¹⁴ « le crédit bancaire est en général l'opération par laquelle la banque met une somme déterminée à la disposition d'un tiers appelé emprunteur, moyennant l'engagement pris par ce dernier de payer au banquier les intérêts convenus et de lui restituer à l'époque fixée pour le remboursement, une somme équivalente à celle qui lui a été fournie ». Il faut donc garder à l'esprit que toute obligation est nécessairement porteuse de risque. Un débiteur peut, potentiellement, toujours être défaillant. Lorsqu'un créancier contracte avec une personne, le premier réflexe doit être la vérification de la solvabilité du débiteur. L'appréciation de la solvabilité n'est pas une science exacte. Les banquiers ont recours à d'autres techniques pour amoindrir le risque encouru.

La question qui se pose tout naturellement est celle de l'efficacité de la garantie pour faire face à une éventuelle défaillance du débiteur.

¹³ Conférence débats de l'Association professionnelle des banques et établissements financiers (APBEF) tenu le 5 mars 2011 au CICB(centre international de conférence de Bamako) à l'occasion de la 1re Journée du banquier.

¹⁴ Evolution des techniques bancaires, éditions scientifiques Riber, Paris 1967 cité par Amadou Ali in la gestion des risques liés à l'octroi du crédit bancaire

Une telle question n'en cache pas d'autres enjeux relatifs à la contribution des sûretés pour renforcer la confiance des acteurs de l'économie bancaire en général et des acteurs du crédit en particulier.

Les autorités de l'espace UEMOA semblent accorder une place particulière aux garanties dans le processus de développement. Ceci peut être corroboré par la dynamique avec laquelle elles ont légiféré dans le domaine : deux Actes Uniformes sur les garanties en moins de 15 ans. En effet le droit des sûretés a connu des réformes importantes. L'innovation majeure réside dans la mise en place du pacte commissaire¹⁵, en matière d'hypothèque. L'article 199 dudit texte admet qu'il puisse être prévu dans la convention d'hypothèque une clause selon laquelle le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué¹⁶; (al. 1^{er}) de l'article prévoit qu'à condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation. La réforme intervenue le 15 décembre 2010 a été rendue nécessaire par le souci de simplification desdites sûretés et de mise en conformité avec les évolutions internationales récentes en la matière, afin d'en accroître la fiabilité et faciliter ainsi la pratique du crédit dans l'espace OHADA. L'objectif final recherché étant de parvenir à la satisfaction effective du créancier sans spolier le débiteur.

SECTION III : OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

A- OBJECTIF GENERAL :

L'objectif général de cette recherche est la mise en évidence de l'impact que revêtent les garanties dans la pratique de l'octroi du crédit.

B- OBJECTIF SPECIFIQUE :

Au delà de l'objectif général poursuivi par cette recherche, nous avons dégagé des objectifs spécifiques, d'où l'impact de la garantie dans l'attribution du crédit, ainsi que ses modalités quand à sa constitution, et à sa réalisation.

¹⁵ Source : RAYMOND GUILLIEN ET JEAN VINCENT, lexique des termes juridiques Dalloz, 17^e édition, 2010, p.513 «clause par laquelle un créancier hypothécaire obtient de son débiteur qu'il deviendra propriétaire de la chose hypothéquée en cas de non-paiement »

¹⁶ Clause prévoyant que le créancier deviendra automatiquement propriétaire du bien en garantie en cas de défaut du débiteur (mais la clause prévoyant la vente privée du bien en garantie à un tiers par le créancier est interdite)

SECTION V : INTERET DU SUJET

Mener une réflexion sur la pratique des sûretés réelles dans l'octroi du crédit revient à montrer la complexité du rôle que joue cet établissement de crédit dans la satisfaction du public.

Le mot "banque" dérive de l'italien "banca" qui désigne un banc en bois sur lequel les changeurs du Moyen Âge exerçaient leurs activités. L'idée de garantie a fait son chemin depuis le Moyen Age où, à l'heure de ses folles entreprises des débuts de la guerre de Cent Ans, Edouard III avait gagé avec sa couronne d'or et de pierres précieuses, les 45000 florins que lui prêtait l'archevêque de Trêves¹⁷. Les premiers banquiers de cette époque sont les changeurs. C'est au 19^e siècle que son expansion est rendue favorable et des nombreuses banques se sont transformées en « banques d'affaires », ce qui a permis l'émergence de la société industrielle et l'essor du capitalisme¹⁸. Aujourd'hui plus qu'hier, le banquier est de plus en plus intégré dans la vie des affaires à tous les stades de la constitution des sociétés jusqu'au financement de son activité quotidienne, sans oublier les divers investissements. Il apparaît donc désormais comme l'interlocuteur incontesté du chef d'entreprise. C'est dans la mesure du financement des opérations des entreprises que le banquier est amené à prendre des garanties pour sûreté de sa dette.

Aussi les sûretés ont un intérêt d'ordre financier, économique. Le droit des sûretés facilite le commerce, les échanges, le crédit, et rassure les acteurs économiques. Sans sûretés, point de crédit et donc point d'entreprises, et donc pas d'échanges de richesses, ensuite, il y a un incontestable intérêt d'ordre purement juridique. Le droit des sûretés est un droit d'efficacité, car il faut trouver la technique la plus équilibrée pour obtenir un paiement afin que cela coûte le moins cher au créancier et cause le moins de préjudice au débiteur. Lorsqu'on fait conclure une sûreté à une personne, il y a souvent pas mal de dispositions à respecter (société ou consommateur qui se porte caution), pour ne pas étouffer la caution.

¹⁷ Favier, de l'or et des épices, Naissance de l'homme d'affaires au Moyen Age, Fayard, 1997, p 224 Edouard 1^{er}, Conte de Bar avait vers 1320 engagé aux Lombards sa vaisselle d'argent, son petit fils fit de même et son gendre Enguerran de Coucy faillit perdre en une semblable opération les pièces précieuses que Robert de Bar ne se pressait pas de dégager et que les s'apprêtaient à vendre.

¹⁸ DEKEUWER-DEFOSSEZ, droit bancaire, Mémentos Dalloz, 3^{ème} éd., 1991, p 1.

SECTION VI : REVUE DE LA LITTÉRATURE

Pour faciliter la rédaction de ce mémoire, nous avons été amenés à consulter certains ouvrages et/ou revues rédigées par des auteurs qui ont abordé soit partiellement ou totalement la réalité de notre thème.

Les sûretés sont des procédés juridiques permettant aux créanciers d'améliorer, de par la convention ou de par la loi, les chances de recouvrement de leurs créances.

Aujourd'hui plus que jamais, la formule **lapidaire** « **pas de crédit sans sûretés** » exprime une réalité. Le crédit repose sur la confiance. Cependant cette dernière ne peut être aveugle. Un tel constat sera complété par **A.SAKHO ET I.NDIAYE** « **Pratique des garanties du crédit** » Les sûretés permettent aux créanciers d'améliorer ; de par la convention ou de par la loi, les chances de recouvrement de leurs créances. Il n'existe pas en général dans les organismes dispensateurs de crédits de critères définitifs et convenus concernant l'opportunité et le choix de telle ou telle sûreté. Les exploitants de banque par exemple s'en remettent souvent à leur expérience personnelle et peuvent être amenés, compte tenu de la qualité du client et caractère concurrentiel ou non de l'environnement, à accepter un type de garantie qui n'était pas souhaité au départ.

Les sûretés jouent un rôle accessoire mais important dans la décision d'octroi de crédit par les banquiers car le risque client, c'est-à-dire de non recouvrement, est élevé, plus le banquier recherchera des garanties.

Au niveau de l'U.E.M.O.A les organismes prêteurs, ne disposent généralement pas de moyens extrinsèques d'étudier avec fiabilité tous les aspects techniques et industriellement appropriés du financement envisagé. Ils en sont donc réduits soit à faire *confiance* à l'emprunteur, soit à prendre des garanties.

KALIEU ELONGO, Yvette. « **Droit et pratique des sûretés réelles OHADA** » : PUL, 2010.- ISBN : 978-9956-444-61-8.- 237p. « L'hypothèque, le gage, les nantissements sont des sûretés assises sur les biens immobiliers ou mobiliers des personnes physiques ou morales pour la garantie des crédits. Ce sont ces sûretés auxquelles il faut ajouter les privilèges, le droit de rétention et dans une certaine mesure la réserve de propriété et le crédit-bail qui constituent les sûretés réelles » ; C'est à une présentation de ces différentes sûretés dans leurs modalités diverses (constitution, bénéficiaire, durée de validité transmission, extinction etc.)

telles que désormais organisées par les dispositions des Actes uniformes et les législations nationales, notamment les utilisations ad hoc de certaines institutions comme le Mali du droit des obligations (RGO).

Bérenguer MEUKE¹⁹ « **Le nouveau visage de l'Acte Uniforme portant sur sûretés** » estime que une réforme sur les garanties du crédit offre des avantages considérables aux différents Etats partie au Traité de l'OHADA en ce qu'elle incite les prêteurs et les fournisseurs de crédits à octroyer des financements qui ont pour principales conséquences, d'une part, le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d'autre part, l'accroissement des échanges. En aidant à la création et à la croissance d'entreprises individuelles, un régime juridique qui promet le crédit garanti peut avoir un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. Ces ouvrages nous ont permis de connaître les différents types sûretés.

Malgré les avantages qu'elle procure, elle présente des difficultés, tant sur sa constitution que sur sa réalisation. Ces analyses soutiennent tous la même idée, tous ces auteurs ont bien défendu la problématique liée à notre étude et cela nous a permis de mieux comprendre l'environnement des sûretés.

CHAPITRE II : MATERIELS ET METHODES

SECTION I: TECHNIQUES DE RECEUIL DES DONNEES

- La documentation

La consultation de certains ouvrages nous permettra d'approfondir nos connaissances sur le sujet afin de mieux l'appréhender.

- Le questionnaire

- Présentation de BDM-sa ?
- Quels sont les différents types de crédits Qu'offre la BDM ?
- Quels sont les garanties qui y sont rattachées ?
- Quelle est la nomenclature de leur portefeuille client ?
- Quelle est la sûreté la plus utilisée par la banque ?
- Pourquoi l'utilisation de cette dernière ;

¹⁹ Membre des Barreaux de Lyon et du Cameroun - Docteur en droit des affaires de l'Université de Lyon 3 - Collaborateur Principal de la Société d'Avocats JURIFIS CONSULT inscrite au Barreau du Mali- Chargé d'enseignement à l'Université du Mali - Ancien attaché d'enseignement et de recherche à l'Université de Nantes -

- En cas de décès du débiteur est ce que la banque (BDM) est confrontée aux mécontentements des héritiers ?
- Comment la banque a-t-elle accueillie le pacte comissoire ?

SECTION II : TECHNIQUES D'ANALYSE DES DONNEES

Les techniques d'analyses utilisées sont les méthodes pratiquées par la Banque de Développement du Mali (BDM-sa).

SECTION III : DIFFICULTES RENCONTREES

Parmi les difficultés auxquelles nous étions confrontées, on peut citer avant tout l'accès aux informations dans la principale banque qui constitue l'environnement empirique de notre étude, il s'agit de la BDM. En fait, nous avons constaté qu'il n'est pas aisé pour les dirigeants de fournir des renseignements concernant cette structure surtout les informations relatives à leur gestion. Aussi, il ressort que cet établissement fait très peu confiance aux externes. Cette banque comme la majorité d'entre elles a peur d'une éventuelle concurrence des autres agents économiques du même secteur d'activité.

Enfin, une des difficultés rencontrée dans le cadre de notre étude réside dans le choix des informations collectés que soient dans les ouvrages portant sur le thème mais aussi et surtout sur l'internet à travers une sélection méticuleuse et cohérente des informations.

CHAPITRE III : PRESENTATION DE LA BDM-SA

SECTION I: LOCALISATION

Pour être plus proche de sa clientèle la BDM-SA dispose d'un réseau d'agence le plus étouffé de toutes les banques du Mali c'est-à-dire elle dispose d'un grand nombre d'agence à travers le Mali.

Elle est présentée dans toutes les régions administratives (excepté la région de Kidal) et dans tous les chefs lieux du pays, à savoir les villes de Koutiala, San, Niono, Nioro du sahel, Yélimané, Kita, Diéma, Manatali, etc. En plus de ces nombreuses agences, on retrouve des représentations à Paris et à Libreville respectivement pour les maliens de l'Europe et l'Afrique Centrale.

Le siège social de la BDM-sa s trouve à l'agence principal 1 (AP1) au quartier du fleuve à Bamako sur :

Avenue Modibo Keita ;

BP 94 Bamako- Mali ;

Le numéro de téléphone est : (223) 222 20 50/ 222 40 88 ;

Le fax est : (223) 222 50 85 / 222 42 50 ;

Le télex est : 2522 et 2535 ;

Swift : BDMAMBLA

E-mail : info@bdm-sa.com

Site web: www.bdm-sa.com

SECTION II : HISTORIQUE

Le Mali, après l'indépendance, pour résoudre ses difficultés économiques (absence d'industrie, d'agriculture très peu développée, des ressources du sous-sol inexploitées etc.) a jugé nécessaire de mettre l'accent sur la recherche des structures institutionnelles de financement pour sa relance économique. Cela passe aussi bien par la mobilisation de l'épargne intérieure que par l'appel aux capitaux externes. Ainsi trois étapes nous paraissent importantes :

A- L'EX BDM

La BDM, créée le 22 mars 1968 par la loi N° 68-24 / AN-RM dans le cadre des accords franco-maliens, est l'une des premières banques du Mali. Son objectif principal était le financement des entreprises étatiques. Mais les besoins du pays étant énormes, elle fut amenée à intervenir dans plusieurs domaines.

Après plusieurs années la BDM s'est retrouvée dans une situation de cessation de paiement.

La BDM était une Banque nationale dont le capital était entièrement financé par l'Etat malien à 1,5 milliards de francs CFA ; il a été porté à 2,5 milliards en 1976 par incorporation des réserves.

La BDM structure étatique a connu des nombreuses difficultés et s'est finalement retrouvé en état de faillite.

B- LA BMCD-SA :

La BMCD était une société anonyme créée en août 1961 avec un capital de 1 Milliard de FCFA qui était détenu à l'origine par l'Etat malien (51%) et le crédit Lyonnais (49%). Après le retrait du Crédit Lyonnais, la banque est devenue une structure étatique. Avec la privatisation, parmi tant de soumissionnaire, l'adjudicataire a été le consortium BMCE/BDM-SA. Son capital était reparti comme suit :

Consortium BMCD/BDM-SA	51%
Etat malien	20%
SFI(en portage)	19%
Petits porteurs	10%

Ses activités comme celle de la BDM-SA portaient sur des interventions au niveau de tous les secteurs d'activités.

Au cours de la période 1999-2000, le niveau de ses ressources et emplois a connu une sensible hausse. Cependant, par rapport à l'ensemble du système bancaire sa part de marché a légèrement diminué pour les ressources, tandis qu'elle a augmenté du côté des emplois.

C- Fusion BDM-SA/BMCD:

La fusion absorption de la BMCD par la BDM-SA étant une actualité connue de tous sur le plan national et sous régional, nous ne pouvons parler de la BDM-SA sans l'évoquer. La restructuration de la BMCD par l'ouverture de son capital représentait une réelle opportunité pour la BDM-SA quant à la réalisation d'un des objectifs de son plan de développement à moyen terme précédemment énoncé : atteindre une taille critique pour mieux se positionner au Mali et dans l'UEMOA.

L'amplification des opérations de restructuration est due en grande partie à un environnement économique réglementaire en rapide croissance, obligeant les banques à remettre en cause

leur mode de fonctionnement traditionnel et leur structure pour s'adapter aux changements qu'elles subissent (concurrence entre elles, arrivée de nouveaux acteurs dans le métier et même de nouveaux acteurs dans le secteur).

Face à la concurrence des marchés financiers, la BDM-SA a procédé à une opération de rapprochement afin de mieux se positionner sur la sphère financière internationale .C'est ainsi qu'en partenariat avec la BMCE (actionnaire de la BDM-SA à hauteur de 8,34%), elles se sont portées acquéreurs de 51% (soit 25,50% de part pour chacune d'elles) du capital de la BMCD dans une optique de fusion absorption.

Fonctionnelle depuis le 2 novembre 2001, la BDM-SA fusionnée à la BMCD est dans une phase importante de son évolution. L'originalité de la fusion annoncée était qu'elle est conçue de telle sorte que sa mise en ouvre n'affecte ni le client, ni les agences, ni le personnel. Et cette fusion avait pour but de regrouper un certain nombre de fonction commune des deux sièges, source d'efficacité et d'économie. La nouvelle entité a déjà atteint plusieurs de ses objectifs à savoir : la recherche de la taille critique et le positionnement au sein de l'UEMOA, le regroupement d'un certain nombre de fonction commune des deux sièges. Des ajustements restent cependant nécessaires dans le domaine du traitement informatique. Un grand chantier destiné à la mise en place d'un nouveau système informatique est quasiment à terme. Si la BDM-SA a conservé sa position (5ème) dans le classement des banques; de l'espace UEMOA, il est fort heureux de constater qu'elle a réalisé une progression remarquable s'agissant du classement plus général des 200 premières banques du continent africain, passant de la 114ème place au 84ème rang avec un total de bilan de 576,5 millions de dollars un réseau de 36 agences, des représentations à l'étranger et des correspondants à travers le monde.

SECTION III : MISSIONS ET OBJECTIFS

A- MISSIONS

Avec sa devise « **le client est roi** » la BDM-SA a pour mission la satisfaction de la clientèle. Pour ce faire elle se voit obligatoirement courtoise, accueillante et une bonne effectuation des tâches qui lui sont confiés. Par définition, la mission d'une banque consiste à collecter des fonds sous forme de dépôts en vue de les placer sous forme d'emplois moyennant une contrepartie appelée intérêt ou prix de location. Nous pouvons retenir de cette mission :

La collecte des dépôts

Pour financer les besoins de crédit des entreprises et des partenaires, les banques doivent mobiliser une quantité d'épargne importante.

L'octroi de crédit sous forme d'emplois

La banque fait fructifier déposé par ses clients en attribuant des crédits (aux particuliers, opérateurs économiques, Etats, banques, etc...). Les trois plus importants sont le crédit à la consommation, le crédit habitation et le crédit revolving qui s'apparente à une autorisation de découvert permanent.

B- OBJECTIFS :

La BDM-SA est une institution financière qui a pour objet :

- De faire toute opération de banque : de change, de trésorerie, d'aval, d'acceptation d'escompte, de réescompte, de découvert en compte courant, toute autre forme de crédit à court terme moyen et long terme, contracter tout emprunt, tout engagement ou toute monnaie, acheter, vendre céder tout bien mobilier ou immobilier, pratiquer toute opération de crédit et commission.

Elle pourra réaliser son objet commercial de toutes les manières et suivant toutes modalités qui lui paraissent approprier dans le respect des dispositions de la loi bancaire.

- De participer par tout moyen dans toute opération pouvant se rapporter à son objet par voie de création des sociétés nouvelles, de souscription et d'achat des titres ou des droits sociaux, des sociétés existantes ou créer de fusion ou autrement, toujours sous réserve des dispositions de la loi bancaire.

SECTION IV : STRUCTURE ET ORGANISATION

A- STRUCTURE :

1- L'assemblée Générale des Actionnaires

Elle est l'organe suprême de décision, elle se réunit au moins une fois par ans pour se prononcer de la décision du conseil d'administration.

2- Le conseil d'Administration

C'est l'organe de décision par aïeance par rapport à la politique de gestion de la banque. Ce conseil est présidé par un **Président directeur Générale (PDG) M. Abdoulaye DAFPE** nommé par l'Etat malien qui est l'un des actionnaires.

Le conseil est composé par onze (11) membres dont deux (2) sont nommés par l'Etat malien y compris le PDG, les autres membres représentent les autres actionnaires.

Il se réunit au moins deux fois par ans (Art. 17 des statuts) afin de statuer sur les comptes de l'exercice (bilan, compte d'exploitation, compte de résultat) et examiner le rapport de la Direction Générale.

Le rôle principal du conseil d'Administration est d'émettre des idées en terme d'objectifs par rapport à l'élaboration de la politique générale de gestion de la banque et stratégie à adopter pour atteindre les objectifs assignés à la Direction Générale.

3- La Direction Générale :

Elle est dirigée par un Président Directeur Générale qui est mandataire des pouvoirs qui lui ont été attribués par le conseil d'Administration.

B- ORGANISATION

L'organisation de la BDM-SA s'articule autour de (4) entité de coordination et de gestion et (4) pôles d'appuis dédiés au contrôle et au pilotage de la banque.

1- Entités de gestion

Les entités rattachées à la présidence exercent des fonctions stratégiques de contrôle et de pilotage et concernant :

- Le Contrôle de gestion et du budget ;
- L'Inspection Générale ;
- L'organisation et Qualité ;
- La Communication, Marketing et Développement.

- **La Direction du contrôle de Gestion et du Budget** prend en charge la production du tableau de bord de pilotage, la tenue de la comptabilité analytique et le processus budgétaire dans sa globalité.
- **La Direction de l'inspection Générale** est chargée de l'organisation générale de la banque, de définir de la mise en place des procédures améliorant l'efficacité administrative et commerciale de la banque. Elle définit la politique en matière de qualité, de suivi des indicateurs de qualité, d'émettre des recommandations concrètes dans le sens de l'amélioration de la qualité du service (organisation, procédure, formation...)
- **Directeur de la communication, du Marketing et du développement** est chargé d'une part de la communication interne et des relations publiques, d'autre part, concevoir des nouveaux produits, de la conception d'une bonne stratégie commerciale par la tarification et une réflexion sur le maillage du réseau.

2- Les pôles d'appui

Les pôles sont des chefs lieu de direction, chaque pôle regroupe en son sein plusieurs directions et sont dirigés par un responsable dénommé **Chef de pôle**.

- **Le pôle exploitation**

Ce pôle s'occupe de l'activité du front au niveau des points de vente y compris celle concernant l'international, notamment la politique de distribution de crédit et l'animation de l'activité commerciale, les nouveaux produits. Il se compose de trois directions centrales qui sont :

- ❖ La Direction de l'Exploitation des Agences de Bamako (**DEAB**) ;
- ❖ La Direction de l'Exploitation des Agences du Réseau et Particuliers (**DEARP**) ;
- ❖ La Direction de l'International et de l'Electronique Bancaire (**DIEB**).

- **Le pôle opérationnel**

Le pôle **back office** assure la production des opérations locales ainsi que celle avec l'étranger, la gestion des nouveaux moyens de paiement. Il comprend également trois directions centrales qui sont :

- ❖ La Direction de Traitement des Valeurs (**DTV**) ;
- ❖ La Direction des Opérations avec l'Etranger (**DOE**) ;
- ❖ La Direction de la Vérification Interne (**DVI**) ;
- ❖ La Direction de la Gestion Administrative des Prêts et Crédits par Signature (**DGAPCS**).

- **Pôle financier et juridique**

Il coordonne la vision financière, comptable, fiscale et juridique de l'activité bancaire. Ce pôle est composé de :

- ❖ La Direction de la Comptabilité et de la Trésorerie (**DCT**) ;
- ❖ La Direction Des Affaires Juridiques (**DAJ**) ;
- ❖ La Direction de la Gestion des Risques et des Engagements (**DGRE**) ;

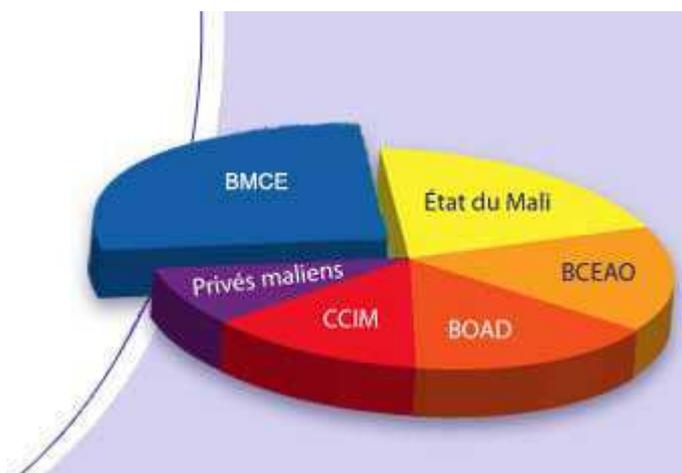
- **Le pôle secrétariat général**

Le secrétariat général supervise la gestion des ressources humaines et des moyens généraux ainsi que la fonction informatique.

Il est composé des directions suivantes :

- ❖ La Direction des Ressources Humaines (**DRH**) ;
- ❖ La Direction des Moyens Généraux (**DMG**) ;
- ❖ La Direction Informatique (**DI**) ;
- ❖ La Direction du Centre de Formation (**DCF**).

La répartition du capital



	Actions	En %
État du Mali	73 630	19,58
BCEAO	60 000	15,96
BOAD	60 000	15,96
CCIM	48 390	12,87
Privés Maliens	31 010	8,26
BMCE	102 926	27,38
Total	375 956	100,00

Les chiffres clés (au 31 décembre 2010)

Capital social	10 000	10 000
Fonds Propre Effectif	28 912	25 787
Total Bilan	403 966	366 283
Total Ressources Clientèle	332 828	324 057
Total Emploi clientèle	165 256	163 081
Produit Bancaire Net	21 193	19 420
Bénéfice d'Exploitation	6 047	5 001
Bénéfice Net	5 417	3 768
Dividende par Action	5 000 FCFA	32500 FCFA

CHAPITRE IV : LES DIFFERENTES TYPES DE CREDITS ACCORDES ET LES GARANTIES Y RATTACHEES

SECTION I : PROCEDURE D'OCTROI DU CREDIT

Recouvrer sa créance à bonne date est le souhait de tout créancier, la demande de crédit est l'acte par lequel une personne physique ou morale saisit une banque pour solliciter son concours par le financement de ses investissements et de son activité. Même s'il y a une liaison étroite entre le crédit et les sûretés pour conjurer le risque d'insolvabilité du débiteur, cette liaison n'empêche pas toujours la survenance du risque. Aussi arrive-t-il qu'un banquier rend plus de service à un client, en le dissuadant de recourir à un crédit qu'en le lui accordant parce que celui-ci possède des biens qui peuvent servir de garantie. Cela implique de la part du créancier une appréciation du dénouement de l'opération au moment où elle naît.

Cependant il est à préciser que la procédure d'octroi de crédit varie d'une banque à l'autre, bien que certains aspects se retrouvent inévitablement chez presque toutes.

A- APPRECIATION DU DEBITEUR ET DE LA GARANTIE

La connaissance du client, de sa compétence en affaire, de son endettement est tout à fait primordiale pour que s'établissent des relations utiles et confiantes.

L'élément essentiel de toute opération de crédit est constitué par la situation financière du client. Pour celui-ci, le crédit ne doit pas être une fin en soi mais un moyen complémentaire de gestion. Le crédit étant une combinaison de temps, de confiance et de risque, le besoin le plus pressant du créancier reste la sécurité du remboursement.

Une bonne appréciation des capacités de remboursement s'impose au créancier, afin qu'il soit sûr que le remboursement sera effectué.

L'appréciation des capacités de remboursement conduit à se poser la question de savoir si le fait pour un débiteur de donner en garantie ses biens immobiliers peut assurer le recouvrement de la créance et par conséquent constituer un critère de sélection pour le banquier prêteur.

Les sûretés engagent l'avenir, mais le débiteur aveuglé par les avantages présents du crédit n'en a pas toujours conscience. Contre la remise des fonds prêtés, il prend un engagement dont la rigueur à venir lui échappe parfois. Dans l'appréciation des capacités de

remboursement, le banquier doit tenir compte de la conjoncture, de l'état économique, social, politique du moment. Il s'impose la règle de division du risque. Il y est aidé par l'existence à la banque centrale des règles prudentielles et aussi d'une section de centralisation des risques tenus grâce aux renseignements périodiques fournis par les banques commerciales²⁰. Il est dès lors très important de préciser aussi, qu'avant de prendre un engagement quelconque, la banque se fie à cela mais aussi et surtout à une étude diagnostique de la demande de crédit.

B- ETUDE DE DIAGNOSTIQUE DE LA DEMANDE DE CREDIT

Elle se subdivise en 3 grandes parties

1- Analyse de la demande de crédit

La demande de crédit est étudiée par le banquier pour l'élaboration de la note de présentation devant permettre au preneur des décisions (directeur général, comité de direction ou conseil d'administration) d'accorder ou de rejeter le crédit. Ainsi l'analyse de la demande de crédit devra d'abord déboucher sur :

- ✚ le projet de résolution qui consiste à chercher à connaître entre autre : la nature de la demande, le montant du programme (exemple : la banque finance 80% du projet) ; apport personnel (les 20% seront l'apport personnel) ; quantum de financement (la différence entre le montant du programme et l'apport personnel) ; durée (durée de remboursement du crédit) ; taux (l'intérêt appliquer) ; différé (exemple : 1 an de différé signifie que le remboursement commence l'année suivant l'octroi du prêt mais est inclus dans la durée) ; garanties (les différentes garanties proposées) ; condition suspensive (pour les crédits supérieurs ou égaux à 100 millions il faut l'autorisation de la Banque Centrale).
- ✚ Spécifier le type de crédit demandé : crédit court terme ; découvert ; facilités de caisse ; crédit documentaire ; crédit moyen terme ; crédit long terme ; avances sur compte courant etc....
- ✚ Préciser la nature du crédit : un crédit personnel ; crédit équipements ménagers ; crédit automobile ; leasing ou crédit bail ; crédit immobilier ; crédit agricole individuel ; crédit de campagne agricole ; crédit industriel ; crédit agro- industriel ; crédit artisanal etc....

²⁰ Cf. livre vert: centralisation des déclarations mensuelles à la BCEAO des risques pour les banques accordant des crédits de plus de 10 millions.

2- L'analyse des états financiers de l'entreprise

L'analyse des états financiers permet au banquier de mieux connaître la situation financière de l'entreprise. Elle identifie les maux dont souffrent l'entreprise et les remèdes qu'il faut pour la soigner ; à cet effet l'analyse diffère en fonction du fait qu'il s'agisse d'une entreprise existante ou celle en création.

3- Analyse des documents juridiques et actes de garanties

➤ les titres de propriété:

✚ Le titre foncier:

C'est le document qui matérialise la propriété foncière. L'obtention d'un titre foncier permet à son bénéficiaire de détenir tous les droits et obligations liés au titre de propriété. Le détenteur peut librement donner en garantie, vendre le terrain avec toutes les impenses construites sur le titre foncier.

✚ Le permis urbain d'habiter: C'est un document administratif. Comme son nom l'indique c'est une permission d'occuper un terrain relevant du domaine public de l'Etat sans délai moyennant une redevance annuelle.

✚ L'acte de cession d'immeuble non bâti : c'est l'acte par lequel une autorité administrative cède une portion de terre relevant de son autorité sous certaines conditions et clauses résolutoires à un acquéreur ayant payé le prix.

✚ L'attestation de détention coutumière : c'est un document délivré par une autorité coutumière reconnaissant au demandeur la propriété d'une portion selon la coutume.

✚ L'arrêté de concession provisoire : c'est la cession par le Ministre chargé de la régie des biens de l'Etat sous conditions résolutoires d'une portion de terre relevant du domaine privé moyennant un prix d'aliénation.

➤ Actes et garanties : l'hypothèque ; promesse d'hypothèque (c'est le cas où l'hypothèque ne peut être prise immédiatement car il n'y a pas de titre foncier) ; le gage ; le nantissement ; le cautionnement ; etc.

Après avoir effectué l'analyse de la demande de crédit, des états financiers ainsi que des documents et actes de garanties, la banque décide d'accorder ou non le crédit.

SECTION II : LES DIFFERENTS FORMES DE CREDIT ACCORDES PAR LA BDM-SA

La BDM-SA a son actif deux types de crédits :

- Crédit d'entreprise
 - Crédit par caisse : direct
 - Crédit par signature : indirect
- Crédit particulier
 - Crédit à la consommation
 - Crédit équipement
 - Crédit immobilier

Il s'agit des crédits à court, moyen et long terme.

I- LES CREDITS A COURT TERME

Le crédit à court terme est le crédit dont la durée est comprise entre 0 et 2 ans. Il convient de noter que son octroi et sa durée repose essentiellement sur la confiance et sur la solvabilité du client.

A la BDM-SA, cette opération est souvent accompagnée des garanties notamment la domiciliation de salaires, honoraires, engagement assurance vie. Ainsi, certains types de prêts à court terme se font par mobilisation des créances commerciales, d'autres par des engagements par signature ou sous forme d'engagements par caisse.

Ces prêts se répartissent comme suit:

- le crédit à la consommation ou prêt personnel: il est consenti aux particuliers pour la satisfaction de leurs besoins généraux ou d'ordre exceptionnel (naissance, mariage, rentrée scolaire, vacances, ...), pour le règlement d'achats auprès des fournisseurs et pour le financement d'équipement électroménager ou d'achat d'automobiles.
- le « crédit courrier ou express »: c'est une aide de très courte durée (24 à 48h) accordée aux entreprises pour leur permettre d'effectuer des règlements avant une rentrée très proche de fonds. Cette dernière peut être bloquée suite à un événement d'ordre exceptionnel.

- la facilité de caisse: c'est un concours bancaire consenti aux entreprises pour leur permettre de faire face aux décalages de très courte durée, le plus souvent les échéances de fin du mois (la paye du personnel, les échéances fournisseurs ou le règlement de la TVA).
- le découvert: considéré comme un palliatif venant compléter un fonds de roulement temporairement insuffisant, le découvert est une aide bancaire par caisse d'une durée plus ou moins longue que la facilité de caisse. A la BDM-SA, il est d'une durée d'un an (maximum).
- le crédit relais, crédit destiné à permettre à une entreprise d'anticiper une rentrée de fonds provenant soit de la cession d'un bien (immeuble ou fonds de commerce), soit d'une opération financière (augmentation du capital ou déblocage d'un emprunt obligataire) et enfin soit de la TVA payée sur les investissements.
- le crédit de campagne ou saisonnier: c'est un concours que la banque apporte aux entreprises qui exercent des activités saisonnières entraînant des décalages entre les dépenses et les recettes. Ce genre de crédit est généralement accordé à des professionnels c'est à dire qui maîtrisent tant les techniques de conservation des produits ou les circuits de vente.
- les crédits par signature: ce sont des concours bancaires ne demandant pas de décaissement direct de fonds. La banque s'engage simplement à payer le créancier de son client si celui-ci devient défaillant. Ces crédits se pratiquent le plus souvent sous la forme de caution, d'aval ou de crédit documentaire. A titre d'exemple, la BDM-SA donne aux adjudicataires des marchés publics des cautions de soumission, de bonne fin des travaux, d'avance de démarrage, celles destinées à libérer la retenue de garantie et rarement des cautions fiscales permettant aux entreprises d'obtenir auprès de l'administration des délais de paiement.

Le crédit documentaire est une forme de caution bancaire destinée à faciliter les échanges commerciaux internationaux, Il est l'instrument majeur répondant au besoin de sécurité des transactions commerciales internationales du fait qu'il apporte la garantie de paiement d'une banque conditionnant la présentation des documents convenus dans les délais prévus. Ces règles fixées par la Chambre de Commerce Internationale de Paris sont les mêmes dans tous les pays du monde.

Le crédit documentaire peut être révocable ou irrévocable.

Lorsqu'il est révocable, le donneur d'ordre ou son banquier peuvent faire annuler ou modifier le crédit à leur convenance.

Par contre, le crédit documentaire irrévocable ne peut être modifié ou annulé qu'avec le consentement de toutes les parties notamment le bénéficiaire et la banque confirmatrice.

Le crédit documentaire irrévocable peut également être confirmé. Dans ce cas, un banquier du pays de l'exportateur ajoute sa confirmation à l'engagement du banquier de l'importateur, garantissant lui-même le paiement à l'exportateur.

- le crédit de mobilisation des créances commerciales: il s'agit selon le dictionnaire d'analyse financière d'une opération juridique par laquelle une personne titulaire d'une créance envers une autre, mobilise celle-ci en la transmettant à un tiers banquier qui lui versera le montant net.

Cette opération appelée souvent escompte est en d'autres termes une opération de crédit par laquelle la banque met à la disposition du porteur d'un effet de commerce non échu, le produit net de cet effet c'est-à-dire après déduction des intérêts et frais contre le transfert à son profit de la propriété de la créance et de ses accessoires.

Théoriquement, l'opération juridique et la rémunération déduite par le banquier sont toutes appelées escompte.

Accueille

II- LES CREDITS A MOYEN ET A LONG TERME

Si le crédit à moyen terme est en général un crédit dont la durée approximative s'étale entre deux (2) et dix (10) ans il faut dire qu'il constitue essentiellement des crédits d'équipement, de restructuration, voire certains crédits de mobilisation des créances nées sur l'étranger correspondant à l'exécution de marchés importants.

Quant au crédit à long terme, sa durée dépassant dix (10) ans regroupe les crédits d'investissements importants à caractère foncier et immobilier.

Il faut cependant préciser que ces crédits compte tenu du fait qu'ils s'inscrivent dans la durée et portant sur des sommes considérables nécessitent une étude plus approfondie du dossier de crédit.

Il est important de retenir que la BDM-SA prise individuellement accorde rarement des

crédits à moyen et long terme. Dans ce cas, elle utilise aussi bien ses fonds propres que les fonds déposés par les clients tout en respectant le ratio de liquidité. Cette restriction permet à la BDM-SA de satisfaire les demandes des clients dont les dépôts sont pour la plupart à vue. Malgré cette restriction, la BDM-SA peut être amenée à accorder implicitement un crédit à moyen ou long terme.

Dans cette hypothèse, la BDM-SA comble la perte provisoire créée avec les intérêts des autres crédits (bénéfice) à travers le système de provision.

Elle essaie par la suite de consolider la dette ou le crédit du client défaillant. Cette consolidation consiste à proroger l'échéance du crédit à court terme en la remplaçant par une échéance plus éloignée (moyen ou long terme).

Notons que dans la plupart des cas, la BDM-SA octroie le crédit à moyen terme aux entreprises pour l'acquisition de matériels ou installations dont la durée d'amortissement fiscal est compatible avec celle d'amortissement financier (10 ans ou plus) et aux particuliers pour l'amélioration de l'habitat ou des constructions légères.

Le crédit à long terme permet généralement le financement des immobilisations lourdes (acquisition d'usine, de magasins,...).

Comme les crédits à court terme, ceux à moyen et long terme comportent aussi des risques. Ces derniers sont souvent liés à l'attitude de l'expert à qui est confiée l'étude de faisabilité de l'activité ou du banquier, qui pour des raisons personnelles guide le client dans la confection d'un dossier irrégulier, ce qui est peu probable en pratique. L'étude du dossier du client doit en plus de l'analyse financière mettre un accent particulier sur les moyens matériels et humains proposés et surtout le marché sur lequel le client entend investir.

PROCESSUS D'OTROI DE CREDIT AUX ENTREPRISES AU NIVEAU DU PÔLE D'EXPLOITATION : CAS DE LA BDM-SA

Lorsqu'une entreprise ou particulier opte pour le crédit bancaire auprès de la BDM-SA, elle doit en premier temps, exprimer son besoin auprès de son agence. Cette expression se matérialise par une demande de crédit qui servira plus tard d'une base sur laquelle les dirigeants constitueront un dossier de crédit (les exploitants-analystes financiers). Le demandeur en question devra remplir un certain nombre des conditions sera amenées à fournir les documents requis par sa banque.

Ainsi, la présente partie portera sur une analyse du processus de d'octroi crédit à partir de l'expression du besoin au niveau de l'agence, jusqu'à l'étude du dossier, la prise de décision par l'instance compétente et la mise en place des concours. L'appréciation du risque se fait au niveau de la Direction de la Gestion des Risques et des engagements (**DGRE**).

De prime à bord, tout dossier de crédit auprès de la BDM-SA doit contenir les éléments suivantes :

- Une première page où est indiqué le numéro de dossier, le numéro de compte du client, son identifiant, l'objet de la demande et la partie réservée aux approbations.
- Une identification détaillée du client ainsi que les anciennes lignes des crédits accordés et les lignes objet de la demande.
- Une page de garantie et les observations rédigées au niveau de l'agence avec avis favorable ou défavorable.
- La répartition du capital et le Conseil d'Administration.
- Une synthèse du diagnostic financier révélant les points forts et les points faibles de la situation financière du client (Documents détenus par la Directeur des Engagements).
- Le bilan avec mention du fond de roulement ; du BFR et l'Actif net.
- Les soldes intermédiaires de gestion.
- Les ratios d'analyse financière utilisés.
- La relation du client avec la BDM-SA et la situation de son compte bancaire à la date de la demande du crédit. Cette relation se matérialise par le mouvement du compte client, c'est-à-dire l'ensemble des opérations d'entrée et sortie des flux au niveau du compte, et le chiffre d'affaire c'est-à-dire l'ensemble des recettes réalisées par l'entreprise étudiée.
- Une dernière page du dossier concerne la Situation du Compte.

1- Identification des clients :

Lors de l'octroi de crédit, le client doit fournir des informations complètes, nécessaires pour son identification auprès de sa banque. Ces informatiues concernent :

- La dénomination sociale de l'entreprise
- La date de création
- Le capital social

- L'activité de l'entreprise
- L'adresse
- Le numéro de compte ouvert auprès de la BDM-SA et sa date d'ouverture
- Le groupe auquel appartient l'entreprise si elle fait partie d'un groupement d'intérêt économique.
- La nomenclature qui est la désignation de l'entreprise chez la BDM-SA
- Les noms des dirigeants et la répartition du capital
- Rattachement hiérarchique de la relation.

2- les engagements :

La BDM-SA offre à ses clients-entreprises plusieurs types d'engagements de crédit :

- Crédit de fonctionnement
- Crédit d'investissement

L'identification de la ligne à demander est faite par les exploitants après un processus d'identification du besoin client. Les exploitants interprètent ce besoin et traduit en lignes de crédit adéquates à la demande du client, selon qu'il s'agisse d'un besoin de financement du haut ou du bas de bilan ou un engagement du hors bilan.

a. Crédit de fonctionnement

Ils sont accordés aux entreprises pour satisfaire leurs besoins temporaires en capitaux et soutenir ainsi le déroulement normal de leur activité.

Appelés aussi crédits d'exploitation, ils ont pour objet de financer les actifs circulant en complément du fond de roulement.

Les crédits de fonctionnement sont classés en deux grandes catégories :

-Les crédits par trésorerie : figurant au niveau du passif circulant au sein du bilan de l'entreprise pour la partie à court terme, et au niveau des emprunts pour la partie à long terme.

-Les crédits par signature : ne sont pas comptabilisés au sein de l'entreprise, néanmoins les charges y afférentes le sont. Mais, une fois il y a défaut, l'engagement par signature sera constaté au niveau du passif circulant.

❖ Les crédits par trésorerie :

Il s'agit d'un décaissement immédiat pour la banque. La BDM-SA offre plusieurs lignes de crédit par trésorerie, autrement dit, une consommation directe des fonds propres.

Ces crédits sont indentifiables par leur code autorisation et un compte général qui permettra leur comptabilisation dans le livres de la banque.

Pour donner quelques exemples des crédits par trésorerie offerte par la BDM-SA à ses clients, on listera :

- Facilité de caisse :

Pour anticiper à des gaps temporaires de la trésorerie de l'entreprise. Elle est utilisée selon les besoins de l'entreprise, dans la limite du plafond autorisé et sur une période inférieur à un an.

Ce plafond est fonction du mouvement créditeur du compte de l'entreprise en besoin de financement. Les intérêts sont calculés uniquement en fonction du nombre de jours pendant lesquels le crédit a été effectivement utilisé et sur le montant dont dispose réellement l'entreprise.

- Escompte commercial pour réaliser les éligibles (poste clients) de l'entreprise :

On peut définir l'escompte comme étant la convention par laquelle l'établissement bancaire s'oblige à payer au porteur, par anticipation, le montant d'effet de commerce ou autres titres négociables à échéances déterminées que ce porteur lui cède à charge d'en rembourser le montant à défaut de paiement par le principal obligé. Il est donc possible de disposer avec ce type de crédit immédiatement du montant des traites tirées sur le client de la Banque établi au Mali, grâce à l'escompte commercial.

- L'escompte commercial est pris, à concurrence d'un certain montant (plafond du crédit).
- ASM : Avances sur marchandises :

Consiste à financer un stock et à appréhender en contrepartie de ce crédit des marchandises qui seront remises en gage au banquier.

- Avances sur droits constatés :

Permet d'engager la responsabilité de l'administration et regrouper différents renseignements pouvant intéresser le banquier dont notamment : le montant total des droits constatés, le montant des retenues opérées (retenues de garanties, sur approvisionnements, sur pénalités...), les avances et acomptes mis en paiement...

- Avance sur Warrant Industriel :

Le warrant est une forme de crédit de compagnie qui permet de combiner la constitution d'une sûreté réelle bien déterminée aux avantages qui s'attachent à la négociation d'un effet de commerce.

- Escompte chèque ;
- Préfinancement export ;
- Mobilisation des créances nées ;
- Financement des droits de douane ;
- Avances aux sociétés de financement ;
- Crédits spot ;
- Avances en devises finex import ;
- Avances en devises finex export ;
- Adjudication découvert import.

❖ **Crédit par signature**

Ce sont des engagements du hors bilan et ne font pas partie de l'actif de la banque. Ces crédits n'entraînent pas un décaissement immédiat de la part de la banque sauf si le client ne respecte pas ses engagements.

Ces crédits sont identifiables par leur code autorisation et un compte général qui permettra la comptabilisation dans les livres de la banque.

Parmi les crédits par signature offertes à la clientèle de la BDM-SA ? ont peut citer :

- Crédoc Import à vue
- Crédoc Import avec dessaisissement
- Aval en faveur de la clientèle
- Caution des AT

- Autres cautions en douane
- Crédits d'enlèvements
- Cautions administratives
- Obligations cautionnées
- Cautions diverses

La BDM-SA offre une ou plusieurs lignes de crédits à court terme, cumulables ou non cumulables, selon le besoin de ses clients. Le dossier doit ainsi préciser le type de chaque ligne, fixe ou revolving, ainsi que son échéance.

Le crédit peut-être hors consortium ou pas. Un crédit hors consortium ou pas. Un crédit *hors consortium* signifie qu'il est octroyé par la BDM-SA exclusivement. Dans le cas contraire, le crédit est octroyé par un groupe de banque dont la BDM-SA fait partie. Le recours au consortium peut être entrepris dans le cadre d'une stratégie de gestion de risque, même si le client se trouve dans une situation saine d'octroi de crédit.

L'objet d'une demande de crédit peut être :

- **facilité nouvelle** : c'est un nouveau besoin sollicité, donnant lieu à un nouvel engagement constitué d'une ou plusieurs lignes de crédits.
- **Renouvellement sans modification** : à l'échéance, les crédits revolving doivent faire l'objet d'un renouvellement en précisant les lignes et montants de crédits actuels auxquels il a eu droit, ainsi que les lignes et montants sollicités avec les conditions actuelles et sollicité d'octroi de crédit, sans qu'il y ait renouvellement du dossier de crédit initial.
- **Renouvellement avec modification** (cas : projet de Réduction Pauvreté dans la Région de Mopti) : c'est un renouvellement de demande de crédit avec modification du dossier, tel par exemple la modification d'une garantie.
- **Suppression** : il s'agit de la suppression de l'engagement d'un client, portant sur un ou plusieurs lignes de crédit.

b. Crédit d'investissement :

Afin de renforcer sa participation à la dynamisation de l'investissement productif, la BDM-SA met à la disposition de sa clientèle un éventail des produits de crédits d'investissement.

Il s'agit, avec une autre terminologie, des crédits amortissables. Les conditions d'octroi de ce type de crédit se fait également au cas selon la situation de l'entreprise (situation financière, notoriété, relations bancaires...), et selon le projet objet de financement.

3- les garanties

Une stratégie de maîtriser des risques doit être basée, entre autres, sur une politique des garanties efficaces permettant d'anticiper aux risques résidentiels en aval. Avant l'octroi des crédits, la banque exige des garanties totales ou partielles afin de couvrir les différents risques découlent de ses engagements avec ses clients. Le crédit n'étant jamais exempté de risque, il est légitime que la banque « assure » la récupération de ses fonds par tous les moyens permis.

Il existe une large diversité des garanties allant des plus complexes. De façon générale il existe deux grandes catégories de garanties : les sûretés personnelles et réelles.

Mais dans le cadre de notre étude nous parlerons que des sûretés réelles, en espèce ces derniers portent sur le gage des biens meubles corporels et le nantissement des biens meubles incorporels ainsi que l'hypothèque. On peut classer les sûretés réelles en fonction de l'objet du contrat ; on distingue ainsi les garanties mobilières et immobilières et le nantissement de droit incorporels.

- a. **Les garanties immobilières** : généralement hypothèque,
- b. **Les garanties mobilières** : il s'agit essentiellement du gage et du nantissement,
- c. **Le nantissement des droits incorporels** : il s'agit du nantissement du fonds de commerce.

Chaque garantie constitué, reçue par la banque, fait l'objet d'un dossier qui :

- Décrit l'actif qui représente la garantie ;
- Fait référence à un ou plusieurs cautions ;
- Désigne le cas ou les risques couverts.

Plusieurs événements peuvent intervenir dans la vie d'une garantie :

-*Validation* : elle rend active une garantie dont le dossier est complet et sans erreur.

-*Modification* : certains modifications sont possibles après la validation afin de changer les caractéristiques générales de la garantie ou celles de la ligne couverte ou même modifier des informations sur la caution.

-Renouvellement : des garanties qui arrivent à l'échéance.

-Valorisation : affecter une nouvelle valeur à une garantie et un nouveau montant comptable ; les montants initiaux seront conservés ainsi que la date de valorisation.

-Main levée : c'est lorsqu'une garantie cesse de couvrir un risque pour la raison que le risque ait disparu, que la garantie soit arrivée à l'échéance ou que la caution ne couvre plus le risque.

-Mise en jeu : c'est lorsqu'une garantie est utilisée pour couvrir une défaillance intervenue sur le ou les contrats couverts.

d. Octroi de crédit et gestion des risques

L'activité d'octroi de crédits aux entreprises représente un risque majeur pour les établissements de crédit. Les premières dispositions réglementaires concernant l'activité de crédit des banques ont été émises par le comité de BÂLE. Elles répondent à une logique d'adéquation des capitaux propres des banques aux risques qu'elles prennent : les fonds propres doivent être suffisants pour couvrir les pertes que les banques sont susceptibles d'enregistrer.

Chaque banque établit un diagnostic financier pour décrire et porter un jugement sur la situation financière de l'entreprise emprunteuse. La banque se base sur des soldes et des ratios analysés dans le temps.

Cette analyse a pour objectif d'étudier le dossier de crédit dans le temps en analysant l'évolution de l'activité, et dans l'espace c'est-à-dire en comparaison avec ceux de secteur et normes dans le sens où une entreprise est plus ou moins performante ou vulnérable que d'autre.

L'analyse financière passe par un certain nombre d'étapes à savoir :

- La première phase consiste à dégager les caractéristiques essentielles de l'entreprise et de son environnement.
- La seconde étape consiste à retirer les comptes de l'entreprise et établir les documents de dépouillement standard, faire le calcul ratios de gestion ainsi que le tableau de financement.
- La dernière étape consiste à interpréter ces documents et établir le commentaire avec les recommandations.

Avant l'octroi de crédit, le diagnostic financier s'efforce d'expliquer les particularités de l'entreprise. Ce diagnostic ne se borne pas à l'aspect financier uniquement, mais prend en compte également l'aspect économique.

Le diagnostic financier revêt les objectifs suivants :

- *Evaluer la solvabilité de l'entreprise :*

L'appréciation de la solvabilité se base sur un diagnostic global des différents indicateurs relevés des documents constituant le dossier. Une évaluation nécessaire mais pas suffisante, ce qui incite à passer à une appréciation de la capacité de l'entreprise à générer des résultats.

- *Apprécier la capacité de l'entreprise à dégager des résultats et à financer sa croissance :*

On se trouve ici au cœur de l'analyse financière. A partir du moment où la solvabilité est convenable, le souci principal sera de porter un jugement sur cette capacité à dégager des résultats et à financer la croissance.

On mesure donc ici le caractère universel de cet objectif, qui revêt aussi bien des aspects financiers (rentabilité, structure) qu'économiques (produits, marché) ou juridiques.

- *Prendre position sur l'attitude à adopter vis-à-vis de l'entreprise :*

Cette prise de position ne constitue pas un aspect secondaire. C'est au contraire l'objectif même de tout travail, et qui constitue la difficulté essentielle du métier. La décision finale dépend aussi bien des conclusions de l'analyse que des caractéristiques du concours accordé, des garanties disponibles, ainsi que tous les éléments constituant le dossier.

DEUXIEME PARTIE : CADRE COMCEPTUEL ET DONNEES DE BASE

Les sûretés réelles relèvent d'une technique différente des sûretés personnelles. Elles utilisent une technique résultant du droit des obligations, consistant à créer un ou plusieurs liens obligataires à côté du lien obligataire garanti. Les sûretés réelles vont utiliser une technique issue du droit des biens consistant à accorder à un créancier un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens du débiteur voir d'un tiers constituant. Par conséquent les sûretés réelles vont permettre à un créancier d'échapper à la loi de concours car il a un droit contre un bien (et non contre une personne). Il bénéficie d'un droit de préférence et le plus souvent d'un droit de suite. L'avantage de ses prérogatives tient à ce que le créancier pourra exercer son droit même si le bien est sorti du patrimoine du débiteur.

Historiquement les sûretés étaient fondées sur la propriété : un débiteur transmet un bien à son créancier qui lui restituera au remboursement. Ces sûretés présentent un gros avantage à ce qu'elles confèrent une sécurité absolue au créancier, mais le défaut tient à ce qu'elles présentent un risque pour le débiteur, qu'il ne peut plus se servir du bien et, qu'économiquement il y a gaspillage du crédit car un même bien ne pourra faire l'objet d'une seconde garantie. Ces sûretés fondées sur la propriété connaissent un regain de faveur alors qu'elles avaient quasiment disparu. Toutes fois aujourd'hui il n'y a pas de vraie sûreté fondée sur l'idée de la propriété mais des techniques de garantie. La seconde technique historiquement utilisée ne se base plus sur un transfert de propriété mais la détention du bien au créancier. Il détiendra matériellement le bien qui demeure la propriété du constituant. On évite le risque de détournement du bien appartenant au débiteur mais il subsiste toujours des inconvénients pour lui car n'ayant plus son bien entre les mains il ne peut plus en tirer d'utilité économique. Elles connaissent un regain important avec développement du droit des p.coll car ces sûretés bénéficient pratiquement toujours d'un droit de rétention (pouvoir de refuser de restitution du bien tant que l'on n'est pas intégralement payé). Lorsque les sûretés portent sur un meuble on parlera de privilèges mobiliers, de gage ou nantissement. Lorsqu'elles portent sur des biens immeubles on parlera d'hypothèque ou privilèges immobiliers.

CHAPITRE I : TYPOLOGIES DES SURETES MOBILIERS

Elles comprennent le droit de rétention, garantie au classement difficile parce que résultant plus d'une situation de fait que d'une situation de droit, propriété retenue ou cédée à titre de garantie, gage des meubles corporels, nantissement des meubles incorporels et les privilèges.

SECTION I: LE DROIT DE RETENTION

Le droit de rétention s'analyse comme une faculté offert à un créancier détenteur d'un bien de refuser de restituer ce bien tant que le débiteur ne l'aura pas payé.

L'AUPOS la consacre en tant que véritable sûretés réelles par des règles de portée générale qui permettent à tout créancier impayé de retenir l'objet qu'il détient de son débiteur²¹ (art 68 et suivants). Le droit de rétention peut être comparé avec certaines techniques juridiques basées sur les règles du Régime Générale des Obligations²² (RGO) telles que la compensation ou lorsqu'il découle des relations contractuelles, avec l'exception d'inexécution.

La compensation est prévue par l'article 234 du RGO qui dispose que : « Lorsque deux personnes sont respectivement créancière et débitrice l'une de l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint la dette de chacune d'elles jusqu'à concurrence de la plus faible » pour que celle-ci soit légalement valable, elles doivent remplir les conditions édictées par l'art 236 du RGO. Mais contrairement au droit de rétention qui est provisoire parce que suspendant l'exécution de l'obligation du rétenteur dans l'attente du paiement²³ par son débiteur, la compensation a un effet extensif définitif sur les dettes composées²⁴.

Le droit de rétention est donc pour le créancier de refuser de rendre un bien du débiteur en garantie du paiement par celui-ci de sa créance. Ce droit s'exerce indépendamment de toute sûretés et sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2 de l'AUPOS (art 67, 68, et 69 de l'AUPOS).

C'est le cas du garagiste qui refuse de rendre le véhicule sur lequel il a effectué des réparations lorsque le propriétaire du véhicule n'en paye pas le prix. De même, le banquier qui ne veut pas débloquer le solde créditeur d'un compte ouvert au nom de son client pour sûreté des avances dues par ce dernier exerce selon les tribunaux français un droit de rétention²⁵.

L'art 67 de l'AUPOS en ne précisant pas la nature corporelle ou incorporelle du « bien » sur lequel porterait le droit de rétention laisse subsister des divergences d'interprétation.

²¹ Il s'agit d'une sûreté archaïque, sans doute l'une des premières apparues, et cet archaïsme en fait une des sûretés les plus intéressantes.

²² LOI N°87 -31 /AN-RM DU 29 AOUT 1987, l'Assemblée nationale a délibéré et adopté en sa séance du 29 juin 1987

²³ Art 182 du RGO du Mali définit ce mot en ces termes : « Le paiement est l'exécution volontaire d'une obligation antérieure. »

²⁴ La compensation, qui peut être assimilée à une sûreté, est un mécanisme qui n'est que rarement utilisé en pratique mais qui demeure, lorsque ses conditions se trouvent réunies, un moyen sûr d'éteindre des dettes réciproques.

²⁵ V. CA de Dijon, 3 sept. 1986, Banque 1987, 304 ; cité par Ph. SIMPLER et Ph. DELEBECQUE in « Droit civil – les sûretés – la publicité foncière » et qui voient dans cette hypothèse une simple application des règles de la compensation. On peut penser que les établissements de crédit de la sous région de l'UEMOA auront à exercer une telle action maintenant que de rétention fait l'objet d'une réglementation précise à portée générale.

Conformément à la doctrine qui enseigne traditionnellement que le droit ne s'applique que sur les biens corporels, on peut affirmer que ce droit pourrait difficilement s'exercer sur un bien incorporel parce qu'il suppose la détention « matérielle » et réelle d'une chose. L'art 104 al 2 de l'AUPOS notamment prévoit d'ailleurs des règles spéciales pour la réalisation d'un gage de créance.

I- LES CONDITIONS DU DROIT DE RETENTION

Relativement aux conditions d'exercice de la garantie l'AUPOS les a précisées (dans son l'art. 68). Cette avant dernière condition est réputée établie si la détention de la chose et la créance sont la conséquence des relations d'affaires²⁶ entre le créancier et débiteur.

Cette condition qui se trouve souvent vérifiée dans les relations des banques avec leurs clients commerçants devrait permettre aux premières d'exercer le droit de rétention pour des créances détenues sur les seconds. Le CPCCS n'a pas construit de théorie générale du droit de rétention. Il indique simplement dans certaines dispositions que le créancier bénéficie de cette prérogative. Ces situations sont aussi bien contractuelles, qu'extracontractuelles.

A- LES APPLICATIONS TEXTUELLES DU DROIT DE RETENTION

Les hypothèses où un droit de réalisation est prévu se trouvent tant dans l'AUPOS que dans le RGO. Si l'on se limite aux dispositions de l'AUPS et RGO on voit que ce droit est admis dans les hypothèses où il existe un rapport contractuel et dans des hypothèses sans rapport contractuel.

1. Les hypothèses de rapport contractuel

En cas de rapport contractuel entre le débiteur et le créancier, il est nécessaire de dégager 3 situations :

-Il existe un contrat synallagmatique²⁷ entre le débiteur et le créancier, est défini par le RGO dans son art 22 alinéa 1^{er} qui dispose « le contrat synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractant s'oblige réciproquement l'un envers l'autre ». On est dans une situation juridique proche de l'exception d'inexécution (un cocontractant peut refuser d'exécuter sa prestation

²⁶ Cette condition qui se trouve souvent vérifiée dans les relations des banques avec leurs clients commerçants devrait permettre aux premières d'exercer le droit de rétention pour des créances détenues sur les seconds.

²⁷ Définie par l'art.22 alinéa 1 du RGO qui stipule « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement l'un envers l'autre ».

tant que son cocontractant n'a pas lui-même exécuter sa propre prestation) et certain auteurs ont parfois affirmé que ces deux notions se confondent alors qu'il n'en est rien.

- Les contrats unilatéraux comme le contrat de dépôt et l'art.22 alinéa 2 du RGO qui dispose que « Il est unilatéral lorsqu'il engendre des obligations à la charge d'une seule des parties » tandis que l'engagement unilatérale est défini par l'art.110 du RGO qui stipule «Il y a engagement unilatéral de volonté lorsqu'une personne se trouve engagée vis-à-vis d'un tiers par la seule manifestation de sa volonté, indépendamment de l'acceptation de ce dernier. » . Il faut supposer que le dépositaire a été amené à engager des dépenses pour la conservation de la chose, il devient créancier du déposant. Il lui permet de retenir la chose déposée tant qu'il n'a pas été intégralement remboursé.

-Les sûretés réelles qui entraînent dépossession du débiteur, toutes ces sûretés vont avoir comme prérogatives le droit de rétention.

2. Les hypothèses en l'absence de rapport contractuel

Le droit de rétention va s'appliquer malgré l'absence de lien contractuel. Dans cette hypothèse une personne créancière du propriétaire détient une chose qui ne lui appartient pas ou plus, elle pourra dans certaines hypothèses refusées de restituer avant complet paiement en droit des biens.

B- L'EXTENSION DU DROIT DE RETENTION

Elle suppose une créance dont ce droit est l'accessoire. Celle-ci doit être certain en ce que la dette du débiteur ne doit pas être éventuelle, elle doit être exigible car le droit de rétention s'analyse en une garantie de paiement, et liquide. Cette existence suppose la détention d'une chose par le créancier et l'existence d'un lien de connexité entre la créance et la chose.

1. La détention de la chose :

La chose détenue au titre du droit de rétention peut être aussi bien mobilière qu'immobilière mais traditionnellement on considérait que les biens devant faire l'objet d'un droit de rétention devait être corporels car ce droit nécessite une maîtrise de fait sur la chose.

La détention de la chose objet du droit de rétention est une condition essentielle pour cette sûreté. Peut importe que cette maîtrise matérielle s'effectue par possession ou détention

précaire mais comme cette condition est de l'essence du droit de rétention, il pourra y avoir de droit de rétention sans cette maîtrise. Normalement cette détention est exercée par le créancier mais elle peut l'être par un tiers agissant pour le compte du créancier. Pour pouvoir produire un droit de rétention, la détention doit avoir été obtenue par un procédé régulier, elle ne pourra s'effectuer si elle a été illégalement obtenue²⁸.

En principe seules les choses corporelles qui se trouvent dans le commerce juridique peuvent faire l'objet d'un droit de rétention. Peu importe qu'elle soit mobilières ou immobilière.

A l'inverse des choses qui ne sont pas dans le commerce juridique ne peuvent servir de support au droit de rétention²⁹. On peut retenir des choses sans valeurs car le but du droit de rétention est de gêner le débiteur pour qu'il exécute son obligation. La valeur marchande est en grande partie secondaire dans le droit de rétention car le créancier n'a pas d'intérêt à faire vendre le bien objet de sa garantie³⁰.

La question est celle de savoir si on peut étendre le droit de rétention à des meubles incorporels ; de ce point de vue il faut faire une distinction. Il existe un certain nombre de meubles incorporels qui ont un support matériel qui permet d'appréhender le bien³¹.

Précisons que même en l'absence d'une jurisprudence ou d'une doctrine abondante en la matière, au Mali, le droit de rétention peut en tout état de cause s'exercer sur une créance lorsque cette dernière est matérialisée par un titre, bien matériel. Tel est le cas par exemple des valeurs mobilières qui seraient représentées par des titres au porteur.

Un certain nombre d'auteur répond par l'affirmation et s'appuient sur le fait que les instruments financiers sont aujourd'hui « dématérialisés » puisque le nantissement aura lieu par une inscription au compte. De même, la jurisprudence a admis qu'un banquier pouvait retenir le solde créditeur de son client. Malgré tout la doctrine majoritaire considère qu'il n'est pas possible d'exercer un droit de rétention car à partir du moment où le législateur crée des détentions fictives, il utilise un procédé démontrant que la solution qu'il donne est contraire à la réalité. Ainsi, en dehors des hypothèses légales il est impossible d'avoir un droit de rétention avec une détention fictive.

²⁸ Cette condition de la détention est parfois éludée de manière artificielle par le législateur qui crée des « détentions fictives ». La première hypothèse est celle du gage sur le véhicule automobile. Le propriétaire du véhicule gagé demeure en possession mais le créancier bénéficie d'un droit de rétention qui est un droit fictif. Cette détention fictive produit les mêmes effets qu'une détention réelle avec une infériorité en cas de conflit entre un droit de rétention matériel puisque la détention réelle l'emporte.

²⁹ Ex : marchandises contrefaites, cadavres, prothèses.....

³⁰ Ex document comptables, cartes grises....

³¹ Plus récemment la cour de cassation a admis qu'on puisse détenir des fichiers informatiques à partir du moment où on en détenait le support.

2. La connexité entre la créance et la chose détenue :

Le texte de l'article 43 de l'AUPOS de 1997 affirmait que si le créancier rétenteur ne reçoit pas paiement de sa créance, « *il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage* ». L'AUPOS révisé sépare la définition du droit de rétention de celle de la connexité, tout en restreignant cette dernière.

En effet, l'article 68 de l'AUPOS révisé précise que « *le droit de rétention ne peut s'exercer que si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible, s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue et si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur (ce qui, a contrario, implique que le droit de rétention soit opposable à une saisie postérieure à la détention du bien par le créancier et notamment à cette forme de saisie collective des biens du débiteur qu'est l'ouverture d'une procédure collective à son encontre)* », tandis que la définition du lien de connexité est énoncée par l'article 69 du texte selon lequel : « *La connexité est réputée établie: 1°) Lorsque la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur ; 2°) Lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue ; 3°) Lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue* ».

On a commencé par étudier les différentes positions législatives consacrant le droit de rétention et de ces textes on a dégagé des principes généraux appliqués aux situations non légales. On est venu dire qu'il existe deux sortes de connexité :

- la connexité intellectuelle ou juridique : lien entre la chose et la créance résulte d'un même contrat³² ;
- La connexité matérielle ou objective : dans ce cas le lien entre la chose et la créance la créance tient à l'existence d'un acte matériel d'un acte affecté sur cette chose³³ ;
- Relativement aux conditions d'exercice de la garantie l'AUPOS les a précisées (dans son l'art. 68). Cette avant dernière condition est réputée établie si la

³² Ex : vente ; toutefois cette théorie est parfois critiquée comme ne correspondant pas à toute les hypothèses dans lesquelles le droit de rétention est accordé.

³³ Ex : impenses faites par un dépositaire

détention de la chose et la créance sont la conséquence des relations d'affaires entre le créancier et débiteur.

Par conséquent, à partir du moment où la créance a pour objet le remboursement de dépenses pour la conservation, l'amélioration ou la modification d'une chose il y aura droit de rétention. Relativement aux conditions d'exercice de la garantie l'AUPOS les a précisées (dans son l'art. 68). Cette avant dernière condition est réputée établie si la détention de la chose et la créance sont la conséquence des relations d'affaires entre le créancier et débiteur.

Cette condition qui se trouve souvent vérifiée dans les relations des banques avec leurs clients commerçants devrait permettre aux premières d'exercer le droit de rétention pour des créances détenues sur les seconds. Toutefois comme cette théorie est étroite, la doctrine considère que la connexité peut être tant juridique que matérielle.

II. LES EFFETS DU DROIT DE RETENTION :

Ce droit s'analyse avant tout comme un refus légitime de restitution c'est-à-dire que le créancier aura la possibilité de conserver le bien si une action réelle ou personnelle est exercée contre lui. Il s'agit là de la seule prérogative du créancier rétenteur. Pour cette raison on parle du caractère défensif du droit de rétention ce qui porte à s'interroger sur la nature juridique de ce droit qui subsiste jusqu'à extension intégrale du paiement de la créance où dessaisissement volontaire du créancier. A défaut d'avoir été désintéressé, le rétenteur a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état, ensuite il pourra exercer son droit « par dérogation à la conservation, il peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné » (art. 70 alinéa 2 de l'AUPOS). La première caractéristique du droit de rétention est son indivisibilité³⁴ ; la seconde est l'opposabilité non seulement au débiteur ou au propriétaire de la chose, mais aussi aux tiers qui auraient un droit sur cette chose³⁵. L'effet de l'opposabilité s'avère particulièrement intéressant en cas de saisie du bien. Le rétenteur contre lequel cette procédure est diligentée doit informer l'huissier de l'existence de son droit ce qui arrêtera la procédure de saisie sauf au saisissant de contester le bien fondé de cette rétention. Effet dans

³⁴ Chaque partie de la dette est garantie par la totalité de la chose aussi le créancier sera autorisé à conserver la chose même en cas de paiement partiel.

³⁵ Le créancier pourra opposer ses prérogatives aux créanciers chirographaires et privilégiés ce qui justifie par le fait qu'il suffirait au débiteur de concéder une sûreté sur la chose pour anéantir le droit de rétention.

l'hypothèse où le débiteur est soumis à une procédure collective le créancier rétenteur apparaît comme celui qui sera le moins sacrifié.

En ce qui concerne la nature juridique du droit de rétention on peut dire que c'était un droit réel, un droit réel inachevé, un droit personnel.....et la C.cass donne des solutions étonnantes ; il s'agit d'un droit réel opposable à tous et même à ceux qui ne sont pas tenus par la dette ; dans la même temps elle vient dire que ce n'est pas une sûreté. Ce n'est ni un droit réel principal, ni démembré, ni accessoire ; en fait si on hésite beaucoup c'est que ce droit est impossible à classer car c'est un mécanisme de justice privée.

SECTION II : PROPRIETE RETENUE OU CEDEE A TITRE DE GARANTIE

Le droit des sûretés issu du précédent Acte Uniforme (17 Avril 1997) constituait déjà une réelle innovation, dans la mesure où le texte nouvellement adopté regroupait les sûretés contenues auparavant dans le Code de commerce et dans d'autres textes spéciaux, y compris en matière immobilière avec le décret colonial du 26 juillet 1932 portant réorganisation de la propriété foncière en Afrique Occidentale Française, C'est dire que le droit des sûretés antérieur à l'Acte Uniforme du 17 avril 1997 avait des sources disparates et était vétuste dans sa substance. Grâce à l'Acte uniforme sus mentionné, le droit OHADA des sûretés a été modernisé et regroupé dans un seul texte.

Nous proposons de présenter les trois premières citées en deux parties traitant respectivement de la propriété retenue (I) et de la propriété cédée à titre de garantie (II).

I. LA RESERVE DE PROPRIETE OU PROPRIETE RETENUE

Telle qu'elle était régie par l'AUPOS de 1997, la réserve de propriété était soumise à ce qui était la réglementation de la réserve de propriété en droit français avant qu'elle ne soit améliorée par les réformes du droit des procédures collectives intervenues à compter de la loi du 10 juin 1994 et par la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 23 mars 2006. A l'occasion du rassemblement de sa réglementation au sein de l'AUS, le texte nouveau fait profiter le droit de l'OHADA des dites améliorations et cela, aussi bien à propos des conditions d'existence et d'opposabilité de la réserve de propriété qu'en ce qui concerne ses effets. L'on définira d'abord cette notion (A), ensuite on en précisera le régime juridique (B).

A- LA NOTION DE PROPRIETE RETENUE

Il s'agit, en réalité, de la clause de réserve de propriété antérieurement contenue dans les Actes Uniformes portant droit commercial général et portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qui est ramenée dans le nouveau texte. Convention par laquelle les parties à une vente commerciale conviennent de reporter, du vendeur à l'acquéreur, la propriété du bien acquis au jour du paiement complet du prix, la réserve de propriété constitue dorénavant une sûreté régie par les articles 72 à 78 de l'Acte Uniforme modifié, qui en précise le régime juridique.

B- LE REGIME JURIDIQUE DE LA RESERVE DE PROPRIETE

L'Article 72 du texte modifié reprend la définition de cette sûreté en énonçant que « la propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ».

S'agissant des conditions mêmes de la réserve de propriété, on peut observer que, sur le modèle du droit français, ses conditions d'existence ont été élargies mais qu'à la différence de ce dernier, l'opposabilité de la réserve de propriété demeure soumise à une condition spécifique de publicité, le droit de l'OHADA pouvant ici, peut-être, servir de modèle au droit français.

L'élargissement des conditions d'existence de la réserve de propriété résulte, ensuite, de ce que l'article 73 de l'AUPOS révisé énonce qu' « *à peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties* ». Cet article reprend plusieurs conditions de validité de la réserve de propriété :

- existence d'un accord des parties,
- nécessité d'un écrit à peine de nullité, ce qui constitue une différence par rapport au droit français,
- et stipulation au plus tard au jour de la livraison

A peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien et n'est opposable aux tiers que si elle a été régulièrement publiée au

Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) conformément aux dispositions de l'art 51 à 66 territorialement compétent art 73 et 74 AUPOS.

Le renouvellement d'une inscription s'effectue dans les mêmes conditions que l'inscription initiale et s'il intervient avant l'expiration du délai pour lequel l'inscription initiale avait été prise, ce renouvellement permet au requérant de conserver le bénéfice de l'inscription initiale. On relèvera utilement que lorsque le bien objet de la sûreté est fongible, en cas de réalisation, la réserve se porte sur le stock à concurrence de la créance article 75 de l'AUPOS.

Par ailleurs, lorsque le bien objet de la réserve de propriété a été incorporé à un autre bien, l'incorporation ne fait pas obstacle à la revendication du créancier si le retrait peut être réalisé sans dommage pour les biens en présence article 76 al 1 de l'AUPOS.

A défaut, c'est-à-dire au cas contraire, le tout (bien initial et bien incorporé) devient la propriété de celui qui en a la partie principale, à charge pour lui de désintéresser le créancier titulaire de la réserve de propriété. La valeur du désintéressement de la chose incorporée est estimée à la date du paiement article 76 al 2 de l'AUPOS.

La réalisation de la réserve de propriété, justifiée par le défaut de paiement complet à l'échéance, permet au créancier de demander la restitution du bien pour le vendre, et se faire payer sur le prix de vente. Et si la valeur de la vente est supérieure au montant de la créance, le créancier doit restituer la différence au débiteur ; cette règle est d'ordre public art 76 et 77.

Enfin, lorsque le bien objet de la réserve de propriété est vendu ou détruit, le droit de propriété du créancier se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous- acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien art 78 AUPOS.

Hormis ces éléments qui étaient déjà expressément énoncées dans l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général (AUDCG), l'AUPOS révisé y ajoute la possibilité pour la réserve de propriété d'être stipulée dans une convention-cadre³⁶ ; régissant les relations contractuelles à venir des parties, ainsi que l'avait permis, en droit français, la loi du 10 juin 1994, brisant alors la jurisprudence de la Cour de cassation qui exigeait antérieurement que la clause de réserve de propriété soit stipulée par écrit pour chaque vente conclue entre les parties

³⁶ Telle que par exemple, des conditions générales de vente acceptées par l'acquéreur

On voit bien dans ces développements, l'une des préoccupations de la réforme, à savoir la volonté de désintéresser effectivement le créancier par la réalisation de la sûreté sans spolier le débiteur ; du reste, cette préoccupation se retrouve dans le cadre de la propriété cédée.

II. PROPRIETE CEDEE A TITRE DE GARANTIE

Il s'agit essentiellement de la cession de créance (A) et du transfert fiduciaire d'une somme d'argent (B).

A- LA CESSION DE CREANCE :

Le souci de développer la pratique du crédit dans l'espace OHADA afin de mieux contribuer au financement de l'économie, et donc au développement des Etats Parties, a conduit le législateur OHADA à autoriser la constitution à titre de sûreté de la cession des créances futures, à la condition que l'acte de cession permette leur individualisation ou contienne des éléments facilitant cette individualisation, tels par exemple que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il ya lieu, leur échéance art 81 de l' AUPOS. Ainsi, une créance détenue sur un tiers peut être cédée à titre de garantie de tout crédit consenti par une personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte des opérations de banques ou de crédit.

Elle est régie par les Articles 79 à 86 du nouveau texte et vise la propriété d'un bien actuel ou futur. A cet égard, l'Article 79 dispose que, « la propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes... », elle est définie par l'art 163 al.1 du RGO. La cession de créance à titre de garantie, prévue par les articles 80 à 86 De l'AUPOS révisé, présente de nombreux points communs avec la cession «**Daily**» du droit français régie par les articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier :

Elle ne peut être effectuée qu'au profit d'un établissement de crédit ; ou plus précisément, selon l'article 80 al 1, d'une «personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte des opérations de banque ou de crédit », les auteurs du texte ayant considéré que nombre d'investissements en Afrique étant financés par des établissements de crédit étrangers, il était opportun d'indiquer expressément que ceux-ci pouvaient voir leur financement garanti par une cession de créance. En outre, l'incessibilité de la créance ne peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé lorsqu'elle est de source

conventionnelle et que la créance est née en raison de l'exercice de la profession du débiteur cédée ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale, ou plus précisément, selon l'article 80 al 2 « *est née en raison de l'exercice de la profession du débiteur cédé ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* ») ; La cession, selon l'article 81 de l'AUPOS révisé, doit être constatée par un écrit³⁷ mentionnant, à peine de nullité, la désignation du cédant et du cessionnaire, la date de la cession et la désignation de la ou des créances garanties et de la ou des créances cédées à titre de garantie .

S'agissant des effets de la cession, l'article 82 énonce que la cession de créance prend immédiatement effet et est opposable aux tiers dès son inscription au RCCM, tandis que l'article 83 précise qu'à moins que les parties n'en conviennent autrement, la cession s'étend aux accessoires de la créance et entraîne de plein droit leur transfert et son opposabilité aux tiers. Il en résulte qu'une créance cédée l'est, de plein droit, avec sa sûreté au cas où elle en est affectée ; ce qui constitue une garantie supplémentaire pour le créancier. La cession n'est opposable au débiteur de la créance cédée qu'une fois qu'elle lui a été notifiée.

Enfin, les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée (ce qui comprend d'éventuels fruits de la cette créance) sont imputées sur la créance garantie lorsqu'elle est échue et un éventuel surplus s'il en existe, est restitué au cédant afin d'éviter toute spoliation de ce dernier, toute clause contraire serait réputée non écrite. Ainsi se trouve affirmé le principe de la réalisation par compensation de la sûreté. Ici encore, on relève le souci de donner satisfaction au créancier sans déposséder le débiteur, tout comme on le constatera avec le transfert fiduciaire.

B- TRANSFERT FIDUCIAIRE D'UNE SOMME D'ARGENT

Réglementé par les Articles 87 à 91 de l'Acte Uniforme, cette sûreté est définie comme une « convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation ». Il s'agit donc de la sûreté sur somme d'argent et l'utilisation du mot « constituant » à la place de celui de débiteur ouvre la possibilité pour un tiers de se substituer au débiteur pour transférer une somme d'argent en garantie de la dette de ce débiteur.

³⁷ le RGO dans son art 165 dispose que « La cession doit être constatée par écrit et signifiée au débiteur cédé pour être opposable à celui-ci ainsi qu'aux autres cessionnaires et au créancier du cédant. » nous voyons que l'écrit est une condition de validité à cette sûreté.

La propriété des fonds cédés étant transférée au créancier de l'obligation garantie, ces fonds doivent être inscrits sur un compte ouvert au nom dudit créancier dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir ; mais pour protéger ce constituant, le compte ouvert au nom du créancier est bloqué art 87 al 2. La convention détermine la ou les créances garanties, de même que le montant des fonds cédés à titre de garantie, puis identifie le compte bloqué. Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement de crédit qui tient le compte et à condition que les fonds cédés soient inscrits sur le compte bloqué. Par ailleurs, si les fonds cédés produisent intérêts, ceux-ci sont portés au crédit dudit compte art 88 à 90 AUPOS. Sauf convention contraire des parties, cette capitalisation des intérêts profitera au débiteur à qui les sommes bloquées seront restituées à l'échéance, au cas où il paye complètement la créance garantie. A l'inverse, c'est-à-dire en cas de défaillance du débiteur et 8 jours après que le constituant en ait été informé, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés, dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées. Toute clause contraire est réputé non écrite art 91.

SECTION III: LE GAGE

Ce contrat de gage intéresse non seulement les deux parties mais aussi les tiers car il est leur opposable. Tout cela explique cette sûretés est minutieusement réglementée pour sa constitution que pour ses effets. Le souci général d'harmonisation des règles relatives aux sûretés réelles mobilières a conduit le législateur à définir un nouveau droit commun du gage (A), que viennent compléter des dispositions particulières à certains gages (B).

A- LE DROIT COMMUN DU GAGE

1. Définition du gage

Pour encourager le développement du gage sans obliger le constituant à se déposséder du bien gagé a incité les auteurs du projet à redéfinir le gage et le nantissement. Ainsi, le gage et le nantissement ne sont plus distingués à raison de la dépossession ou de l'absence de dépossession de la chose gagée ou nantie, mais à raison de sa nature corporelle ou incorporelle. Le recours à un tel critère, invariable dans le temps, permet de distinguer plus sûrement le gage du nantissement. Des dispositions de l'article 92 de l'AUPOS révisé, « *Le gage est le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer*

par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs. » ; le gage n'est donc plus défini par l'une de ses conditions de validité (la remise de la chose gagée comme c'était le cas avec l'article 44 issu du texte de 1997), mais par son objet même qui est le droit de préférence accordé au créancier sur un bien corporel.

Libérée de la dépossession, cette nouvelle définition autorise expressément la constitution de gages sur biens futurs. De ce fait, le constituant verra sa capacité de crédit singulièrement étendue par la possibilité d'offrir en gage des biens qu'il n'a pas encore acquis. En outre le fait qu'il permet à un débiteur de conserver l'usage d'un bien qu'il apporte en garantie et de multiplier ainsi sa capacité de crédit conformément aux objectifs de la réforme³⁸. Le gage sans dépossession favorise la constitution des gages successifs sur un même bien ce qui augmente encore la capacité de crédit du constituant. De même, sa réalisation est rendue plus efficace par la consécration, sous certaines conditions, du pacte comissoire. Dès lors que ces biens futurs seront suffisamment déterminés dans le contrat de gage, le créancier n'aura pas à conclure de nouveaux contrats pour que ses droits s'étendent aux biens nouvellement acquis par le constituant.

Enfin, l'article 92 suscitée fait une référence explicite au « *constituant* » pour rappeler que le gage peut être constitué aussi bien par le débiteur de la créance garantie que par un tiers (comme le prévoyait l'art 47, al 2, de l'AUS de 1997). À ce titre, la référence à la notion impropre de « *caution réelle* » a été abandonnée afin d'éviter toute confusion entre le gage et le cautionnement³⁹.

2. La constitution du gage

2.1°) La nouvelle définition des créances garanties

Il suppose une créance à garantir dont il est l'accessoire ; la nullité ou l'inexistence de la créance entraînerait la disparition du gage. Cette créance communique au gage son caractère civil et commercial. L'article 93 l'AUPOS révisé modifie quelque peu l'article 45 de l'AUPOS de 1997, en indiquant que « *le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables* ». L'adjectif « *présentes* » vient ainsi remplacer le terme « *antérieures* » pour éviter qu'un gage puisse être constitué en garantie d'une dette antérieure qui ne serait plus

³⁸ On songe ici notamment au producteur et exportateur de matière première.

³⁹ Le cautionnement est régi par les articles 13 et suivants de l'AUPOS

exigible⁴⁰. Pour qu'un bien puisse être donné en gage il doit être mobilier ou aliénable car la sûreté débouche parfois sur une vente. Dès lors, il n'est plus besoin de préciser que «*l'annulation de la créance garantie entraîne l'annulation du gage* » (AUPOS, art. 45) puisque cette conséquence se déduit par ailleurs logiquement du caractère accessoire de toutes les sûretés, exprimé de manière générale à l'article 2 de l'AUPOS révisé. Elle peut être portée sur une chose fongible, ou consommable.

2.2°) La limitation de l'objet du gage aux biens corporels

Le premier alinéa de l'article 46 de l'AUPOS de 1997, qui prévoyait la possibilité de constituer un gage «*sur tout bien meuble, corporel ou incorporel* », a été supprimé pour tenir compte de la nouvelle définition du gage, dont l'assiette est désormais limitée aux biens corporels.

De l'art 94 al 2 de l'AUPOS révisé, « *le gage peut également porter sur des sommes ou des valeurs déposées à titre de consignation par les fonctionnaires, les officiers ministériels ou toute autre personne pour garantir les abus dont ils pourraient être responsables et les prêts consentis pour la constitution de cette consignation.* »

Cette nouvelle écriture permet la mise en gage des sommes ou de valeurs pour garantir les abus que pourraient commettre les fonctionnaires ou officiers ministériels, mais le terme «*cautionnement*», utilisé dans la version de 1997 de l'AUPOS, a été remplacé par le terme «*consignation*», qui est apparu plus conforme à l'objet du dépôt envisagé.

2.3°) La rédaction d'un écrit : seule condition de validité du gage

Elle permet de faire connaître aux tiers l'existence d'un contrat de gage. On veut éviter que les droits des tiers ne soient diminués par un accord entre le créancier gagiste et le débiteur.

Les articles 96 et 97 de l'AUPOS révisé opèrent un renversement des conditions de validité et d'opposabilité du gage. Autrefois simple condition d'opposabilité, la rédaction d'un «*écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce et leur nature* » devient l'unique condition de validité du gage, tandis que la remise du bien gagé au créancier est ramenée au rang de condition alternative d'opposabilité. L'article 96 précise désormais que « *à peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté*

⁴⁰ Du fait d'une prescription, par exemple.

dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.

Lorsque le gage porte sur un bien ou un ensemble de biens futurs, le droit du créancier s'exerce sur le bien gagé aussitôt que le constituant en acquiert la propriété, sauf convention contraire ». Puisque la rédaction d'un écrit est désormais exigée « à peine de nullité » celle-ci a été défini par le RGO dans son art 267 qui dispose que « Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toute convention dont l'objet excède 50.000 F.CFA et il n'est reçu aucune preuve par témoins et outre le contenu des actes encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur inférieure à 50.000 F. CFA». En pratique les contrats de gage ne sont quasiment jamais passés par acte authentique⁴¹ mais sous seing privé⁴². De même si plusieurs sûretés ont été consenties sur un même bien, les dates respectives de constitution régleront les conflits de droit de préférence ; cette question est primordiale en cas de p.coll.

2.4°) Opposabilité du gage : remise de la chose gagée ou inscription

L'article 97 pose que « le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, soit par la remise du bien gagé entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties.

Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent être regardés comme des possesseurs de bonne foi et le créancier gagiste peut exercer son droit de suite à leur rencontre. »

La formalité de l'enregistrement supprimée et l'écrit devenu la seule condition de validité du gage, l'article 97 a donc assouplit les conditions d'opposabilité du gage aux tiers en proposant deux modalités alternatives.

- Si le bien reste entre les mains du constituant, le gage sera rendu opposable par une inscription au RCCM,
- En revanche, un gage avec dépossession deviendra opposable aux tiers dès la remise de la chose au créancier, ce qui n'exclut pas que cette formalité soit également doublé d'une inscription.

⁴¹ Défini par l'Art 270 al.1 du RGO « l'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans les lieux où l'acte a été passé et qui a été rédigé dans les formes requises par la loi »

⁴² Défini par l'art 272 al.1 du RGO« l'acte sous seing privé est un acte rédigé librement par les particuliers sans l'intervention d'un officier public »

Lorsque le bien gagé reste aux mains du constituant et que le gage a été régulièrement inscrit, l'article 97, alinéa 2, protège le créancier gagiste contre tout risque de distraction du bien, en interdisant aux ayants cause à titre particulier du constituant de se prévaloir d'une possession de bonne foi. Cette remise doit être apparente et réelle ; elle doit être continue (jusqu'à expiration du contrat). Elle joue vis-à-vis du tiers un rôle de publicité rudimentaire et permet d'individualiser le bien objet de la sûreté. L'acquéreur du bien sera réputé connaître conformément à l'article 98 de l'AUPOS, le gage demeure opposable jusqu'au «paiement intégral de la dette garantie en principal, intérêts et autres accessoires ». Ainsi, le constituant ne pourra «exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé » qu'après désintéressement complet du créancier, sauf convention contraire des parties, en cas de mainlevée ou de subrogation de la chose gagée notamment.

3°) Les effets du gage

3.1°) Le droit de rétention limité au gage avec dépossession

Le créancier gagiste est aussi muni d'un droit de rétention qui sera opposable au tiers c'est-à-dire que ses tiers sont aussi les ayant-cause à titre universel, les créanciers chirographaires où les ayant-cause à titre particulier du propriétaire du bien gagé. L'article 99 de l'AUPOS ne confère un droit de rétention sur le bien gagé qu'au seul créancier titulaire d'un gage avec dépossession, à l'exclusion du créancier titulaire d'un gage sans dépossession. *« Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste peut, sous réserve de l'application de l'article 107, alinéa 2 du présent Acte uniforme, opposer son droit de rétention sur le bien gagé, directement ou par l'intermédiaire du tiers convenu, jusqu'au paiement intégral en principal, intérêts et autres accessoires, de la dette garantie. »* Donc cette disparité entre le gage avec ou sans dépossession est nuancée par l'article 107, alinéa 2, qui rend ce droit de rétention inopposable au créancier gagiste sans dépossession, lorsque son droit est antérieur. En d'autre terme en cas de gage successif sur un même bien, le créancier gagiste qui aura laissé le bien gagé entre les mains du constituant n'aura pas à subir les effets du droit de rétention d'un éventuel créancier postérieur, s'il a régulièrement fait inscrire son droit avant la remise de la chose au second créancier gagiste. Il n'en demeure pas moins que les créanciers conservent cette disparité de traitement à l'esprit au moment de choisir les moyens de rendre leur gage opposable aux tiers.

3.2°) Le dessaisissement involontaire du créancier

Dans l'optique de régler cette question le législateur dans son art.100 de l'AUS précise qu'il permet au créancier gagiste de « *revendiquer la chose gagée comme un possesseur de bonne foi* » lorsqu'il en « *a été dessaisi contre sa volonté* », ne trouve plus à s'appliquer que dans les hypothèses de gages avec dépossession. S'il a été dessaisi contre sa volonté, le créancier peut revendiquer la chose gagée comme un possesseur de bonne foi.

3.3°) Le gage de choses fongibles

D'après les dispositions de l'art 101 al 2 de l'AUPOS dispose que « *lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit, sauf clause contraire, les tenir ou les faire tenir séparées des choses de même nature détenues par lui ou le tiers convenu. A défaut, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts.* »

Dès lors, en cas de gage avec dépossession, le législateur a mis par principe, à la charge du créancier gagiste, l'obligation de séparer les biens fongibles remis en gage des choses de même nature qui sont détenues par lui ou par le tiers convenu. Cette obligation est particulièrement importante car son inexécution autorise le constituant à réclamer la restitution des biens gagés. Il faut préciser que cette obligation incombe au seul créancier gagiste même en cas d'entiercement car la solution inverse (obligation à la charge du tiers convenu en cas d'entiercement) aurait pu conduire à priver le créancier du bénéfice de son gage en cas de manquement d'imputation au tiers convenu ce qui eût été inéquitable. Il est donc préférable que le créancier reste le seul garant de cette séparation matérielle, quitte, pour lui, à s'assurer qu'elle est effectivement mise en œuvre par le tiers convenu s'ils détiennent d'autres biens de même nature.

Les parties peuvent néanmoins écarter cette obligation et autoriser le créancier à confondre les biens gagés avec ses autres biens de même nature. Pour tenir compte de la nature fongible des biens gagés, le créancier gagiste en acquiert alors la propriété⁴³, à charge de restituer au constituant la même quantité de choses équivalentes s'il exécute convenablement l'obligation garantie par le gage. De même, lorsque le gage de choses fongibles s'opère sans dépossession,

⁴³ Propriété qu'il pourra exercer, en cas d'entierement, sur « *des biens de même qualité et de même espèce détenus par le tiers convenu* »)

le créancier gagiste peut autoriser le constituant à disposer des choses gagées, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Ce faisant, le créancier renonce à exercer son droit de suite à l'encontre des tiers acquéreurs des biens aliénés par le constituant. L'article 102 de l'AUPOS⁴⁴ offre une plus grande fluidité du crédit aux producteurs et exportateurs de matières premières qui pourront continuer à disposer de leurs stocks apportés en gage, si le créancier les y autorise.

3.4°) Les fruits de la chose gagée

Selon l'art 103 de l'AUPOS stipule que « *sauf stipulation contraire, le créancier gagiste ne peut user de la chose gagée ni en percevoir les fruits. S'il est autorisé à percevoir les fruits, il doit les imputer sur ce qui lui est dû en intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette.* »

Le législateur a donc maintenu le principe de l'interdiction faite au créancier de percevoir les fruits de la chose gagée⁴⁵, mais précise que, lorsqu'il y est autorisé par exception, il doit les imputer en priorité sur ce qui lui est dû en intérêts et, à défaut seulement, en capital. Il semble utile de préciser que cette disposition a vocation de s'appliquer quelle que soit la modalité du gage⁴⁶ ; tant il est vrai que les parties pourraient convenir d'un gage sans dépossession dont les fruits seront directement versés au créancier gagiste quoique le bien gagé lui-même soit demeuré dans les mains du constituant.

3.5°) La réalisation du gage : la consécration du pacte comissoire

L'article 104 de l'AUPOS révisé est ainsi libellé : « *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 auxquelles le contrat de gage ne peut déroger. Dans ce cas, il exerce son droit de préférence sur le prix de la chose vendue, dans les conditions de l'article 226 du présent Acte uniforme. Le créancier peut aussi faire ordonner par la juridiction compétente que le bien gagé lui sera*

⁴⁴ « Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le contrat de gage peut permettre au constituant de les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Cette autorisation donnée au constituant vaut renonciation par le créancier à l'exercice de son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur de ces biens. »

⁴⁵ Art 58 al.1 de l'AUS de 1997

⁴⁶ Quelle soit avec ou sans dépossession

attribué en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert.

Si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement. Il en va de même pour les autres meubles corporels lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel. En ce cas, le bien gagé doit être estimé au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite. »

Ce texte expose les trois différents modes de réalisation de gage.

Les alinéas 1er et 2 reprennent en fait pour l'essentiel les dispositions de l'article 56 de l'AUPOS de 1997 qui autorisait déjà la réalisation du gage au moyen d'une vente forcée ou d'une attribution judiciaire. Mais l'al.3de l'art 104 introduit la possibilité d'une attribution conventionnelle dénommée « *pacte comissoire* » qui permet au créancier gagiste de se faire attribuer la propriété du bien gagé dès l'inexécution d'une obligation garantie et sans intervention du juge, dès lors que ce mode de réalisation a été convenu entre les parties. Affranchie de l'intervention régulatrice du juge, l'attribution conventionnelle du gage comporte, pour le constituant de se faire déposséder d'un bien dont la valeur excède le montant de la créance garantie ; mais le législateur limite le recours du pacte comissoire de manière différentes selon que « *le débiteur de la dette garantie* »⁴⁷ est un particulier ou un débiteur professionnel⁴⁸. Lorsque le débiteur est un particulier, le pacte comissoire n'est admis que le bien gagé est « *une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle* »⁴⁹ ce qui exclut tout risque de spoliation de la créancier gagiste, puisque la valeur du bien gagé est connue avec certitude Dans le second cas et s'agissant de professionnel, le pacte comissoire est admis quelque soit la nature du bien gagé, ceux-ci devant « *être estimé au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite.* ». Les droits du constituant se trouvent ainsi également protégée dans cette hypothèse.

Les droits du constituant ou des éventuels créanciers gagistes sont enfin garantis par l'article 105 qui dispose qu' « *en cas d'attribution judiciaire ou conventionnelle, lorsque la valeur du bien excède le montant qui lui est dû, le créancier gagiste doit consigner une somme égale à*

⁴⁷ Rappelons que le « *débiteur de la dette garantie* » n'est pas nécessairement le constituant

⁴⁸ Défini par l'article 3 de l'AUPOS comme le « *débiteur professionnel au sens du présent Acte uniforme, tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale.* »

⁴⁹ Le pacte comissoire est également admis pour tous les nantissements (à l'exception du nantissement du fonds de commerce), lesquels font l'objet d'une autre étude dans ce dossier.

la différence s'il existe d'autres créanciers bénéficiant d'un gage sur le même bien ou, à défaut, verser cette somme au constituant. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

Cette disposition oblige en fait le créancier gagiste, soit à consigner une somme équivalente au solde, au profit des autres créanciers, soit à verser directement cette somme au constituant en l'absence de tel créancier.

3.6°) Perte et détérioration de la chose gagée

L'article 106 de l'AUPOS garantit également les droits du créancier gagiste en l'autorisant à exercer *«son droit de préférence sur l'indemnité d'assurance, s'il y a lieu, (...) en cas de perte ou de détérioration totale ou partielle de la chose gagée qui ne serait pas de son fait ».*

Il convient de préciser que cette dernière condition ne vise pas uniquement les cas de perte et de détérioration involontaires de la part du créancier gagiste, mais également le cas d'une simple négligence. Aussi le créancier gagiste négligent qui méconnaîtrait l'obligation de conservation mise à sa charge par l'article 108 de l'AUPOS ne pourra-t-il pas prétendre au bénéfice de l'indemnité d'assurance garantissant le bien perdu ou détérioré. Lorsque le bien gagé est resté entre ses mains, c'est au constituant qu'il appartient de veiller sur la chose et le créancier gagiste devra s'assurer qu'il respecte l'obligation qui lui est faite par l'article 108, alinéa 2, d'assurer la chose gagée.

3.7°) Préférence en cas de gage successif

La consécration du gage sans dépossession encourage la constitution des gages successifs sur un même bien, ce qui a conduit le législateur à travers l'article 107 de l'AUS de distinguer trois hypothèses.

« Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est déterminé par l'ordre de leur inscription.

Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant le droit de rétention de ce dernier.

Lorsqu'un bien donné en gage avec dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage sans dépossession, le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier

postérieur qui ne pourra prétendre exercer ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé. »

- En premier lieu, lorsque la chose fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, l'ordre des créanciers est déterminé par l'ordre d'inscription de leur droit au RCCM.
- En deuxième lieu, lorsque la chose fait d'abord l'objet d'un gage sans dépossession, puis d'un gage avec dépossession, le créancier gagiste antérieur, qui ne bénéficie pas de la dépossession, est préféré au créancier gagiste postérieur à qui le bien a été remis et le droit de rétention de ce dernier est inopposable au premier créancier.
- Enfin, lorsque la chose fait l'objet d'un gage avec dépossession, elle ne peut plus guère être gagée que sans dépossession⁵⁰. Le droit de rétention du créancier gagiste antérieur, à qui la chose a été remise, peut alors être opposé au créancier gagiste postérieur, ce qui a pour effet de paralyser les droits de ce dernier.

Cette possibilité offerte au constituant de consentir des gages de rend successif concourt à l'optimisation de sa capacité de crédit et ce, d'autant plus que cette possibilité n'est pas limitée à la valeur du bien, les droits des créancier postérieurs étant, en tout état de cause, paralysé jusqu'au complet paiement du créancier le plus ancien.

3.8°) L'obligation de conservation du bien gagé

L'article 108 de l'AUS révisé reprend les dispositions de l'article 58 al 1^{er} de l'AUS de 1997 et pose que : *« Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste ou le tiers convenu doit veiller sur la chose et en assurer la conservation comme le doit un dépositaire rémunéré. »*

Pour tenir compte de la nouvelle possibilité de constituer un gage sans se défaire du bien, cette disposition est complétée par un second alinéa, qui ajoute que *« de même, lorsque le constituant est resté en possession du bien gagé, il doit le conserver en bon père de famille et, notamment, l'assurer contre les risques de perte et de détérioration totale ou partielle. »*

Lorsque le bien a été remis au créancier gagiste (ou à un tiers convenu), l'article 109 de l'AUS sanctionne tout manquement à cette obligation de conservation par la restitution du bien gagé au constituant.

⁵⁰ Sauf ce que la dépossession soit exercée entre les mains d'un tiers convenu qui accepterait de conserver la chose pour le compte de plusieurs créanciers gagistes successifs. Le créancier gagiste antérieur devra veiller dans cette hypothèse a ce que le créancier postérieure accepte contractuellement de subordonné sa dette.

En revanche, lorsque le bien est resté entre les mains du constituant et que celui-ci a manqué à son obligation de conservation, le créancier gagiste dispose d'une alternative :

- Il peut soit se prévaloir de la déchéance du terme,
- soit solliciter un complément de gage de la part du constituant.

Il lui est loisible au demeurant de solliciter d'abord un complément de gage et, en cas de refus ou d'impossibilité pour le constituant, de se prévaloir de la déchéance du terme.

3.9°) La généralisation de l'obligation de maintien de la valeur du bien gagé

L'article 110 de l'AUPOS révisé pose que « *Si le gage, quelles qu'en soient les modalités, a pour objet un ensemble de biens fongibles, le créancier peut exiger du constituant, à peine de déchéance du terme, qu'il en maintienne la valeur.*

Le créancier peut, à tout moment et aux frais du débiteur, obtenir du constituant ou du tiers convenu un état de l'ensemble des biens gagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations le concernant. Si la constitution de la sûreté a donné lieu à l'émission d'un bordereau de gage de stocks, l'établissement domiciliataire du bordereau a également ce pouvoir.

Est considéré comme établissement domiciliataire au sens du présent Acte uniforme, tout établissement habilité à recevoir des dépôts du public. »

Le législateur étend au droit commun du gage une disposition qui n'était jusqu'alors applicable qu'au nantissement des stocks. Lorsque le gage (avec ou sans dépossession) a pour objet des choses fongibles⁵¹, « *le créancier peut exiger du constituant, à peine de déchéance du terme, qu'il en maintienne la valeur* », car, dans cette hypothèse, le gage porte plus sur la valeur de la chose que sur la chose elle-même (qui peut être remplacée par des biens de même nature et de même qualité). À cette fin, le créancier (et, le cas échéant, l'établissement domiciliataire du bordereau) peut exiger un état des biens gagés ainsi que la comptabilité des opérations qui les concernent.

3.10°) Le péril affectant le bien gagé

L'article 111 de l'AUPOS dispose que « *Lorsqu'un bien objet d'un gage avec dépossession menace de périr, le créancier gagiste ou le tiers convenu peut faire vendre, sous sa*

⁵¹ Dont le constituant peut être autorisé à disposer, conformément à l'article 102 de l'AUS.

responsabilité, le bien gagé sur autorisation notifiée au constituant de la juridiction compétente saisie sur simple requête. Les effets du gage sont alors reportés sur le prix » préciser les dispositions de l'article 58 al 2, de l'AUPOS de 1997.

En cas de gage avec dépossession et si le bien gagé menace de périr, le créancier gagiste ou le tiers convenu peut le faire vendre, sous sa responsabilité, après autorisation de la juridiction compétente saisie sur simple requête, pourvu que cette autorisation ait été notifiée au constituant. Les effets du gage continuent alors à s'exercer sur le prix de cette vente. Le recours à une procédure sur simple requête tient compte de l'urgence liée à la menace de péril qui pèse sur le bien et permet au créancier gagiste ou au tiers convenu de débloquent rapidement une situation qui pourrait conduire, à défaut d'intervention de sa part, à la mise en œuvre de sa responsabilité au titre de l'article 108 l'AUPOS. Par ailleurs, le fait que cette vente intervienne sous la responsabilité du créancier gagiste ou du tiers convenu est de nature à prémunir le constituant contre toute manœuvre consistant, pour le créancier, à vendre ou à faire vendre le bien pour un montant inférieur à sa valeur réelle mais suffisant néanmoins pour le désintéresser.

4°) L'extinction du gage

On retrouve en matière de gage les mêmes principes qu'en matière de cautionnement : c'est à la fois un contrat indépendant et accessoire, il y aura donc des causes d'extinction par voie principale et accessoire. Outre l'extinction de l'obligation garantie, ressort de l'article 116 de l'AUPOS qui stipule que : « *le gage prend fin lorsque l'obligation qu'il garantit est entièrement éteinte, tant en capital, qu'en intérêts et autres accessoires.* »

L'article 117 ajoute que : « *le gage avec dépossession disparaît indépendamment de l'obligation garantie si la chose est volontairement restituée au constituant, si elle est perdue par le fait du créancier gagiste, ou lorsque la juridiction compétente en ordonne la restitution pour faute du créancier gagiste, sauf désignation d'un séquestre qui aura la mission d'un tiers convenu.* » Outre l'extinction de l'obligation garantie, reprise à l'article 116, l'article 117 ajoute un nouveau cas d'extinction du gage lorsque la chose gagée «*est perdue par le fait du créancier gagiste* ». Dans cette hypothèse, qui envisage, aussi bien la perte involontaire que celle qui est causée par la négligence du créancier, celui-ci perd totalement le bénéfice du gage et son droit de préférence ne saurait s'exercer sur l'éventuelle indemnité d'assurance garantissant le bien perdu. Outre ces règles de droit commun, applicables à tous types de gages, d'Acte uniforme prévoit des règles particulières, qui prennent en compte les

spécificités inhérentes à certains biens remis en gage. Pour ne pas bouleverser les habitudes, les règles relatives au gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles⁵² sont regroupées dans une même sous-section, tandis qu'une autre sous-section du projet est consacrée au seul gage de stock⁵³.

B- LES DISPOSITIONS PARTICULIERES A CERTAINS GAGES

La nouvelle définition du gage et du nantissement a conduit à redessiner les contours des modalités particulières du gage. Compte tenu de leur objet incorporel, le gage de créance⁵⁴ et le gage de propriétés intellectuelles deviennent des nantissements⁵⁵, tandis que le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles⁵⁶ et le nantissement des stocks⁵⁷ deviennent des gages, en raison de leur objet corporel.

1°) Le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles

L'article 118, al.1^{er}, de l'AUPOS rappelle que le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles obéit au droit commun du gage, sans préjudice des dispositions spécifiques qui lui sont applicables.

« Sans préjudice des dispositions de la présente sous-section, le matériel professionnel et les véhicules automobiles, assujettis ou non à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative, peuvent faire l'objet d'un gage en application des dispositions des articles 92 à 117 du présent Acte uniforme.

Le matériel professionnel faisant partie d'un fonds de commerce peut être nanti en même temps que les autres éléments du fonds, conformément aux dispositions des articles 162 à 165 du présent Acte uniforme. »

Un souci de simplification a conduit à faire mention du gage des véhicules automobiles plutôt que de faire un renvoi comme le fait actuellement l'art 93 de l'AUPOS.

⁵² Il s'agit d'un nantissement dans l'AUS.

⁵³ Il s'agit également d'un nantissement dans l'AUS.

⁵⁴ Art 50 de l'AUPOS

⁵⁵ Respectivement aux articles 127 et suivants et 156 et suivants d l'AUPOS

⁵⁶ Article 91 et suivants de l'AUPOS

⁵⁷ Article 100 et suivants de l'AUPOS

a. Le gage du matériel professionnel et nantissement de fonds de commerce.

La seule spécificité du gage du matériel professionnel tient au fait que «*le matériel professionnel faisant partie d'un fonds de commerce* » peut faire l'objet d'un nantissement de fonds de commerce, dans les conditions des articles 162 à 165 de l'AUPOS, qui régissent désormais cette sûreté. Le nantissement de fonds de commerce étant opposable par inscription⁵⁸ comme peut être le gage, l'ordre d'inscription entre les créanciers à vocation à régler tout conflit qui pourra survenir entre un créancier titulaire d'un droit de gage sur le matériel professionnel et un créancier bénéficiaire d'un nantissement sur le fonds de commerce dans lequel sera compris le matériel professionnel gagé.

b. Le gage des véhicules automobiles

L'article 119 de l'AUPOS maintient quant à lui l'obligation de mentionner le gage des véhicules automobiles⁵⁹ «*sur le titre administratif portant autorisation de circuler et immatriculation* »⁶⁰, mais précise toutefois que le défaut de cette mention ne remet pas en cause la validité du gage ni son opposabilité, pourvu qu'il soit régulièrement inscrit au RCCM. Comme pour les autres gages, l'inscription au RCCM ne suffit donc pas à rendre le gage des véhicules automobiles opposable aux tiers.

2°) Le gage de stocks

De même que le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles, le gage de stocks obéit au droit commun du gage, en plus des règles spécifiques relatives au bordereau de gage de stocks, aux assurances supplémentaires devant couvrir les stocks gagés et à la consignation du prix en cas de vente des stocks gagés.

⁵⁸ Art 165 de l'AUPOS

⁵⁹ Il s'agit d'un nantissement dans l'AUPOS

⁶⁰ Art 96 al. 1^{er} de l'AUPOS

a. Emission d'un bordereau de gage

L'article 121 de l'AUS précise que « *la constitution d'un gage de stocks sans dépossession peut donner lieu à l'émission par le greffier, ou par le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie, d'un bordereau de gage de stocks.* »

Dans ce cas, l'acte constitutif du gage doit comporter, à peine de nullité, outre les mentions prévues par l'article 96 du présent Acte uniforme, le nom de l'assureur qui couvre les stocks gagés contre les risques de vol, d'incendie et de détérioration totale ou partielle ainsi que la désignation de l'établissement domiciliaire du bordereau de gage de stocks. »

L'acte précise ici que lorsque le gage de stocks donne lieu à l'émission d'un bordereau, celle-ci doit être établie par le greffier. L'acte constitutif doit dans ce cas comporter à peine de nullité, en plus des mentions exigées pour n'importe quel gage⁶¹, le nom de l'assureur et de l'établissement domiciliaire du bordereau de gage de stocks⁶². Par ailleurs, l'article 122 étend à cinq ans la durée de validité du bordereau de gage de stocks contre trois ans sous le régime de l'article 103 de l'AUPOS de 1997, à moins que les parties n'aient expressément convenu d'une durée de validité différente.

L'article 123 précise quant à lui que tout porteur du bordereau de gage de stocks est investi des droits du créancier gagiste, ce qui suppose le bénéfice des règles de droit commun du gage et des règles spécifiques du gage de stocks.

b. Assurance complémentaire des stocks gagés

Art 121 al.2 de l'AUPOS ajoute le risque de vol et de « *détérioration totale ou partielle* » du stock gagé et non seulement sa « *destruction* ». Cette nouvelle formule permet le champ d'obligation d'existence, la police d'assurance devant couvrir à la fois la destruction du bien (sa détérioration totale) et sa détérioration partielle. On observe en outre que l'obligation est plus étendue pour un gage de stocks que pour un gage de droit commun. Les parties qui ne souhaiteraient pas ce voir appliqué des règles spécifiques pourraient en effet se soumettre au seul droit commun qui permettra l'affectation de garantie des meubles corporels. Au moment du choix le créancier devra garder à l'esprit que le droit commun n'oblige le constituant à

⁶¹ Art 96 de l'AUPOS

⁶² Contre trois ans sous le régime l'actuel AUPOS

assurer les biens gagés que contre « *les risques de pertes et de détérioration totale ou partielle* »⁶³ ; tandis que l'art 121 y ajoute les risques de vols et d'incendie.

c. Vente des stocks gagés et consignation du prix

Enfin, les dispositions des trois premiers alinéas de l'art 104 de l'AUPOS de 1997, qui oblige le constituant à conserver le stock, à maintenir sa valeur et à tenir un état de stock à la disposition du créancier et de la banque domiciliaire du bordereaux, appartiennent désormais au droit commun du gage (art 108 al.2 de l'AUPOS révisé).

L'article 124 autorise le «*débiteur émetteur du bordereau de gage de stocks (de) vendre les stocks gagés* », à condition de consigner le prix de cette vente «*auprès de l'établissement domiciliaire* »

SECTION IV : LE NANTISSEMENT

La réforme des sûretés était nécessaire et attendue afin d'optimiser le niveau de sécurité des prêteur en garantissant des sûretés facile à mettre en place⁶⁴, devenant peu coûteuse, et ayant une réalisation aisée sans pour autant perdre de vue l'indispensable protection des emprunteurs. Dorénavant défini par l'art 125 de l'AUPOS consiste à « *l'affectation d'un bien meuble incorporels ou d'un ensemble de bien meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à conditions que celle-ci soit déterminées ou déterminables*

Il est conventionnel ou judiciaire ».

La réforme⁶⁵ sur les meubles incorporels assure une garantie étendue aux créanciers en réaménageant les régimes de nantissements existants, mais également en introduisant de nouveaux nantissements sur le compte bancaire, les titres financiers, et les droits de propriété intellectuelle. Dès lors, conventionnel ou judiciaire, le nantissement porte, selon l'article 126, sur une liste limitative de biens, à savoir les créances, le compte bancaire, les droits

⁶³ Art 108 de l'AUPOS

⁶⁴ On peut citer à titre d'exemple, l'obligation de mentionner à peine de nullité dans l'acte constitutif des nantissements des conditions d'exigibilité de la créance garantie et de ses intérêts à l'élection domicile. On peut également citer les autres conditions de validité et d'opposabilité du nantissements de droits d'associés et valeurs mobilières qui doit être enregistré signifié à la société émettrice inscrit au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) et dans les livres de la société émettrice.

⁶⁵ *La volonté du Législateur de l'AUS et l'esprit de la réforme intervenus depuis le 15 février 2011 sont de donner à l'AUS une forme moderne, claire et personnalisée susceptible de se combiner aisément avec l'ensemble des règles relatives aux garanties sur le plan international*

d'associés, les valeurs mobilières et le compte de titres financiers, ainsi que sur le fonds de commerce et les droits de propriété intellectuelle.

À côté des sûretés sur les biens incorporels (les créances, les droits d'associés et valeurs mobilières et le fonds de commerce) déjà réglementées par l'AUPOS et dont les régimes juridiques ont été réaménagés à l'occasion de la réforme (A), il est introduit trois nouveaux nantissements (B) portant sur le compte bancaire, le compte d'instruments financiers et le nantissement des droits de propriété intellectuelle.

A- REGIME JURIDIQUE

Selon le droit positif des sûretés de l'OHADA, les sûretés portant sur des meubles incorporels concernent uniquement les créances (1°), le fonds de commerce (2°), les droits d'associés et des valeurs mobilières (3°), sûretés qualifiées de «*gage*» pour les premières et de «*nantissement*» pour les autres.

1°) Le nantissement de créance

Le gage de créance devient, un nantissement réglementé par les articles 127 à 137 de l'AUPOS

a. Détermination des créances nanties et des obligations garantie – forme du nantissement

Conformément au souhait manifesté par les praticiens, l'art 128 de l'AUPOS autorise les nantissements portant sur des créances ou des «*ensembles de créances* », même futures. Il en est de même en ce qui concerne les créances garanties qui peuvent également être futures⁶⁶. Cet élargissement de l'assiette des créances n'a toutefois pas été réalisé au détriment des droits du constituant. Tout d'abord la validité de la sûreté est soumise à l'obligation de conclusion d'un écrit permettant d'identifier avec suffisamment de précision les créances concernées. Pour ce faire l'art 127 renvoie notamment à «*l'indication du débiteur (au) lieu de paiement, (au) montant des créances (où) à leur évaluation et leur échanges* ». Par ailleurs, lorsque les créances nanties sont futures, il est expressément rappelé par l'art 128 que «*le*

⁶⁶ Art 125 de l'AUS

créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci ». Enfin, le nantissement de créances futures n'oblige pas le constituant à céder la totalité de ses créances futures puisque l'art 129 rappelle que « *le nantissement de créances peut porter sur une fraction de créance, sauf si elle est indivisible* ». Après rajout des dispositions selon lequel, sauf disposition contraire le nantissement s'étend aux accessoires des créances nanties, la question des éventuels intérêts que peut générer la créance garantie est réglée.

b. La validité et opposabilité du nantissement

Le nantissement de créance est valable entre les parties dès la signature d'un écrit et sans aucune autre formalité. Ainsi, les obligations d'enregistrement, de remise de l'acte constitutif de la créance et de la signification du nantissement au débiteur de la créance nantie ont été abandonnées. Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte. En ce qui concerne les autres tiers, le nantissement de créance leur est opposable à compter de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) conformément aux modalités organisées par le droit commun des inscriptions des sûretés mobilières au RCCM⁶⁷. Sur ce point, l'AUPOS est moins souple que la réglementation française aux termes de laquelle le nantissement est valable et opposable aux tiers (à l'exclusion du débiteur de la créance nantie) dès sa signature⁶⁸. Enfin seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de sa créance après sa notification au débiteur nanti ou la participation de ce dernier à l'acte. A l'instar de ce qui est prévu par la réglementation française applicable, l'art 133 accorde au créancier un droit exclusif au paiement dans ses deux cas.

c. Réalisation du nantissement

L'originalité du nantissement de créance notifié au débiteur de la créance nantie réside dans le droit exclusif au paiement appartenant au créancier nanti qui peut, sans autre formalité, imputer le montant payé au titre de la créance nantie sur ce qui lui est dû au titre de la créance garantie échue. Lorsque le nantissement de créance n'a pas été notifié au débiteur de la créance nantie, la réalisation proprement dite du nantissement prend en compte les spécificités

⁶⁷ L'instauration de ce droit commun d'inscription des sûretés mobilières au RCCM est une simplification majeure des règles applicables dans ce domaine qui étaient initialement comprises, pour partie, dans l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG) et, pour une autre partie, dans l'AUS pour les différentes sûretés concernées.

⁶⁸ Il est regrettable que la commission des Nations unies pour le droit de commerce internationale (CNUDCI), cette exigence de publicité ait été introduite car, dans la pratique des financements internationaux, les sûretés sur créances mise en place sont majoritairement occultes, à la demande des constituants. Il est à craindre que l'instauration de cette règle de publicité soit un frein de développement de cette sûreté, les parties préférant recourir à une sûreté équivalente de droit étranger (comme le nantissement de créance) non soumis à la publicité.

d'une sûreté sur créance. Dans l'hypothèse où la créance nantie vient à échéance avant la créance garantie, l'article 134 de l'AUPOS prévoit que *«le créancier nanti conserve les sommes à titre de garantie (...) à charge pour lui de les restituer au constituant si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier nanti affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées»*.

Dans l'hypothèse où la créance garantie arrive à échéance avant la créance nantie, le créancier nanti dispose de plusieurs possibilités. Il peut solliciter l'attribution judiciaire de la créance nantie ou invoquer l'existence d'un pacte comissoire⁶⁹ pour se faire attribuer le montant de la créance garantie non encore échue. Enfin, le créancier nanti peut tout simplement attendre l'échéance de la créance nantie. En tout état de cause, la réalisation du nantissement de créance ne peut être constitutive d'un enrichissement sans cause du créancier nanti. En conséquence, ce dernier devra restituer au constituant toute somme supérieure au montant de la créance garantie.

2°) Le nantissement de fonds de commerce

L'article 162 de l'AUPOS définit le nantissement du fonds de commerce comme étant *«convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation, les éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial»*.

Le nantissement peut aussi porter sur les autres éléments incorporels du fonds de commerce tels que le droit au bail commercial, les licences d'exploitation, les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle. Il peut également être étendu au matériel professionnel. Cette extension du nantissement doit faire l'objet d'une clause spéciale désignant les éléments engagés et d'une mention particulière au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. Cette clause n'a d'effet que si la publicité prévue par l'article 160 du présent Acte uniforme a été satisfaite.

Le nantissement ne peut porter sur les droits réels immobiliers conférés ou constatés par des

⁶⁹ L'introduction du pacte comissoire est une autre innovation importante. Il est autorisé pour tous les nantissements à l'exception du nantissement de fonds de commerce. Les aléas des procédures judiciaires sont ainsi évités tout en assurant la protection des droits du constituant puisque le pacte comissoire est strictement encadré par des règles protectrices des droits du constituant (il faut que le bien apporté en garantie soit une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle ou pour les autres biens, que le débiteur de la dette garantie soit un débiteur professionnel et que la valeur du bien soit fixée à dire d'expert)

baux ou des conventions soumises à inscription au registre de la publicité immobilière. Si le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, celles-ci doivent être désignées par l'indication précise de leur siège. »

Avec cette nouvelle définition, les éléments essentiels à l'existence d'un fonds de commerce susceptible d'être apporté en nantissement sont dorénavant identiques à ceux prévus par la définition des éléments constitutifs d'un fonds de commerce selon les dispositions de l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG)⁷⁰ ainsi que l'art. 144 du code de Commerce du Mali.

L'essentiel des nouvelles dispositions tient, conformément aux objectifs de la réforme, à l'assouplissement des modalités de constitution et de réalisation de ce nantissement.

- La validité du nantissement de fonds de commerce, bien que toujours soumise à la constitution d'un acte écrit, ne nécessite plus d'enregistrement⁷¹. Par ailleurs, les mentions obligatoires qui doivent être portées à l'acte constitutif ont été allégées, seules ayant été conservées celles qui assurent le respect du principe général de spécialité des sûretés. Ces mentions obligatoires sont strictement limitées à la désignation des parties, à l'indication du siège du fonds, et éventuellement de ses succursales, à la mention des éléments du fonds nanti ainsi qu'aux éléments permettant l'individualisation de la créance garantie.
- Qu'il soit conventionnel ou judiciaire, le nantissement est rendu opposable à l'égard des tiers par son inscription au RCCM⁷². Il convient de rappeler que l'AUPOS comporte un droit commun des inscriptions des sûretés mobilières dont les dispositions sont regroupées au 51 à 66 de l'AUPOS. L'article 165 fait un simple renvoi à ses dispositions communes aux termes desquelles l'inscription des sûretés conserve les droits du créancier nanti pendant une durée convenue par les parties à défaut, pendant dix années⁷³.
- Pour ce qui concerne les droits conférés par le nantissement, à savoir le droit de suite, le droit de réalisation et le droit de préférence, l'article 178 fait des renvois aux règles

⁷⁰ L'article 69 de l'AUS prévoit que le nantissement du fonds de commerce porte sur « la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail commercial et les licences d'exploitation » alors pourtant que l'article 104 de l'AUDCG dispose que « le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial ».

⁷¹ Selon les dispositions de l'article 145 du Code de Commerce du Mali « le contrat de nantissement est rédigé sous forme d'acte authentique dûment enregistré. Le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur le registre public tenu au greffe du tribunal habilité à statuer en matière commerciale dans le ressort duquel le fonds ainsi qu'éventuellement la ou les succursales nanties sont exploitées. Cette inscription doit être renouvelée tous les cinq ans.

⁷² Selon le Code de commerce dans son article 145 dispose que « le contrat de nantissement est rédigé sous forme d'acte authentique dûment enregistré. Le privilège résulte du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription au registre public tenu au greffe du tribunal habilité à statuer en matière commerciale dans le ressort duquel le fonds ainsi qu'éventuellement la ou les succursales nanties sont ou exploitées. Cette inscription doit être renouvelée tous les cinq ans.

⁷³ Art 58 de l'AUS

communes, à l'exception des dispositions relatives au pacte comissoire, exclues pour le nantissement du fonds de commerce.

3°) Le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières

L'art 148 de l'AUPOS dispose que « *les droits d'associés et valeurs mobilières des sociétés commerciales et ceux cessibles a tout autre personne morale assujettie a l'immatriculation au RCCM peut faire l'objet d'un nantissement conventionnel ou judiciaire.*»

La convention de nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières doit être conclue par écrit, sans obligation d'enregistrement. Quant aux mentions obligatoires, elles ont également été assouplies et sont uniquement relatives, selon l'article 141, à la désignation des parties (y compris la société émettrice des droits apportés en garantie), la désignation précise des titres apportés en garantie et des éléments permettant l'individualisation de la créance garantie.

- Comme toutes les sûretés mobilières sans dépossession, le nantissement, qu'il soit judiciaire ou conventionnel, est opposable aux tiers par son inscription au RCCM, conformément aux règles du droit commun des inscriptions auquel l'article 143 renvoie expressément.

Il convient de note que les parties peuvent prévoir le droit pour le créancier nanti de percevoir les fruits des droits et valeurs apporté en garantie.

- Enfin, l'article 144 de l'AUPOS révisé renvoie aux règles communes applicables au droit de suite, au droit de réalisation et au droit de préférence. En conséquence, les parties pourront convenir d'un pacte comissoire.

B- LES NOUVEAUX NANTISSEMENTS

Il est désormais possible de nantir le compte bancaire (1°), le compte de titres financiers (2°) et a organisé des règles spécifiques pour les droits de propriété intellectuelle (3°).

1°) Le nantissement de compte bancaire

Largement utilisé dans le cadre des financements internationaux, car il permet de garder un certain contrôle sur les flux financier de l'emprunteur sans pour autant priver ce dernier de leur usage, le nantissement de compte bancaire à été mise en œuvre dans l'espace OHADA

alors qu'aucune réglementation spécifique ne lui était consacrée. Le regroupement des règles qui lui sont applicables sous les arts 136 à 139 de l'AUPOS consacre cette pratique et met fin à toute ambiguïté en clarifiant définitivement. En effet l'article 136 de l'AUPOS révisé dispose que *«le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance. Les règles qui régissent celui-ci lui sont applicables, sous réserve des dispositions de la présente section.»*

Cette clarification permet notamment d'éviter toute discussion quand au rôle du teneur de compte. Le teneur de compte est le débiteur de la créance de solde nanti. En conséquence, le nantissement ne lui est opposable que s'il a été notifié ou s'il a été partie à l'acte constitutif du nantissement, conformément aux dispositions de l'art 132 de l'AUPOS. Le nantissement étant constitué le plus souvent sur le solde d'un compte à vue qu'il fonctionne et continu d'enregistrer des opérations après sa constitution, il était indispensable de traiter la question de ses éventuels opérations. C'est ainsi que l'article 137 prévoit que la créance nanti est constituée par *«le solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté, sous réserve de la régularisation des opérations en cours.»*

Le même principe s'applique en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur de la créance garantie, auquel cas *«les droits du créancier nanti portent sur le solde créditeur du compte au jour de cette ouverture.»*

- Autre particularité du nantissement de compte bancaire, les parties peuvent convenir que le constituant utilise les sommes disponibles sur le compte nanti⁷⁴. Il s'agit évidemment d'une faculté et les parties ont donc le choix de bloquer le compte⁷⁵, ou de laisser le constituant faire fonctionner le compte au débit, avec le risque que, au jour de la réalisation, le solde créditeur ne permette pas de désintéresser totalement le créancier nanti⁷⁶.
- Aucune disposition spécifique n'est prévue pour la réalisation du nantissement de compte bancaire et l'on doit donc s'en tenir au renvoi général fait par l'article 136 aux règles applicables au nantissement de créance. On peut toute fois noter qu'en pratique, la réalisation de ce nantissement résultera de la notification au débiteur de la créance nanti puisque, dans la grande majorité des cas le nantissement de compte bancaire est pratiqué sur un compte à vue⁷⁷.

⁷⁴ Art 138 de l'AUPOS

⁷⁵ Auquel cas seules les entrées seront possibles et augmenteront l'assiette du nantissement, par exemple dans le cadre d'une domiciliation de paiement.

⁷⁶ Dans cette dernière hypothèse, il est généralement prévu dans l'acte constitutif du nantissement un engagement constituant de maintenir une somme minimum au crédit du compte.

⁷⁷ Le compte nanti peut être un compte à terme dont la créance de solde ne serait exigible qu'à la date du terme convenu.

- Enfin, la créance nantie étant constituée par le solde du compte au jour de la réalisation, il est nécessaire de préciser que le nantissement demeure valable tant que le compte n'est pas clôturé⁷⁸ et que la créance garantie n'est pas intégralement payée.

2°) Le nantissement de compte de titres financiers

La mise en place d'un nantissement de titres financiers va, en pratique concerné peu de société au Mali ainsi que dans les pays membres de l'OHADA. En effet pour être inscrit, en compte les titres et valeurs mobilières doivent être dématérialisés, ce qui à ce jour concerne essentiellement les sociétés cotées auprès des bourses régionales de l'espace OHADA⁷⁹. Il est toutefois apparu nécessaire d'anticiper le développement de cette dématérialisation, d'autant que cette sûreté, dont le régime a été calqué sur celui existant en droit français, ne suscite que très peu de contentieux malgré son usage répandu. C'est ainsi que l'AUPOS y consacre les articles 146 à 155, regroupés dans une sous-section spécifique de la section 2 consacrée aux nantissements des droits d'associés, valeurs mobilières et comptes de titres financiers. L'article 146 de l'AUPOS révisé définit le nantissement d'un compte de titres financiers comme « *la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation l'ensemble des valeurs mobilières et autres titres financiers figurant dans ce compte.* »

- Comme tous nantissement, la convention de nantissement de compte de titres financiers est constituée par un écrit qui prend la forme d'une déclaration datée et signée par le titulaire du compte et comportant obligatoirement la désignation des parties, la désignation des titres formant l'assiette initiale du nantissement et des éléments permettant l'individualisation de la créance garantie.
- Contrairement aux autres nantissements prévus par le législateur, le nantissement de compte de titres financiers est opposable aux parties, à la société émettrice et aux tiers à compter de sa date de signature. Cela résulte clairement de l'art 147, dispose que « *Le nantissement de comptes de titres financiers est constitué, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire du compte.* » Il n'est donc pas à publicité ni à inscription au RCCM.

⁷⁸ Cela explique qu'en pratique, l'acte constitutif d'un nantissement de compte bancaire prévoit un engagement du constituant de ne pas clôturer le compte.

⁷⁹ À ce jour, il s'agit de la Bourse régionale des valeurs mobilières (BRVM), basée à Abidjan, pour les sociétés immatriculées dans l'espace de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), de la Bourse nationale des valeurs mobilières du Cameroun, la *Douala Stock Exchange* (DSX), et de la Bourse des valeurs mobilières d'Afrique centrale (BVMAC), basée à Libreville

Sûreté particulièrement flexible, le nantissement a pour assiette les titres financiers initialement inscrits au crédit du compte nanti, mais également ceux qui leur sont substitués ou qui les complètent ainsi que leurs fruits et produits. Cette flexibilité ne se fait pas au détriment du créancier nanti puisqu'il est prévu que les titres ou sommes augmentant l'assiette du nantissement sont réputés avoir été remis à la date de constitution du nantissement. Afin d'éviter toute confusion, il doit être ouvert au nom du constituant un nouveau compte dénommer « *compte spécial* » qui constituera le compte nanti et où seront inscrits les titres financiers. Les sommes correspondant aux fruits et produits de ces titres entrant obligatoirement dans l'assiette du nantissement, un compte spécial doit également être ouvert pour y porter ces sommes. Cet autre compte spécial est « *réputé faire partie intégrante du compte nanti à la date de la déclaration de nantissement* », selon l'article 150 de l'AUPOS. Ces comptes sont tenus par la personne morale émettrice ou par l'intermédiaire financier en charge de la gestion des titres apportés en garantie. Dans l'hypothèse où le teneur de compte ne serait pas autorisé à recevoir des fonds publics, le compte recevant les sommes correspondant aux fruits et produits de titres nantis devra être ouvert au près d'une personnalité habilitée à ce effet.

Comme ce qui concerne le nantissement du compte bancaire, les parties peuvent convenir que le titulaire du compte nanti pourra disposer des titres ou des montants qui y sont inscrits. Quand à la réalisation du nantissement de compte de titres financiers, elle est organisée par les articles 152 à 155 de l'AUPOS. Celle-ci ne peut intervenir qu'après une mise en demeure au formalisme très précis⁸⁰ permettant de garantir la bonne information du constituant du nantissement. Une fois le délai de réalisation expiré, le créancier nanti se verra attribuer en pleine propriété les sommes inscrites dans le compte nanti et, s'agissant des titres financiers, pourra attribuer en pleine propriété ou leur vente s'ils sont admis aux négociations sur un marché réglementé⁸¹.

3°) Le nantissement des droits de propriété intellectuelle

Le droit positif des sûretés de l'OHADA ne connaît les droits de propriété intellectuelle que comme un complément facultatif du nantissement du fonds de commerce. L'AUPOS propose,

⁸⁰ La mise en demeure devra reproduire intégralement les mentions suivantes « *faute de paiement, le nantissement pourra être réalisé par le créancier dans les huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalable convenu avec le titulaire du compte nanti* » et « *le titulaire du compte nanti peut, jusqu'à expiration du délai mentionné ci-dessus, faire connaître au teneur de compte l'ordre dans lequel les sommes ou titres financiers devront être attribués en pleine propriété ou vendus au choix du créancier.* »

⁸¹ Il s'agit ici de limiter les risques de spoliation du constituant.

autour des articles 156 à 161 une réglementation spécifique de ses droits sur le modèle de l'organisation des autres types de nantissements⁸² dont le caractère générale est le résultat de la diversité de ces droits. L'AUPOS dans son article 156 définit le nantissement des droits de propriété intellectuelle comme «*la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs, tels que des brevets d'invention, des marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles*». Dans la mesure où le droit des propriétés sont des biens frugifère qui ont, par nature, vocation, à être exploités, leurs fruits, par exemple les redevances d'exploitation, peuvent constituer l'essentiel ou une grande partie de la richesse du constituant. En conséquence, une extension automatique des fruits dans l'assiette du nantissement n'a pas semblé opportune et l'art 159 de l'AUPOS exclut donc, sauf convention contraire entre les parties, les accessoires et fruits résultant de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle nantissant l'assiette du nantissement des droits de propriété intellectuelle.

- Comme tous les nantissements, le nantissement des droits de propriété intellectuelle peut être conventionnel ou judiciaire, et sa validité est soumise à la rédaction d'un écrit comportant les mentions nécessaires au respect du principe de spécialité des sûretés, à savoir la désignation des parties, la désignation des droits apportés en garantie et les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie.
- Naturellement sans dépossession, son opposabilité aux tiers est soumise à publicité au RCCM. La nature particulière de ces droits nécessite également que soit prévue son inscription auprès de tout autre registre organisé par des règles spécifiques applicables à ce type de biens⁸³.
- Enfin, comme tous les nantissements, le nantissement des droits de propriété intellectuelle offre au créancier nanti un droit de suite, un droit de réalisation et un droit de préférence pour lesquels l'art 161 fait un renvoi aux règles communes applicables.

SECTION V : LES PRIVILEGES

Les privilèges mobiliers sont des sûretés régies par les art.176 et suivants de l'AUPOS qui, par la nature de la créance qu'elles constatent, procurent, à leur titulaire le droit d'être préféré

⁸² C'est-à-dire la définition, règle de constitution, règle d'opposabilité, droit conféré

⁸³ A ce jour il s'agit essentiellement des règles résultant des Accords de Bangui du 2 mars 1977

aux autres créancier. On distingue les privilégiés mobiliers généraux et les privilégiés mobiliers spéciaux.

A. LES PRIVILEGES GENERAUX

Elles se subdivisent en privilégiés généraux non soumis à la publicité et les privilèges soumis à la publicité.

Les privilèges mobiliers non soumis à la publicité sont, par ordre de préférence :

1°) *les frais d'inhumation, les frais de la dernière maladie du débiteur ayant précédé la saisie des biens ;*

2°) *les fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé son décès, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective;*

3°) *les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;*

4°) *les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques pour les trois dernières années ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;*

5°) *dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dues aux organismes de sécurité et de prévoyance sociales ;*

6°) *dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dont le débiteur est redevable au titre des créances fiscales et douanières.*

Les privilèges généraux soumis à la publicité sont les créances fiscales, sociales ou douanières dépassent le montant fixé légalement pour l'exécution provisoire des décisions de justice. Ces privilèges ne produisent effet que lorsqu'ils sont inscrits, dans les six mois de l'exigibilité de ces créances au RCCM. Sauf à préciser que le délai ne court en cas d'infraction à la législation fiscale, douanière ou sociale, qu'à compter de la notification de la contrainte ou du titre de perception ou de tout autre titre de mise en recouvrement. L'inscription conserve les droits du trésor, de la Douane ou des administrations de sécurité et de prévoyance pendant trois ans à compter de sa date et cesse de produire ses effets si elle n'est pas renouvelée avant expiration de ce délai (art 181 de l'AUPOS).

En instituant l'obligation pour les administrateurs précités d'inscrire et de renouveler, donc de publier, leurs créances, l'AUPOS met un terme à l'insécurité des autres créanciers quand à leurs chances de recouvrer leurs créances. En effet, le caractère occulte antérieur de ces créances du Trésor, de l'administration des douanes ou des organismes de prévoyance et de sécurité sociale, joint à leur importance, déniait toute chance aux organismes dispensateurs de crédits notamment de recouvrer leurs créances en cas de distribution des biens saisis sur un patrimoine d'un débiteur commun dont ils ignoraient qu'il était grevé par de telles charges privilégiées.

Les privilèges généraux confèrent à leurs titulaires un droit de préférence qu'ils exercent conformément aux règles applicables au classement et à la distribution des sûretés (art.179 de l'AUPOS).

B. LES PRIVILEGES MOBILIERS SPECIAUX

Les privilèges mobiliers spéciaux résultent des créances attachées à des meubles. L'art 182 de l'AUPOS dispose que « Les créanciers titulaires de privilèges spéciaux ont, sur les meubles qui leur sont affectés comme assiette par la loi, un droit de préférence qu'ils exercent, après saisie, selon les dispositions prévues par l'article 226 du présent Acte uniforme »

L'existence de telles sûretés est ordinairement justifiée par trois de base :

- On considère d'abord que certains créanciers disposent de par la loi, d'un nantissement tacite sur un bien de leur débiteur qui leur sert de garantie : tel est le cas du bailleur d'immeuble qui dispose d'un privilège sur les meubles garnissant les lieux loués (art. 184 de l'AUPOS) ; du transporteur terrestre, sur la chose transportée, pour tout ce qui est dû à condition qu'il y ait un lien de connexité entre la chose transportée et la créance (art. 185 de l'AUPOS) ; ou encore du commissionnaire sur les marchandises qu'ils détiennent pour le compte du commettant en garantie de ses créances nées du contrat de commission (art. 188 de l'AUPOS) ;
- Ensuite certains créanciers sont privilégiés parce qu'ils ont augmenté la valeur du patrimoine de leur débiteur : c'est le cas du vendeur de meubles qui a sur le meuble vendu, un privilège pour garantir du paiement du prix (art.183 de l'AUPOS). Le droit de préférence s'exerce aussi le cas échéant, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance du meuble qui péri ou disparu, tant qu'elle n'est pas payée (art.182 al.2 de l'AUPOS) ;

- Enfin certains privilèges sont fondés sur l'idée de la conservation, par le travail de ses créanciers, de la valeur du patrimoine d'un débiteur. Est ainsi privilégiée sur un bien déterminé la personne qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter sa disparition ou sauvegarder l'usage auquel il est destiné (art.189 de l'AUPOS) ; de même les travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux ont un privilège sur les sommes restant dues à celles-ci pour les travaux exécutés, en garantie des créances nées à leur profit à l'occasion de l'exécution de ces travaux (art.114 de l'AUPOS).

CHAPITRE II : TYPOLOGIE DES SURETES IMMOBILIERES

Les sûretés immobilières sont des droits réels accessoires qui comportent les deux prérogatives de tout droit réel : le droit de suite et droit de préférence. Elles nécessitent l'existence d'une créance à garantir et elles ont donc un caractère accessoire ce qui veut dire qu'elles suivent le sort de la dette garantie tant que la transmission que pour l'existence de cette dernière. Elle on caractère indivisible : l'immeuble grevé par la sûreté garanti l'intégralité de la dette et chaque fraction de la créance est garantie par la totalité de l'immeuble aussi la conséquence la plus intéressante pour le créancier apparait en cas de décès du débiteur avec plusieurs héritiers car celui qui recueillera sur tenu pour le tout.

Le législateur de l'OHADA a amélioré le régime des hypothèques tel qu'issu de l'Acte uniforme sur les sûretés du 17 avril 1997 (AUPOS), afin de renforcer son attractivité et de créer les conditions pour développer davantage le crédit hypothécaire. De nouvelles dispositions régissent les hypothèques et quelques innovations ont été introduites s'agissant de leur réalisation.

SECTION I : LES DISPOSITIONS GENERALES RELATIVES A L'HYPOTHEQUE

Les modifications opérées par le législateur sont relatives à la définition de l'hypothèque (1), à l'admission des hypothèques des biens futurs (2), à l'hypothèque des immeubles indivis (3) et à l'inscription des hypothèques (4).

A- DEFINITION DE L'HYPOTHEQUE :

L'art 190 de l'AUPOS dispose que « *l'hypothèque est l'affectation d'un immeuble déterminé*

ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables.

Elle est légale, conventionnelle ou judiciaire. »

Cette définition est plus précise que celle donnée par l'article 117 de l'AUPOS de 1997, qui se bornait à définir l'hypothèque comme étant «*une sûreté réelle immobilière conventionnelle ou forcée* », conférant à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence. En outre, à titre supplétif, il est prévu à l'art 192 de l'AUPOS, que seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque⁸⁴.

B- L'HYPOTHEQUE DES BIENS FUTURS :

Il a été introduit à l'art 203, al 2, de l'AUPOS, la possibilité exceptionnelle d'hypothéquer un immeuble futur sur le modèle de l'art 2420 du code civil français. Cette innovation majeure s'inscrit dans la volonté du législateur de faciliter davantage l'accès au crédit. L'article 203 de l'AUPOS précité prévoit trois hypothèses dans lesquelles une hypothèque sur un immeuble à venir pourra être consentie. Peut ainsi hypothéquer un immeuble futur :

- Celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition ;
- Celui dont l'immeuble présent assujetti à l'hypothèque a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance le peut pareillement, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement ;
- Celui qui possède un droit réel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, sur le domaine public ou sur le domaine national peut hypothéquer les bâtiments et ouvrages dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement.

C-HYPOTHEQUE DES BIENS INDIVIS

⁸⁴ Selon le code domanial et foncier (CDF) dans son article 72 « cette garantie est obtenue au moyen de la publicité dans les livres fonciers, à un compte particulier ouvert pour chaque immeuble, de tous les droits réels qui s'y rapportent, ainsi que les modifications de ces mêmes droits ladite publicité étant précédée de la vérifications des justifications produites et faisant foi à l'égard des tiers, le tout dans les limites et conformément aux dispositions ci-après formulées »

L'art 194 de l'AUS modifié par l'art 121 de l'AUPOS de 1997, afin de permettre à un coïndivisaire de consentir une hypothèque sur un bien indivis. Si l'alinéa premier est resté inchangé, l'article 194 vient amender l'al 2 de l'article 121 et ajouter un nouvel alinéa « *L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage, si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti de l'immeuble indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.*

L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement, sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation. »

La faculté reconnue à un seul indivisaire de consentir une hypothèque sur sa quote-part de l'immeuble indivis constitue une avancée notable dans la sécurisation de la situation du créancier d'un héritier coïndivisaire. Elle est également et surtout un début de réponse à la longueur généralement déploré, tant par les praticiens que les auteurs des procédures de partages en matière de succession. En effet avec une nouvelle disposition, le cohéritier propriétaire d'un bien indivis n'est pas contraint d'attendre la décision de partage avant de fournir un garantie hypothécaire a un créancier. L'hypothèque consentie par un cohéritier sur sa quote-part de m'immeuble indivis contribuera, sans contexte, à rendre plus flexible et partant plus attractive cette sûreté immobilière.

D- L'INSCRIPTION DES HYPOTHEQUES :

L'art 123 de l'AUPOS de 1997 a été amendé par l'art 196 de l'AUPOS, qui a ajouté deux précisions portant,

- d'une part, sur le fait que l'inscription a une durée déterminée dans la limite de trente ans au jour de la formalité, sauf disposition contraire d'une loi nationale,
- d'autre part, sur l'absence d'incidence de cette durée de l'inscription sur celle de l'hypothèque qui peut, quant à elle, être indéterminée. Il s'agit là d'une précision

juridique importante apportée par le législateur qui vient bien faire la distinction entre la durée de l'hypothèque et celle de l'inscription.

Ainsi, l'inscription d'une hypothèque a toujours une durée déterminée, dans la limite de trente ans, à compter du « jour de la formalité, sauf disposition contraire d'une loi nationale », et ce, bien que l'hypothèque soit constituée pour une durée indéterminée.

« L'inscription a une durée déterminée et conserve le droit du créancier jusqu'à une date devant être fixée par la convention ou la décision de justice dans la limite de trente ans au jour de la formalité, sauf disposition contraire d'une loi nationale. Son effet cesse si elle n'est pas renouvelée, avant l'expiration de ce délai, pour une durée déterminée.

Il en va de même lorsque l'hypothèque a été constituée pour une durée indéterminée. »

SECTION III : LA REALISATION DE LA GARANTIE HYPOTHECAIRE

Le législateur ne s'est pas seulement contenté d'amender ou de préciser certaines dispositions issues du texte de 1997, mais dans sa réforme il a consacré certaines innovations tendant à faciliter essentiellement la mise en œuvre de la garantie hypothécaire. Dans sa quête de perfection des règles relatives à l'hypothèque, le législateur a voulu faciliter la réalisation de la garantie hypothécaire en permettant au créancier d'éviter, la longueur, la complexité, voire les incertitudes de la procédure de saisie immobilière.

Selon le CDF qui dispose dans son art98 al 1^{er} que « l'hypothèque est forcée ou conventionnelle », quand aux arts 197 à 203 se rapportent essentiellement à la possibilité donnée au créancier hypothécaire d'obtenir, sous réserve de certaines conditions, l'attribution de l'immeuble donné en garantie, en vertu soit de la convention d'hypothèque (1), soit d'une décision judiciaire (2).

A- L'ATTRIBUTION CONVENTIONNELLE DE L'IMMEUBLE HYPOTHEQUE :

D'après le CDF qui stipule dans son art 98 al.3 que « l'hypothèque *conventionnelle est celle qui résulte des conventions* ». L'AUPOS révisé offre une innovation majeure en admettant le pacte comissoire, en matière d'hypothèque. L'article 199 dudit texte admet qu'il puisse être prévu dans la convention d'hypothèque une clause selon laquelle le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué (al. 1^{er}), à condition que le constituant soit une

personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation.

La possibilité de conclure un pacte comissoire a donc été étendue à certaines personnes physiques pour répondre au besoin de favoriser l'accès au crédit des commerçants personnes physiques possédant des immeubles à usage professionnel. Le danger supposé du pacte comissoire, notamment pour les familles des constituants, est fortement atténué par l'exclusion des immeubles à usage d'habitation. De plus, à l'issue d'un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extrajudiciaire demeurée sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte établi selon les formes requises par chaque État partie⁸⁵ en matière de transfert d'immeuble (al. 2).

Ce texte constitue un avancé majeur par rapport au texte antérieur selon le quel le créancier non payé pouvait mettre en œuvre la sûreté dont il bénéficie par voie de saisie immobilière⁸⁶, sous réserve ce pendant de l'interdiction du pacte comissoire et de la clause de voie parée. Il convient de noter que l'attribution conventionnelle de l'immeuble hypothéqué résultant d'un pacte comissoire pourrait, comme la clause de voie parée, porter atteinte aux intérêts du débiteur, soit parce que le bien conservé par le créancier a parfois une valeur supérieure à celle de la créance, soit parce que la vente conventionnelle ne permet pas de réaliser le bien à un meilleur prix.

Mais cette problématique est réglée par l'article 200 de l'AUPOS qui prévoit que l'immeuble doit être estimé par un expert désigné amiablement ou judiciairement. Si la valeur estimée de l'immeuble dépasse celle de la créance, le créancier devra reverser au constituant une somme égale à la différence. S'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il consignera ladite somme.

B- L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE DE L'IMMEUBLE HYPOTHEQUE :

D'après les dispositions de l'article 198 de l'AUPOS, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement, à moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger.

⁸⁵ Dans ce cas de figure au Mali nous avons recours au notaire afin procédé à une mutation de patrimoine du débiteur à celui du créancier selon les disposition du RGO..

⁸⁶ La procédure de réalisation proprement dite relève des voies d'exécution telles qu'organisées par l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et voies d'exécution (AUPSRVE) aux articles 246 et suivants, sous réserve des dérogations apportées par le droit des sûretés. Elle commence par un commandement de payer adressé au débiteur qui peut arrêter les poursuites en payant la dette ; ensuite, l'immeuble est mis aux enchères publiques et, si la vente est réalisée, la distribution du prix se fera suivant la procédure d'ordre.

Cependant, l'article précité apporte, en son alinéa 2, un tempérament à cette faculté reconnue au créancier, en ce sens que ce dernier ne pourra demander en justice l'attribution de l'immeuble hypothéqué, si celui-ci constitue la résidence principale du constituant. Admettre le contraire aurait certainement créé une levée de boucliers dans l'espace OHADA, et ce, pour protéger les familles des constituants. Il convient de noter également que dans le cas de l'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué, tout comme dans celui de l'attribution conventionnelle, l'AUPOS révisé prévoit que l'immeuble doit être estimé par un expert désigné amiablement ou judiciairement dans les conditions prévues par l'article 200 évoqué plus haut.

TROISIEME PARTIE : CADRE ANALYTIQUE

CHAPITRE III : LES FORCES ET LES FAIBLESSES DU SYSTEME BANCAIRE DE LA BDM-SA

SECTION I : LES FORCES DU SYSTEME

Dans trop de banques, encore aujourd'hui, « le client est un intrus » déclarait Alain Le Noir⁸⁷. « Il m'arrive assez souvent d'entrer dans une banque et d'observer ce qui s'y passe. C'est atterrant ! Il faut quelques fois dire deux fois bonjour pour que le guichetier lève la tête... non pas pour dire bonjour, mais simplement pour voir quel était l'intrus qui osait le saluer». Il n'empêche la BDM-SA a pu assimiler cette notion de qualité et d'accueil ce qui fait la différence entre la-SA BDM et d'autres banques.

Peu de banques africaines sont en réelle difficulté. La plupart satisfont aux exigences actuelles des commissions bancaires comme la BDM-SA. A de rares exceptions près⁸⁸ elles sont liquides, rentables et solvables. C'est bien la raison pour laquelle le Conseil des Investisseurs pour l'Afrique Noire (CIAN) classe le secteur bancaire parmi les secteurs d'activité les plus fiables en Afrique.

Parmi les forces de la BDM-SA, on peut citer la qualité et la diversité des produits et services, une informatique qui n'a rien à envier à celle des autres banques de la sous région, un développement remarquable de la monétique et de la banque à distance. La BDM-SA analyse les besoins et prend en compte les désirs et les attentes du client (du marché⁸⁹). Elle développe son propre marketing⁹⁰ et peut espérer connaître le succès par la réalisation de ses objectifs à travers la satisfaction de ses clients. Il a ensuite rapidement évolué vers une situation d'offre, c'est-à-dire de forte concurrence, où il a fallu à la BDM-SA de prendre en compte les besoins non seulement de la clientèle, mais surtout des clientèles⁹¹. Et c'est ainsi que la BDM-SA s'est progressivement organisée par métiers ; c'est d'ailleurs en étant exemplaire et professionnelle dans leurs critères d'analyse et de décision en matière d'octroi de crédits, qu'elle a pu assimiler, par contagion, et améliorer le professionnalisme de leur clientèle d'entreprises.

⁸⁷ Alain le Noir ou Alain de Bretagne, Alain, conte de Bretagne, (souvent désigné comme comte de Richmond) fut un important baron anglo-breton du règne d'Étienne d'Angleterre (1135-1154)

⁸⁸ Mais ces exceptions existent aussi sur les autres continents.

⁸⁹ Bien entendu, la situation de marché n'est pas la même dans les deux cas. Dans le 1er cas, le marché est en position de demande ; dans le second cas, le marché est en position d'offre.

^{90 90} Sans une bonne communication, tant interne qu'externe, les interactions indispensables et complémentaires entre les 8P ne seront pas optimales. En d'autres termes, une communication efficace est l'huile qui va permettre à tous les rouages de l'entreprise de fonctionner avec efficacité

⁹¹ Ce qui permet de mettre à profit les informations aux clients détenus par la BDM-SA et les autres encore non acquis (public).

Il en est de même des efforts louables dans la recherche d'une plus efficace proximité du client par la création d'agences en milieu urbain. Sans oublier le fort potentiel des ressources humaines, qui demeure l'un des atouts majeurs de la BDM-SA.

Un secteur bancaire sain et professionnel peut en effet jouer un rôle d'entraînement extrêmement important, un rôle structurant, auprès des entreprises et des individus qui recourent à ses services.

Cette culture de la proximité avec la clientèle détermine sur la pratique des garanties du crédit.

D'abord, tout en étant dans une posture de sécurisation de ses transactions, la BDM-SA a développé un système d'information transparent pour sensibiliser ses clients sur les palettes de garanties offertes au niveau de l'Institution.

Il s'agit concrètement d'un guide mis à la disposition des clients dans le cadre du processus d'octroi du crédit et surtout dans la mise en place des garanties réelles.

La complexité du champ des garanties réelles est telle que le client a besoin de la bonne information. Ainsi les banques collaborent avec des notaires spécialistes de la question qui peuvent accompagner le client dans cette phase très délicate.

L'impact d'une telle politique est entrain de porter ses fruits dans la mesure où les clients connaissent les garanties appropriés à chaque type de crédit.

Par ailleurs, si tant est que, le client de bonne foi connaît des difficultés de remboursement, la garantie qu'il a affectée pour faire face à sa défaillance ne sera mise en œuvre qu'après avoir recherché des solutions alternatives à la saisie.

Malheureusement cette volonté de parfaire le système n'a pas atteint tous les objectifs escomptés car il demeure des faiblesses et limites dans ledit système

SECTION II : LES FAIBLESSES DE LA BDM-SA

Les acteurs sont souvent trop nombreux pour des marchés à fort potentiel mais assez étroits. Reste toutefois que les établissements doivent innover pour élargir leur clientèle. « La plupart d'entre eux se positionnent sur le financement du commerce et des grandes entreprises. Ils doivent développer de nouvelles niches de services aux PME-PMI et aux populations non bancarisées », explique un analyste du fonds d'investissement américain⁹² Intangis.

⁹² Pierre-Cyrille, analyste, professeur américain

Par ailleurs, comparées à leurs consœurs internationales, les banques africaines ainsi que la BDM-SA sont encore de taille modeste. Et souvent trop nombreuses pour des marchés, certes à fort potentiel⁹³, mais qui demeurent assez restreints.

La faiblesse de la BDM-SA est le taux de créances douteuses dans leurs actifs. S'il a reculé en 2011 pour ce situé entre 5% et 10% cette proportion est encore nettement supérieure à la moyenne mondiale qui tourne autour de 3%. Pour se hisser au niveau des groupes internationaux et être capables de financer convenablement le développement de l'économie d'un pays comme la Mali, la BDM-SA n'aura d'autre choix que de se conformer aux normes internationales, mais de tenir compte également des réalités du système économique, foncier et social du Mali.

En effet, force est de constater que la politique de mise en place des garanties semble ignorer certaines réalités propres à notre système économique. La plainte majeure des opérateurs économiques est que les banques ignorent le secteur informel marqué par une faiblesse des moyens mais également par le fait que les acteurs dudit secteur ne sont pas à la tête du patrimoine important pour servir de garantie.

Les banques africaines sont trop grandes consommatrices de garanties.

Par ailleurs, le système foncier africain et malien en particulier est un obstacle à la mise en place des garanties car il y a des maliens qui habitent des maisons depuis des décennies sans pour autant disposer de titre. Dans ces conditions, ils ont le statut de détenteur paisible. Malheureusement vu la précarité qui caractérise leur situation, il est impossible de leur demander de fournir des garanties hypothécaires, même si une telle démarche se justifie du point de vue juridique, la banque n'a pas mis en place une politique pour intégrer ces exclus du crédit.

La conjoncture économique favorable conjuguée aux diverses réformes porté par l'AUPOS permet à la BDM-SA ainsi qu'aux banques africaines de franchir un nouveau cap dans leur développement, parce qu'elles ont une meilleure connaissance du marché et une meilleure perception du risque.

⁹³Taux de bancarisation inférieurs à 20 %

CHAPITRE IV : SUGGESTIONS ET RECOMMANDATIONS

Une distribution correcte du crédit, répondant à la fois aux contraintes de sécurité du système bancaire et aux besoins de l'économie, n'exige pas seulement que le péril du crédit soit couvert par des marges appropriées ; elle appelle aussi une maîtrise renforcée de ce risque et une atténuation de ses conséquences lorsqu'il survient.

SECTION I : METTRE A PROFIT LES NOUVELLES OPPORTUNITES OFFERTES PAR AUPOS

Les réformes initiées dans l'AUPOS vont permettre à nombre d'établissements de repartir sur de bonnes bases.

Même si les sûretés réelles sont parfois efficaces pour le recouvrement de la créance, cela ne signifie pas qu'il ne faille pas l'améliorer, surtout que parfois leur prise est entourée de difficultés. Ainsi, il ne serait pas superflu de faire des propositions allant dans le sens l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUPOS) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) qui, dans sa réforme, offre une innovation aux banquiers ainsi qu'aux demandeurs de crédit. Les principales innovations portent essentiellement sur les sûretés réelles ;

- **Extension expresse de l'objet des sûretés à tous biens présents ou futurs et à toutes obligations futures, conditionnelles**, monétaires (compte bancaire) ou non ;
- **Nouvelle typologie** qui permet plus de souplesse : distinction entre gage et nantissement fondée sur la nature corporelle (gage) ou incorporelle (nantissement) du bien donné en garantie et non plus sur la dépossession ou la non – dépossession, ce qui n'oblige plus le constituant à se défaire du bien gagé. Il en résulte une plus grande souplesse de cette sûreté qui pourra être constituée sur des biens futurs et dont l'assiette pourra rester entre les mains du constituant.

L'efficacité de cette sûreté est également renforcée par l'admission du pacte commissaire sous certaines conditions. Cela permet, en outre, le fait au débiteur de conserver l'usage d'un bien qu'il apporte en garantie et de multiplier sa capacité d'accès aux crédits. Le gage sans dépossession favorise la constitution de gages successifs sur un même bien.

- **Possibilité de faire constituer, inscrire et réaliser toute sûreté** par une institution financière agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers
- **Possibilité de réalisation conventionnelle (pacte comissoire)**, sauf pour le nantissement de fonds de commerce. En particulier, grâce au pacte comissoire, le créancier hypothécaire peut faire constater le transfert de la propriété de l'immeuble à son profit dès lors qu'une mise en demeure de payer est restée sans effet pendant plus de 30 jours. Pour procéder à ce transfert, il n'a besoin ni de l'intervention d'un juge, ni du concours d'un avocat, d'un notaire, encore moins d'un huissier. L'importation dans l'espace OHADA de cette tendance à la déjudiciarisation facilite en rendant efficace la réalisation des hypothèques pour les banquiers.

La réforme actuelle du droit positif ne laisse aucune place aux garanties fondées sur une situation d'exclusivité, c'est-à-dire aux garanties qui permettent à un créancier d'évincer tout concours avec un autre créancier de son débiteur, soit parce que ce créancier peut exercer un pouvoir de blocage sur un bien appartenant à ce débiteur tant qu'il ne reçoit pas un complet paiement de sa créance (en application d'un droit de rétention) soit parce que ce créancier s'est vu conférer, à titre de garantie, un droit de propriété sur un bien susceptible d'appartenir à son débiteur après complet paiement de sa dette par ce dernier (en application d'une clause de réserve de propriété ou d'une cession à titre de garantie). Cette ignorance par l'AUPOS des garanties fondées sur l'exclusivité est difficilement compréhensible au regard de leur importance pratique et des enjeux actuels du développement du crédit en Afrique.

SECTIONII : CONTRIBUTION AU RENFORCEMENT DE LA BANQUE DES CONTRATS TYPES AU NIVEAU DE LA BDM-SA

Les formulaires ne contiennent que des clauses standard de base (montant, durée, objet, taux d'intérêt attribution de compétence....) et/ ou certaines clauses qui sont d'ordre légal (références des parties, clauses d'exigibilité, engagements de l'emprunteur, élection de domicile,...)

La classification et rédaction des formulaires correspondent aux cas les plus fréquemment rencontrés par les organismes dispensateurs de crédit.

Ainsi les contrats types ont été établis en fonction de plusieurs critères :

- La catégorie de la clientèle (Personnes morales- Entrepreneurs individuels commerçants – Personnes physiques).
- La nature de l'acte (Découvert – Prêt – Ouverture de crédit – Garantie
- La nature de garanties octroyées par le débiteur ;
- L'existence ou non des relations de compte courant en parties

Pour répondre à des cas spécifiques, des options sont prévus sous formes de variantes. Il appartiendra en tout état de cause aux utilisateurs d'aménager les formes types en fonction de leurs besoins.

EXEMPLE FORMULAIRE DE NANTISSEMENT DES TIRES

ENTRE

La « BANQUE » société anonyme au capital de immatriculée au RCCM de sous le numéro....., dont le siège social agissant en sa qualité de..... (titre),

Ci-après dénommée « la BANQUE », d'une part,

ET

Variante 1- Nantissement par une personne morale ou un entrepreneur individuel

La.....⁹⁴, au capital de,FCFA, immatriculée au RCCM de....., sous le numéro....., dont le siège social est à.....,, représentée par, dûment habilité à ce effet,

Variante 2- Nantissement par une personne physique non commerçante

Monsieur (Madame)....., né(e) le à,..... (fonction), titulaire de la carte nationale d'identité (Passeport) N°....., (fonction)....., domicilié à.....

Ci après dénommée « le Constituant », d'autre part,

Ci-après collectivement dénommées « les parties »

APRES AVOIR PREALABLEMENT EXPOSE QUE :

⁹⁴ Préciser ici la forme sociale ou nom de l'entreprise individuelle (SA, SARL, Etablissement « Tandia et frères » par exemple)

Par un acte en date du , la « BANQUE » a consenti à(bénéficiaire de l'obligation principale) un(obligation principale garantie) à concurrence de la somme de FCFA

En contre partie de son engagement, la « BANQUE » a demandé au Constituant de nantir à son profit des titres dans les conditions qui ont été convenues entre les parties.

RECOMMANDATIONS SUR CE TYPE DE CONVENTION

S'il s'agit d'un acte de **nantissement** pris en **compte courant** il conviendra d'y faire référence en introduisant au début du préambule la formule indicative suivante « les relations d'affaires entre..... (nom du bénéficiaire de l'obligation principale) et la « BANQUE » sont comptabilisées en un compte courant uniquement ouvert par la « BANQUE » dans ses livres au profit de (nom du bénéficiaire de l'obligation principale) en vertu d'une convention en date du et qui définit notamment les conditions d'ouverture, de fonctionnement et de clôture de ce compte courant »

-Compte tenu de la durée limitée de la validité de l'inscription de la plupart des sûretés mobilière (1 an pour le nantissement des stocks et la clause de réserve de propriété, 3 ans pour les privilèges généraux et 5 ans pour les autres sûretés mobilières et les contrats de crédit-bail) il est souhaitable d'insérer dans le contrat une clause engageant les parties à **renouveler la garantie et l'inscription** prise dans la mesure où l'obligation principale garantie peut durer plus longtemps que la validité de l'inscription prise.

-Si l'acte de crédit n'est pas pris en compte courant, il conviendra d'introduire dans le corps une clause spécifique relative à la **comptabilisation de l'opération dans un compte et distinct** du compte courant.

-Lorsqu'une **assurance** est souscrite par le débiteur dans le cadre du crédit octroyé, il est nécessaire de le mentionner dans le contrat.

-Les **chiffres** concernant les montants en causes, la durée et le nombre des échéances doivent être précisés entre parenthèses **en lettres** aussitôt après leur indication en chiffres dans tous les contrats.

- Le **taux effectif global (TEG)** qui doit être mentionné dans tous les contrats de crédits, sous peine de nullité de la stipulation d'intérêts, comprend tous les frais, y compris les frais de

dossier, d'actes notariés, de constitution de garanties ayant concouru directement ou indirectement à la formation du contrat.

CONCLUSION

La garantie bancaire se présente comme un moyen permettant de faciliter l'accès aux ressources financières et de partager les risques. Pour utiles qu'elles soient, les garanties ne doivent être utilisées que comme l'accessoire du crédit, l'essentiel pour le banquier consiste à prendre conscience des risques qu'il assume et avant tout, à analyser les facultés de remboursement effectif par le client, du crédit par lui sollicité.

A travers l'organisation des sûretés opérée par l'acte uniforme, le crédit a de fortes chances d'être relancé⁹⁵. Son organisation simplifiée et centralisée⁹⁶, va sans aucun doute faciliter sa gestion. Cette mesure permet : la disponibilité des crédits dans les délais exigés par les activités économiques des clients, de manière permanente et certaine; une nécessaire transparence dans l'utilisation des ressources pour établir la confiance entre les auteurs et une véritable répartition des risques.

Le demandeur de crédit doit donc pouvoir l'obtenir en exploitant cette diversité offerte par le législateur OHADA. En plus, la liste des sûretés n'a pas été close par le législateur qui a ouvert des brèches permettant à chaque Etat d'utiliser des garanties qui cadrent avec son environnement juridique et économique, à la condition que ces dernières soient intégrées dans une des catégories de l'acte uniforme relatif aux sûretés. Sans aucun doute, de nombreuses garanties restées en usage dans la pratique et qui n'ont pas été organisées par le législateur communautaire, ni supprimées, sont désormais soumises au régime de publicité organisée par l'acte uniforme.

La satisfaction dans les rapports économiques en présence repose sur les facultés de réalisation de ces biens consentis car, le banquier est assuré du remboursement, en mettant en jeu la garantie, puisqu'il y va de sa propre santé financière. Dans ce sens, l'acte uniforme sur les voies d'exécution est venu faciliter, voire alléger les tracasseries souvent rencontrées,

⁹⁵ F. ANOUKAHA, op. cit., p. 75, n° 181.

⁹⁶ Toutes les sûretés de l'acte uniforme doivent pour être opposables, être inscrites au RCCM.

antérieurement face aux débiteurs récalcitrants. En sus l'attribution conventionnelle vient renforcer l'efficacité des garanties réelles.

Gageons que la méfiance des banquiers ne sera plus qu'un mauvais souvenir au regard des facilités offertes par l'AUPOS. La BDM jouera sa partition dans le développement du Mali en apportant son concours aux acteurs de l'économie.

Pour réussir ce pari, les hommes d'affaires étrangers doivent apprécier la fiabilité de ces divers instruments en usage et la sécurité que cet environnement juridique et économique est propre à procurer. Mais auparavant, les hommes d'affaires Africains et Malien en particulier, doivent eux-mêmes s'engager dans cet élan de valorisation de ces nouveaux instruments pour pouvoir donner une nouvelle image de la sécurité de l'investissement qui y est rattachée.

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GENERAUX

- 1 - ANOUKAHA (F.) : OHADA : Sûretés, UNIDA, 2002, 279 pages.
- 2 - ASSI-ESSO (A.-M.) et DIOUF (N.) : OHADA : Recouvrement des créances, UNIDA, 2002, 254 pages.
- 3-CORREA Jean-Louis, droit des sûretés dans l'espace OHADA.
- 4-COLLART DUTILLEUL (F.) et JEAN-LUC, Contrats civils et commerciaux 2010, 141 pages.
- 5 - FAVIER (J.) : De l'or et des épices, Naissance de l'homme d'affaires au Moyen Age, Fayard, 1997, 483 pages.
- 6 - GUILLIEN (R) et VINCENT (I) : Lexique des termes juridiques, Dalloz, 17^{ème} éd., 2010, 562 pages.
- 7 - LEFEBVRE (F.) : Contrats et droits de l'entreprise, éd. F. Lefebvre, 2002, 1342 pages.
- 8 – SAKHO Abdoulaye, pratiques des garanties du crédit, 1^{ère} édition, 334 pages.

II - OUVRAGES SPECIALISES

- 1-BONNEAU THIERRY, Droit bancaire, 2011, 727 pages.
- 2 - GERSAULT (P.) et PRIAMI (S.) : Les opérations bancaires à l'international, Banque éditeur, Collection banque, ITB, 2001.
- 3- MONDINO (J.) et THOMAS (Y.) : Droit du crédit, AENGDE, 222 pages.
- 4-NEAU- LEDUC PHILIPPE, Droit bancaire 4^{ème} édition, Dalloz.
- 5-VIENCENT JEAN et PREVAULT JACQUES, Voies d'exécution et procédures de distributions 15^{ème} édition, Dalloz.

TEXTES

I - CODES ET ACTES UNIFORMES

A- CODES

- Code de civil français

- Code de commerce

- Code de procédure civile et commerciale - Code pénal

- Code domanial et foncier

- Régime générale des obligations

ACTES UNIFORMES

- Acte uniforme relatif au droit commercial général

- Acte uniforme portant organisation des sûretés

- Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

- Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif

TABLE DES MATIERES

Avant-propos.....	i
Dédicaces.....	ii
Remerciements.....	iii
Sommaire.....	iv
Introduction.....	1

PREMIERE PARTIE : CADRE THEORIQUE ET METHODOLOGIQUE

Chapitre I : Environnement et objet de l’étude.....	6
Section I : contexte.....	6
Section II : Problématique.....	8
Section III : Objectifs de la recherche.....	9
Section IV : Intérêt du sujet.....	10
Section V : Revue littérature.....	11
Chapitre II : Matériels et méthodes.....	12
Section I : Techniques de recueil des données.....	12
Section II : Techniques d’analyse des données.....	13
Section III : Difficultés rencontrées.....	13
Chapitre III : Présentation de la BDM-SA.....	13
Section I : Localisation.....	13
Section II : Historique.....	14
A- L’ ex BDM.....	14
B- La BMCD-SA.....	15
C- La fusion BDM-SA/ BMCD.....	15
Section III : Missions et objectifs.....	16

A- Missions.....	16
B- Objectifs.....	17
Section IV : Structure et organisation.....	17
A- Structure.....	17
1- L’assemblée Générale des Actionnaires.....	17
2- Conseil d’administration.....	18
3- Directeur générale.....	18
B- Organisation.....	18
1- Entité de gestion.....	18
2- Les pôles d’appui.....	19
• La répartition du capital.....	21
• Les chiffres clé.....	21
Chapitre IV : Les différentes types de crédits accordés et les garanties y rattachées.....	22
Section I : Procédure d’octroi de crédit.....	22
A- Appréciation du débiteur et de la garantie.....	22
B- Etude de diagnostic de la demande de crédit.....	23
1- Analyse de la demande de crédit.....	23
2- Analyse des états financiers de l’entreprise.....	24
3- Analyse des documents juridiques et actes de garanties.....	24
Section II: Les différentes formes de crédits accordés par la BDM-SA.....	25
I- Les crédits à court termes.....	25
II- Les crédits à moyen et à long terme.....	27
• Processus d’octroi de crédit aux entreprises au niveau du pôle d’exploitation : cas de la BDM-SA.....	28
1- Identification des clients.....	29
2- Les engagements.....	29
a- Crédit de fonctionnement.....	30
b- Crédit d’investissement.....	33
3- Les garanties.....	33
a- Les garantis immobilières.....	34
b- Les garanties mobilières.....	34
c- Le nantissement des droits incorporels	34

d- Octroi du crédit et gestion des risques.....	34
---	----

DEUXIEME PARTIE : CADRE COMCEPTUEL ET DONNEES DE BASE

Chapitre I : Typologies des suretés mobilières.....	38
Section I : Droit de rétention.....	39
I- Les conditions du droit de rétention.....	40
A- Les applications textuelles du droit de rétention.....	40
1- Les hypothèses de rapport contractuel.....	40
2- les hypothèses d'absence de rapport contractuel.....	41
B- L'extension du droit de rétention.....	41
1- Détention de la chose retenue.....	41
2- La connexité entre la créance et la chose retenue.....	43
I- Les effets du droit de rétention.....	44
Section II : Propriété cédée ou retenue a titre de garantie.....	45
I- La réserve de propriété ou propriété retenue.....	45
A- Notion de propriété retenue.....	45
B- Le régime juridique de la réserve de propriété.....	46
II- Propriété cédée a titre de garantie.....	48
A- La cession de créance.....	48
B- Transfert fiduciaire de somme d'argent.....	49
Section III : Le gage.....	50
A- Le droit commun du gage.....	50
1- Définition du gage.....	50
2- La constitution.....	51
2.1- La nouvelle définition des créances.....	51
2.2- La limitations de l'objet du gage aux biens corporels.....	52
2.3- La rédaction d'un écrit : seule condition de validité du gage.....	52
2.4 – Opposabilité du gage : remise de la chose gagée ou inscription.....	53
3- Les effets du gage.....	54

3.1- Le droit de rétention limité au gage avec dépossession.....	54
3.2- Le dessaisissement involontaire du créancier.....	54
3.3- Le gage des choses fongibles.....	55
3.4- Les fruits de la chose gagée.....	56
3.5- La réalisation du gage : consécration du pacte commissoire.....	56
3.6- La perte ou détérioration de la chose gagée.....	58
3.7- Préférence en cas de gage successif.....	58
3.8- Obligation de conservation du bien gagée.....	59
3.9- La généralisation de l’obligation de maintien de la valeur du bien.....	60
3.10- Le péril affectant le bien gagé.....	60
4- L’extension du gage.....	61
B- Les dispositions particulières à certains gages.....	61
1- Le gage du matériel professionnel et nantissement de fond de commerce.....	62
a- Le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles.....	62
b- Le gage des véhicules automobiles.....	63
2- Le gage de stocks.....	63
a- Emission d’un bordereau de gage.....	63
b- Assurance complémentaire des stocks.....	64
c- Vente des stocks gagés et consignation du prix.....	64
Section IV : Le nantissement.....	65
A- Régime juridique.....	66
1- Le nantissement de créance.....	66
d. Détermination des créances nanties et des obligations garantie – forme du nantissement.....	66
e. La validité et opposabilité du nantissement.....	66
f. Réalisation du nantissement.....	67
2- Le nantissement de fond de commerce.....	68

3- Le nantissement des droits d’associés et des valeurs mobilières.....	69
B- Les nouveaux nantissements.....	70
1- Le nantissement de compte bancaire.....	70
2- Le nantissement de compte de titres financiers.....	72
3- Le nantissement des droits de propriété intellectuelle.....	73
Section V : Les privilèges.....	74
A- Les privilèges généraux.....	75
B- Les privilèges spéciaux.....	76
Chapitre II : Typologies des sûretés immobilières.....	77
Section I : Les dispositions générales relatives à l’hypothèque.....	77
A- Définition de l’hypothèque.....	77
B- L’hypothèque des biens futurs.....	78
C- L’hypothèque des biens indivis.....	78
D- L’inscription des hypothèques.....	79
Section III : La réalisation de la garantie hypothécaire.....	80
A- L’attribution conventionnelle de l’immeuble hypothéqué.....	80
B- L’attribution judiciaire de l’immeuble.....	81

TROISIEME PARTIE : CADRE ANALYTIQUE

Chapitre III : Les forces et les faiblesses du système bancaire de la BDM-SA.....	84
Section I : Les forces du système.....	84
Section : Les faiblesses du système.....	85
Chapitre IV : Suggestions et recommandations.....	87
Section I : Mettre à profit les nouvelles opportunités offertes par AUPOS.....	87
Section II : Contribution du renforcement de la banque des contrats de la BDM-SA.....	88
Exemple de formulaire de nantissement des titres.....	89
Recommandations sur ce type de convention.....	90
Conclusion.....	91

Bibliographie.....93