

**ETUDE SUR LES GARANTIES COLLECTIVES, LA
TIERCE DETENTION, LE NANTISSEMENT DU
PERMIS D'OCCUPER, DE LA LETTRE
D'ATTRIBUTION, DES MARCHES ET DU MATERIEL
D'EQUIPEMENT PROFESSIONNEL**

RAPPORT DEFINITIF

PARIS, LE 27 MAI 2003

Eversheds Paris

Frere Cholmeley

8, place d'Iéna

75116 Paris

Tel : +33 1 55 73 40 00

Fax : +33 1 55 73 40 11

borismartor@eversheds.com

www.eversheds.com

Associé à l'Etude de Maître Bassalifou Sylla

Rue Famalo Coulibaly, BP 259, Bamako

Tel : + 223 2 23 85 20

Fax : + 223 2 23 23 89

<u>INTRODUCTION.....</u>	<u>4</u>
<u>1. LES GARANTIES COLLECTIVES.....</u>	<u>10</u>
1.1 REGIME JURIDIQUE DES GARANTIES COLLECTIVES	11
1.1.1 DEFINITIONS	11
1.1.2 TYPOLOGIE DES GROUPEMENTS CONSENTANT LES GARANTIES COLLECTIVES.....	12
1.1.3 ORGANISATION DU PRET ET DES SURETES REQUISES	14
1.1.4 REGIME DU CAUTIONNEMENT EN DROIT OHADA.....	14
1.2 PROBLEMES D'APPLICATION DES GARANTIES COLLECTIVES.....	19
1.2.1 PROBLEME TENANT AU STATUT DES EMPRUNTEURS ET TERMINOLOGIE	19
1.2.2 PROBLEME DE RESPECT DU FORMALISME DU CAUTIONNEMENT.....	20
1.3 PRECONISATIONS	21
1.3.1 À COURT TERME	21
1.3.2 À LONG TERME.....	24
<u>2. LA TIERCE DETENTION.....</u>	<u>29</u>
2.1 REGIME JURIDIQUE DE LA TIERCE DETENTION	29
2.1.1 REGIME GENERAL.....	29
2.1.2 COMBINAISON AVEC LE DROIT OHADA	34
2.2 PROBLEMES D'APPLICATION DE LA TIERCE DETENTION.....	41
2.3 PRECONISATIONS	43
2.3.1 RENFORCEMENT DE LA TIERCE DETENTION PAR UN CONTRAT DE GAGE OU DE NANTISSEMENT DE STOCKS	43
2.3.2 ABROGATION DU SYSTEME DE RECEPISSE-WARRANT DANS LE CODE	43
2.3.3 MAINTIEN DU SYSTEME DE LA LETTRE DE TIERCE DETENTION DANS L'ARRETE.....	43
2.3.4 HARMONISATION DE L'ARRETE AVEC LE CODE	44
2.3.5 RENFORCEMENT DES PREROGATIVES DU TIERS DETENTEUR	44
2.3.6 FAVORISER LE CREDIT STOCKAGE	44
<u>3. LE NANTISSEMENT DU PERMIS D'OCCUPER ET DE LA LETTRE D'ATTRIBUTION</u>	<u>46</u>
3.1 LE REGIME FONCIER MALIEN ET LE REGIME DU NANTISSEMENT DES TITRES PROVISOIRES.....	46
3.1.1 REGIME DU DROIT FONCIER MALIEN	46
3.1.2 REGIME PARTICULIER DES TITRES PROVISOIRES	50
3.2 PROBLEMES D'APPLICATION DU NANTISSEMENT DES TITRES PROVISOIRES.....	57
3.2.1 PROBLEMES LIES A L'INCERTITUDE DU REGIME JURIDIQUE.....	57
3.2.2 PROBLEMES LIES A L'ENREGISTREMENT DU TITRE PROVISOIRE	59
3.2.3 PROBLEMES LIES AU GAGE DU TITRE PROVISOIRE	59
3.2.4 PROBLEMES LIES A L'HYPOTHEQUE D'UN TITRE PROVISOIRE.....	60
3.2.5 PROBLEMES LIES AU DROIT OHADA.....	61
3.3 PRECONISATIONS	65
3.3.1 A COURT TERME	65
3.3.2 A LONG TERME.....	67

4. NANTISSEMENT DE MARCHES.....	69
4.1 REGIME JURIDIQUE DU NANTISSEMENT DE MARCHES.....	69
4.1.1 REGIME JURIDIQUE DU NANTISSEMENT DE MARCHÉ.....	69
4.1.2 NANTISSEMENT DE MARCHÉ ET DROIT OHADA	71
4.2 PROBLEMES D'APPLICATION DU NANTISSEMENT DE MARCHES	75
4.2.1 PROBLEMES PRATIQUES	75
4.2.2 PROBLEMES JURIDIQUES	75
4.3 PRECONISATIONS	76
4.3.1 PRECONISATIONS PRATIQUES.....	76
4.3.2 PRECONISATIONS JURIDIQUES.....	77
5. LE NANTISSEMENT DE MATERIEL PROFESSIONNEL.....	79
5.1 REGIME JURIDIQUE DU NANTISSEMENT DE MATERIEL PROFESSIONNEL	79
5.1.1 DROIT APPLICABLE AU MALI AVANT L'ENTREE EN VIGUEUR DE L'OHADA	79
5.1.2 DEPUIS L'ENTREE EN VIGUEUR DU DROIT ISSU DE L'OHADA	82
5.2 PROBLEMES D'APPLICATION DU NANTISSEMENT DE MATERIEL PROFESSIONNEL.....	85
5.2.1 EXISTENCE DE LOIS ANCIENNES COMPLEMENTAIRES	85
5.2.2 INTERACTION DU CODE DE PROCEDURE CIVILE, COMMERCIALE ET SOCIALE AVEC L'AUS	86
5.2.3 LOCALISATION DU MATERIEL	86
5.2.4 INTERET ECONOMIQUE	86
5.2.5 COMPUTATION DES DELAIS	86
5.2.6 ORDRE DES PRIVILEGES.....	86
5.2.7 COUTS	87
5.3 PRECONISATIONS	87
5.3.1 MODIFICATION DU DECRET.....	87
5.3.2 MODIFICATION DU CPCCS	97
5.3.3 INSERTION D'UN TEXTE CONSOLIDE DANS LE CODE DE COMMERCE	97
<u>ANNEXE 1 LISTE DES PERSONNES RENCONTREES</u>	<u>98</u>
<u>ANNEXE 2 TABLEAU SYNOPTIQUE.....</u>	<u>100</u>
<u>ANNEXE 3 REGIME JURIDIQUE DU CAUTIONNEMENT MUTUEL.....</u>	<u>105</u>
<u>ANNEXE 4 REGIME JURIDIQUE APPLICABLE EN FRANCE AUX NANTISSEMENTS DE MARCHES PUBLICS</u>	<u>107</u>
<u>ANNEXE 5 BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>115</u>
<u>ANNEXE 6 AVANT-PROJET DE REFORME DES DISPOSITIONS RELATIVES A LA TIERCE DETENTION.....</u>	<u>117</u>

INTRODUCTION

Dans le cadre du projet de développement du secteur financier malien, financé par l'Association Internationale de Développement (IDA), le gouvernement de la République du Mali a décidé de procéder à une étude sur les Garanties Collectives, la Tierce Détention, le Nantissement du Permis d'Occuper, de la Lettre d'Attribution, des Marchés, et du Matériel d'Équipement Professionnel (ci-après désignés les « **Garanties** »).

A cet effet, la Cellule de Gestion du Projet de Développement du Secteur Financier du Ministère de l'Economie et des Finances de la République du Mali (ci-après désignée la « **Cellule de Gestion du PDSF** ») a choisi de confier à notre cabinet, Eversheds Frere Cholmeley, cette étude juridique sur les Garanties avec pour objet principal (i) de décrire chacune des Garanties, leur mécanisme de mise en œuvre, les difficultés d'application qu'elles suscitent, (ii) d'étudier la compatibilité des Garanties avec les Actes Uniformes OHADA et notamment l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés et (iii) d'élaborer des solutions propres à améliorer leur efficacité.

1. Contexte national de notre étude

Il convient de souligner que l'objectif ultime du Ministère de l'Economie et des Finances de la République du Mali est en effet d'aboutir à une législation relative aux Garanties qui soit d'une part compatible avec les Actes Uniformes OHADA et d'autre part plus fonctionnelle que la législation existante pour favoriser le recours au crédit dans les villes et les campagnes en assurant une meilleure protection des prêteurs.

En outre, la présente étude sur les Garanties s'inscrit dans un programme plus vaste de réforme et d'appui au secteur bancaire et financier malien dont l'un des volets est l'adaptation du droit des affaires malien aux Actes Uniformes OHADA.

En particulier, il convient de souligner que les délais du code de procédure civile, commerciale et sociale font l'objet d'une révision à la lumière des délais prévus par les dispositions susceptibles de s'appliquer en vertu des Actes Uniformes. Par ailleurs, une réforme du code de commerce est actuellement envisagée et devrait faire l'objet d'un projet de loi à l'issue d'un audit dudit code actuellement en cours de finalisation. Il nous semble utile de rappeler que les conclusions de nos travaux devront être considérées en concertation avec les travaux remis par les autres consultants qui sont susceptibles d'interagir les uns avec les autres.

Cette étude doit permettre d'améliorer le cadre légal et réglementaire applicable aux institutions bancaires et financières lorsqu'elles dispensent des crédits et qu'elles souhaitent se garantir par le recours à des sûretés. La mission doit permettre (i) de comprendre les règles juridiques existantes en matière de garanties, (ii) d'améliorer l'accès au crédit, (iii) de réduire les cas de défauts de paiement/remboursement liés aux entraves existantes pour (iv) plus généralement favoriser l'expansion des organismes financiers et de crédit au Mali.

2. Contexte international de notre étude

Cette étude s'inscrit dans un contexte politique et législatif supranational également soucieux d'améliorer le système bancaire et financier. En effet, de nombreux actes militent en faveur du développement du secteur privé et de la modernisation du secteur financier des pays africains.

Les Accords de Cotonou¹ font notamment référence à la nécessité de favoriser une politique appropriée pour la modernisation des services financiers et le développement du cadre réglementaire qui leur est applicable.

Le Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique² (NEPAD) fixe également pour objectif de renforcer les services financiers et de pallier les risques inhérents aux financements effectués par le renforcement des institutions de crédit et de leurs modes de fonctionnement.

Par ailleurs, notre étude intervient environ cinq années après l'entrée en vigueur des principaux Actes Uniformes de l'OHADA. En effet, le traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (ci-après désigné le « **Traité** »), signé à Port Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993, est entré en vigueur en République du Mali le 18 septembre 1995. Le traité OHADA a pour objectif principal l'élaboration de règles communes dans ses Etats membres relatives au droit des affaires. Ces règles sont édictées sous la forme d'Actes Uniformes votés par le Conseil des Ministres de l'OHADA.

Jusqu'à ce jour, le Conseil des ministres de l'OHADA a adopté les huit Actes Uniformes suivants :

- Droit Commercial Général (ci-après désigné « **AUDCG** »)³ ;
- Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique⁴ ;
- Organisation des Sûretés (ci-après désigné « **AUS** »)⁵ ;
- Procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution (ci-après désigné « **AUPSRVE** »)⁶ ;
- Procédures Collectives d'Apurement du Passif⁷ ;
- Arbitrage⁸ ;
- Droit Comptable⁹ ;
- Transport terrestre des marchandises¹⁰.

¹ Partie 3, Titre I, Chapitre 2, Section I, articles 21 et suivants.

² Document de référence édité en octobre 2001 et Déclaration du G8 sur le NEPAD, Kananaskis, Canada, juin 2002, Titre III.

³ Journal Officiel de l'OHADA, n°1, 01/10/1997, entré en vigueur le 01/01/1998.

⁴ Journal Officiel de l'OHADA, n°2, 01/10/1997, entré en vigueur le 01/01/1998.

⁵ Journal Officiel de l'OHADA, n°3, 01/07/1998, entré en vigueur le 01/01/1998.

⁶ Journal Officiel de l'OHADA, n°6, 01/06/1998, entré en vigueur le 10/07/1998.

⁷ Journal Officiel de l'OHADA, n°7, 1/07/1998, entré en vigueur le 01/01/1999.

⁸ Journal Officiel de l'OHADA, n°8, 15/05/1999, entré en vigueur le 11/06/1999.

⁹ Journal Officiel de l'OHADA, n°10, 20/11/2000, entré en vigueur le 01/01/2001 pour les comptes personnels et le 01/01/2002 pour les comptes consolidés et les comptes combinés.

¹⁰ Entrera en vigueur le 1er janvier 2004.

Trois de ces Actes Uniformes ont un rapport direct avec l'objet de notre étude sur les Garanties. L'AUS pour le régime général des sûretés, l'AUDCG pour leur inscription, et l'AUPSRVE pour leur réalisation.

La problématique générale posée par l'OHADA consiste tout d'abord à analyser la compatibilité et la coexistence entre les sûretés déjà régies par les lois internes propres aux Etats Membres ou devant être élaborées par ces derniers et l'entrée en vigueur des Actes Uniformes précités.

3. Relations entre Actes Uniformes OHADA et droit interne malien

Conformément à l'article 10 du Traité, « *les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats membres nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.* »

Dans ce prolongement, l'article 150 de l'AUS dispose que doivent être abrogées toutes les dispositions antérieures internes qui lui sont contraires. De la même manière, l'article 336 de l'AUPSRVE dispose que toutes dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats membres doivent être abrogées.

La combinaison de ces trois dispositions, article 10 du Traité, article 150 de l'AUS et article 336 de l'AUPSRVE, fait l'objet de difficultés d'interprétation en ce qui concerne la portée de l'effet abrogatoire d'un Acte Uniforme sur le droit interne.

La question qui se pose en théorie est en effet la suivante : un Acte Uniforme abroge-t-il toutes les normes de droit interne ayant le même objet, et par conséquent tous les textes législatifs et réglementaires maliens gouvernant les Garanties qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme ou bien seulement les dispositions de ces textes contraires aux dispositions de l'Acte Uniforme ? Par extension, un Acte Uniforme autorise-t-il le maintien de règles de droit ainsi que l'élaboration de nouvelles règles de droit au plan interne qui ne sont pas expressément prévues dans son champ d'application ?

De cette problématique théorique se dégage un intérêt pratique : les Garanties objet de notre étude doivent-elles être totalement abrogées, ou simplement modifiées en vue de les mettre en conformité avec les Actes Uniformes de l'OHADA ?

Deux interprétations sont apportées par la doctrine à cette problématique. Selon la première d'entre elles, l'article 10 du Traité doit être interprété comme signifiant qu'un Acte Uniforme abroge toute norme interne ayant le même objet. Il serait donc superflu de déterminer si un texte spécifique est contraire à l'Acte Uniforme en question puisque les normes nationales disparaîtraient automatiquement de l'ordre juridique interne dès l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme. Selon une seconde interprétation, seuls les textes de droit interne contraires ou les dispositions contraires de ces textes seraient abrogés au cas par cas.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (ci-après désignée par la « CCJA ») a rendu une opinion sur ce sujet le 30 avril 2001¹¹. Selon la CCJA, l'article 10 du Traité a pour effet d'abroger et d'interdire toute disposition d'un texte législatif ou réglementaire de droit interne, présente ou à venir, ayant le même objet que les dispositions des Actes Uniformes et étant contraire à celles-ci. La CCJA prend soin de préciser que l'abrogation concerne également les dispositions de droit interne identiques à celles des Actes Uniformes et que le terme « *disposition* » peut désigner un article d'un texte, un alinéa de cet article ou une phrase de cet article. La CCJA souligne explicitement dans le même avis que lorsque certaines seulement des dispositions d'une loi ou d'un règlement national sont contraires, « *les dispositions non contraires à celles de l'Acte Uniforme demeurent applicables.* »

Nous sommes favorables à cette interprétation, qui semble fidèle à la lettre de l'article 10 du Traité, pour deux raisons. La première raison réside dans le fait que la première interprétation de cet article 10 ne règle pas le problème du sort d'une norme de droit interne qui n'aurait pas exactement le même objet qu'une norme régie par un Acte Uniforme. Concrètement, peut-on tolérer que les Garanties soient abrogées parce qu'elles ne sont pas expressément prévues par l'AUS ? La deuxième raison est, par conséquent, la souplesse de la seconde interprétation. Elle permet en effet de sauvegarder une norme de droit interne, tout en gommant ses imperfections, c'est à dire ses aspects contraires avec un Acte Uniforme. Pour reprendre toujours l'exemple des Garanties, la question et sa réponse ne sont alors plus les mêmes. Les Garanties sont-elles prévues par le droit OHADA ? Dans la négative, ces Garanties sont-elles conformes à l'esprit du droit OHADA des sûretés ? Toujours dans la négative, quels sont alors les moyens de les mettre en conformité ?

Le fait qu'il puisse exister en marge du droit OHADA, des dispositions internes qui lui sont contraires ou non identiques constitue un facteur substantiel d'insécurité juridique. Ces dysfonctionnements emportent des conséquences néfastes pour les opérateurs économiques à deux niveaux :

- au premier niveau, l'incertitude juridique quant au choix de l'application d'un texte peut dissuader l'investissement ;
- au deuxième niveau, des opérateurs bien informés pourraient se servir de cette incertitude pour rattacher leurs rapports contractuels avec le droit pour lequel ils ont le plus d'intérêt.

4. Les enjeux de la modernisation du droit des sûretés maliens

L'existence de mécanismes de garanties efficaces et satisfaisants pour les prêteurs est une condition nécessaire pour stimuler les investissements internes et étrangers et assurer leur sécurisation.

En effet, le prêteur, banquier par exemple, sollicite pour l'octroi d'un concours à des opérateurs économiques, voudra se prémunir contre plusieurs risques : risque de concours avec d'autres créanciers, risque de dilapidation par le débiteur de son patrimoine, risque de perte ou risque d'immobilisation de l'avance consentie.

¹¹ Demande d'Avis de la République de Côte d'Ivoire enregistrée au Greffe sous le n°002/2000/EP du 19 octobre 2000. Avis n°001/2001/EP, séance du 30 avril 2001.

De plus, le recours au crédit a pris un nouvel essor au Mali avec un accroissement du nombre de crédits octroyés en particulier dans les zones CMDT et Office du Niger mais également dans les zones urbaines dans lesquelles les initiatives et entreprises locales, formelles ou informelles ont besoin de financement dispensé par des établissements de crédit comme des banques, organismes de micro-crédit ou des Sociétés Financières Décentralisées de plus en plus nombreux. Il convient donc de mettre en place des moyens faciles et peu coûteux pour encourager la constitution et la réalisation de garanties de telle sorte que celles-ci puissent favoriser le financement des entreprises à travers l'ensemble du territoire de la République du Mali. Grâce à un système juridique de garanties rénovées, simplifiées et efficaces, les acteurs économiques des secteurs primaires et secondaires pourront plus facilement avoir recours à des financements et développer leurs activités.

La Réforme du Droit des Sûretés constitue ainsi un des éléments clefs du développement économique au Mali, dans la mesure où les mécanismes de garantie sont destinés (i) à sécuriser la réalisation et le fonctionnement de projets et de travaux d'infrastructure ainsi qu'à (ii) renforcer les investissements opérés par les institutions financières, correspondant à des besoins nécessaires à l'amélioration du cadre de vie des populations et au développement durable et (iii) à développer le crédit dans de nombreux secteurs économiques.

Le renforcement du cadre juridique applicable aux garanties existantes permettrait incontestablement de faciliter le développement du secteur privé et du crédit en République du Mali qui pourra mobiliser plus facilement des fonds.

Pour achever la modernisation du droit des sûretés au Mali, et dans le cadre de l'étude qui nous a été confiée, il convient de noter qu'il est souvent considéré que les sûretés doivent réunir dans l'idéal quatre qualités fondamentales pour être efficaces¹² :

- les sûretés doivent être faciles à constituer ;
- les sûretés doivent pouvoir évoluer en même temps que la créance principale ;
- les sûretés ne doivent engendrer qu'une atteinte parcimonieuse au crédit du constituant pour ménager la capacité de crédit de celui qui l'octroie ;
- les sûretés doivent être simples d'exécution, rapides, efficaces et peu coûteuses.

5. Méthodologie

Nous avons donc procédé à l'analyse des cinq sûretés objet de notre étude (garanties collectives, nantissement de permis d'occuper, nantissement de matériel, tierce détention et nantissement de marchés) en tentant de vérifier si celles-ci réunissent les qualités principales que les constituants et prêteurs sont en droit d'attendre de ces garanties, tout en considérant les particularismes maliens et en respectant les aspects traditionnels inhérents aux droits applicables au Mali.

Par ailleurs, il convient de prendre en compte la dimension supranationale de l'étude liée à la mise en œuvre récente du droit issu de l'OHADA qui a eu un impact important sur le droit

¹² Michel Cabrillac et Christian Mouly, *Droit des Sûretés*, Litec 1990.

des sûretés applicable au Mali. A cet égard, notre étude a pris en compte la mesure des progrès inhérents au développement des sûretés créées ou réformées par le droit OHADA et tenté de proposer des solutions pour mettre le droit malien en conformité avec le droit OHADA ou tout au moins l'adapter pour le rendre simple d'utilisation lors du recours au sûretés.

Pour réaliser cette étude, nous avons effectué des recherches développées auprès des instances et praticiens intervenant dans les processus de prêt et de recouvrement de créances par le biais de questionnaires envoyés fin février 2003 et distribués par notre correspondant. Nous avons également effectué des entretiens au Mali, en particulier à Bamako et à Ségou entre le 2 et le 9 mars 2003 puis des entretiens téléphoniques dans les semaines qui ont suivi ces déplacements.

Nous remercions particulièrement l'ensemble des personnes rencontrées ou contactées dont la liste complète figure en **Annexe 1** qui ont apporté par leur expérience un éclairage indispensable à la compréhension du contexte bancaire et financier malien et au recensement des difficultés rencontrées par les praticiens.

Nous avons par ailleurs eu recours à une analyse comparative des expériences d'autres pays pour nous permettre chaque fois que cela est possible d'identifier les pistes qui pourraient mener à l'amélioration du cadre existant pour renforcer l'efficacité des sûretés analysées et par la même occasion l'essor du système bancaire et financier malien.

Nous avons mené nos travaux en concertation avec Monsieur le Professeur Pascal Ancel qui a suivi leurs développements successifs.

Notre mission a été organisée de telle manière que les suites de cette étude puissent être évaluées sur la base d'un tableau de bord et de suivi comparatif des normes applicables à chacune des sûretés. Le modèle de ce tableau figure en **Annexe 2**.

Pour chacune des Garanties, nous avons étudié successivement le régime juridique applicable, les problèmes d'application rencontrés en pratique, notamment les distorsions entre les Actes Uniformes OHADA et le droit interne malien, puis nous avons élaboré des préconisations destinées à améliorer leur application pour répondre aux termes de référence établis par la Cellule de Gestion du PDSF.

* * *

1. LES GARANTIES COLLECTIVES

L'une des composantes de notre étude porte sur une sûreté appelée « *garantie collective* » qui revêt au Mali une grande importance dans le cadre du financement des activités des organisations paysannes (associations villageoises, groupements villageois, tons villageois et diverses structures créées par des paysans, récoltants, éleveurs, pêcheurs, etc., ci-après désignées « **OP** ») ayant recours au crédit auprès de structures de financement.

Les garanties collectives ne sont pas des sûretés spécifiques pour lesquelles se poserait un problème de comptabilité du droit malien avec le droit OHADA. Il s'agit d'une pratique particulière du cautionnement solidaire. La question qui se pose est celle de la validité ou de l'efficacité des contrats passés dans le cadre de cette pratique au regard des exigences que pose le droit OHADA pour le cautionnement.

Au Mali, le crédit est, en effet, dispensé par différents types de structures de financement parmi lesquelles des banques mais également les organismes de type « *systèmes de financiers décentralisés* » ou « *SFD* » et des établissements de crédit dont le développement a été particulièrement encouragé au cours de ces dernières années¹³, en particulier, suite à l'adoption de la loi n°94-040 du 15 août 1994 portant sur les institutions mutualistes ou coopératives d'épargne et de crédit complétée par le décret n°94-032 P-RM du 20 septembre 1994 et modifiée par la loi n°95-074 du 15 septembre 1995, issus de la réglementation UEMOA dite « *PARMEC* ».

Les SFD sont particulièrement actifs en matière de micro-finance en fournissant un niveau élevé de crédits de faibles montants aux exploitants en zone rurale et bénéficient, de ce fait, d'une expérience considérable des garanties requises auprès des exploitants, la plupart posant problème du fait de leur manque de sécurisation juridique. Cette situation s'explique par le fait que les SFD se développent sur la base des valeurs de proximité et de solidarité locale constituant les fondements de leurs actions, sans que la formalisation des garanties soit une préoccupation.

Les SFD se refinancent ensuite parfois au niveau de banques d'envergure nationale de type BNDA qui agissent pour le crédit rural direct aux exploitants.

Les SFD comprennent principalement trois types de groupements distincts dispensateurs de crédit (collectivement désignées « **Banque(s)** ») :

- les institutions mutualistes et les coopératives d'épargne et de crédit ;
- les caisses villageoises d'épargne et de crédit autogérées ;
- les associations de crédit solidaire.

¹³ Rapport annuel d'activité de la Cellule d'Appui et de Suivi des Systèmes Financiers Décentralisés (CAS-SFD) pour l'année 2001, émis en octobre 2002.

Les garanties collectives sont la plupart du temps consenties au profit d'institutions de crédit et adossées à d'autres sûretés telles que le nantissement de permis d'occuper ou le nantissement de matériel professionnel lorsque cela est possible.

Néanmoins, il semble que les prêteurs préfèrent largement les sûretés personnelles de type cautionnement dans la mesure où celles-ci apparaissent plus contraignantes du fait de la possibilité de faire pression sur les débiteurs par la « pression sociale » en vue du remboursement en cas de défaut.

Si le principe de ces garanties ne semble pas devoir être remis en cause en ce qu'il a montré des possibilités intéressantes comme cela a été souligné dans un rapport de la Banque Mondiale du 6 juin 2000¹⁴, il semble que les garanties collectives soient utilisées relativement souvent sans le suivi d'un régime juridique rigoureux, ce qui conduit à des difficultés de mise en œuvre lorsque des poursuites sont engagées pour exécuter les garanties constituées.

L'absence de garanties adaptées consenties par les exploitants ou les OP constitue l'une des causes du faible développement du crédit moyen terme.

La pratique des garanties collectives existantes, assimilable à un système embryonnaire de mutualisation des risques, nécessite donc quelques aménagements afin de favoriser le succès des organisations de micro-crédit qui doivent se prémunir contre le défaut de paiement de leurs emprunteurs.

1.1 REGIME JURIDIQUE DES GARANTIES COLLECTIVES

1.1.1 DEFINITIONS

Les garanties collectives constituent des sûretés utilisées principalement dans les zones rurales, essentiellement en zones CMDT et Office du Niger et dans une moindre mesure dans les zones urbaines où les paysans, pêcheurs, récoltants et autres individus du secteur primaire se regroupent en associations ou groupements pour emprunter et garantir collectivement les emprunts souscrits sous la forme juridique du cautionnement.

Il s'agit moins d'une sûreté particulière que d'une utilisation, dans un contexte spécifique, du mécanisme juridique du cautionnement. Le problème n'est donc pas, ici, de vérifier la compatibilité des règles du droit malien avec les dispositions de l'AUS. Il s'agit plutôt de mesurer l'efficacité de la pratique par rapport aux exigences de l'AUS relativement au cautionnement solidaire.

A côté du cautionnement solidaire, il semble également que certaines institutions de micro-crédit utilisent le gage de compte bancaire ou le gage-espèces portant sur une partie des sommes en compte prêtées ou pour pallier les risques de défaut de remboursement. Ces garanties sont également parfois incluses dans les contrats de prêt mais semblent relativement rares en comparaison avec le cautionnement solidaire.

¹⁴ Report n° 20510-MLI, *Project Appraisal Document on a proposed credit to the Republic of Mali*, 6 June 2000, p. 10.

1.1.2 TYPOLOGIE DES GROUPEMENTS CONSENTANT LES GARANTIES COLLECTIVES

Il apparaît que plusieurs formes d'associations ou groupements sont utilisées par les exploitants pour s'associer. Ceux-ci utilisent, le plus souvent, la forme associative (associations villageoises) ou coopérative et plus précisément le cadre créé par les tons villageois, même s'il existe apparemment de nombreuses appellations pour désigner les OP.

Selon une étude du CIRAD¹⁵, le terme « *d'organisation paysanne* » recouvre des réalités très diverses et en évolution constante :

- Groupements (de taille variable) structurés à l'échelon infra-villageois ou villageois et construits sur des critères de proximité géographique (le quartier), d'affinités sociales (groupements de femmes, de jeunes), de convergences socio-professionnelles (groupements/ associations de maraîchers, de pêcheurs, de producteurs de coton, etc.) ;
- Unions locales ou/et régionales fédérant un nombre très variable de groupements/associations sur une base territoriale (la commune, l'arrondissement, la province...) ou sur une base sectorielle (autour d'une filière par exemple) ;
- Fédérations nationales regroupant des unions et débouchant de plus en plus souvent sur des « *coordinations* » nationales qui regroupent des organisations de deuxième et troisième niveau, très différentes par leur histoire, leurs activités et les modalités de leur structuration mais animées par la volonté partagée de « prendre la parole », d'être entendues par les autres acteurs institutionnels et les pouvoirs publics. »

1.1.2.1 TONS VILLAGEOIS

Il existe un cadre juridique spécifique relatif au mouvement coopératif créé par la loi n° 88-62 /AN-RM du 26 février 1988 qui porte, notamment, sur les coopératives et tons villageois. Les coopératives et tons villageois sont des groupements fondés sur les principes d'union, de solidarité et d'entraide mutuelle qui correspondent au contexte actuel des zones rurales.

Ces types de groupements n'ont pas vocation exclusive à mobiliser l'épargne et dispenser le crédit mais peuvent recourir au crédit au nombre de leurs ressources. Les coopératives peuvent être créées « *dans toutes les branches d'activités* » et, notamment, pour « *encourager l'épargne et accorder des prêts à leurs adhérents* ». Les tons villageois sont « *un instrument d'actions, de promotion de la communauté villageoise ou de la fraction nomade* » constituant « *une entreprise locale de développement qui se moule sur la motivation de l'individu et du groupe* ». L'objet du ton villageois peut être, notamment, de « *mobiliser l'épargne villageoise en vue de l'organisation du crédit coopératif à la production ou à la consommation* ».

¹⁵ Le financement de l'agriculture familiale. Quelle contribution de la microfinance ? Janvier 2002.

Les tons villageois bénéficient, en outre, de mesures telles que l'établissement de relations préférentielles avec le secteur étatique, l'octroi d'avantages fiscaux et douaniers, un régime préférentiel de crédit et un système d'émulation sous forme, par exemple, de dons de matériel agricole et autres récompenses aux lauréats des tons.

Le ton villageois est créé par une assemblée constitutive à laquelle est conviée toute la population majeure du village ou de la fraction et dont l'essentiel des ressources provient d'activités agricoles, d'élevage, de pêche, des forêts et de l'artisanat rural. Il ne peut être créé qu'un seul ton par village.

Il y a lieu à authentification du procès-verbal de l'assemblée constitutive par l'autorité locale compétente et au dépôt d'un projet de dossier constitutif du ton.

Les organes d'administration et de gestion du ton villageois sont une assemblée générale, un conseil d'administration et un comité de surveillance. Leur composition et leurs attributions sont régies par les dispositions de la même loi applicables aux coopératives.

Généralement, l'une des étapes vers la création d'un ton villageois est la constitution d'une structure de transition telle qu'une association villageoise.

Si le mode de fonctionnement des tons villageois semble clairement correspondre aux objectifs poursuivis par la population, le recours à ces structures semble peu suivi et la transformation des associations villageoises en tons villageois serait relativement rare.

1.1.2.2 ASSOCIATIONS VILLAGEOISES

Les associations villageoises apparaissent comme la forme associative la plus couramment utilisée au Mali.

En pratique, il semble que les exploitants personnes physiques se réunissent en assemblée pour constituer un ensemble associatif plus connu sous le nom d'association villageoise (ci-après désignée « **AV** ») qui autorise leur groupe à devenir emprunteur et à souscrire à un acte de cautionnement solidaire en leurs noms de manière individuelle. Cette pratique nous semble contestable au regard du droit applicable tel que nous l'expliquons ci-après. Le procès-verbal dressé à l'issue de la réunion est signé de tous les membres de l'association et remis à l'établissement de crédit pour constituer le dossier de financement.

Les AV sont des organisations « *pré-coopératives* » à caractère transitoire dont la finalité est de se transformer en tons villageois, même si cette modalité de transformation semble pour l'instant peu suivie. Elles font l'objet d'une déclaration de constitution auprès d'une autorité administrative locale qui procède à leur immatriculation.

Cette immatriculation distincte de celle des tons et des coopératives ne leur confère pas la personnalité juridique. Dès lors, on peut se demander si les AV ont la capacité juridique pour contracter, et donc souscrire des contrats de crédit alors que l'engagement de la caution a un caractère accessoire. En conséquence, il est possible

que le cautionnement soit remis en cause si les actes de prêts signés par les AV ne sont pas eux-mêmes valables.

La transformation en ton villageois n'est accordée qu'aux AV qui ont des activités économiques justifiées par un bilan et un compte d'exploitation. Il peut être constitué dans le même village plus d'une association villageoise dont le groupement peut aboutir à la création d'un ton villageois unique.

1.1.3 ORGANISATION DU PRET ET DES SURETES REQUISES

Dans la pratique, la signature du contrat de prêt avec une Banque est préalablement autorisée par une résolution de l'assemblée générale des membres de l'OP (AV ou tons villageois).

La Banque exige un certain nombre de sûretés pour garantir le remboursement du prêt consenti et, notamment, de manière quasi systématique un cautionnement solidaire de la part de chacun des membres de l'OP. La convention de prêt stipule, en effet, souvent que « *chaque membre de l'OP est caution solidaire et indivise de l'OP pour le remboursement du crédit.* »

Les actes de cautionnement mis à notre disposition, à titre d'exemple, constitueraient des actes unilatéraux, signés par le président, le secrétaire et le trésorier de l'OP contenant les stipulations suivantes :

- engagement de tous les membres de l'OP ;
- engagement de se porter cautions solidaires et indivisibles de l'OP (débiteur principal) en faveur de la Banque (créancier) ;
- représentation de l'OP par le président, le secrétaire et le trésorier ;
- cautionnement de toutes les sommes dues par l'OP en principal, intérêts et accessoires au titre de la convention de prêt ;
- renonciation aux bénéfices de discussion et de division (qui équivaut à une stipulation de solidarité) ;
- acceptation de l'extension de l'exigibilité anticipée du prêt aux cautions solidaires ;
- reconnaissance que l'engagement de cautionnement est indépendant des rapports de fait ou de droit entre les cautions et l'OP ;
- prise en charge des frais et autres dépenses résultant de l'exécution de l'engagement de cautionnement.

1.1.4 REGIME DU CAUTIONNEMENT EN DROIT OHADA

L'AUS définit le cautionnement comme le « *contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même.* »

La caution, en se portant débiteur accessoire des engagements d'autrui, étend automatiquement sur son patrimoine personnel le droit de gage général du créancier né de la créance principale.

Par rapport aux sûretés réelles que constituent l'hypothèque ou le nantissement, l'acte de cautionnement échappe à la formalité obligatoire de l'inscription ou de l'enregistrement. L'AUS institue, cependant, un formalisme obligatoire ayant pour double objectif (i) de préserver les droits du créancier et (ii) de renforcer la protection des cautions.

1.1.4.1 FORMATION DU CAUTIONNEMENT

Les actes de cautionnement exigent le respect d'un certain formalisme.

- acte écrit¹⁶

Le cautionnement doit être constaté par écrit à peine de nullité.

- signature des deux parties¹⁷

Dans la mesure où le cautionnement est un contrat unilatéral (ne faisant naître d'obligations qu'à la charge de la caution), on se contentait traditionnellement d'un acte signé par la caution (l'acceptation par le créancier dans l'intérêt exclusif duquel l'engagement est pris pouvant résulter de son silence). L'article 4 de l'AUS prévoit désormais que l'acte de cautionnement doit comporter la signature des deux parties. Mais la sanction de cette exigence est discutée : s'agit-il de la nullité du contrat, ou, à l'instar de la solution actuellement retenue par la Cour de cassation française pour les mentions de l'article 1326 du Code Civil, de la simple absence de valeur probatoire de l'acte ? De toute façon, en l'absence de signature des deux parties, l'acte est en principe inefficace.

- mention de la somme maximale garantie¹⁸

L'acte de cautionnement doit porter la mention écrite de la main de la caution, ainsi que la somme maximale garantie, en chiffres et en lettres.

- protection de la caution illettrée¹⁹

Lorsque la caution est illettrée, la participation de deux témoins certificateurs est nécessaire à la rédaction de l'acte de cautionnement. Les témoins doivent certifier dans l'acte (i) l'identité et la présence de la caution et (ii) qui la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés.

¹⁶ Article 4 de l'AUS.

¹⁷ Article 4 de l'AUS.

¹⁸ Article 4 de l'AUS.

¹⁹ Article 4 de l'AUS.

- élection de domicile par la caution²⁰

Lorsqu'un acte de cautionnement est requis, que ce soit par convention des parties, par la loi ou par décision de justice, la caution doit être domiciliée ou faire élection de domicile dans le ressort de la juridiction où elle doit être fournie (sauf dispense du créancier ou de la décision de justice).

- solvabilité de la caution²¹

La caution doit présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine.

- cautionnement consenti en faveur d'une personne morale débitrice principale²²

Si l'engagement d'une personne morale, débitrice principale, n'a pas été valablement contracté (défaut de pouvoir du représentant), la caution peut s'en prévaloir à l'égard du créancier.

- extension de la garantie de la caution peut être étendue aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de créance²³

La garantie de la caution peut être étendue aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance. Cette extension suppose une mention manuscrite de la caution dans ce sens, et cet engagement ne saurait dépasser la somme maximale souscrite par la caution.

- l'acte constitutif de l'obligation principale doit être annexé à l'acte de cautionnement²⁴
- régime du cautionnement de tous engagements²⁵

Sauf clause contraire, un tel cautionnement ne garantit que :

- les dettes contractuelles ;
- les dettes directes (c'est-à-dire les dettes qui ne sont pas souscrites pour garantir d'autres débiteurs auprès du même créancier) ; et
- les dettes antérieures à la date de conclusion de l'acte de cautionnement.

Le cautionnement de tous engagements n'échappe pas à l'exigence d'un montant maximum déterminé à l'avance. Cela étant, le cautionnement peut être renouvelé, de manière expresse, pour un autre montant maximum.

²⁰ Article 5 de l'AUS.

²¹ Article 5 de l'AUS.

²² Article 7 de l'AUS.

²³ Article 8 de l'AUS.

²⁴ Article 8 de l'AUS.

²⁵ Article 9 de l'AUS.

Le cautionnement de tous engagements peut être révoqué par la caution à tout moment, avant que le montant maximum garanti n'ait été atteint. Dans ce cas, les engagements du débiteur nés avant la révocation restent garantis par la caution.

1.1.4.2 EFFETS

(a) Effets du Cautionnement solidaire

L'AUS dispose qu'en l'absence de disposition contraire expresse, le cautionnement est réputé solidaire²⁶.

Le cautionnement solidaire est plus efficace pour le créancier, car la caution solidaire ne peut se prévaloir ni du bénéfice de discussion, ni du bénéfice de division. Le créancier peut donc poursuivre la caution immédiatement et pour la totalité de la créance.

Le créancier ne peut néanmoins agir contre la caution qu'en cas de défaillance du débiteur principal, ce qui suppose que ce dernier ait fait l'objet d'une mise en demeure préalable restée sans effet²⁷.

(i) *Effets du Cautionnement simple*

Si l'acte le prévoit, le cautionnement peut être simple. Dans ce cas, le créancier ne peut mettre en jeu la caution simple qu'après avoir poursuivi en justice le débiteur principal et épuisé toutes les voies de droit (bénéfice de discussion auquel la caution peut renoncer²⁸).

La caution simple doit (i) indiquer au créancier les biens du débiteur principal susceptibles, en cas de saisie, de permettre le paiement intégral de la dette et (ii) avancer les frais de la procédure.

En cas de pluralité de cautions simples, chacune des cautions n'est redevable que de sa quote part ; le créancier doit donc multiplier les procédures (bénéfice de division²⁹).

(ii) *Effets communs au cautionnement simple ou solidaire*

Le cautionnement simple et le cautionnement solidaire ont des effets communs :

- caractère subsidiaire de l'engagement de la caution³⁰

La caution ne peut être poursuivie que s'il y a défaillance du débiteur principal. La défaillance du débiteur principal doit être portée à la connaissance de la caution par tout moyen.

La caution ne peut être poursuivie qu'après mise en demeure du débiteur.

²⁶ Article 10 de l'AUS.

²⁷ Article 13 de l'AUS.

²⁸ Article 16 de l'AUS.

²⁹ Article 17 de l'AUS.

³⁰ Article 13 de l'AUS.

- opposabilité des exceptions³¹

La caution peut se prévaloir de toutes les exceptions appartenant au débiteur concernant la dette, sous réserve des dispositions particulières concernant l'incapacité du débiteur³², la prorogation et la déchéance du terme³³ et des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives.

- obligations d'information de la caution mises à la charge du créancier³⁴

Il convient de noter que les dispositions de l'AUS prévoient des obligations d'information de la caution à la charge du créancier qui sont d'ordre public.

Le créancier doit informer la caution de toute défaillance du débiteur (dans l'exécution de son obligation principale), déchéance ou prorogation du terme, en indiquant le montant restant dû par lui en principal, intérêts et frais au jour de la défaillance, déchéance ou prorogation du terme.

Cette obligation d'information est ponctuelle, sauf dans le cas du cautionnement de tous engagements où elle est trimestrielle : le créancier doit y satisfaire dans le mois qui suit le terme de chaque trimestre civil. Dans ce cas, le créancier doit communiquer à la caution l'état des dettes du débiteur principal, précisant leurs causes, leurs échéances, leurs montants en principal, intérêts et autres accessoires restant dus à la fin du trimestre écoulé, en lui rappelant sa faculté de révocation par reproduction intégrale des dispositions des articles 9 et 14 de l'AUS.

Les sanctions de l'inobservation de ces obligations sont les suivantes :

- déchéance du droit de réclamer les intérêts échus depuis la date de la dernière information ;
- et éventuellement la perte du recours du créancier contre la caution s'il a mis celle-ci dans l'impossibilité de bénéficier de la subrogation dans les droits et recours du créancier³⁵.

- obligation d'information à la charge de la caution³⁶

Dès lors qu'elle est mise en demeure de payer ou poursuivie en justice pour paiement, la caution doit aviser le débiteur ou le mettre en cause avant de payer la dette au créancier poursuivant, afin de connaître du débiteur principal ses exceptions et moyens de défense, de les utiliser elle-même ou lui permettre de les faire valoir.

La sanction de l'inobservation de cette obligation est la perte par la caution de son recours contre le débiteur principal si elle a payé en le privant de la possibilité de faire déclarer la dette réduite ou éteinte.

³¹ Article 18 de l'AUS.

³² Article 7 de l'AUS.

³³ Article 13 de l'AUS.

³⁴ Article 14 de l'AUS.

³⁵ Article 18 alinéa 2 de l'AUS.

³⁶ Article 19 de l'AUS.

- recours subrogatoire de la caution³⁷

La caution qui a payé le créancier est subrogée dans tous les droits et garanties dont le créancier était titulaire contre le débiteur principal pour tout ce qu'elle a payé.

- recours personnel de la caution³⁸

La caution dispose également d'un recours personnel contre le débiteur principal tiré de ses rapports contractuels avec ce dernier. Elle peut réclamer (i) le paiement de tout ce qu'elle a payé en principal, intérêts et frais engagés depuis qu'elle a averti le débiteur principal des poursuites dirigées contre elle et (ii) des dommages et intérêts pour réparation du préjudice subi du fait des poursuites.

1.2 PROBLEMES D'APPLICATION DES GARANTIES COLLECTIVES

De manière générale, le principal problème est que les garanties collectives souscrites par les emprunteurs ne sont pas « sécurisées »³⁹ et n'inspirent pas confiance pour plusieurs raisons. Ces garanties sont souvent utilisées dans le cadre de la micro-finance alors que les interlocuteurs ne connaissent pas le cadre juridique qui lui est applicable. Il semble aussi que leurs bénéficiaires aient de plus en plus de doute sur la valeur de ces garanties lorsqu'elles sont souscrites par des associations. Le mode de gouvernance des AV et autres groupements est également mis en doute et n'inspire pas confiance aux prêteurs.

A cet égard, les praticiens nous ont confirmé que les groupements fonctionnent mieux en milieu rural qu'en milieu urbain et lorsque les membres de ces groupements sont dans des situations similaires (même âge, même sexe) ou lorsque la taille des groupements demeure homogène et limitée.

1.2.1 PROBLEME TENANT AU STATUT DES EMPRUNTEURS ET TERMINOLOGIE

Le financement des OP est actuellement relativement difficile car marqué par des risques importants et par l'absence de garanties jugées fiables. Les OP subissent, par ailleurs, le poids d'une histoire longue et difficile en matière de crédit du fait des nombreux impayés et d'un endettement important, compromettant durablement leur crédibilité auprès des Banques.

Les associations ou groupements créés ne semblent pas systématiquement enregistrés et n'acquièrent pas de ce fait la personnalité morale. En conséquence, ils ne peuvent être engagés en tant qu'entités juridiques.

³⁷ Article 20 de l'AUS.

³⁸ Article 21 de l'AUS.

³⁹ Rapport annuel d'activité CAS-SFD pour l'année 2001, émis en octobre 2002, p.8.

De même, il semble que le statut juridique choisi par les exploitants comme structure de prêt ne soit pas toujours très clair et qu'un problème de terminologie se pose dans la mesure où plusieurs formes de groupements existent et sont régis par des statuts et des modes de fonctionnement différents. En particulier, les régimes de coopératives et de tontus villageois ne semblent pas suffisamment utilisés alors qu'ils proposent un cadre existant et un mode de fonctionnement réglementé qui pourrait renforcer la sécurité juridique des transactions bancaires et financières du monde rural.

Par ailleurs, certaines associations comprennent un très grand nombre de membres ce qui complique la gestion financière et les facultés de recouvrement en cas de difficulté de paiement.

Il semble important de souligner que malgré le rôle légal et statutaire joué par les représentants légaux de l'association vis-à-vis des tiers, il apparaît que le chef de village est fréquemment sollicité en tant « qu'autorité morale » chargé de suivre les problèmes susceptibles de se poser dans la gestion locale. Cette situation est de nature à soulever quelques problèmes lorsque les représentants légaux et le chef de village ne sont pas la même personne et qu'une confusion est créée de ce fait.

1.2.2 PROBLEME DE RESPECT DU FORMALISME DU CAUTIONNEMENT

Il ne semble pas que les établissements de crédit vérifient systématiquement que les débiteurs membres de l'association, ne sont pas en situation de surendettement ou plus simplement qu'ils comprennent l'étendue de leurs engagements en tant que cautions solidaires. Ce point devrait faire l'objet de mises en garde et de vérifications afin d'éviter d'aboutir à des situations dramatiques de dessaisissement de la totalité du patrimoine des emprunteurs et à l'absence de confiance des prêteurs.

Les représentants légaux de l'association n'ont pas toujours pouvoir et capacité pour engager l'ensemble des membres en tant que cautions solidaires. La plupart des procès-verbaux qui nous ont été montrés ne mentionnent pas, dans l'ordre du jour et dans les résolutions prises, l'approbation de l'engagement de cautionnement pris par tous les membres. Il faut rappeler qu'en principe, la caution ne peut être engagée que par elle-même ou par une personne à qui elle a donné pouvoir spécial de s'engager comme caution pour elle. Selon la jurisprudence française, ce mandat de se porter caution est soumis aux mêmes exigences de forme que le cautionnement lui-même.

Les textes des procès-verbaux d'assemblée générale soumis à notre étude contenaient certaines ambiguïtés. Il y est notamment constaté, par exemple, qu'un président AV, un secrétaire AV, un trésorier AV, un « *représentant SYCOV* » de l'AV et l'agent d'encadrement « *ont signé pour l'AV* » ; l'objet et la nature de l'engagement qu'ils ont pris ne sont pas clairs. Il pourrait s'agir de la signature du contrat de prêt, d'une autorisation de prélèvement automatique des échéances dues à la Banque dont il est fait état dans le texte du procès-verbal, du procès-verbal des résolutions de l'assemblée générale (bien que celui-ci semble avoir été signé par le secrétaire de séance uniquement) ou même de la nomination des représentants légaux. Il serait nécessaire d'éviter ce type d'incertitudes.

Il faut également au regard de l'AUS que chacun des membres d'un tel groupement prenne séparément l'engagement de cautionnement pour que celui-ci soit valable.

D'après certains praticiens, l'obligation d'information préalable sur l'entendue des engagements de cautionnement pris par les cautions membres des OP n'est pas toujours respectée, contrairement aux dispositions de l'AUS.

Les personnes illettrées ne peuvent s'engager sans recourir à des certificateurs qui explicitent à celles-ci les engagements pris. Il semblerait qu'il ne soit pas toujours aisé d'organiser cette certification et de mobiliser des personnes lettrées pour y participer.

Certains débiteurs ont semble-t-il aussi contesté les actes de cautionnement au motif que ceux-ci étaient en français et non en langue nationale. Aussi, certaines banques ont pris l'habitude de traduire les documents sans pour autant que cela soit une formalité obligatoire.

Par ailleurs, lorsque le cautionnement est général, ce qui est relativement limité en pratique, il apparaît que les personnes physiques qui sont membres des OP et ont valablement souscrit à un engagement de cautionnement devraient être informées tous les trimestres de l'état des dettes de l'association par les créanciers. Il semble que cette exigence posée par l'article 14 de l'AUS soit en réalité impraticable du fait des coûts qu'elle engendre, de la difficulté à localiser la caution, et du nombre de cautions mobilisé par un cautionnement solidaire.

D'une manière générale, il semble donc que la pratique actuelle des garanties collectives soit en complet décalage avec les exigences du droit de l'OHADA en matière de cautionnement. Les cautionnements donnés ne peuvent donc offrir aux créanciers qu'une sécurité tout à fait illusoire.

1.3 PRECONISATIONS

Il nous semble que seules plusieurs actions simultanées à court et long terme seraient de nature à améliorer la situation juridique et le fonctionnement de ces garanties collectives.

1.3.1 À COURT TERME

1.3.1.1 MODIFICATIONS NECESSAIRES DES ACTES DE CAUTIONNEMENT « COLLECTIFS »

- mention de la somme maximale garantie⁴⁰

Il convient également de veiller à ce que tout acte de cautionnement porte la mention de la main de chacune des cautions, en chiffres et en lettres, de la somme maximale garantie.

⁴⁰ Article 4 de l'AUS.

La clause disposant que les cautions se portent garantes « *jusqu'au complet remboursement du crédit* » ne satisfait donc pas à cette exigence posée par l'AUS.

- mentions manuscrites des témoins certificateurs⁴¹

Dans l'hypothèse où certains membres de l'OP seraient illettrés ou dans l'impossibilité d'écrire, chaque acte devra, en outre, comporter (i) deux signatures de témoins certificateurs pour chaque caution illettrée ou incapable d'écrire, (ii) la certification expresse par ces témoins de l'identité et de la présence des cautions illettrées ou incapables d'écrire, (iii) une déclaration expresse par ces témoins que la nature et les effets de l'acte ont été précisés aux cautions illettrées ou incapables d'écrire et (iv) la somme maximale garantie, en chiffres et en lettres.

Les membres de l'OP ne peuvent donc pas être représentés collectivement par les représentants légaux ou mandataires de l'organisation. La pratique qui consistait à joindre la liste des membres de l'OP suivie de leur émargement ne pourra, de ce fait, pas satisfaire aux prescriptions de l'article 4 décrites ci-dessus.

- annexion de l'acte constitutif de l'obligation principale à l'acte de cautionnement⁴²

Il semble que les contrats de prêt ne soient pas annexés aux actes de cautionnement. Il est donc nécessaire d'insister auprès des praticiens pour respecter cette obligation.

- mention (facultative) des obligations d'information pesant sur le créancier (art. 14) et sur les cautions⁴³

L'AUS met à la charge du créancier et de la /des caution(s) des obligations d'information visant à renforcer la protection de la/des caution(s) et à préserver les droits du créancier qui sont très peu observés.

En effet, dans l'hypothèse étudiée du cautionnement des engagements d'une OP par l'ensemble des membres de cette dernière, l'obligation d'information pesant sur le créancier peut se révéler complexe à mettre en œuvre, voire irréalisable (nombre élevé de cautions et environnement rural).

L'obligation d'information préalable sur l'entendue des engagements de cautionnement pris par les cautions pourrait être organisée dans le cadre de l'assemblée générale de l'organisation paysanne débitrice. Les membres de ladite organisation pourraient en être individuellement informés des dettes et de leurs obligations de cautions à cette occasion.

Par ailleurs, en cas de cautionnement général, l'information trimestrielle des cautions pourrait être organisée au cours de réunions périodiques tenues entre les organisations paysannes et les banques. Au cours de cette réunion, pourrait être communiqué un état des dettes des OP cautionnées à chacune des cautions.

⁴¹ Article 4 de l'AUS.

⁴² Article 8 de l'AUS.

⁴³ Article 14 et 18 de l'AUS.

Enfin, il paraît utile, bien que cela ne soit pas une prescription légale, de mentionner la nature et l'objet de ces obligations dans l'acte de cautionnement.

1.3.1.2 FORMATIONS

Comme suite à ce rapport, nous recommandons d'organiser des sessions de formation et de suivi, dès que possible, relatives à la mise en conformité des actes de cautionnement que les SFD et Banques utilisent avec les emprunteurs dans le cadre des garanties collectives existantes pour favoriser leur harmonisation avec les Actes Uniformes OHADA. Il est toutefois à craindre que les modalités pratiques du cautionnement se révèlent trop lourdes pour assurer l'efficacité des garanties collectives à long terme. C'est pourquoi, nous avons ajouté d'autres préconisations relatives à ces garanties dans le présent rapport.

Ces formations seraient sans doute l'occasion de rapprocher les SFD, les Banques et les OP.

Il semble en effet nécessaire d'organiser des modes de concertation entre les Banques, SFD, les institutions de micro-finance et les OP pour mettre en œuvre les préconisations nécessaires.

1.3.1.3 MISE EN PLACE DE MODELES

Nous recommandons la mise en place et la diffusion de modèles d'actes associatifs en vue de la création de groupements ayant un fonctionnement mieux identifié et plus sûr pour les créanciers qui traiteront avec eux.

Parallèlement, la création d'un guide d'utilisation du cautionnement à destination des agences de micro-crédit et des systèmes de financement décentralisés permettrait de pallier les difficultés d'utilisation des actes du fait du formalisme du cautionnement.

1.3.1.4 REFONTE DU CADRE JURIDIQUE ET FINANCIER DE FONCTIONNEMENT DES OP

Il semble qu'un cadre juridique unique devrait être proposé pour réunir les exploitants et pour que les OP deviennent de véritables interfaces avec les SFD et les Banques. Il conviendrait de rendre obligatoire l'enregistrement des associations et groupements auprès du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (ci-après désigné « **RCCM** ») pour que les prêteurs puissent y voir d'autres entités dotées de la personnalité morale, capables d'ester en justice, d'être contrôlées et d'assumer leur autonomie financière. De fait, le recours aux régimes de coopératives et tons villageois régis par la loi du 26 février 1988 pourrait être développé afin de s'assurer que les groupements sont enregistrés et fonctionnent selon un mode réglementé plus fiable pour leurs interlocuteurs. De même, les OP devraient être capitalisées de manière plus systématique et plus importante pour être à même de financer leurs actions.

L'évolution du statut des OP et leur indépendance financière pourrait d'ailleurs permettre qu'elles se portent elles-mêmes cautions des emprunts pris par les exploitants à plus long terme ou qu'elles s'obligent à agir en qualité de garant ou

séquestre des paiements en retenant une partie des sommes versées au titre des récoltes aux exploitants sur un compte bancaire.

Elles pourraient également comme il en est fait état ci-dessous participer à la constitution d'un fonds de garantie des emprunts souscrits par corporation ou par région.

Le nombre de membres de chaque association devrait être limité afin de pouvoir gérer plus facilement les dossiers de crédit et les mécanismes de recouvrement.

Il semble que le rôle de chef de village soit reconnu quasi systématiquement de manière usuelle dans la gestion des problèmes associatifs quand bien même le chef de village n'est pas le représentant légal du groupement ou de l'association. Il serait sans doute opportun de renforcer son rôle en l'officialisant dans le cadre de procédures de conciliation en vue du recouvrement des prêts ou de la mise en jeu des cautionnements.

1.3.1.5 UTILISATION DU NANTISSEMENT

Enfin, dans certains cas, il serait peut-être envisageable pour les exploitants de substituer au cautionnement, le nantissement de récoltes sur pieds, de stocks ou de marchandises. Cette solution présente l'avantage d'un formalisme plus léger.

1.3.2 À LONG TERME

1.3.2.1 DEVELOPPEMENT DES « CENTRALES DE RISQUES »

Il apparaît que certains pays de la sous-région tels que le Bénin ont mis en place des centrales de risques qui ont pour vocation de centraliser les informations liées aux débiteurs insolvables ou en situation de surendettement.

La Centrale de risque constitue une convention de collaboration entre différentes institutions de financement présentes dans une même zone qui instaure des procédures de régulation de la concurrence, d'échange d'information, de traitement des problèmes de financement de cette zone.

Ce type de mécanisme pourrait permettre d'identifier plus facilement les débiteurs et de vérifier de manière plus systématique si les cautions potentielles peuvent effectivement s'engager en ayant recours à ces « *centrales de risques* » préalablement à la signature des actes de cautionnement.

La mise en place de centrale de risque pourrait donc permettre de réguler et suivre la situation des débiteurs dans les zones où de lourds impayés bloquent l'octroi de nouveaux crédits par les créanciers. Elle inciterait également sans doute à l'assainissement des encours. Ce mécanisme a d'ailleurs été préconisé lors du séminaire international tenu à Dakar en janvier 2002 portant sur le financement de l'agriculture familiale dans le contexte de la libéralisation, en citant l'exemple mis en place par les institutions financières intervenant à Niono ou par l'Office du Niger au Mali.

1.3.2.2 MISE EN PLACE DE GAGE-ESPECES OU GAGE DE COMPTE BANCAIRES

Il semble que le gage-espèces utilisé dans le cadre des groupes de solidarité puisse être amélioré en le structurant sous forme de gage de comptes bancaire ou de gage des sommes en compte prêtées.

En effet, les sommes prêtées pourraient être plus souvent en partie isolées sur les comptes bancaires des groupements emprunteurs et gagées aux fins de garantir le complet remboursement des prêts.

1.3.2.3 DEVELOPPEMENT DU CREDIT BAIL

Le développement du crédit bail qui fait l'objet actuellement d'une étude au Mali pourrait permettre de développer le financement des exploitations rurales et se substituer aux garanties collectives. En effet, dans ce système, l'organisme financier reste propriétaire du bien jusqu'à son complet paiement et l'utilisateur autofinance une partie dès le départ en apport pour qu'il prenne conscience de sa responsabilité. Il paie des loyers réguliers jusqu'au complet paiement. En cas de défaillance de cet utilisateur, l'organisme financier peut reprendre son bien sans procédure spécifique de contentieux.

Cette substitution du crédit bail nécessite toutefois de bien connaître les emprunteurs et de suivre les échéances de remboursement ce qui renforce la nécessité de recourir au mécanisme de « *centrale des risques* » exposé ci-dessus.

1.3.2.4 MISE EN PLACE D'UN MECANISME DE CAUTIONNEMENT MUTUEL

Une des possibilités de favoriser la mise en place de cautionnements sécurisés serait de créer un cadre mutualisé de garantie des emprunts contractés dans les secteurs ruraux, piscicoles et cotonniers et secteurs urbains en l'inscrivant dans le contexte légal et réglementaire autant que possible pour faciliter plus rapidement l'octroi d'un grand nombre de crédits au Mali et dynamiser l'économie dans ces secteurs.

En effet, un fonds de garantie mutualiste à l'échelle nationale spécifiquement créé pour pallier les difficultés de couverture des risques de remboursement des emprunts permettrait sans doute de proposer des solutions de garantie satisfaisantes pour les créanciers lors de l'exécution des garanties à des coûts limités pour les OP et leurs membres. Cette solution nécessiterait de mettre en place des fonds d'amorçage, donc l'adossement à une structure financière existante telle que la Banque Malienne de Solidarité par exemple ou à une Union de Caisses de Crédit.

Le cautionnement mutuel semble d'ailleurs avoir été proposé ou mis en place dans plusieurs pays de la sous-région (Guinée (Pasal⁴⁴), Burkina-Faso) comme une faculté d'instaurer une meilleure couverture des risques. Au Burkina Faso, une société corporatiste de cautionnement mutuel réunissant des soudeurs burkinabés a été créée

⁴⁴ Programme d'Appui à la Sécurité Alimentaire.

en 2001 et semble être en voie d'être répliquée à d'autres secteurs afin de faciliter l'accès au crédit dans plusieurs corporations.

Le Fonds de Garantie Hypothécaire mis en place au Mali ces dernières années semble relativement proche du système de cautionnement mutuel que nous proposons dans la mesure où il permet aux emprunteurs de bénéficier de l'aide de ce fonds qui se porte garant auprès des banques qui ont prêté, sous forme de cautionnement et en échange d'une hypothèque sur les biens achetés par les débiteurs.

De même, le Fonds Auto Renouvelable pour l'Emploi (FARE) propose de se substituer aux PME-PMI sous forme de cautions dans le cadre de marchés de bâtiments et travaux publics.

De tels mécanismes pourraient, avec des aménagements, se substituer dans chaque activité ou corporation, aux garanties collectives pour plus de sécurité juridique et financière. Il semble que d'après les entretiens que nous avons menés, les praticiens demandent et attendent ce type de mécanisme pour sécuriser les crédits dispensés au Mali.

Par ailleurs, il faut souligner que le Fonds International de Garantie (FIG), d'origine Suisse, propose un type de garantie des emprunts des SFD assimilable au cautionnement mutuel dans le sens où il garantit les banques auprès desquelles les SFD se refinancent à hauteur d'un certain montant des prêts bancaires qui leur sont accordés en prenant une commission sur les montants prêtés dans le cadre d'un système coopératif.

Dans le cas présent, il s'agirait d'un système de cautionnement mutuel et de fonds de garantie qui correspondraient relativement bien, notamment, aux besoins de solidarité des professions rurales maliennes ayant recours au crédit via des groupements locaux, du fait des faibles moyens que chacun peut engager pour le bien commun. L'aléa que contient le cautionnement en adoucit la souscription, et limite le risque de défaut en cas de recouvrement du fait de la répartition qu'il induit. En effet, le cautionnement individuel ne suffit pas toujours en raison de la faible valeur des biens ou des facultés de remboursement de chaque exploitant, et du fait de cautions qui s'avèrent difficiles à mobiliser.

La mutualisation du cautionnement au niveau d'une structure collective pourrait faciliter la sécurisation des prêts par le biais d'une cotisation acquittée par des membres tels que les OP périodiquement et lors de chaque prêt sollicité ainsi que par les SFD et les Banques. Le cautionnement solidaire impliquerait, quant à lui, des modalités d'organisation qui pourraient dans ce cas être limitées au niveau des sociétés de caution mutuelle régionales regroupées au sein d'une union mutualiste coordonnant leur mission. Les sociétés de caution mutuelle auraient seulement à leur charge l'organisation des relations avec leurs OP membres.

Le cautionnement mutuel, introduit en France par une loi du 13 mars 1917 a été codifiée dans le droit positif français sous les articles L 515-4 et suivants du code monétaire et financier actuel. Il constitue une technique de mutualisation des risques,

largement utilisée dans de nombreux pays d'Europe⁴⁵, facilitant l'obtention du crédit et qui a pour support juridique la constitution de fonds de garantie.

En droit malien, ce cautionnement pourrait s'appuyer sur la loi n°94-040 du 15 août 1994 portant réglementation des institutions mutualistes ou coopératives qui a permis le développement des SFD. Les SFD pourraient, en effet, constituer des entités satellites qui auraient en charge la mise en place de ces sociétés de caution mutuelle en collaboration avec les OP.

Il serait envisageable de constituer des structures de cautionnement mutuel soumises au régime de la loi de 1917 dont seraient membres les OP soumises aux lois de 1988 concernant le mouvement coopératif ou de 1994 concernant les institutions mutualistes et coopératives.

En couplant le développement des structures enregistrées en coopératives et tons villageois dûment constitués ayant recours au crédit auprès des institutions bancaires à des sociétés de cautions mutualistes régies par la loi de 1994 qui se porteraient cautions pour les exploitants individuels et présenteraient une surface financière plus importante, il serait sans doute possible de proposer aux institutions financières une organisation susceptible de garantir les Banques contre le défaut de paiement et les impossibilités d'avoir recours à des sûretés fiables.

Plusieurs initiatives récentes pourraient sans doute permettre d'appuyer la création de sociétés de caution mutuelle ou de fonds de garantie qui auraient vocation à garantir le développement du crédit grâce à des emprunts qui seraient mieux garantis auprès des prêteurs.

En particulier, la création récente de la Banque Malienne de Solidarité pourrait peut-être constituer une opportunité de financement initial pour développer un schéma global de cautionnement à l'échelle nationale qui serait ensuite décentralisé par le biais des SFD qui cotiseraient à des sociétés ou unions régionales de cautions mutuelles (en déposant des fonds limités) bénéficiant au moins en partie de fonds de la Banque Malienne de Solidarité, les SFD refacturant les coûts de cautionnement mutuel aux emprunteurs groupés en associations ou tons villageois, etc. De même, les fonds de garantie mis en place par la Société Financière Internationale au profit de SFD tels que Kafo Jiginew et Nyésigiso pourraient être en partie ré-alloués pour prévoir la dévolution d'une partie des fonds à la couverture des risques de cautionnement dans le cadre d'un fonds « *d'amorçage* ».

Dans le même temps, il serait sans doute utile de s'assurer que ces sociétés de cautionnement bénéficient d'un régime fiscal favorable dans le cadre d'une loi nouvelle, gage de la solidité de leur développement et de s'assurer d'une politique coordonnée de leurs actions sur le territoire national par le biais d'une Union de sociétés de caution mutuelle qui serait mise en place.

Nous avons préparé un schéma présentant le système de cautionnement mutuel que nous proposerions de mettre en place en **Annexe 3**.

⁴⁵ L'Association Européenne de Cautionnement Mutuel regroupe 25 sociétés de cautionnement mutuel appartenant à 16 pays différents, cf. Juris-Classeur Banque, Crédit, Bourse, Fasc. 745, n°2.

Pour plus d'informations sur le régime juridique et le mode de fonctionnement de ce type de cautionnement mutuel, nous avons inséré une note de présentation en **Annexe 4** qui suit le régime appliqué en France et plus largement en Europe.

Il serait sans doute judicieux de prévoir de promulguer la loi du 13 mars 1917 sous une forme rénovée par rapport à celle promulguée à l'époque et après l'avoir adaptée aux besoins du Mali en matière de cautionnement mutuel.

La mise en place du cautionnement mutuel nécessite, toutefois, une étude approfondie de la faisabilité économique, financière et juridique de ce mécanisme au Mali.

2. LA TIERCE DETENTION

La tierce détention permet principalement à un opérateur économique de financer à court terme l'achat ou la production d'un stock de marchandises ou de matières premières par le biais d'un emprunt auprès d'un créancier, généralement une banque. L'opérateur économique garantit à cet effet le remboursement de son emprunt au créancier par un gage ou un nantissement des marchandises déposées auprès d'un tiers détenteur qui se doit de les garder et de les assurer jusqu'à ce qu'elles trouvent acheteur et que la banque puisse être remboursée.

La tierce détention présente l'avantage de permettre aux opérateurs de différer leurs ventes et d'acquérir une certaine indépendance pour assurer leurs débouchés commerciaux et d'avoir plus facilement accès au crédit en accordant aux prêteurs des garanties fiables sur leurs stocks.

La tierce détention n'est pas en elle-même une sûreté : c'est un mécanisme de dépôt qui facilite la constitution d'une sûreté sur le bien déposé. A ce titre, elle peut se combiner sans difficulté avec une sûreté mobilière prévue par l'AUS, principalement le gage, subsidiairement le nantissement de stocks.

La tierce détention est très utile car elle permet :

- de laisser au débiteur la souplesse et l'autonomie nécessaire pour exercer son activité économique ;
- tout en conférant au banquier une garantie efficace et sécurisée pour recouvrer sa créance.

La tierce détention est utilisée dans le secteur agricole ainsi que pour l'import-export de matières premières et de marchandises.

2.1 REGIME JURIDIQUE DE LA TIERCE DETENTION

2.1.1 REGIME GENERAL

La tierce détention ainsi que la profession de tiers détenteur sont régies par les articles 1193 et suivants du code de commerce (Loi 92-002 du 27 août 1992 portant code de commerce en République du Mali, ci-après désignée le « **Code** ») ainsi que par deux arrêtés :

- Arrêté n°91-0376/MFC-CAB du 30 janvier 1991 portant création et règlement de la profession de tiers détenteur dans le cadre de la commercialisation des produits agricoles ;
- Arrêté n°99-1477/MICA-SG du 2 août 1999 portant réglementation de la profession de tierce détention (ci-après désigné l' « **Arrêté** »).

L'article 15 de l'Arrêté dispose qu'il abroge toutes dispositions antérieures contraires et impose aux opérateurs agréés par l'Arrêté n°91-0376 de se mettre en conformité avec ses nouvelles dispositions. Selon la hiérarchie des normes, l'Arrêté ne peut abroger les dispositions du Code de Commerce, et doit donc être considéré comme complémentaire du Code. Il semble, toutefois, que les dispositions du Code ne sont aujourd'hui plus appliquées et que l'Arrêté constitue actuellement la seule source juridique de la tierce détention au Mali.

(a) Champ d'application

De manière générale, il convient de remarquer que les dispositions du Code sont extrêmement complexes et s'apparentent fortement au droit français, notamment à l'Ordonnance n°45-1744 du 6 août 1945 relative au dépôt dans les magasins généraux, aujourd'hui codifiée par les articles 522-1 et suivants du Code.

Aux termes du Code, le lieu dans lequel sont déposées les marchandises est intitulé « *magasin général* ». Le propriétaire du magasin général est appelé l' « *exploitant* ». La personne qui procède au dépôt de ses marchandises est appelé le « *déposant* ».

Le Code dispose que le dépôt dans les magasins généraux est réservé à titre principal aux commerçants et industriels et à titre accessoire aux agriculteurs et artisans. Le dépôt ne peut être fait par eux que pour les marchandises rentrant dans leur « *spécialité professionnelle* »⁴⁶.

L'Arrêté définit l'activité de tiers détenteur comme consistant « *en la détention par une personne d'un bien mobilier en vertu d'un gage à lui confié, conformément à l'Acte Uniforme de la loi en vigueur* ». La tierce détention serait donc associée à un gage, conformément à l'AUS.

Le Code ainsi que l'Arrêté instituent respectivement deux documents à délivrer par le tiers détenteur : (i) le Récépissé-Warrant, à l'instar du droit français, et (ii) la lettre de tierce détention.

(i) *Le Récépissé-Warrant*

Le Code impose qu'un récépissé attestant du dépôt de la marchandise soit délivré par l'exploitant au déposant. Ce récépissé doit mentionner les nom, profession et domicile du déposant ainsi que la nature de la marchandise et des indications permettant de l'identifier et d'en déterminer la valeur⁴⁷.

Le Code impose, par ailleurs, qu'à chaque récépissé doit être annexé un warrant, contenant les mêmes mentions que le récépissé. Ce warrant est énoncé par le Code comme étant un effet de commerce⁴⁸.

⁴⁶ Article 1193 du Code.

⁴⁷ Article 1209 para 1 du Code.

⁴⁸ Un effet de commerce est un titre négociable qui donne droit au paiement d'une somme d'argent à vue ou à une échéance assez proche. Les autres effets de commerce sont la lettre de change, le billet à ordre, le billet au porteur etc.

Le warrant peut donc être défini comme un billet à ordre garanti par un gage sur des marchandises déposées dans un magasin général.

A l'instar du droit français, le récépissé est un reçu du dépôt effectué et donne droit à la délivrance de la marchandise. Le warrant permet, quant à lui, de réaliser la mise en gage et la mobilisation de la créance par endossement.

Le Code autorise que les marchandises fongibles déposées dans un magasin général et sur lesquelles a été délivré un récépissé et un warrant soient remplacées par des « *marchandises de même nature, de même espèce et de même qualité. La possibilité de cette substitution doit cependant être mentionnée à la fois sur le récépissé et sur le warrant* »⁴⁹.

Les récépissés et les warrants peuvent être transférés par voie d'endossement, ensemble ou séparément⁵⁰. L'endossement du récépissé ou du warrant doit être daté. Toutefois, lorsque l'endossement du warrant se fait séparément du récépissé, l'endossement doit mentionner le montant de la créance garantie, son échéance, ainsi que les nom, profession et domicile du créancier.

Cet endossement entraîne deux types de conséquences :

- d'une part, l'endossement du warrant séparé du récépissé constitue un nantissement de la marchandise au profit du « *cessionnaire du warrant* » ;
- d'autre part, l'endossement du récépissé transmet à l'endossataire le droit de disposer de la marchandise. Toutefois, lorsque le warrant n'est pas transféré avec le récépissé, l'endossataire doit payer la créance garantie par le warrant ou en laisser payer le montant sur le prix de vente de la marchandise⁵¹.

Les récépissés et les warrants sont extraits d'un registre à souche. Tout endossataire du récépissé ou du warrant peut exiger la transcription de l'endossement fait à son profit sur les registres à souches dont ils sont extraits. Cette transcription doit indiquer le domicile de l'endossataire⁵². Le Code ne précise pas si cette seule transcription permet d'opposer aux tiers le nantissement.

En cas de perte du warrant ou du récépissé, la loi autorise de solliciter par ordonnance du juge, moyennant justification de la propriété et versement d'une caution, un duplicata du récépissé ou un paiement de la créance de garantie s'il s'agit du warrant⁵³.

Il semble que les praticiens n'ont que très peu recours au système de récépissé-warrant au Mali.

⁴⁹ Article 1209 para 2 du Code.

⁵⁰ Article 1211 du Code.

⁵¹ Article 1213 du Code.

⁵² Article 1210 et 1212 du Code.

⁵³ Article 1221 et 1222 du Code.

(ii) *La Lettre de tierce détention*

L'Arrêté dispose que le tiers détenteur doit, à la réception des marchandises, émettre au créancier gagiste une « *Lettre de tierce détention* » comprenant les mentions suivantes :

- le nom du tiers détenteur ;
- le lieu, le numéro et la date de son émission ;
- le nom et l'adresse du débiteur gagé et l'adresse du magasin dans lequel les marchandises sont stockées ;
- le montant de la créance garantie ;
- des indications précises sur la marchandise ;
- la preuve que les marchandises sont assurées par la police du magasin général et que le tiers déposant dispose d'une assurance couvrant sa responsabilité civile et professionnelle.

La lettre de tierce détention n'est ni négociable, ni transmissible.

(b) Réalisation de la créance

(i) *Lorsque la créance fait l'objet d'un récépissé-warrant*

Le porteur du récépissé peut payer, avant l'échéance, la créance garantie par le warrant.

Le créancier est payé de sa créance directement et sans formalité de justice par préférence sur tous les autres créanciers. Il conviendra cependant de déduire les droits de douane, les contributions indirectes, les frais de magasinage etc⁵⁴.

Si le porteur du warrant séparé du récépissé n'est pas payé à échéance, ce dernier peut faire procéder, par officier public, à la vente publique aux enchères de la marchandise⁵⁵.

(ii) *Lorsque la créance fait l'objet d'une lettre de tierce détention*

L'arrêté ne contient aucune règle en matière de réalisation de la créance. Il peut, cependant, être conclu qu'en cas de défaut de paiement, les règles générales de la réalisation du gage s'appliquent.

⁵⁴ Article 1217 du Code.

⁵⁵ Article 1216 du Code.

(c) Obligations des parties

(i) *Obligations de l'exploitant du magasin général*

Le Code interdit à l'exploitant de se livrer, que ce soit pour son propre compte, ou pour le compte d'autrui, à toute spéculation sur les marchandises pour lesquelles il est habilité à délivrer des « *récépissés warrants* »⁵⁶. En revanche, les exploitants peuvent prêter sur nantissement des marchandises qu'ils reçoivent en dépôt ou négocier les warrants qui les représentent⁵⁷.

Conformément au Code et à l'Arrêté, le tiers détenteur est responsable dans les limites de la valeur déclarée, de la garde et de la conservation des dépôts qui lui sont confiés.

De la même manière, le Code comme l'Arrêté imposent que les marchandises susceptibles d'être warrantées soient obligatoirement assurées contre l'incendie par les polices générales du magasin⁵⁸.

Aux termes de l'Arrêté, le tiers détenteur est astreint à la tenue d'un registre des stocks coté et paraphé⁵⁹. Il semble qu'en réalité, ce ne soit pas toujours le cas.

(ii) *Obligations du déposant*

Le Code impose que le déposant remettant sa marchandise en déclare la nature et la valeur au tiers détenteur.

Dans tous les cas, le déposant reste propriétaire de la marchandise. Il doit en supporter les frais de garde ainsi que les frais de conservation.

(d) Autres dispositions

Le Code ainsi que l'Arrêté précisent les obligations attachées à l'ouverture d'un magasin général :

- autorisation d'exercice pour l'exploitant délivrée par le Ministère du Commerce⁶⁰ ;
- autorisation du concessionnaire pour la cession d'un magasin général⁶¹ ;
- préavis de six mois pour toute cessation de l'exploitation⁶² ;
- obligation du versement d'un cautionnement pour l'ouverture d'un magasin général⁶³ ;

⁵⁶ Article 1199 du Code.

⁵⁷ Article 1207 du Code.

⁵⁸ Article 1202 du Code.

⁵⁹ Article 5 de l'Arrêté

⁶⁰ Article 1194 du Code et Article 3 de l'Arrêté

⁶¹ Article 1195 du Code et article 3 de l'Arrêté.

⁶² Article 1196 du Code.

- approbation du statut de l'établissement par le Ministre du Commerce⁶⁴ ;
- conditions de tarif et approbation par le Ministre du Commerce pour le magasinage et services connexes⁶⁵ ;
- obligation du secret professionnel des exploitants concernant les marchandises entreposées⁶⁶ ;
- sanctions en cas d'ouverture d'un magasin général sans agrément et continuation d'une activité en cas de retrait de l'agrément⁶⁷.

Il convient donc de noter que certaines mentions contenues dans le Code ne le sont pas forcément dans l'Arrêté. Les deux normes juridiques sont de ce fait complémentaires.

Ces dispositions relèvent seules du droit national et de la politique économique du Mali et n'entrent pas en contradiction avec les dispositions des Actes Uniformes OHADA. Toutefois, il semble qu'un grand nombre de ces obligations ne soient pas respectées par les parties organisant la tierce détention.

L'Arrêté impose tout de même que le tiers détenteur soit inscrit au RCCM⁶⁸.

2.1.2 COMBINAISON AVEC LE DROIT OHADA

Le mécanisme de tierce détention peut être associé à certaines sûretés prévues par l'AUS et notamment (1) le gage ou (2) le nantissement des stocks, du fait qu'il puisse être couplé avec l'une de ces sûretés réelles.

La principale difficulté consiste à déterminer dans quels cas il faudra coupler l'entiercement avec le gage de droit commun et dans quels cas il faudra utiliser le nantissement de stocks. D'une manière générale, le créancier aura intérêt à exiger la constitution d'un gage de droit commun chaque fois que cela est possible, c'est-à-dire chaque fois que le bien est susceptible d'être déplacé et remis entre les mains du tiers détenteur. Le nantissement, d'une constitution plus lourde, et qui confère un rang moins favorable au créancier, ne devrait être utilisé que dans les cas où le déplacement du bien n'est pas possible, le recours à la tierce détention ayant alors pour intérêt de donner au créancier une sécurité plus grande en soustrayant le bien à la garde du constituant.

⁶³ Article 1201 du Code.

⁶⁴ Article 1203 du Code.

⁶⁵ Article 1204 du Code.

⁶⁶ Article 1208 du Code et Article 9 de l'Arrêté.

⁶⁷ Article 1223 du Code.

⁶⁸ Article 2 de l'Arrêté.

2.1.2.1 LE GAGE

(a) Champ d'application

Aux termes du Code de Procédure Civile, Commerciale et Sociale édicté par le Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 (ci-après dénommé le « **CPPCS** »), le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose, par privilège et de préférence aux autres créanciers. Ce privilège n'est cependant réalisable que si le gage a été conclu par acte authentique dûment enregistré, contrairement au droit OHADA qui ne prescrit aucune forme particulière pour cet écrit, acte authentique ou acte sous seing privé⁶⁹.

Le droit du gage régi par le CPPCS et le droit OHADA ne sont donc pas contradictoires, mais complémentaires.

Le gage est défini par l'article 44 de l'AUS comme le « *contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette.* » Le créancier gagiste dispose, par conséquent, d'un droit de rétention sur la chose gagée, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un tiers en charge de la détention du bien.

L'AUS précise que tout bien meuble, corporel ou incorporel est susceptible d'être donné en gage⁷⁰. Le gage peut donc porter sur une marchandise ou une créance. Il convient de préciser que l'AUS autorise à ce que les parties conviennent en cours d'exécution du contrat, de la subrogation de la chose gagée par une autre chose⁷¹.

Bien que l'article 52 de l'AUS puisse suggérer le contraire, la constitution d'un gage de droit commun est possible même lorsque les biens sont susceptibles de faire l'objet par ailleurs d'un nantissement sans dépossession. Cette dernière possibilité, en effet, n'est qu'une facilité donnée aux parties pour certains biens, elle ne saurait leur retirer la possibilité de constituer un gage de droit commun si la dépossession du débiteur est envisageable.

(b) Constitution

L'opération de gage fait intervenir trois acteurs : le bénéficiaire du transfert (le « *créancier gagiste* ») ; le débiteur constituant du gage ; le tiers détenteur. Un quatrième acteur peut intervenir lorsque la créance est transférée : le « *débiteur transféré* ».

Deux conditions doivent être réunies pour la constitution d'un gage :

- un écrit dûment enregistré constatant le contrat de gage afin de le rendre opposable aux tiers, sauf dans le cas où la loi nationale de l'Etat partie dans

⁶⁹ Comparaison de l'article 49 de l'AUS avec l'article 713 du CPPCS.

⁷⁰ Article 46 para 1 de l'AUS.

⁷¹ Article 46 para 2 de l'AUS.

lequel le gage est constitué permet de faire la preuve de l'obligation autrement que par écrit⁷². Cet écrit doit, en outre, contenir l'indication de la somme due ainsi que l'espèce, la nature et la quantité des biens meubles donnés en gage⁷³ ;

- la remise effective de la chose gagée au créancier ou à un tiers convenu entre les parties⁷⁴. Tant que cette remise n'est pas effectuée, le gage ne peut être parfait, c'est à dire qu'il ne produit aucun effet. Cette remise peut notamment se faire par la voie de l'entiercement, et c'est ici que la pratique malienne de la tierce détention peut s'adosser au gage OHADA. L'utilisation du gage ne fera pas difficulté si le bien peut être déplacé et transporté dans les locaux du tiers détenteur. Mais on peut se demander si cette remise entre les mains du tiers détenteur pourrait aussi être constituée par le seul fait de confier à la garde du tiers détenteur les marchandises qui par ailleurs resteraient dans les locaux du constituant. Il va de soi que dans un tel cas, le nantissement de stocks paraît plus indiqué, et moins risqué, mais on ne peut pas complètement exclure l'utilisation du gage de droit commun, dès lors que la dépossession du constituant est rendue apparente aux yeux des tiers.

Le créancier gagiste retient ou fait retenir la chose gagée par un tiers jusqu'au paiement intégral en principal, intérêts et frais, de la dette pour laquelle le gage a été constitué⁷⁵. Sauf stipulation contraire, ni le créancier gagiste, ni le tiers détenteur, ne peuvent user de la chose gagée ou en percevoir les fruits⁷⁶. Par ailleurs, le créancier, ou le tiers détenteur, doit veiller sur la chose et en assurer la conservation⁷⁷.

(c) Réalisation

- Dispositions générales

Le créancier gagiste dispose d'un droit de suite et d'un droit de préférence. Les règles de la réalisation du gage sont les mêmes que pour le nantissement des stocks⁷⁸. Cela signifie que le créancier ne peut réaliser son gage que s'il est muni d'un titre exécutoire. La saisie-vente du bien ne pourra intervenir qu'après sommation faite huit jours auparavant au débiteur.

A défaut de paiement, le créancier ne peut disposer du gage, sauf à lui de faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères⁷⁹.

Aux termes de l'article 149 de l'AUS, le créancier gagiste se situe au quatrième rang des catégories de créanciers pour la distribution des deniers provenant de la réalisation des biens mobiliers. En cas de pluralité de gages sur la même créance, les créanciers

⁷² Ce qui n'est pas le cas de la loi du Mali.

⁷³ Article 49 para 1 de l'AUS.

⁷⁴ Article 48 para 1 de l'AUS.

⁷⁵ Article 54 para 1 de l'AUS.

⁷⁶ Article 58-1 de l'AUS.

⁷⁷ Article 58-2 de l'AUS.

⁷⁸ Article 56 de l'AUS.

⁷⁹ Article 717 du CPCCS.

gagistes sont appelés selon la date de constitution du gage, en prenant pour référence la date d'enregistrement⁸⁰.

- En cas de transfert de créance

Si le débiteur transférant paie sa dette, ce dernier a droit à la restitution du titre de créance de la part de son créancier gagiste. Le retour de ce titre aux mains du débiteur transférant doit obliger le débiteur transféré à payer sa dette au débiteur transférant.

Si le créancier gagiste ne restitue pas son titre de créance, il peut être contraint par voie judiciaire d'une injonction de délivrer⁸¹.

Si le débiteur transférant ne s'acquitte pas de sa dette, le créancier gagiste réalise son gage en exerçant son droit de suite et son droit de préférence.

2.1.2.2 LE NANTISSEMENT DES STOCKS DE MATIERES PREMIERES EN DROIT OHADA

Le nantissement des stocks est régi par les articles 100 à 105 de l'AUS et par les articles 54 et 55 de l'AUDCG. Il est clairement affirmé par l'AUS que le nantissement des stocks constitue un nantissement sans dépossession. Il peut néanmoins faire l'objet d'un entiercement.

Il convient de noter que l'AUS remplace l'ancien terme de « *Warrant* », autrefois appliqué dans les Etats membres de l'OHADA pour le warrantage hôtelier, pétrolier, industriel et agricole, pour rassembler aujourd'hui ces pratiques autour de la notion de nantissement.

L'un des avantages du nantissement des stocks consiste en la faculté de nantir des choses futures grâce à la possibilité de substitution des marchandises qu'il accorde.

(a) Fond

- Chose fongible

Le nantissement des stocks doit porter sur des choses fongibles⁸². Ces choses fongibles peuvent être entendues comme des matières premières (pétrole et produits miniers), des produits d'une exploitation agricole (récoltes de coton, de café ...), des produits industriels (machines par exemple), ou plus généralement toutes marchandises destinées à la vente⁸³.

Ce caractère de chose fongible impose que les stocks soient localisés et individualisés. Il autorise, par ailleurs, le débiteur à vendre les biens donnés en nantissement s'il peut les remplacer par des biens de même nature et pour une valeur équivalente.

⁸⁰ Article 57 para 2 de l'AUS.

⁸¹ Articles 19 et suivants de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution.

⁸² « *Choses qui, n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement ; les autres choses sont dites non fongibles* », Définition du Vocabulaire Juridique, Paris, Collection Quadrige, PUF, 2ème édition, p. 145.

⁸³ Article 100 de l'AUS.

- Absence de dépossession

Le nantissement des stocks est considéré comme un nantissement sans dépossession, ce qui signifie que le débiteur concédant le nantissement n'est pas dépossédé de son stock nanti au profit de son créancier. Cette solution semble de prime abord en contradiction avec le mécanisme de tierce détention puisque le débiteur se voit dans ce cas dépossédé de sa marchandise, même lorsque celle-ci demeure dans ses propres entrepôts.

Toutefois, pour la doctrine, rien n'empêche dans l'AUS que le nantissement de stock fasse l'objet d'un entierement⁸⁴. Les marchandises restent alors dans les locaux du constituant, mais elles sont confiées à la garde du tiers détenteur. L'avantage sera de faire peser sur ce tiers la responsabilité de la perte des marchandises. Le créancier pourra, en outre, être rassuré par la présence du tiers, et pourra plus facilement contrôler l'évolution du stock

(b) Forme

- Acte de nantissement

L'acte sous seing privé suffit pour la constitution du nantissement. Le nantissement peut néanmoins être constitué par acte authentique. Dans ces deux cas, l'AUS précise que le nantissement doit être « dûment enregistré »⁸⁵. Il conviendra de comprendre que les modalités d'enregistrement ainsi que leurs montants sont régis par des mécanismes propres à chaque Etat Membre de l'OHADA.

Cet enregistrement ne constitue, néanmoins, pas une condition de l'opposabilité du nantissement puisque l'opposabilité de l'acte est conférée par son inscription au RCCM.

L'acte de nantissement doit comporter un certain nombre de mentions, à peine de nullité :

- les prénoms, noms, domiciles et professions des parties et s'il y a lieu, le numéro d'immatriculation au RCCM du débiteur qui constitue le nantissement ;
- une description précise du bien nanti permettant de l'identifier par sa nature, sa qualité, sa quantité, sa valeur et sa situation ;
- le nom de l'assureur qui assure contre l'incendie et la destruction, le stock nanti ainsi que l'immeuble où il est entreposé ;
- le montant de la créance garantie ;
- les conditions d'exigibilité de la dette principale et de ses intérêts ;

⁸⁴ J. Issa-Sayegh, *Commentaires de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés*, sous Article 104, EDICEF/Editions FFA, 1999, p.48.

⁸⁵ Article 101 de l'AUS.

- le nom du banquier chez lequel le bordereau de nantissement est domicilié.

- Inscription au RCCM

L'acte de nantissement des stocks doit faire l'objet d'une inscription au RCCM par le constituant⁸⁶. Rien n'empêche, toutefois, que le nantissement soit inscrit par le créancier. Le lieu d'inscription est celui du ressort dans lequel est immatriculée la personne physique ou morale propriétaire des stocks nantis.

Le greffier chargé des inscriptions est responsable de la vérification des mentions obligatoires contenues dans l'acte de nantissement.

Le formulaire d'inscription doit être déposé en quatre exemplaires.

Toute modification du bien nanti doit faire l'objet d'une inscription modificative. L'inscription vaut pour un an à compter de sa date⁸⁷. L'inscription cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

Rien ne s'oppose dans l'AUS à ce qu'un second créancier prenne une seconde inscription sur le même bien.

- Bordereau de nantissement

Si les parties en sont convenues, le bordereau de nantissement est remis par le greffier au débiteur après l'inscription. Le bordereau doit ensuite être remis par le débiteur au créancier par voie d'endossement signé et daté.

Le bordereau doit porter les mentions suivantes :

- « *nantissement des stocks* » ;
- sa date de délivrance, c'est à dire la date de l'inscription du nantissement au RCCM ;
- le numéro d'inscription ;
- la signature du débiteur⁸⁸.

Le bordereau de nantissement permet la mobilisation de la créance. Cela signifie que le bordereau peut circuler par voie d'endossement et être avalisé comme un billet à ordre.

Le bordereau de nantissement est valable trois ans à compter de son émission. Cette durée de validité peut être renouvelée mais le renouvellement ne peut être réalisé que

⁸⁶ Article 101 de l'AUS. Ces formalités doivent être complétées avec celles des articles 54 et 55 de l'AUDCG.

⁸⁷ Article 63-3 de l'AUDCG.

⁸⁸ Article 103 de l'AUS.

par l'émission d'un nouveau bordereau ou par une convention de prorogation conclue entre les signataires de cet effet de commerce.

(c) Droits et obligations des parties

- Le débiteur

Le débiteur a la responsabilité du stock confié à sa garde et à ses soins. Il doit s'engager, sauf clause contraire, à assurer les stocks nantis contre les risques de destruction et d'incendie⁸⁹.

Le débiteur s'engage à ne pas diminuer la valeur des stocks nantis. Sous peine d'exigibilité anticipée, il doit reconstituer le stock dans l'hypothèse où la valeur en serait diminuée. Cela signifie alors que le débiteur est autorisé à remplacer les biens donnés en nantissement par d'autres biens de même nature, renouvelant ainsi le stock pour une valeur équivalente. Il est à remarquer, en ce sens, que le critère de remplacement des stocks est fondé sur la valeur du bien.

Cette possibilité est, toutefois, clairement encadrée :

- d'une part, afin d'assurer au créancier (ou au banquier domiciliataire) que les stocks ont été renouvelés, le débiteur tient constamment à leur disposition un état des stocks nantis ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant ;
- d'autre part, l'AUS autorise le créancier et le banquier domiciliataire à procéder à tout moment, aux frais du débiteur, à un état des stocks nantis⁹⁰;
- enfin, le débiteur conserve tout de même le droit de vendre tout ou partie des stocks nantis. Il ne pourra cependant livrer les biens vendus qu'après consignation du prix chez le banquier domiciliataire⁹¹.

Toute modification de la nature des stocks doit faire l'objet d'une inscription de modification.

- Le créancier ou le porteur du bordereau de nantissement

Le nantissement de stocks confère un droit de préférence et un droit de suite en faveur du créancier ou du porteur du bordereau du nantissement.

Le droit de suite permet au créancier de revendiquer la restitution du stock confié à la garde du débiteur, en quelque main qu'il se trouve.

Le droit de préférence permet au créancier d'échapper au concours des autres créanciers dans la distribution du prix de vente des stocks, c'est à dire d'être privilégié par rapport à tout créancier chirographaire.

⁸⁹ Article 104 para 2 de l'AUS.

⁹⁰ Article 104 par 3 de l'AUS.

⁹¹ Article 104 para 4 de l'AUS.

La réalisation du nantissement est prévue par les articles 56 paragraphe 1 et 105 de l'AUS, donc de la même manière que pour la réalisation du gage. Ces articles disposent que le créancier ou le porteur du bordereau de nantissement ne peuvent procéder à la réalisation du stock nanti que s'ils disposent d'un titre exécutoire. La vente forcée du stock nanti (« *saisie vente* »⁹²) ne pourra intervenir que huit jours après sommation faite au débiteur de payer.

Les créanciers garantis par un nantissement sont placés au cinquième rang pour la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles⁹³.

2.2 PROBLEMES D'APPLICATION DE LA TIERCE DETENTION

Il existe au Mali officiellement huit entrepôts de tierce détention disposant d'un agrément du Ministère du Commerce pour exercer la profession de tiers détenteur. Seules trois sociétés semblent cependant disposer d'un volume d'activité significatif.

La tierce détention fait toujours l'objet d'un contrat enregistré auprès de l'administration des Domaines (direction des impôts). Il apparaît dans la pratique que l'acte de tierce détention est rarement notarié et qu'il n'est jamais inscrit au RCCM. En revanche, le nantissement auquel il peut être associé l'est parfois.

Il semble pourtant que cette garantie soit au Mali le plus souvent associée à un gage et non à un nantissement des stocks. Cela s'explique notamment par le fait que cette modalité de dépossession échappe à la contrainte d'une inscription au RCCM.

La tierce détention est de manière générale utilisée pour le financement d'opérations d'importation ou d'exportation. Le tiers détenteur opère ainsi souvent des opérations connexes, principalement le transport de la marchandise du lieu de réception vers le lieu de stockage ou inversement.

Les témoignages recueillis auprès de praticiens (tiers détenteurs, banquiers, avocats, notaires et huissiers) ont révélé que cette garantie dispose de qualités certaines à l'égard des créanciers, en raison de ses modalités de constitution comme de ses modalités de réalisation.

Selon notre compréhension, la tierce détention est pratiquée au Mali par deux moyens :

- la remise de la marchandise à un tiers détenteur agréé ;
- la garde de la marchandise par le tiers détenteur dans les propres entrepôts du débiteur.

Il semble que le deuxième cas soit pratiqué pour des raisons de simplicité, certaines marchandises pouvant difficilement être déplacées et conservées dans un lieu autre que leur lieu d'origine. C'est souvent le cas en matière d'hydrocarbures.

⁹² Articles 91 et suivants de l'AUPSRVE.

⁹³ Article 149 de l'AUS.

L'utilisation du système de récépissé-warrant tel que prévu par le Code paraît obsolète et ne semble plus appliqué, en particulier en raison du formalisme relativement lourd prévu pour ce type document. En revanche, le mécanisme de la lettre de tierce détention envoyée au créancier gagiste par le tiers détenteur, dès réception de la marchandise, est privilégié par les praticiens en raison de sa simplicité et son efficacité.

Le contrat de tierce détention est souvent conclu pour une période assez courte, de l'ordre de quelques mois.

La pratique de la tierce détention permet que la marchandise soit vendue afin de rembourser la créance. Cette opération nécessite cependant une mainlevée du créancier gagiste sous la forme d'une autorisation écrite. Par ailleurs, toute sortie de marchandise de l'entrepôt de tierce détention fait l'objet de la perception d'une commission en faveur du tiers détenteur.

Un problème se pose lorsque la valeur de marchandise diminue ou que celle-ci déperit entraînant ainsi une perte dans la valeur du gage. La pratique impose en ce sens au débiteur d'augmenter le stock de manière à ramener le gage à sa valeur initiale avant la baisse des cours. A défaut, le créancier gagiste peut réaliser le gage.

Sous réserve des dispositions de l'article 1198 du Code Civil, le tiers détenteur n'est en aucun cas tenu responsable des dégradations de la marchandise. Il est en revanche tenu d'informer périodiquement le créancier gagiste de l'état des marchandises.

Le tiers détenteur dispose dans la pratique d'un droit de rétention en garantie de tous les frais, débours et intérêts qui lui sont dus par le débiteur. Il dispose par ailleurs de la possibilité de vendre ces marchandises sur ordonnance du tribunal dans l'éventualité où ces frais, débours et intérêts ne lui seraient pas payés.

Le coût de la tierce détention est relativement élevé : de 1,5 à 2% du montant de la marchandise lorsque celle-ci est livrée directement au tiers détenteur, 2,5% lorsqu'elle doit être acheminée vers l'entrepôt de tierce détention. Les frais d'enregistrement s'élèvent à un montant proche de 10.000 FCFA.

Il apparaît enfin que la tierce détention est, d'une part, principalement utilisée à Bamako, ceci étant dû au fait que les entrepôts de tierce détention sont majoritairement basés dans cette ville et, d'autre part, réservée au financement d'opérations commerciales de moyenne à grande envergure. Dans les deux cas, la tierce détention est donc limitée puisqu'elle ne peut être offerte à toute la population. Or, il est constaté que dans les zones rurales, de petits agriculteurs vendent habituellement leurs produits pendant la période de soudure juste avant la récolte et stockent leur nouvelle production jusqu'à la soudure suivante au moment où les prix et le potentiel de bénéfice sont les plus forts. Toutefois, du fait (i) de mauvaises techniques de conservation, (ii) de mauvaises conditions de stockage, (iii) du manque d'entrepôts de stockage dans les zones rurales, les petits producteurs sont la plupart privés de cette marge de manœuvre.

2.3 PRECONISATIONS

Comme nous l'avons dit plus haut, la tierce détention n'est pas en elle-même une sûreté. Elle apparaît davantage comme un élément permettant de constituer un gage ou un nantissement, tels qu'ils sont réglementés par l'AUS. Le droit malien conserve entière compétence pour réglementer le statut des entreprises de tierce détention, ainsi que les modalités du contrat liant le déposant, le tiers détenteur et le créancier gagiste ou nanti, dans la mesure où ce contrat est compatible avec les règles applicables à la sûreté considérée.

2.3.1 RENFORCEMENT DE LA TIERCE DETENTION PAR UN CONTRAT DE GAGE OU DE NANTISSEMENT DE STOCKS

Dans la mesure où le récépissé warrant ne semble que peu appliqué, il nous paraît nécessaire que la tierce détention soit systématiquement accompagnée (i) soit d'un contrat de gage de marchandise avec dépossession tel que régi par les articles 44 et suivants de l'AUS, soit (ii) d'un contrat de nantissement de stocks tel que régi par les articles 100 et suivants de l'AUS.

Le choix de l'une de ces deux options doit permettre de clarifier le régime juridique de la garantie adossée à la tierce détention.

Nous préconisons cependant la première option, d'une part parce que le nantissement des stocks nécessite l'inscription de l'acte de nantissement au RCCM, ce qui ne fait qu'augmenter le coût de la garantie, d'autre part parce que le nantissement des stocks confère un rang moins avantageux que le gage.

2.3.2 ABROGATION DU SYSTEME DE RECEPISSE-WARRANT DANS LE CODE

Comme nous l'avons indiqué, le système du récépissé-warrant, en plus d'être complexe, n'est plus pratiqué au Mali au profit de la lettre de tierce détention. Il serait donc préférable de conserver le système de la lettre de tierce détention tout en l'adaptant aux dispositions de l'OHADA et d'abroger dans le Code toute disposition se référant au récépissé-warrant, c'est à dire les articles 1209 à 1222.

Par ailleurs, tous les autres articles faisant appel aux notions de warrant, warrantage et nantissement devront être réformés.

Nos préconisations de modifications législatives sont contenues dans un avant projet de réforme figurant en **Annexe 6** ci-après.

2.3.3 MAINTIEN DU SYSTEME DE LA LETTRE DE TIERCE DETENTION DANS L'ARRETE

Le système de la lettre de tierce détention doit être maintenu pour sa simplicité et la sécurité juridique qu'elle confère.

Si la tierce détention est accompagnée d'un contrat de gage, il convient de noter que la lettre de tierce détention ne devra pas être confondue avec le système OHADA de transfert de gage de créances à titre pignoratif prévu par l'article 50-1 de l'AUS. De la même manière, si la tierce détention est accompagnée d'un contrat de nantissement, la lettre de tierce détention ne devra pas être confondue avec la possibilité d'émettre un bordereau de nantissement.

2.3.4 HARMONISATION DE L'ARRETE AVEC LE CODE

Pour toute disposition non contraire, l'Arrêté doit être intégré dans les dispositions du Code relatives aux magasins généraux, à la profession de tiers détenteur et à la tierce détention.

Cette réforme est facilement réalisable par une mise à jour du Code, qui est d'ailleurs actuellement en projet. Nous vous proposons ci-après un projet de texte figurant en **Annexe 6**.

2.3.5 RENFORCEMENT DES PREROGATIVES DU TIERS DETENTEUR

Il semble que les tiers détenteurs ne soient pas habilités à revendre directement les marchandises en cas de difficulté de remboursement ou au cas où celles-ci sont périssables et sont demeurées entreposées trop longtemps. Il paraît nécessaire de leur accorder cette prérogative.

Par ailleurs, les professionnels de la tierce détention nous indiquent que le versement d'une caution bancaire pour l'exercice de la profession permettrait de garantir une certaine qualité et sécurité dans l'exercice de la profession. Bien que cette disposition soit déjà prévue par l'article 1201 du Code, il semble nécessaire de la mettre à présent en application.

2.3.6 FAVORISER LE CREDIT STOCKAGE

Il semblerait également possible de favoriser le développement d'entrepôts de tierce détention dans les zones rurales afin d'inciter aux systèmes de « *crédit stockage* » en faveur des agriculteurs et des organisations de producteurs. Le développement de ces entrepôts leur permettrait, par le stockage de leur production dans un entrepôt fiable à titre de garantie, d'accéder à des ressources financières avant de vendre leur production lorsque les cours augmentent. En plus de favoriser l'épargne dans les campagnes, cette préconisation offrirait également une sécurité alimentaires aux agriculteurs qui pourraient prélever de quoi subsister sur leur stock pendant la période de soudure⁹⁴.

Il existe toutefois des possibilités de stockage au Mali. Au niveau villageois, le stock est notamment connu sous la forme de « *banques de céréales* », gérées par les

⁹⁴ Cette préconisation a d'ailleurs été aussi mentionnée dans le séminaire international relatif au « *Financement de l'agriculture familiale dans le contexte de la libéralisation* », organisé par le CIRAD à Dakar (Sénégal) du 21 au 24 janvier 2002.

associations et tons villageois. Le stockage est aussi pratiqué par l'Office des Produits Agricoles du Mali. Bien que ces initiatives réussissent à préserver une certaine sécurité alimentaire, elles ne comportent en aucun l'avantage de la tierce détention qui permet aux producteurs indépendants et organisations de producteurs (i) d'acquérir une autonomie quant aux débouchés commerciaux et (ii) de résoudre les problèmes d'accès au crédit en fournissant aux établissements de crédit des garanties sécurisées⁹⁵.

* * *

⁹⁵ CNUCED, *Stockage et gestion des risques par les organisations paysannes au Mali*, août 1997.

3. LE NANTISSEMENT DU PERMIS D'OCCUPER ET DE LA LETTRE D'ATTRIBUTION

Nous avons décidé d'étudier tout d'abord les dispositions générales relatives au droit foncier malien pour ensuite appréhender les dispositions particulières applicables au nantissement de permis d'occuper et de la lettre d'attribution (1) puis de dégager leurs problèmes d'application notamment au regard des mécanismes du droit OHADA (2) et enfin de formuler certaines préconisations de réforme de ce type de nantissement (3).

3.1 LE REGIME FONCIER MALIEN ET LE REGIME DU NANTISSEMENT DES TITRES PROVISOIRES

Le droit foncier malien actuel est le résultat d'une longue évolution depuis le Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique Occidentale française institué originellement par le Décret du 24 juin 1906, la Loi n°85-39/AN-RM du 22 juin 1985 modifiant la Loi n°83-122/AN-RM du 4 février 1983 puis la Loi n°86-94/AN-RM portant Code Domanial et Foncier.

Le Code Domanial et Foncier de 1986 a finalement été remplacé par l'Ordonnance n°00-027/P-RM du 22 mars 2000 portant Code Domanial et Foncier (ci-après dénommé le « **CDF** ») complétée par le Décret n°01-040/-RM du 2 février 2001 déterminant les formes et conditions d'attribution des terrains du domaine privé immobilier de l'Etat ainsi que par le Décret n°041/P-RM du 2 février 2001 fixant les modalités d'attribution du permis d'occuper.

Cette même Ordonnance a été encore modifiée par la loi n°02-008 du 12 février 2002 (ci-après dénommée la « **Loi** »), complétée par certains décrets en date du 6 mars 2002, notamment le décret n°02-112/P-RM déterminant les formes et conditions d'attribution des terrains du domaine privé immobilier des collectivités territoriales (ci-après dénommé le « **Décret** »).

3.1.1 REGIME DU DROIT FONCIER MALIEN

Le CDF dérive largement du droit administratif français quant à sa conception du domaine public et du domaine privé.

Le CDF définit le Domaine National du Mali comme englobant l'espace aérien, le sol et le sous-sol du territoire national. Ce Domaine National comprend lui-même trois éléments : le domaine public et privé de l'Etat ; le domaine public et privé des collectivités territoriales ; le patrimoine foncier des autres personnes physiques ou morales.

A titre d'information, nous décrivons brièvement le régime juridique applicable au domaine public et au domaine privé, ce dernier étant au cœur de la présente étude.

3.1.1.1 LE DOMAINE PUBLIC ET PRIVE DE L'ETAT

(a) Domaine public

Le domaine public de l'Etat doit être entendu comme les immeubles et les meubles déterminés comme tel par la loi ou ayant fait l'objet d'une procédure de classement.

(i) *Immobilier*

Le domaine public immobilier comprend (i) les sites naturels, dénommés « *domaine public naturel* » (cours d'eau, lacs, nappes d'eau souterraines...) (ii) les aménagements et ouvrages réalisés pour des raisons d'intérêt général ou d'utilité publique ainsi que les terrains qui les supportent déterminés par la loi ou ayant fait l'objet d'une procédure de classement, dénommés « *domaine public artificiel* » (routes, aéroports, ports, barrages, lignes électriques...).

Le domaine public immobilier de l'Etat peut faire l'objet d'une autorisation d'occuper ou d'une dérogation aux servitudes de passage, accordées par arrêté du Ministre chargé des Domaines⁹⁶. Ces autorisations ou dérogations sont révocables à tout moment.

L'autorisation d'occuper est délivrée après enquête « *de commodo et incommodo* ».

(ii) *Mobilier*

Il comprend les archives publiques, la bibliothèque nationale et le musée national, ainsi que les biens archéologiques, œuvres d'art etc.

(b) Domaine privé

Le domaine privé de l'Etat est composé des immeubles immatriculés ainsi que des droits immobiliers détenus par l'Etat ; de tous les immeubles non immatriculés ; et des biens meubles détenus par l'Etat qui ne font pas partie du domaine public.

(i) *Immobilier*

Le domaine privé immobilier de l'Etat comprend notamment (i) les terres faisant l'objet d'un titre foncier et les droits réels immobiliers établis ou transférés au nom de l'Etat à la suite notamment d'immatriculation, d'acquisition, de confiscation mais aussi (ii) les terres non immatriculées comme les terres vacantes et sans maître et les terres sur lesquelles s'exerce des droits fonciers coutumiers.

Le domaine privé immobilier de l'Etat peut faire l'objet de concession rurale⁹⁷, de cession, de location ou d'affectation⁹⁸.

⁹⁶ Articles 21 et suivants du CDF.

⁹⁷ Uniquement de concession rurale, et non de « Concession Urbaine ».

⁹⁸ Articles 33 et suivants du CDF.

(ii) *Mobilier*

Il comprend tout bien meuble acquis ou transféré au nom de l'Etat à la suite d'une acquisition ou d'une confiscation.

3.1.1.2 LE DOMAINE PUBLIC ET PRIVE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

(a) Domaine public

A l'instar du domaine public de l'Etat, le domaine public des collectivités territoriales est composé des meubles et immeubles déterminés comme tels par la loi ainsi que de ceux ayant fait l'objet d'une procédure spéciale de classement.

(i) *Immobilier*

Le domaine public immobilier des collectivités territoriales comprend, de la même manière que pour le domaine public immobilier de l'Etat, un domaine public naturel et un domaine public artificiel. A la seule différence du domaine public immobilier de l'Etat, le domaine public artificiel des collectivités territoriales est constitué dans un intérêt régional, de cercle ou communal.

Le domaine public immobilier des collectivités territoriales peut faire l'objet d'occupation temporaire moyennant le paiement d'une redevance⁹⁹. Cette disposition répond au principe général du droit administratif selon lequel nul ne peut sans autorisation, occuper une dépendance du domaine public. Il n'est toutefois pas précisé par le CDF sous quelle forme doit être opérée cette autorisation d'occupation (bail, concession...). Il y a donc une alternative. Soit (i) le domaine public immobilier des collectivités territoriales répond aux mêmes règles que le domaine public immobilier de l'Etat. Il peut alors faire l'objet d'une autorisation d'occuper sous les mêmes formes. Soit (ii) le domaine public immobilier des collectivités territoriales répond aux mêmes règles que celles de leur domaine privé immobilier. Dans ce cas, l'attribution d'une Concession Rurale ou Urbaine à Usage d'Habitation serait permise.

Le domaine public immobilier des collectivités territoriales est inaliénable, imprescriptible et insaisissable¹⁰⁰.

(ii) *Mobilier*

Sa définition est identique à celle du domaine public mobilier de l'Etat. Il doit seulement avoir un intérêt régional, de cercle ou communal.

⁹⁹ Article 56 para 2 du CDF.

¹⁰⁰ Article 56 para 1 du CDF.

(b) Domaine privé

Le domaine privé des collectivités territoriales est composé de tous les meubles, les immeubles et droits immobiliers détenus par les collectivités territoriales qui ne font pas partie du domaine public.

Notre étude porte sur les garanties prises sur les titres consentis sur le domaine privé.

(i) *Immobilier*

Le domaine privé immobilier des collectivités territoriales comprend principalement (i) les terres faisant l'objet de titres fonciers et de droits réels immobiliers transférés au nom des collectivités, ainsi que (ii) les terrains bâtis ou non bâtis, immatriculés ou non, cédés par l'Etat aux collectivités.

Les collectivités territoriales peuvent disposer librement de leur domaine privé immobilier, à l'instar de tout propriétaire¹⁰¹. Le domaine immobilier est donc aliénable et prescriptible, ce qui permet notamment la cession de droits réels principaux (dont le droit de superficie) et accessoires (hypothèque, privilège).

Les terrains à usage d'habitation relevant du domaine privé immobilier des collectivités territoriales pouvaient être originellement attribués sous la forme de permis d'occuper¹⁰². Depuis la modification du Code Domaniale et Foncier par la Loi, le permis d'occuper est aujourd'hui intitulé « *Concession Urbaine ou Rurale à Usage d'Habitation* ».

(ii) *Mobilier*

Sa définition est identique à celle du domaine privé mobilier de l'Etat.

3.1.1.3 LE PATRIMOINE FONCIER DES AUTRES PERSONNES PHYSIQUES OU MORALES

Le patrimoine foncier des autres personnes physiques ou morales doit être entendu comme tous les immeubles détenus par ces dernières en vertu d'un titre foncier transféré à leur nom à la suite d'une conversion d'un droit de concession en titre de propriété immatriculée, d'une cession ou de tout autre mode de transfert d'un titre foncier¹⁰³.

¹⁰¹ Article 59 (Nouveau) de la Loi.

¹⁰² Article 59 du CDF.

¹⁰³ Article 4 du CDF

3.1.2 REGIME PARTICULIER DES TITRES PROVISOIRES

Le droit foncier malien entretient une dichotomie particulière entre (i) le titre définitif, c'est à dire le titre foncier, conférant tous les attributs du droit de propriété, et (ii) le titre provisoire, désigné comme un acte administratif par lequel le pouvoir public, autorité administrative urbaine ou rurale, met à disposition d'un citoyen un terrain à usage d'habitation ou d'exploitation rurale tout en en gardant la propriété moyennant mise en valeur de l'immeuble dans un délai limité et paiement d'une redevance.

Il convient de noter que ces titres provisoires sont parfois aussi appelés par la doctrine, « *titres précaires* »¹⁰⁴.

Au cours de l'évolution du droit foncier malien, ces titres provisoires ont porté plusieurs dénominations : lettre d'attribution, permis d'occuper, permis d'habiter et concession. Cette confusion terminologique constitue la source de difficultés d'application de ces titres et des sûretés qui sont constituées à leur sujet.

3.1.2.1 ANCIENS TERMES : LETTRE D'ATTRIBUTION, PERMIS D'OCCUPER, PERMIS D'HABITER ET CONCESSION RURALE

Ces titres provisoires font tous l'objet d'un acte administratif conférant à son bénéficiaire un droit d'usage et d'habitation sur un terrain, à l'exclusion de tout droit de propriété, à charge pour le bénéficiaire, d'une part, de mettre en valeur ce terrain selon les conditions de l'acte et de son cahier des charges et, d'autre part, de verser une redevance.

Ces titres étaient réputés meubles et pouvaient être gagés ainsi que transformés en titre foncier si les conditions de mise en valeur du terrain étaient remplies.

(a) Permis d'Habiter

Le permis d'habiter était prévu par les articles 110 à 126 du Code Domanial et Foncier issu de la Loi n°86-91/AN-RM.

Aux termes de cette loi, le permis d'habiter ne pouvait porter que sur un terrain urbain.

(b) Concession Rurale

La concession rurale était prévue par les articles 39 à 70 du Code Domanial et Foncier issu de la Loi n°86-91/AN-RM, portant uniquement sur le domaine privé immobilier de l'Etat.

A la différence du permis d'habiter, la concession rurale ne s'appliquait qu'en dehors des zones urbaines.

¹⁰⁴ Voir en ce sens l'étude de Maître Ahmadou Touré sur « *La Caution et les Titres Précaires : Permis d'Occuper et Titres provisoires* ».

La concession rurale a été reprise dans le CDF à ses articles 33 et suivants. Elle est toujours accordée sur le domaine privé immobilier de l'Etat.

(c) Lettre d'Attribution

L'article 273 du CDF dispose que « *Les terrains attribués sous la forme de lettre d'attribution ou de permis d'occuper avant l'entrée en vigueur du présent code seront régis à compter de cette date par ses articles 59 à 63* », c'est à dire celles relatives au permis d'occuper. Il convient de conclure que la dénomination de lettre d'attribution a été supprimée pour être remplacée par le mécanisme de permis d'occuper puis aujourd'hui, par celui de concession urbaine ou rurale à usage d'habitation sur le domaine privé immobilier des collectivités territoriales.

(d) Permis d'Occuper

Le Code Domaniale et Foncier issu de la loi n°86-91/AN-RM a remplacé dans son article 341, la notion de permis d'occuper par celle de permis d'habiter.

La notion de permis d'occuper a ensuite été rétablie par les articles 59 à 63 du CDF, puis remplacée par la Loi par celle de concession urbaine ou rurale à usage d'habitation sur le domaine privé immobilier des collectivités territoriales.

3.1.2.2 NOUVEAU TERME : LA CONCESSION

Les termes de lettre d'attribution, de permis d'occuper et de permis d'habiter ont aujourd'hui disparu au profit de la notion de concession qui devrait constituer la seule terminologie employée depuis la dernière refonte du CDF. Cette notion est elle-même utilisée pour différents domaines, les régimes juridiques étant voisins.

(i) Les droit de concession est d'abord réglementé par les articles 33 et suivants du CDF sous le vocable « *Concession Rurale* » pour le domaine privé immobilier de l'Etat, complété par le décret n°01-040/P-RM du 2 février 2001 déterminant les formes et conditions d'attribution des terrains du domaine privé immobilier de l'Etat.

(ii) La Concession se retrouve aux termes des dernières modifications du CDF par la Loi, sous le vocable « *Concession Urbaine ou Rurale à Usage d'Habitation* » pour le domaine privé immobilier des collectivités territoriales, complétée par le Décret déterminant les formes et conditions d'attribution des terrains du domaine privé immobilier des collectivités territoriales. Il convient de noter que le Décret ne régit que la concession « *urbaine* ». Le fait que la concession rurale ne soit pas ici mentionnée constitue certainement, selon notre compréhension, un oubli du pouvoir réglementaire.

(a) Champ d'application de la concession

(i) *Nature*

La concession peut porter tant sur le domaine privé immobilier de l'Etat, dans ce cas elle doit concerner une zone urbaine, que sur le domaine privé immobilier des

collectivités territoriales, dans ce cas elle peut concerner aussi bien une zone rurale qu'une zone urbaine¹⁰⁵.

De manière générale, la concession est un droit accordé, à titre provisoire, par la puissance publique (l'Etat ou une collectivité territoriale), le « *concedant* », à une personne dénommée « *concessionnaire* ».

Le titre provisoire conféré par la concession oblige le concessionnaire au versement d'une redevance ainsi qu'à la mise en valeur de l'immeuble ou du terrain selon les prescriptions de l'acte de concession et du cahier des charges s'il en existe un. Si ces conditions ont été remplies, le concessionnaire peut demander de plein droit la transformation de son titre provisoire en titre foncier¹⁰⁶.

La concession ne constitue donc en aucun cas un droit de propriété pour son bénéficiaire, c'est à dire le concessionnaire. Pour la concession des immeubles du domaine privé des collectivités territoriales, ce droit est expressément qualifié de droit de superficie¹⁰⁷. Cette qualification a remplacé dans le texte de 2002 celle de droit d'usage et d'habitation qui était attribué au droit du concessionnaire par le texte de 2000.

Cette dernière définition reprend la conception classique de la superficie en dissociant le sol, objet unique du droit de superficie, de ce qui est en dessous (tréfonds) et au dessus. Le droit de superficie divise donc la propriété dans l'espace.

Il semble alors que l'esprit du CDF soit simplement ici de permettre la cession par la personne publique à un concessionnaire d'un droit de construire ou d'exploiter un terrain dont elle reste propriétaire du sol. L'opération évoque un bail à construction ou un bail emphytéotique (encore que, pour les terrains du domaine privé de l'Etat, la formule du bail emphytéotique soit également prévue par les articles 43 et suivants du décret du 2 février 2001).

Il convient, toutefois, de remarquer que la qualification de ce droit de superficie n'est attribuée expressément par les textes que dans le cadre de la concession urbaine ou rurale à usage d'habitation prise sur le domaine privé immobilier des collectivités territoriales et non dans celui de la concession rurale sur le domaine privé immobilier de l'Etat. Cependant, étant donné que l'objectif de la concession s'avère dans les deux cas le même, notre compréhension est que la même qualification peut être retenue pour les biens mis en concession par l'Etat.

La classification de ce droit par le CDF paraît, en outre, ambivalente. D'un côté, le droit de concession est « *réputé meuble* », selon l'article 61 nouveau du CDF (reprenant à cet égard l'article 61 ancien), sur les immeubles des collectivités territoriales. Cette qualification est reprise par l'article 3 du décret du 2 février 2001 pour la concession rurale sur les terrains du domaine privé de l'Etat. Il s'agit cependant d'un droit mobilier très particulier, dans la mesure où il s'applique à un immeuble. C'est pourquoi, selon l'article 61 du CDF «il peut être inscrit au livre foncier», et

¹⁰⁵ Article 59 (Nouveau) et 62 (Nouveau) du CDF. Article 4 du décret n°040/P-RM du 2 février 2001.

¹⁰⁶ Article 25 du décret n°040/P-RM du 2 février 2001 et articles 16 et 17 du Décret.

¹⁰⁷ Article 61 (Nouveau) para 1 du CDF.

même, selon l'article 3 du décret du 2 février 2001 pour les bien de l'Etat « *il doit être dûment inscrit au livre foncier à la demande du concédant* ». Cette publication s'inscrit dans le cadre général des articles 71 et 72 du CDF qui soumet à publicité tous les droits réels qui se rapportent aux immeubles enregistrés.

Par ailleurs, les articles 61 du CDF et 3 du décret de 2001 semblent entrer en contradiction avec l'article 88 du CDF qui cite précisément parmi les droits réels immobiliers, en tant qu'immeubles « *par l'objet auquel ils s'appliquent* », le droit de superficie, défini par l'article 91 comme « *le fait de posséder des constructions, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui ou d'être autorisé à en établir* ». La contradiction semble se prolonger sur le plan qui nous intéresse spécialement ici, à savoir sur celui des sûretés qui peuvent être consenties sur le droit accordé au concessionnaire. En effet, l'article 63 du CDF, parce qu'il considère le droit de concession comme mobilier, prévoit que ce droit peut être mis en gage. Or, l'article 99 du CDF, range, lui, le droit de superficie parmi les droits susceptibles d'hypothèque!

On pourrait songer à en déduire que la concession peut non seulement être gagée mais aussi hypothéquée. Une telle conclusion nous paraît cependant difficilement admissible. Certes, en droit français, il peut arriver qu'un même bien soit à la fois susceptible d'un gage (ou d'un nantissement) et d'une hypothèque : c'est le cas d'un bien mobilier devenu immeuble par destination. Mais il s'agit là d'une situation accidentelle, qui ne remet pas en cause, par principe, la séparation nette des sûretés mobilières et immobilières. On peut, en revanche, difficilement admettre qu'un droit déterminé (le droit de concession au Mali) soit à la fois mobilier et immobilier, de telle sorte qu'il pourrait faire l'objet selon la volonté des parties d'un gage ou d'une hypothèque.

Le seul moyen de résoudre la contradiction et de redonner sa cohérence au système nous semble donc être de considérer que les articles 61 et 63 du CDF et 3 du décret du 2 février 2001, sont des dispositions spéciales au droit de concession portant sur le domaine privé des collectivités territoriales et de l'Etat, dispositions spéciales qui dérogent aux articles 89 et suivants qui fixent en général le régime des droits réels. D'une manière générale, sans doute, comme en droit français, le droit de superficie est un droit réels immobilier susceptible d'hypothèque : cette règle vaudrait pour les immeubles appartenant aux personnes privées en vertu d'un titre foncier définitif. Mais, par dérogation, le droit de superficie particulier résultant d'un concession sur un immeuble relevant du domaine privé de l'Etat ou d'une collectivité territoriale, est, lui, un droit mobilier susceptible de gage. Les dispositions précitées, réitérées en 2001 et 2002, sont à cet égard parfaitement claires.

Il convient enfin de remarquer que le droit de Concession peut être transmis directement par acte authentique¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Article 63 (Bis) (Nouveau) du CDF.

(ii) *Octroi*

- De la Concession Urbaine ou Rurale à Usage d'Habitation sur le domaine privé immobilier des collectivités territoriales

La concession est octroyée par le maire après avis du conseil de village, fraction ou quartier et doit être entérinée par le conseil municipal¹⁰⁹.

L'autorité compétente tenant le registre des Concessions Urbaines ou Rurales à Usage d'Habitation est le service des Domaines¹¹⁰.

Dans la même collectivité territoriale, il ne peut être octroyé qu'une seule concession par demandeur, sous réserve que ce demandeur ne dispose pas dans la même agglomération d'un terrain à usage d'habitation, bâti ou non bâti.

La demande de concession est établie sur formulaire spécial timbré et signé, fourni par l'administration. Elle est adressée à l'autorité communale propriétaire ou affectataire du terrain.

L'autorité communale fait inscrire la demande de concession dans un ordre chronologique sur un registre *ad hoc*, tenu par le représentant du Bureau Spécialisé des Domaines, le cas échéant, par l'agent désigné par la Mairie pour les circonscriptions où le bureau spécialisé ne dispose pas de représentation (ci-après dénommé l'« **agent désigné** »), et sur lequel doivent être mentionnés :

- le numéro et date d'enregistrement de la demande ;
- les nom, prénom, adresse du requérant ;
- les mentions obligatoires de la concession¹¹¹.

Le représentant du Bureau Spécialisé des Domaines, le cas échéant l'agent désigné vérifie auprès du service des domaines ou de tout autre service susceptible de fournir des renseignements que le requérant ne dispose pas déjà à quelque titre que ce soit d'un terrain à usage d'habitation bâti ou non dans la même agglomération.

La copie de la concession établie au nom du bénéficiaire mentionne obligatoirement les nom, prénom et adresse du bénéficiaire, les références de la décision d'attribution du Maire, le numéro de la parcelle, le lieu de situation, la superficie, les montant et la date de versement des frais¹¹².

Lorsque les conditions d'attribution du terrain sont réunies, le représentant du Bureau Spécialisé des Domaines, le cas échéant l'agent désigné, prépare la décision individuelle ou collective à soumettre à la signature du Maire.

¹⁰⁹ Article 62 (Nouveau) du CDF et Article 5 du Décret.

¹¹⁰ Décret n°02-112/P-RM du 6 mars 2002 déterminant les formes et conditions d'attribution des terrains du domaine privé immobilier des collectivités territoriales.

¹¹¹ Article 4 du Décret.

¹¹² Article 9 du Décret.

Cette décision précise le montant des frais d'édilité à payer, correspondant à la contribution du bénéficiaire aux frais d'aménagement du terrain et la date à laquelle il devra s'en acquitter.

Le représentant du Bureau Spécialisé des Domaines, le cas échéant, l'agent désigné, notifie par lettre signée du Maire, l'attribution des lots aux bénéficiaires concernés et les invite à acquitter les droits.

En aucun cas la lettre de notification ne saurait tenir lieu de titre d'usage¹¹³.

- De la Concession Rurale sur le domaine privé immobilier de l'Etat

L'attribution de la Concession Rurale est de la compétence :

- du délégué du gouvernement dans la commune pour les concessions d'une superficie allant jusqu'à 2,5 hectares ;
- du haut-commissaire dans le cercle pour les concessions d'une superficie supérieure à 2,5 hectares mais inférieure ou égale à 5 hectares ;
- des ministres chargés des domaines et de l'administration territoriale pour les concessions d'une superficie supérieure à 10 hectares mais inférieure ou égale à 100 hectares ;
- du conseil des ministres pour les concessions d'une superficie supérieure à 100 hectares¹¹⁴.

Les Concessions Rurales ne peuvent être accordées qu'un mois après la publication au journal officiel ou dans un journal autorisé à publier des annonces légales, d'un avis faisant connaître la situation des lieux, le nom et l'adresse des demandeurs¹¹⁵.

3.1.2.3 TRANSFORMATION DE LA CONCESSION EN TITRE FONCIER

(a) Pour les concessions urbaines ou rurales à usage d'habitation

Aux termes du Décret, afin de convertir la concession en titre foncier, le titulaire de la concession ayant satisfait à ses obligations et disposant de l'attestation de l'autorité communale le constatant, peut demander la radiation de la clause résolutoire de mise en valeur qui grève son droit. Le représentant du Bureau Spécialisé des Domaines, le cas échéant l'agent désigné, est tenu de s'exécuter.

Après la radiation de cette clause, le titulaire peut demander la transformation de son droit d'usage et d'habitation en titre foncier. Pour ce faire, il adresse une demande écrite au bureau de la conservation foncière du lieu de situation de l'immeuble.

¹¹³ Article 6 du Décret.

¹¹⁴ Article 7 du décret n°01-040/P-RM du 2 février 2001.

¹¹⁵ Article 9 du décret n°01-040/P-RM du 2 février 2001.

La demande de transformation est accompagnée de l'attestation de mise en valeur et du certificat de validation de la concession, délivré par le chef d'antenne du bureau spécialisé des domaines du lieu de situation de l'immeuble¹¹⁶.

Après la transformation de la concession en titre foncier, la copie n'est remise à l'intéressé qu'après dépôt de l'original de la copie de la concession qui sera annulé et classé dans le dossier foncier¹¹⁷.

(b) Pour les concessions rurales

La transformation de la concession en titre foncier peut intervenir dans les six mois qui précèdent l'expiration du délai prévu dans l'acte de concession.

Une constatation de la mise en valeur du terrain est alors opérée par une commission créée à cet effet par le Ministère des Domaines. Si la mise en valeur est conforme, la concession intervient par acte administratif¹¹⁸.

3.1.2.4 LE GAGE DES TITRES PROVISOIRES

Le gage de concession n'est expressément prévu que pour les concessions urbaines ou rurales à usage d'habitation, c'est à dire celles accordées sur le domaine privé immobilier des collectivités territoriales et non pour les concessions rurales accordées sur le domaine privé immobilier de l'Etat. On peut cependant se demander si la possibilité de mise en gage ne doit pas être étendue par analogie au droit résultant d'une concession rurale.

(a) Constitution

Comme on l'a déjà signalé, le droit de superficie conféré par la Concession Urbaine ou Rurale à Usage d'Habitation ainsi que les constructions réalisées sur le terrain peuvent être mis en gage¹¹⁹, ce qui constitue une bizarrerie par rapport au régime général accordé par le droit malien au droit de superficie. Nous verrons, par ailleurs, que cette solution est difficilement compatible avec l'article 253 de l'AUS.

La mise en gage de la concession doit être constatée par acte authentique. Son expédition est conservée par l'autorité administrative concédante. Une mention de ce gage doit cependant être faite sur l'acte de Concession et sa copie ainsi que sur le Registre des Concessions Urbaines ou Rurales à Usage d'Habitation tenu par l'autorité concédante¹²⁰.

¹¹⁶ Article 16 du Décret.

¹¹⁷ Article 17 du Décret.

¹¹⁸ Articles 25 et suivants du décret n°01-040/P-RM du 2 février 2001.

¹¹⁹ Article 63 (Nouveau) du CDF.

¹²⁰ L'article 714 du CPCCS dispose que si le gage porte sur un « permis d'habiter », une expédition de l'acte notarié constatant le gage doit être transmise à l'autorité administrative « compétente ». Mention de cette mise en gage doit par ailleurs être faite sur le permis d'habiter et sa copie, ainsi que sur le registre des permis d'habiter tenu par cette autorité administrative. Il convient ici de noter que les termes du CPCCS ne sont pas parfaitement adaptés au CDF, même si sur la forme, la procédure correspond.

(b) Réalisation

Aux termes de l'article 63 du CDF « *Si l'attributaire ne satisfait pas à ses engagements vis-à-vis du créancier, celui-ci pourra faire jouer la garantie selon les règles générales de réalisation de gage.* »

Les règles générales de réalisation du gage sont régies au Mali par le CPCCS¹²¹ ainsi que par l'article 56 de l'AUS et les articles 91 et suivants de l'AUPSRVE.

(c) Juridiction compétente

Toutes les contestations relatives à la Concession Urbaine ou Rurale à Usage d'Habitation relèvent de la compétence des juridictions administratives, excepté pour les contestations relatives à sa mise en gage qui relèvent des tribunaux de droit commun.

Il convient en dernier lieu de noter que l'article 723 paragraphe 2 du CPCCS dispose que si le gage porte sur un « *permis d'habiter* », le tribunal compétent sera celui du lieu où se trouve le terrain sur lequel sont bâties les constructions. Il s'agira, toutefois, de savoir si ce permis d'habiter peut être assimilé au permis d'occuper et donc aujourd'hui à la concession.

3.2 PROBLEMES D'APPLICATION DU NANTISSEMENT DES TITRES PROVISOIRES

L'utilisation de la mise en nantissement de titres provisoires constitue une source de contentieux considérable.

Les titres provisoires représentent en effet de 70 à 80 % des titres d'occupation accordés. Il semble en plus, que dans la réalité, l'administration n'accorde pas de limite dans l'occupation. L'accession à la propriété est donc peu encouragée et la majorité des personnes conservent alors leur situation précaire.

Le gage d'un titre provisoire n'est pas pratiqué par toutes les banques et autres prêteurs du fait des risques inhérents à cette sûreté. Il n'est alors pratiqué qu'en dernier recours lorsque le titre provisoire constitue la seule garantie pouvant être apportée par le débiteur.

3.2.1 PROBLEMES LIES A L'INCERTITUDE DU REGIME JURIDIQUE

Certains titres provisoires ont fait l'objet d'annulations ou de demandes d'annulation au motif qu'ils ne comportaient pas les bases légales appropriées ou que leurs titres/intitulés étaient inexacts. En effet, l'existence d'erreurs matérielles sur les titres eux-mêmes est susceptible de permettre l'annulation de l'acte attribuant le titre mais également de l'acte de mise en gage du titre.

¹²¹ Articles 712 à 724 du CPCCS.

3.2.1.1 SUR LA TERMINOLOGIE DU TITRE PROVISOIRE

Il se pose un véritable problème de terminologie utilisée pour désigner ces titres provisoires, qui a un impact sur la qualification juridique et la validité des titres et des nantissements pris sur ceux-ci. Alors que le permis d'habiter, le permis d'occuper et la lettre d'attribution sont des termes qui ont été remplacés par le CDF par celui de concession, ces appellations sont toujours employées par certaines autorités publiques. C'est le cas notamment des services du Cercle de Kati qui utilisent encore la dénomination de permis d'occuper.

Il convient, par ailleurs, de noter que la notion de « *permis d'habiter* » est toujours employée dans le CPCCS, actuellement en vigueur, à ses articles 714 paragraphe 2 et 3 et 723 paragraphe 2.

Ce problème de terminologie crée une certaine insécurité juridique.

Nos recherches nous ont, par exemple, amené à découvrir en ce sens un jugement du tribunal administratif de Bamako annulant une « *lettre d'attribution* » au motif que lors de sa délivrance, le terme de lettre d'attribution avait été remplacé par le CDF de 1986 par celui de « *permis d'habiter* »¹²². Le dispositif de ce jugement est reproduit ci-après :

« Attendu, en droit, qu'il résulte de l'interprétation a contrario des articles 110 et suivants et 341 du code domanial et foncier, qu'après la promulgation dudit code intervenu le 01-08-1986, le domaine privé immobilier urbain de l'Etat ne peut être cédé aux particuliers que suivant des permis d'habiter ;

- *Que les lettres d'attributions ne seront valables qu'à condition d'avoir été délivrées antérieurement à l'entrée en vigueur du code domanial et foncier ;*
- *Attendu que dans le cas d'espèce, la lettre d'attribution querellée a été signée le 17-03-1995 (donc postérieurement à l'entrée en vigueur du code domanial et foncier) par le gouverneur du District de Bamako illégalement ;*
- *Que cette illégalité rend l'acte nul et de nul effet ;*
- *Qu'il échet alors, d'annuler l'acte attaqué pour excès de pouvoir. »*

3.2.1.2 SUR LA BASE LEGALE DU TITRE PROVISOIRE

Il s'ajoute au problème de terminologie, un problème de base légale pour la délivrance de ces titres provisoires. En effet, certains titres délivrés actuellement visent des normes qui ne sont parfois plus en vigueur au Mali, comme le code domanial et foncier de 1986. Ils ne prennent donc pas en compte les nouvelles évolutions du CDF, ce qui constitue un risque supplémentaire de recours pour illégalité.

3.2.1.3 SUR LE CHAMP D'APPLICATION DE LA CONCESSION

¹²² Jugement n°42 du 19 mars 1999.

Comme nous l'avons vu, le CDF n'est pas très clair quant à la distinction entre concession rurale sur le domaine privé immobilier de l'Etat et concession urbaine ou rurale sur le domaine privé immobilier des collectivités territoriales. En effet, il n'est pas fait expressément référence à la possibilité de procéder au nantissement du droit de superficie octroyé par la concession rurale sur le domaine privé immobilier de l'Etat.

Par ailleurs, alors que le CDF fait référence à la délivrance d'un droit de concession urbaine ou rurale sur le domaine privé immobilier des collectivités territoriales, le Décret, censé compléter le CDF, ne fait référence qu'à la concession urbaine sans mentionner la concession rurale.

3.2.2 PROBLEMES LIES A L'ENREGISTREMENT DU TITRE PROVISoire

L'un des problèmes majeurs relatifs aux titres provisoires est lié aux lacunes ou dysfonctionnements d'enregistrement des titres provisoires et titres fonciers au Livre Foncier, ce qui crée des difficultés de suivi des informations foncières et par conséquent d'enregistrement des sûretés elles-mêmes.

Par ailleurs, les coûts actuels d'enregistrement et de radiation cumulés à un manque de rigueur dans le formalisme d'enregistrement semblent avoir eux-mêmes des conséquences sur le respect des formalités d'enregistrement.

3.2.3 PROBLEMES LIES AU GAGE DU TITRE PROVISoire

Il convient, en premier lieu, de noter que la pratique du gage de titres provisoires serait interdite par la Banque Centrale des Etats d'Afrique de l'Ouest (BCEAO) ainsi que par la Commission Bancaire de l'UEMOA. Ces autorités bancaires considèrent que ce mécanisme ne constitue pas une sûreté au regard de la réglementation bancaire de l'UEMOA. Pour elles, seules les hypothèques fermes et de deuxième rang sur des logements ou autres immeubles peuvent être admises. Le gage de titres provisoires continue toutefois d'être pratiqué au Mali. Cette pratique ne va cependant pas sans un certain nombre de problèmes.

3.2.3.1 SUR LES COÛTS LIES AU FORMALISME DU GAGE

L'instrument de constitution de gage du titre provisoire est la convention notariée de gage. Le gage du titre provisoire doit donc faire l'objet d'un acte authentique, tel qu'il est prescrit d'ailleurs par l'article 714 paragraphe 2 du CPCCS.

Le gage est enregistré aux Domaines pour un droit fixe de 1.250 FCFA, plus le Timbre. Mention de cette mise en gage est faite sur le titre provisoire ainsi que sur le registre tenu par les Domaines.

L'inscription et la radiation du gage sur le titre révèle un coût élevé, c'est à dire 1% du montant de la créance. D'après les témoignages recueillis, il s'ajoute à ces coûts la lourdeur administrative entre l'autorisation d'inscription de l'autorité publique et sa

réalisation effective par le bureau spécialisé des Domaines et du Cadastre, ce qui dissuade souvent sa constitution.

3.2.3.2 SUR LA TRANSMISSION DU GAGE

D'après les témoignages recueillis, la transmission du gage sur le titre provisoire pose un problème. Il semble en effet que le titre apparaît toujours sous le nom du premier titulaire. Ceci est principalement lié au fait que la transmission du gage est rarement enregistrée afin évidemment d'éviter les coûts de cette procédure. Ceci pose alors un problème supplémentaire lorsqu'il convient de réaliser la créance.

3.2.3.3 SUR LA REALISATION DU GAGE

Pour la pratique malienne, les constructions réalisées sur le terrain objet du titre provisoire ne constituent pas, au sens juridique du terme, des immeubles : la solution est logique dans la mesure où le concessionnaire, qui n'a qu'un droit réel mobilier sur le terrain lui-même n'a également qu'un droit mobilier sur les constructions par lui édifiées. Lorsque le gage de la concession est réalisé, les immeubles construits sur la concession sont alors vendus aux enchères par le biais d'un commissaire-priseur selon les dispositions de l'article 56 de l'AUS pour la réalisation du gage, ce qui, comme nous le verrons, constitue une contradiction au regard du droit OHADA.

Il convient enfin de souligner le fait que ce gage constitue une garantie d'un effet très limité lorsque le débiteur fait l'objet d'une confiscation dans la mesure où les indemnités payés par l'administration des domaines dans ce cas sont extrêmement faibles.

3.2.4 PROBLEMES LIES A L'HYPOTHEQUE D'UN TITRE PROVISOIRE

Le CDF dispose que le droit de superficie est considéré comme un droit réel immobilier. Le CDF ajoute qu'il est possible de l'inscrire au Livre Foncier et qu'il peut être cédé avec l'autorisation de l'autorité concédante.

L'hypothèque d'un droit de superficie serait donc réalisable, ce qui est d'ailleurs confirmé par l'article 99-4 du CDF. Mais, selon nous, cette possibilité ne vaut pas pour le droit de superficie résultant d'une concession puisque ce droit, par dérogation, constitue un droit mobilier.

En tout état de cause, l'hypothèque sur un titre provisoire n'est pas compatible avec le droit OHADA puisqu'il est nécessaire, aux termes de l'article 253 de l'AUS, que le titre provisoire soit transformé en titre foncier.

D'après les témoignages recueillis, la transformation du titre provisoire en titre foncier apparaît trop coûteuse pour le créancier. Elle semble par ailleurs trop longue et fastidieuse.

3.2.5 PROBLEMES LIES AU DROIT OHADA

Le droit domanial et foncier relève de la politique de chaque Etat membre de l'OHADA.

Le droit OHADA ne peut donc régir aucune disposition foncière au fond.

Il existe, cependant, des connexions et des incompatibilités entre le CDF et le droit OHADA à trois niveaux au moins :

- la mise en gage des titres provisoires peut-elle correspondre à un nantissement selon le droit OHADA ?
- le gage qui constitue une sûreté réelle mobilière en droit OHADA peut-il porter sur un droit de superficie ?
- est-il possible d'hypothéquer un titre provisoire alors que l'hypothèque en droit OHADA ne peut être réalisée que sur un immeuble faisant l'objet d'un titre foncier immatriculé ?

Le CDF faisant référence au CPCCS, il conviendra dans un premier temps d'étudier les conditions générales du gage en droit malien et en droit OHADA afin d'en vérifier dans un deuxième temps la compatibilité.

3.2.5.1 LES REGLES GENERALES DU GAGE

L'article 712 du CPCCS définit le gage comme conférant « *au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et de préférence aux autres créanciers* ».

L'article 44 de l'AUS définit de son côté le gage comme le « *contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette.* »

Dans les deux cas, le débiteur reste donc toujours propriétaire du bien gagé et celui-ci ne constitue qu'un dépôt aux mains du créancier afin d'assurer son privilège.

Pour le CPCCS et l'AUS, deux conditions sont nécessaires à l'exercice de ce privilège à l'égard des tiers.

Premièrement, le gage doit avoir été constitué par un écrit dûment enregistré. Contrairement à l'AUS, le CPCCS impose que cet acte soit authentique, notamment lorsque le gage porte sur un « *permis d'habiter* ». Le contrat de gage doit contenir dans les deux cas la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des biens donnés en gage¹²³.

¹²³ L'article 713 du CPCCS précise « *ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.* »

Deuxièmement, le gage doit avoir été mis et être resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. Le gage suppose donc une dépossession du débiteur au profit du créancier.

La réalisation du gage s'opère tant pour l'AUS que pour le CPCCS par vente forcée.

3.2.5.2 COMPATIBILITE ENTRE LE GAGE DU TITRE PROVISOIRE ET LE DROIT OHADA

Comme nous l'avons montré, l'article 63 (Nouveau) du CDF dispose que « *Le droit de superficie conféré par la Concession Urbaine ou Rurale à Usage d'Habitation ainsi que les constructions réalisées sur le terrain, pourront être mis en gage.* »

Cette disposition pose une série de questions quant à sa compatibilité avec le droit OHADA.

(a) Gage ou Hypothèque ?

L'article 88 du CDF dispose que le droit de superficie (tel que le permis d'occuper ou la concession) constitue un droit réel immobilier. De même, l'article 99 du CDF dispose que ce droit peut être hypothéqué.

En réalité, l'hypothèque sur ce droit n'est jamais pratiquée.

De plus, il paraît difficile de concilier ces dispositions avec celles du gage de la concession et surtout avec celles de l'article 61 disposant que le droit de superficie est réputé meuble.

Une hypothèque sur le droit de superficie serait en outre impraticable au regard du droit OHADA. En effet, aux termes de l'article 119 de l'AUS, les droits réels immobiliers régulièrement inscrits selon les règles du régime foncier peuvent faire l'objet d'un hypothèque.

L'article 253 de l'AUPSRVE confirme cette disposition en affirmant que « *Si les immeubles faisant l'objet de la poursuite ne sont pas immatriculés et si la législation nationale prévoit une procédure d'immatriculation, le créancier est tenu de requérir l'immatriculation à la conservation foncière après y avoir été autorisé par décision du président de la juridiction compétente de la situation des biens, rendue sur requête et non susceptible de recours. A peine de nullité, le commandement ne peut être signifié qu'après le dépôt de la réquisition d'immatriculation et la vente ne peut avoir lieu qu'après la délivrance du titre foncier.* »

Le seul moyen d'hypothéquer un droit résultant de la concession, afin d'être conforme avec le droit OHADA, serait donc de procéder à son immatriculation afin que la concession constitue un Titre Foncier.

Si seul le gage du droit résultant de la concession est donc à notre avis possible, encore faut-il savoir dans quelle mesure il est compatible avec le droit OHADA.

(b) Peut-on gager le droit de superficie ?

Aux termes du CDF, il serait possible de gager le droit de superficie attaché à la concession, conformément au droit OHADA, dans la mesure où ce droit est « *réputé meuble* »¹²⁴.

L'article 46 de l'AUS dispose en effet que « *Tout bien meuble, corporel ou incorporel, est susceptible d'être donné en gage* ».

Le droit de superficie pourrait donc être gagé puisqu'il constitue un droit incorporel, en ce sens qu'il constitue une autorisation administrative de jouir, à titre provisoire, de l'usage d'un terrain.

On ne s'arrêtera pas à l'obstacle apparent selon lequel la mise en gage d'un bien mobilier suppose que le débiteur en soit propriétaire. Certes la concession, par hypothèse, ne confère pas, aux termes de l'article 61 (Nouveau) du CDF, un droit de propriété, le terrain objet de la concession restant propriété de la personne publique. Mais le concessionnaire est, à tout le moins, titulaire («propriétaire») de son droit de superficie, et c'est ce droit qu'il met en gage.

(c) Peut-on mettre en gage les constructions sur le terrain faisant l'objet d'une Concession ?

Comme nous venons de l'énoncer, le gage constitue, selon le droit OHADA, une sûreté qui ne peut porter que sur des biens meubles, corporels ou incorporels. Cela semble rendre impossible de comprendre dans l'assiette d'un gage les constructions édifiées sur le terrain concédé qui doivent constituer des immeubles. Il est pourtant de toute évidence que les constructions opérées sur la concession ne peuvent constituer que des immeubles. Le gage sur une construction ne serait donc pas réalisable au regard du droit OHADA. Il ne faut peut-être pas s'arrêter à cette évidence, si on suit jusqu'au bout la logique (certes très artificielle) du droit malien : le concessionnaire n'a sur les constructions qu'un droit de même nature que celui dont il dispose sur le terrain concédé, c'est-à-dire un droit réel mobilier. Ce qu'il donne en gage, lorsque le terrain est construit, ce n'est donc pas l'immeuble lui-même, mais le droit mobilier qu'il a dessus. La bizarrerie de la situation juridique est certaine, mais elle n'est pas plus grande pour les constructions que pour le terrain lui-même, qui est, de toute évidence, un immeuble.

(d) Peut-on mettre en gage un droit de superficie sans déposséder le débiteur ?

On doit d'abord rappeler que l'AUS connaît deux variétés de sûretés mobilières conventionnelles : le gage (qui est la sûreté de droit commun, impliquant la dépossession du constituant) et les nantissements, qui sont des sûretés dans dépossession. Ces nantissements sont énumérés de manière limitative par l'article 63 de l'AUS. Il s'agit du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières, du fonds de commerce, du matériel professionnel, des véhicules automobiles et des stocks de matières premières et de marchandises. L'affectation en garantie d'un droit de

¹²⁴ Article 61 (Nouveau) para 2 du CDF.

superficie n'entrant évidemment pas dans cette énumération, elle ne peut donc être réalisée que par un gage de droit commun relevant des articles 44 et suivants de l'AUS.

La question se pose alors de savoir en quoi consistera la dépossession du constituant dans un tel cas.

Il semble que les praticiens ont recours à l'apposition des coordonnées du créancier gagiste au dos des titres provisoires valant droit de superficie. Cette formule est d'ailleurs prévue par l'article 63 du CDF (Nouveau).

D'après nous, cette formalité d'apposition des coordonnées du créancier ne suffit pas à matérialiser le gage. Celui-ci suppose au moins la remise du titre provisoire au créancier par analogie avec ce qui est exigé en matière de mise en gage des créances prévue par l'article 50 de l'AUS.

Le gage de la Concession ne peut, par conséquent, selon le droit OHADA, être considéré comme un gage qu'en présence d'une remise du titre. La remise de l'expédition de l'acte authentique à l'autorité administrative concédante peut quant à elle équivaloir à la signification au débiteur également exigée par l'article 50 de l'AUS.

Reste que cette transposition des règles prévues par l'AUS pour le gage des créances s'avère malaisée, car le droit gagé n'est pas ici un droit personnel contre un débiteur, mais un droit réel mobilier portant sur un immeuble. Par ailleurs, même si le titre est remis au créancier gagiste, et même si l'autorité administrative est dûment avertie de la mise en gage, force est de constater que c'est toujours le concessionnaire qui demeure titulaire des prérogatives que lui donne son droit de superficie sur le bien : habiter, construire, cultiver... Peut-on alors vraiment considérer que dans un tel cas il y a dépossession du constituant ? Cela ne nous semble pas possible.

En résumé, les questions principales sont les suivantes :

(1) La Concession est-elle un droit réel mobilier ou un droit réel immobilier ? Dans le premier cas, peut-elle être gagée ou nantie ? Dans le second, peut-elle être hypothéquée ? A la lecture de l'article 61 (Nouveau) du CDF, la concession constitue un droit de superficie compris dans les droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèques. Mais à notre avis, l'article 61 doit être considéré comme dérogatoire à l'article 88 : seul le gage nous paraît donc possible. De toute façon, la concession constitue un titre provisoire. Elle n'est donc pas un titre foncier et ne peut donc faire l'objet d'une hypothèque que si elle est régulièrement immatriculée tel que le prescrit l'article 253 de l'AUS.

(2) Au regard du droit OHADA, la concession est-elle gagée ou fait-elle l'objet d'un nantissement ? Comme nous l'avons vu, le droit OHADA prescrit que le gage entraîne une dépossession alors que le nantissement s'opère sans dépossession et doit être limitativement prévu par l'AUS. La garantie prise sur la concession serait donc davantage assimilable à un gage sous réserve de la remise du titre gagé au créancier gagiste. On peut cependant se demander si cette remise du titre est suffisante au regard de l'exigence de dépossession.

3.3 PRECONISATIONS

Il est nécessaire de faire un choix clair quant à la nature juridique des titres provisoires conférés par la concession : droit réel mobilier ou droit réel immobilier, puis d'expliciter le CDF dès que la qualification juridique aura été clarifiée. Il nous semble que la solution actuelle est celle d'un droit mobilier, par dérogation aux dispositions générales du droit de superficie. En conséquence, le droit de superficie ne peut faire l'objet que d'un gage. Cette solution est toutefois pleine d'inconvénients. Il n'est pas sûr que les modalités de constitution du gage d'un tel droit soient compatibles avec les dispositions du droit OHADA sur le gage et notamment à l'exigence de dépossession. Les modalités de réalisation du gage par ailleurs apparaissent particulièrement inadaptées à ce qui en fait, sinon en droit, est un bien immobilier. Les tribunaux maliens assimilent ces titres à des droits réels immobiliers au stade de l'exécution de cette garantie et requièrent de ce fait l'immatriculation des terrains. Cette interprétation est conforme à notre analyse mais nécessiterait l'abrogation des articles assimilant ces titres à des droits immobiliers.

Au regard des exigences de l'article 253 de l'AUS, la solution que nous préconisons doit être d'encourager l'hypothèque du titre provisoire et donc de considérer que le droit de superficie et les constructions opérées sur ce droit sont des droits réels immobiliers qui doivent être obligatoirement inscrits au Livre Foncier¹²⁵. Il conviendrait donc de remplacer, dans l'article 61 du CDF (Nouveau), le mot « *peut* » par le mot « *doit* ».

Dans cette perspective, nos préconisations comprennent des aménagements et actions à court terme ainsi que des réformes à long terme.

3.3.1 A COURT TERME

3.3.1.1 MODELES D'ACTES

Il conviendrait de mettre en place, dans un premier temps, des modèles d'actes attribuant les titres et des modèles d'actes de mise en hypothèque de concessions qui pourraient être préparés par les créanciers et validés par les notaires en la forme authentique.

3.3.1.2 FORMATIONS

Des sessions de formation des acteurs du droit foncier permettraient, dans un deuxième temps, de garantir une meilleure application du CDF. Par ailleurs, nous suggérons la création d'une commission de suivi des mesures qui seraient prises en matière foncière, afin de s'assurer de la mise en œuvre effective des préconisations retenues par la Cellule de Gestion du PDSF. En particulier, cette commission pourrait s'assurer de la meilleure coordination des administrations concernées (Districts, Direction Nationale des Domaines et Directions Régionales etc...)

3.3.1.3 DIFFUSION D'INFORMATIONS SUR LA TERMINOLOGIE

¹²⁵ En ce sens, référence doit être faite aux autres droits fonciers des pays de la zone OHADA, notamment au droit sénégalais qui a éliminé toute possibilité de gage d'un titre provisoire en remplaçant cette garantie par l'hypothèque dès lors que le titre est inscrit au Livre Foncier.

Il existe, en outre, une grande confusion des termes employés lorsque l'on parle de gage de titres provisoires. Il existe, par conséquent, un besoin de qualification des titres provisoires ainsi qu'une refonte des titres délivrés afin de les mettre en conformité avec la réforme du CDF. Nous proposons, en ce sens, d'organiser une opération de communication à destination des utilisateurs (i) pour ne conserver dans la pratique que l'expression de « *concession* » et (ii) pour inciter à un enregistrement au Livre Foncier de ces titres afin de favoriser leur hypothèque.

3.3.1.4 REEDITION DU CDF

Nous préconisons également de rééditer le CDF en version consolidée et de le diffuser largement pour permettre une meilleure compréhension des dernières modifications intervenues et l'intégration de la terminologie juridique dans l'esprit des praticiens.

3.3.1.5 MODIFICATION DU CDF

Dans le cadre de la relecture du CDF, il conviendrait de rajouter quelques dispositions pour expliciter le fait que les droits réels immobiliers tels que les concessions ne peuvent faire l'objet que d'une hypothèque et suivre ainsi le régime des sûretés prévu à cet effet par le droit OHADA. Les articles 61, 63, 88 et 99 du CDF devraient ainsi être modifiés, ainsi que l'article 3 du décret du 2 février 2001.

Dans l'article 61, il convient de remplacer le mot « *peut* » par le mot « *doit* ».

Il est nécessaire, par ailleurs, d'affirmer clairement par voie de modification législative que l'hypothèque d'une concession est valable pour les concessions urbaines autant que pour les concessions rurales, qu'elles soient du domaine privé immobilier des collectivités territoriales ou du domaine privé immobilier de l'Etat. Cette possibilité ne semble pas évidente à la lecture du CDF.

3.3.1.6 MODIFICATION DU CPCCS

Toutes les références au « *permis d'habiter* » dans les règles de réalisation du gage au sein du CPCCS doivent être abrogées.

3.3.1.7 MISE EN PLACE D'UN REGIME TRANSITOIRE

Il est enfin nécessaire de garantir un régime transitoire pour les titres provisoires non convertis en titres fonciers sur lesquels un gage a été constitué. A notre sens, tous les gages déjà constitués sur un titre provisoire, avant la réforme, doivent être considérés comme valides : ce n'est qu'une application du principe de non rétroactivité de la loi. En revanche, tout gage constitué après la réforme devra être interdit.

La principale difficulté concernerait les effets à venir des gages valablement constitués avant la réforme. Une solution (dont il faudrait faire une étude technique précise) consisterait à prévoir que ces gages ne pourront être réalisés que dans les formes prévues pour la réalisation d'une hypothèque, ce qui supposerait que le créancier puisse requérir l'inscription en cours de vie du gage du droit de superficie au livre foncier, si cette inscription n'a pas été faite au départ.

3.3.1.8 SOLLICITATION D'UN AVIS DE LA CCJA

A titre complémentaire, si des oppositions sont rencontrées pour mettre en œuvre les préconisations d'adaptation des textes, il pourrait être nécessaire que le gouvernement du Mali pris en la personne du Ministre de la Justice sollicite un avis juridique sur la coexistence et l'interprétation des textes maliens et des textes de l'AUS auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Cet avis pourrait être utile non seulement pour le Mali mais aussi pour d'autres Etats membres de l'OHADA et de l'UEMOA qui n'ont pas encore trouvé de solutions pour l'adaptation de leurs textes.

3.3.2 A LONG TERME

3.3.2.1 IMMATRICULATION DES TERRAINS

Il semble, dans un premier temps, nécessaire d'envisager de procéder à l'immatriculation des terrains pour ensuite favoriser la sécurité juridique des opérations d'enregistrement des sûretés. La plupart de nos interlocuteurs ont exprimé le souhait qu'une procédure d'immatriculation spécifique et rapide soit mise en place pour favoriser l'identification des terrains et des titres provisoires existants.

Dans le même temps, l'Etat pourrait trouver par ce biais un moyen de réorganiser le Livre Foncier en finançant l'informatisation de l'administration foncière, gage du suivi de la propriété foncière et des garanties susceptibles d'être prises sur celle-ci.

3.3.2.2 FAVORISER L'ACCES A LA PROPRIETE

Une des pistes permettant de favoriser l'acquisition de la propriété et l'accès au crédit serait de mettre en œuvre une opération d'envergure aboutissant à immatriculer et/ou convertir les titres provisoires en titres fonciers pour des sommes faibles. La baisse du coût de conversion d'un titre provisoire en titre foncier pourrait permettre ainsi leur régularisation et l'obtention de ressources au sein du Ministère concerné.

Il est donc nécessaire de faciliter l'accession au Titre Foncier. Il pourrait être reproduit, en ce sens, la réforme entreprise au Mali en 1994 dénommée « *TF rapide* ».

3.3.2.3 REFONTE DU CADRE DE L'HYPOTHEQUE

L'abrogation du gage et la mise en place d'hypothèques sur les concessions, comprenant le droit de superficie et les constructions, nous paraît ensuite la seule solution afin, d'une part, de garantir la cohérence des textes existants avec le droit OHADA et, d'autre part, d'assurer une limitation des coûts pour la mise en place et la réalisation des sûretés.

Il est nécessaire de permettre un enregistrement accéléré du titre provisoire en titre foncier afin de permettre l'hypothèque du droit de superficie et des constructions. L'obligation d'inscription de la concession au Livre Foncier pourrait alors constituer une première étape vers leur inscription définitive en titre foncier.

L'inscription de la concession au Livre Foncier constituerait donc une inscription provisoire et transitoire qui permettrait que la concession soit ensuite hypothéquée. Cette hypothèque serait favorisée par la transformation définitive et accélérée de la concession en titre foncier. Les exigences de l'article 253 de l'AUS seraient alors remplies.

Il est à craindre, cependant, que le formalisme lié à la constitution des hypothèques et leur réalisation nécessite des investissements importants de communication et d'informatisation et mette en lumière quelques difficultés de mise en place.

3.3.2.4 RENFORCEMENT DE L'OBLIGATION DE L'ENREGISTREMENT

Nous suggérons également de rendre obligatoire l'inscription de toutes les mutations de titres provisoires afin de garantir les enregistrements sous peine de caducité des inscriptions prises précédemment. Cette obligation de suivi des mutations pourrait peut-être limiter certaines pratiques non autorisées telles que la location de titres provisoires qui s'est développée en dehors de toute faculté offerte par la loi.

4. NANTISSEMENT DE MARCHES

De manière générale, l'objectif du nantissement ou de la cession de créances d'un marché consiste à assurer un financement de ce marché à l'entreprise qui en est titulaire lorsque celle-ci a besoin d'un fonds de roulement pour sa réalisation avant le paiement du prix par l'autorité responsable du marché ou malgré les avances et les acomptes qui lui sont versés. Les nantissemments de marchés publics sont, quant à eux, largement employés dans le cadre d'appels d'offres, principalement en matière de travaux publics, lorsque l'avance de démarrage n'est pas suffisante au maître d'œuvre et qu'il est nécessaire de mobiliser une avance complémentaire auprès d'un établissement de crédit.

De manière plus précise, il convient de remarquer que le formalisme lié à la prise de ces garanties diffère selon le type de marché dont il est question. Il existe donc une distinction entre le nantissement des marchés publics réglementé spécifiquement par le Code des Marchés Publics et le nantissement des marchés privés soumis au droit privé.

Nous étudierons dans un premier temps le régime juridique applicable aux nantissemments de marchés au Mali (1), puis dans un deuxième temps, les problèmes pratiques soulevés par ce nantissement, que ce marché soit public ou privé (2), avant d'élaborer, dans un troisième temps, certaines préconisations pour le Mali au regard du droit OHADA et du droit français (3).

Il convient par ailleurs de noter que les opérateurs ont également recours au mécanisme de garantie du FARE¹²⁶ qui délivre des cautions au profit des entreprises soumissionnaires et attributaires des marchés de bâtiments et travaux publics.

4.1 REGIME JURIDIQUE DU NANTISSEMENT DE MARCHES

4.1.1 REGIME JURIDIQUE DU NANTISSEMENT DE MARCHE

Le droit malien ne fait référence qu'à la possibilité de procéder au nantissement de marché public et non à la cession de créances dans le cadre de marché public, comme cela est le cas en droit français. Pour les besoins de notre analyse comparative, nous avons préparé une note sur les nantissemments de marchés soumis au droit français figurant en **Annexe 4**.

Ce mécanisme est régi par les articles 78 à 80 du Décret n°95-401/P-RM du 10 novembre 1995 portant Code des Marchés Publics (ci-après le « **CMP** ») et par les dispositions de l'AUS relatives au gage.

En l'absence de dispositions spécifiques du droit malien, le nantissement de marché privé est régi quant à lui seulement par les règles du gage de créances issues de l'AUS et sera étudié ci-après dans le cadre de la comparaison avec le droit OHADA.

4.1.1.1 REGLES GENERALES ISSUES DU CMP

¹²⁶ Fonds Auto Renouvelable pour l'Emploi.

(a) Procédure

Les règles relatives aux marchés publics en droit malien s'appliquent pour tous les marchés passés par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation publique majoritaire ainsi que les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat¹²⁷.

En effet, de la même manière qu'en droit français, l'autorité responsable du marché public doit remettre une copie certifiée conforme de l'original délivrée en unique exemplaire au titulaire du marché. Lorsque le titulaire du marché procède au nantissement de sa créance, il doit transmettre son exemplaire unique au « *bénéficiaire du nantissement* » qui doit notifier la constitution de cette garantie au « *comptable assignataire* » par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise contre récépissé¹²⁸.

Le CMP précise que seuls les organismes bancaires ou de crédit agréés en République du Mali peuvent être bénéficiaires d'un nantissement de marché public.

Aux termes du CMP, le nantissement ne peut être opposable à l'autorité contractante que le dixième jour ouvrable suivant le jour de la réception de la notification. Le Bénéficiaire ne pourra donc exiger le paiement de la part du débiteur cédé qu'après expiration de ce délai.

Il convient enfin de noter que le CMP ne confère aucun privilège en faveur du bénéficiaire du nantissement.

En revanche, le code du travail malien confère un privilège spécial aux travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux identique au privilège de pluviôse prescrit par le CMP français en disposant que « *Les sommes dues aux entrepreneurs de tous les travaux ayant le caractère de travaux publics, ne peuvent être frappées de saisie-arrêt, ni d'opposition au préjudice des ouvriers auxquels les salaires sont dus. Les sommes dues aux ouvriers pour salaires sont payées de préférence à celles dues aux fournisseurs.* »¹²⁹

(b) Subrogation

Le CMP dispose que « *le bénéficiaire d'un nantissement peut, par une convention distincte, subroger le cessionnaire de sa créance dans l'effet de ce nantissement, à concurrence soit de la totalité, soit d'une partie de la créance affectée en garantie* ».

Cette subrogation doit être notifiée, en outre, au comptable assignataire dans les mêmes conditions que celles énumérées à l'article 78 du CMP. L'obligation de notification appartient donc au bénéficiaire de la subrogation.

Il n'est pas précisé si cette « *convention distincte* » doit être un acte écrit.

¹²⁷ Article 2 du CMP.

¹²⁸ Article 78 du CMP.

¹²⁹ Article L.112 du code de travail, Loi n°92-020 du 18 août 1992.

(c) Sous-traitance

La sous-traitance peut être effectuée à deux stades :

- Sous-traitance lors de la notification du marché :

Le marché doit indiquer le montant de la sous-traitance. Ce montant est déduit de la créance que le titulaire du marché peut nantir en cas de paiement direct du sous-traitant¹³⁰.

- Sous-traitance postérieure à la notification du marché :

Si le titulaire du marché souhaite augmenter le montant de la sous-traitance prévu lors de la notification du marché, il doit obtenir la modification de l'exemplaire unique. De la même manière, ce nouveau montant de sous-traitance devra être déduit de la créance que le titulaire du marché peut nantir.

A ces dispositions doivent s'ajouter celles de l'article 58 du CMP relatives au régime de la sous-traitance.

4.1.2 NANTISSEMENT DE MARCHE ET DROIT OHADA

Le droit OHADA ne régit pas, à proprement parler, le mécanisme de nantissement de marché. Les différents types de nantissement régis par l'OHADA sont en effet strictement énumérés par l'article 63 de l'AUS. Ce qui signifie, selon notre compréhension, *a contrario*, que tout ce qui n'est pas énuméré par l'OHADA comme nantissement doit être assimilé aux dispositions générales du gage.

Le nantissement de marchés tel qu'il est régi actuellement serait donc, si l'on se réfère à l'OHADA et selon notre compréhension, assimilable à un gage de créances tel que prévu par l'article 50-1 de l'AUS.

En conséquence, il nous paraît indispensable d'examiner les articles 78 et suivants du CMP à la lumière de l'AUS afin de savoir si l'on peut appliquer les dispositions du nantissement de marché public conjointement avec celles du gage issues de l'AUS, et déterminer si l'on doit modifier et compléter le CMP afin de faire référence aux dispositions de l'AUS.

4.1.2.1 LE GAGE DE CREANCES

L'AUS dispose que « *le débiteur qui met en gage sa créance contre un tiers dénommé doit remettre au créancier gagiste son titre de créance et signifier à son propre débiteur le transfert de sa créance à titre pignoratif. A défaut, le créancier gagiste peut procéder à cette signification.* »¹³¹

¹³⁰ Article 60 du CMP.

¹³¹ Article 50-1 de l'AUS.

Cette opération de garantie fait donc intervenir trois acteurs :

- le créancier (« *créancier gagiste* ») qui constitue le Bénéficiaire, c'est à dire un établissement de crédit ;
- le débiteur constituant du gage (« *débiteur transférant* »), qui est dans notre cas le titulaire du marché ;
- et le « *débiteur transféré* » à titre pignoratif, qui est dans notre cas le responsable du marché.

(a) Conditions de forme

En principe, l'AUS impose deux conditions pour que le gage soit opposable aux tiers :

- un écrit dûment enregistré constatant le contrat de gage ;
- l'indication de la somme due par le débiteur ainsi que l'espèce, la nature et la quantité des biens meubles donnés en gage.

Les nantissements de marchés publics sont généralement notariés même si ce formalisme n'est pas requis par le CMP.

L'exemplaire unique est transmis au créancier nanti ou conservé entre les mains du notaire.

(b) La signification du transfert

L'AUS impose que le débiteur transférant signifie à son propre débiteur, le débiteur transféré, le transfert dont il fait l'objet. A défaut, c'est au créancier gagiste qu'il appartient de procéder à cette formalité. Il convient de noter que l'AUS ne prescrit pas la forme selon laquelle cette notification doit être opérée : lettre recommandée avec accusé de réception ou acte d'huissier. Il nous semble que la signification doit ici être effectuée par acte d'huissier.

Sur demande du créancier gagiste, le débiteur transféré peut accepter ce transfert. Il s'engage alors, sur la simple demande du créancier gagiste à le payer directement, sans pouvoir opposer aucune exception tenant à ses rapports personnels avec le créancier transférant. Cette disposition, qui n'existe pas en droit français pour le gage de créances de droit commun, est analogue à celle qui est prévue par la loi Dailly pour la cession et le nantissement de créance. L'AUS ajoute que si le débiteur transféré ne s'est pas engagé à payer directement le créancier gagiste, il est néanmoins tenu de le faire s'il ne peut opposer, le jour de l'échéance, aucune exception à l'encontre de son propre créancier ou de son créancier gagiste : dans ce cas, il n'est donc tenu envers le gagiste que dans la même mesure qu'à l'égard du créancier transférant.

Parallèlement, et afin de satisfaire aux exigences d'endossement prévues par l'AUS et selon Monsieur le Professeur Joseph Issa-Sayegh, la remise du titre de créance à ordre correspondant au marché attribué caractérisé par la dénomination du porteur serait transmissible par endossement : « *la formule de l'endossement à titre pignoratif* »

suffira à remplir pleinement les conditions de forme, de qualification et d'opposabilité sans qu'il soit besoin de rédiger un acte constitutif de gage : l'endossement pignoratif emportera constitution de gage sur la créance portée par le titre, pour le montant indiqué dans le titre et sera opposable aux créanciers sans qu'il soit besoin d'enregistrer cet écrit. »¹³²

Le choix du mode de transfert à titre pignoratif pourrait donc être librement organisé.

Il convient de noter l'absence de délai d'opposabilité prévu par l'AUS alors que le CMP prévoit dans son article 78 alinéa 2 un délai de 10 jours.

4.1.2.2 DROIT DE PAIEMENT DIRECT

Le créancier gagiste se substitue au débiteur transférant pour obtenir du débiteur transféré le paiement de la créance.

4.1.2.3 DROIT DE PREFERENCE

L'article 149 de l'AUS classe dans l'ordre suivant la distribution des deniers provenant de la réalisation des biens mobiliers :

- 1er rang : créanciers des frais de justice ;
- 2ème rang : créanciers des frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt des créanciers ;
- 3ème rang : créanciers de salaires superprivilégiés ;
- 4ème rang : créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;

Les créanciers titulaires d'un gage enregistré sur un marché bénéficient donc d'un privilège de quatrième rang en vertu des dispositions de l'AUS.

Nous avons préparé ci-dessous deux schémas permettant de comparer le régime du gage issu du CMP et le régime de gage issu de l'AUS pour permettre d'appréhender les ajustements législatifs qu'il convient d'effectuer.

¹³² J. Issa-Sayegh, *Le gage sur créances de sommes d'argent*, Penant, n°840, p.287 et 288.

Schéma de nantissement de marché public selon le CMP

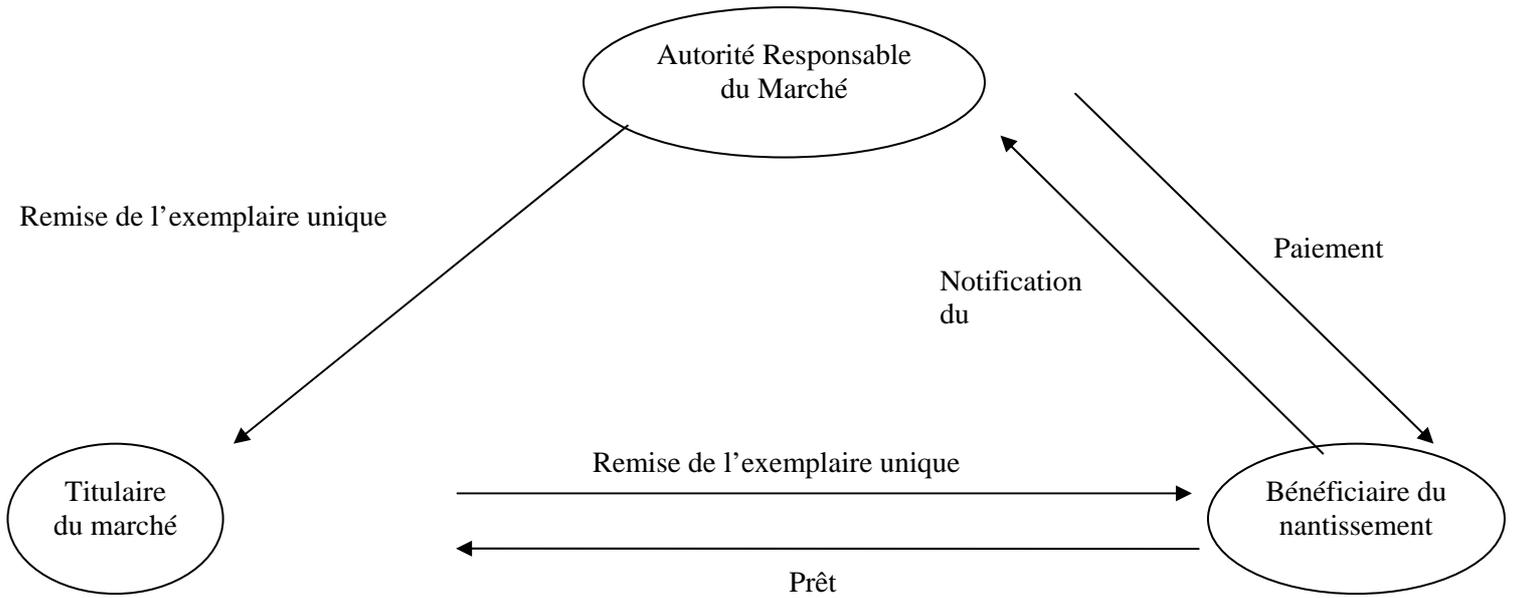
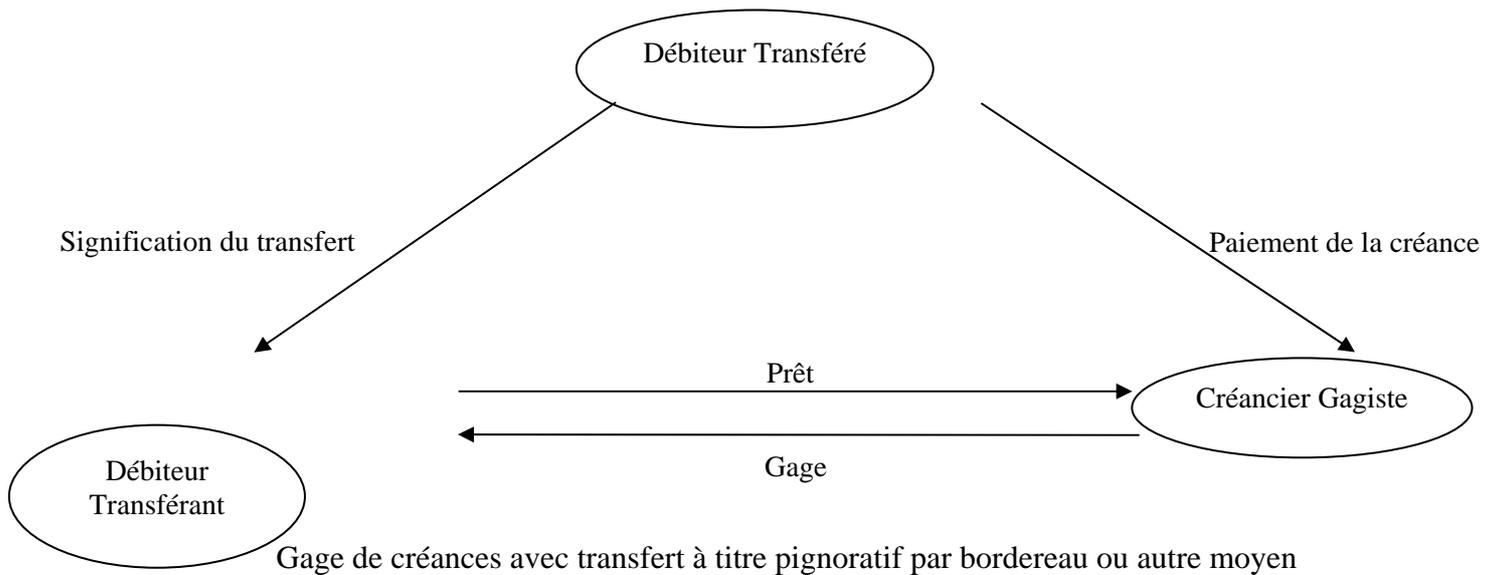


Schéma d'un gage de créances en droit OHADA



4.2 PROBLEMES D'APPLICATION DU NANTISSEMENT DE MARCHES

4.2.1 PROBLEMES PRATIQUES

4.2.1.1 TERMINOLOGIE

Selon notre compréhension, le principal problème du nantissement de marchés serait lié à sa compatibilité avec le droit OHADA pour sa qualification de nantissement alors que cette garantie serait davantage un gage. Certains observateurs pourraient dire qu'il ne faut peut-être pas attacher trop d'importance à ce qui n'est qu'un simple problème de terminologie, dès lors qu'il n'y a pas d'incompatibilité au fond entre le nantissement de marché du droit malien et le gage des créances du droit OHADA. Néanmoins, pour éviter toute ambiguïté, il serait préférable que le législateur malien débaptise le nantissement de marché pour l'appeler « *gage de marché* » ou, mieux « *gage de créances résultant d'un marché public* ».

4.2.1.2 INFORMATION

D'après les informations recueillies auprès des praticiens, il semble que les nantisements de marchés publics donnent lieu à peu de litiges et de problèmes pratiques depuis l'adoption du CMP en 1995 et l'entrée en vigueur de l'AUS en 1998. Néanmoins, certains praticiens recommandent une meilleure information du banquier qui se retrouve souvent sans information précise quant à la situation du débiteur vis-à-vis du maître d'ouvrage. Il conviendrait sans doute à cet égard de renforcer les obligations d'information réciproques.

4.2.1.3 DOMICILIATION DES PAIEMENTS

Le titulaire du nantissement se voit presque toujours payé sur la créance qu'il détient à l'égard du débiteur transféré, c'est à dire la personne publique. Ce paiement est facilité par l'article 7 du CMP qui dispose à son point 16 que les marchés doivent obligatoirement porter la mention de la « *domiciliation bancaire où les paiements seront effectués.* » Il semblerait, toutefois, que des détournements de domiciliation bancaire aient été fréquemment organisés de telle sorte que les créanciers nantis n'ont pas été en mesure de mettre en œuvre les nantisements de marché consentis à leur profit.

4.2.2 PROBLEMES JURIDIQUES

4.2.2.1 CONTROLE DU NANTISSEMENT DE MARCHES

Les nantisements de marchés publics sont, par ailleurs, contrôlés au niveau du service central du Ministère de l'Economie et des Finances qui effectue également un suivi de l'exécution des marchés publics concernés. Toutefois, le manque d'effectif semble être un frein au contrôle des formalités de nantissement lorsque les entreprises y ont recours.

4.2.2.2 NOTIFICATION

Selon le CMP, la notification de transfert de la créance à l'autorité responsable du marché par la transmission de l'exemplaire unique, appartient au bénéficiaire du nantissement, c'est à dire à l'établissement de crédit. Selon les règles du transfert de créances en droit OHADA, cette obligation appartient au débiteur transférant, donc en l'espèce, au titulaire du marché. Il faut cependant remarquer que, en droit OHADA, si le débiteur ne procède pas lui-même à la signification, le créancier peut y procéder (et il y a évidemment tout intérêt s'il veut que son gage soit opposable aux tiers, et au débiteur transféré). En pratique, la divergence entre le droit malien et le droit OHADA ne semble donc pas avoir de grandes conséquences.

4.3 PRECONISATIONS

4.3.1 PRECONISATIONS PRATIQUES

4.3.1.1 TERMINOLOGIE

Il semble qu'une confusion entoure le nantissement de marché applicable au Mali quant à sa qualification de gage ou de nantissement.

Selon l'AUS, le nantissement est en effet opéré sans dépossession du débiteur contrairement au gage qui constitue une dépossession de ce dernier. Par ailleurs, l'AUS détermine clairement et limitativement dans son article 63, les opérations qui peuvent faire l'objet d'un nantissement sans mentionner le nantissement de marché.

Le nantissement de marché n'est donc pas un nantissement au sens du droit OHADA.

En outre, le formalisme lié à ce dernier est en réalité élaboré en vue de déposséder le créancier titulaire du marché de son exemplaire unique afin qu'il ne puisse procéder à d'autres nantissements de sa créance.

Le nantissement de marché nous semble donc en réalité assimilable à un gage de créances avec transfert à titre pignoratif de la copie certifiée conforme attribuant le marché si l'on combine le CMP et le droit OHADA.

Afin d'être conforme au droit OHADA, ce mécanisme doit donc être rebaptisé « *gage de marché* ».

4.3.1.2 INFORMATION PAR LE BIAIS D'UNE REFERENCE AU DROIT OHADA

Il conviendrait de modifier les dispositions du CMP, en particulier les articles 78 et suivants, pour inclure une référence au gage de créances issu des articles 44 et suivants de l'AUS.

Ceci permettrait notamment de faire jouer le droit de préférence et les privilèges spéciaux du droit OHADA.

En outre, par assimilation, cette clarification permettrait également une application concrète et plus sûre pour le gage d'un marché privé.

Nous avons inséré ci-après un schéma présentant le régime de gage de marché public issu des dispositions cumulées du CMP et de l'AUS et la mise en place de nos préconisations.

4.3.2 PRECONISATIONS JURIDIQUES

4.3.2.1 RENFORCEMENT DES SANCTIONS

Il est nécessaire de prévoir une disposition dans le CMP renforçant les sanctions en cas de fraude sur toute sûreté prise sur le marché, que ce soit tant à l'égard de l'autorité de marché, du titulaire du marché que du créancier gagiste. Ces sanctions doivent être attachées notamment au manque de notification ou au détournement de la domiciliation bancaire.

4.3.2.2 CONTROLE

Il convient de mettre en place au sein de la direction générale des marchés un système d'informatisation afin de contrôler le suivi des sûretés prises sur un marché et notamment leur transfert.

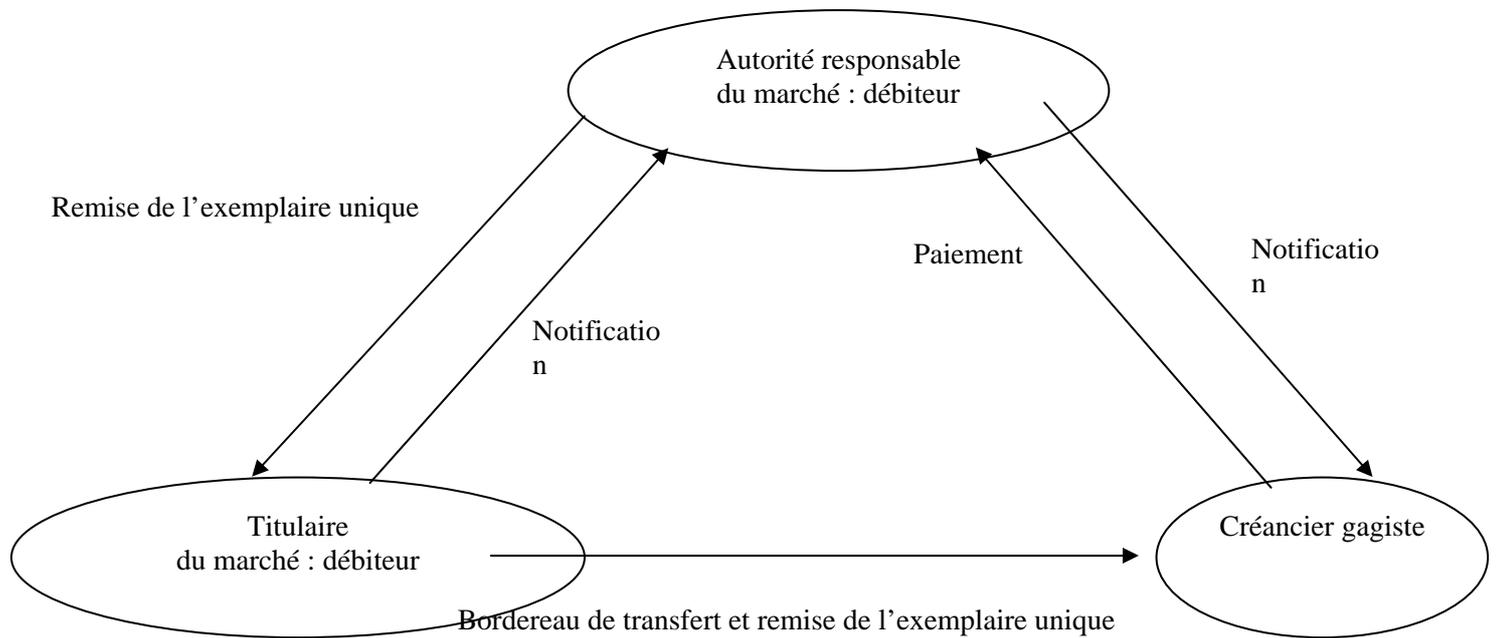
4.3.2.3 PROBLEME DE NOTIFICATION DU NANTISSEMENT

Le formalisme général de l'exemplaire unique doit être combiné avec celui du gage de créances prévu par l'OHADA. Il semble, par conséquent, nécessaire de mettre en harmonie la notification prévue par le droit OHADA avec le CMP et de modifier l'article 78 pour que cette notification soit effectuée par le titulaire du marché (débiteur transférant).

Toutefois, il convient de s'interroger sur le point de savoir si la notification exigée par le Code des marchés publics malien (envoi par lettre recommandée avec AR ou d'une remise par porteur avec récépissé) correspond à la « *signification* » exigée par l'article 50 de l'AUS. Si on se réfère au sens de ce terme dans le droit commun français de la cession et du nantissement des créances, il faut rappeler qu'un exploit d'huissier est nécessaire pour garantir la date certaine du transfert ou de la mise en gage. Le législateur français utilise au contraire le terme « *notification* » dans la loi Dailly pour désigner une information du débiteur transféré faite sans formalités particulières. Avant de mettre en œuvre notre préconisation de mise en harmonie, il serait opportun de vérifier le sens du mot « *signification* » dans l'AUS. Nous suggérons à cet effet de solliciter l'avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sur ce point.

Il convient enfin de noter que le droit des marchés publics fait l'objet d'un projet de réforme au niveau de l'UEMOA. Il semble donc nécessaire de vérifier que les modifications du CMP n'entrent pas en contradiction avec cet éventuel projet.

Cumul de la procédure de l'exemplaire unique et de la procédure du transfert de créances



En synthèse, après harmonisation du CMP avec l'AUS, le système proposé fonctionnerait comme il est indiqué ci-dessus.

Il convient de noter que si pour se conformer à l'AUS, la notification du transfert est mise à la charge du débiteur à titre principal, il ne paraît plus nécessaire d'exiger que le créancier gagiste notifie de manière systématique. Cette notification serait alors subsidiaire et interviendrait lorsque le débiteur n'y procède pas lui-même.

5. LE NANTISSEMENT DE MATERIEL PROFESSIONNEL

Le nantissement de l'outillage et du matériel professionnel constitue une sûreté utile et efficace puisqu'il permet au propriétaire du matériel professionnel qui l'achète à crédit d'en conserver la possession afin de l'utiliser. Cette garantie constitue en ce sens une sûreté mobilière sans dépossession.

Par les dispositions de l'AUS, le législateur OHADA a souhaité favoriser le rééquipement des entreprises par un cadre juridique spécifique au nantissement de matériel.

L'application du nantissement du matériel professionnel semble cependant en déclin depuis que l'usage d'une clause de réserve de propriété peut porter sur des biens d'équipement professionnels.

5.1 REGIME JURIDIQUE DU NANTISSEMENT DE MATERIEL PROFESSIONNEL

5.1.1 DROIT APPLICABLE AU MALI AVANT L'ENTREE EN VIGUEUR DE L'OHADA

Avant l'entrée en vigueur des Actes Uniformes OHADA, le droit applicable au Mali en matière de « *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement* » était issu de la Loi française n°51-59 du 18 janvier 1951 rendue applicable au Mali par un Décret n°56-889 du 31 août 1956 (ci-après désigné le « **Décret** »). Ces deux textes, à notre connaissance, n'ont pas été abrogés depuis l'indépendance.

5.1.1.1 CONDITIONS RELATIVES AU BIEN NANTI

Le Décret précise que le nantissement ne s'applique pas aux véhicules automobiles, aux navires de mer, aux bateaux de navigation fluviale, ainsi qu'aux aéronefs qui font l'objet d'une sûreté spéciale¹³³.

Le nantissement doit porter obligatoirement sur des biens à usage professionnel. Un professionnel ne peut donc nantir du matériel ou de l'outillage acheté pour son usage personnel.

Le Décret précise que ce nantissement peut être opéré en même temps que le nantissement du fonds de commerce. Dans un tel cas, une désignation expresse doit figurer dans l'acte constitutif du nantissement.

¹³³ Article 18 du Décret.

5.1.1.2 TITULAIRE DU NANTISSEMENT

Le nantissement peut être opéré :

- soit au profit du vendeur du matériel. Dans ce cas, il doit être donné dans l'acte de vente ;
- soit au profit du prêteur qui a avancé les fonds nécessaires au paiement du vendeur. Dans ce cas, il doit être donné dans l'acte de prêt.

Par conséquent, seules sont susceptibles d'être garanties par un tel nantissement les créances en relation avec le financement de l'acquisition du bien faisant l'objet du nantissement.

Il est, par ailleurs, nécessaire que le bien donné en nantissement appartienne à celui qui le donne en garantie.

5.1.1.3 FORMALISME DE L'ACTE DE NANTISSEMENT

Le nantissement doit être consenti par acte authentique ou par acte sous seing privé enregistré.

L'acte de nantissement, à peine de nullité, doit mentionner que les fonds versés par le prêteur ont pour finalité d'assurer le paiement du matériel¹³⁴.

L'acte de nantissement doit, par ailleurs, mentionner et détailler les biens acquis de façon précise afin de les individualiser par rapport aux autres biens de même nature appartenant à l'entreprise. Il doit aussi détailler le lieu où le matériel est attaché ou, en cas contraire, mentionner s'il est susceptible d'être déplacé¹³⁵.

Le nantissement doit être conclu au plus tard dans un délai de un mois à compter du jour de la livraison du matériel¹³⁶.

5.1.1.4 INSCRIPTION ET PRIVILEGE DU NANTISSEMENT

Le nantissement doit être inscrit au greffe du tribunal compétent en matière commerciale dans un délai de 15 jours à compter de la signature de l'acte constitutif du nantissement¹³⁷. Le tribunal de commerce compétent dépend de la nature du nantissement : commercial ou civil. Si l'acquéreur du matériel n'est pas commerçant, l'inscription doit être prise au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est domicilié l'acquéreur. Si le nantissement a un caractère commercial, il doit être inscrit au greffe du tribunal dans le ressort duquel est exploité le fonds de commerce auquel les biens sont affectés.

¹³⁴ Article 2 para 4 du Décret.

¹³⁵ Article 2 para 5 du Décret.

¹³⁶ Article 3 para 2 du Décret.

¹³⁷ Article 3 para 1 du Décret.

Les biens nantis peuvent, à la requête du bénéficiaire, être revêtus d'une plaque indiquant le lieu, la date et le numéro d'inscription du privilège dont ils sont grevés¹³⁸. Cette apposition est facultative, cependant, le débiteur ne peut y faire obstacle. Ce mécanisme permet au créancier ainsi qu'à ses subrogés d'exercer un droit de suite sur le matériel nanti¹³⁹.

L'inscription confère un privilège sur le matériel nanti au créancier nanti par préférence à tous autres privilèges à l'exception des privilèges énumérés à l'article 9 du Décret :

- frais de justice ;
- frais pour la conservation de la chose ;
- et superprivilège du salarié.

Ce privilège s'exerce à l'encontre de tout créancier hypothécaire et par préférence :

- au privilège du trésor ;
- au privilège du vendeur de fonds de commerce ;
- ainsi qu'au privilège du créancier nanti sur l'ensemble dudit fonds.

Le privilège n'est, par ailleurs, opposable que si le bénéficiaire du nantissement signifie auxdits créanciers préalablement inscrits, par acte extrajudiciaire (acte d'huissier) dans les deux mois de la conclusion du nantissement, une copie de l'acte constatant le nantissement.

L'inscription conserve le privilège pendant 5 années et cesse si elle n'a pas été renouvelée avant expiration. L'inscription peut être renouvelée deux fois¹⁴⁰.

L'inscription garantit en même temps que le principal deux années d'intérêts.

5.1.1.5 SUBROGATION

Toute subrogation conventionnelle dans le bénéfice du nantissement doit être mentionnée en marge de l'inscription dans les 15 jours suivant la signature de l'acte authentique ou de l'acte sous seing privé qui la constate¹⁴¹.

Le bénéfice du nantissement est transmis de plein droit aux porteurs successifs des effets qu'il garantit¹⁴².

¹³⁸ Article 4 para 1 du Décret.

¹³⁹ Article 7 du Décret.

¹⁴⁰ Article 11 du Décret.

¹⁴¹ Article 5 du Décret.

¹⁴² Article 6 du Décret.

5.1.1.6 REALISATION DU NANTISSEMENT

Lorsque le débiteur veut vendre à l'amiable tout ou partie des biens nantis, il doit solliciter le consentement préalable du créancier nanti, et à défaut, l'autorisation du juge des référés du tribunal de commerce statuant en dernier ressort¹⁴³.

En cas de non-paiement à l'échéance, le créancier bénéficiaire du nantissement peut, huit jours après signification faite au débiteur, procéder à la vente publique du matériel nanti. L'officier public en charge de la vente, est désigné sur requête par le président du tribunal de commerce.

Le créancier nanti a la faculté d'exercer une surenchère du dixième de la valeur du bien¹⁴⁴.

5.1.1.7 DISPOSITIONS PENALES

Lorsque l'acquéreur ou le détenteur du bien nanti (i) le détruit ou tente de le détruire, (ii) le détourne ou tente de le détourner, (iii) l'altère ou tente de l'altérer en vue de faire échec aux droits du créancier, il est puni des peines prévues par l'article 406 du Code Pénal¹⁴⁵.

Sont punies des mêmes sanctions toutes manœuvres frauduleuses tendant à diminuer ou priver le créancier de son privilège sur les biens nantis.

5.1.2 DEPUIS L'ENTREE EN VIGUEUR DU DROIT ISSU DE L'OHADA

Avec l'entrée en vigueur de l'AUS et de l'AUDCG, le nantissement de l'outillage et du matériel professionnel est à présent régi par trois instruments juridiques :

- le Décret ;
- les articles 91 et suivants de l'AUS ;
- les articles 51 et suivants de l'AUDCG.

5.1.2.1 CONDITIONS RELATIVES AU BIEN NANTI

La nature du matériel nanti est indifférente (neuf, usagé) mais le matériel doit avoir obligatoirement un lien avec l'activité professionnelle. Peu importe l'usage de ce matériel : civil, commercial, industriel, agricole ou artisanal.

Il est nécessaire de différencier le nantissement de matériel professionnel du nantissement des stocks qui est essentiellement prévu pour des choses fongibles. En revanche, les règles relatives au nantissement du matériel professionnel sont

¹⁴³ Article 19 du Décret.

¹⁴⁴ Article 14 para 2 du Décret.

¹⁴⁵ Article 19 du Décret. L'article 406 mentionné est aujourd'hui remplacé par les articles 314-1 et 314-10 du Code Pénal portant sur l'abus de confiance.

également applicables selon l'AUS au nantissement de véhicules automobiles soumis à déclaration de mise en circulation et immatriculation administrative¹⁴⁶.

L'AUS ne précise pas, par ailleurs, si ce nantissement est applicable aux aéronefs et navires.

Il convient enfin de remarquer que le matériel professionnel, lorsqu'il fait partie d'un fonds de commerce, peut être nanti avec lui¹⁴⁷. Dans ce cas, le nantissement du fonds de commerce doit faire l'objet d'une clause spéciale désignant les biens engagés ainsi que d'une mention particulière lors de son enregistrement au RCCM. Le matériel professionnel peut néanmoins être nanti séparément du fonds de commerce.

Ce nantissement peut être constitué en faveur du vendeur du matériel du bien ou du prêteur ayant financé son acquisition. Il peut aussi être consenti au bénéfice de la caution, de l'avaliste ou de toute personne ayant garanti le paiement du prix envers le vendeur¹⁴⁸.

5.1.2.2 ACTE DE NANTISSEMENT

L'écrit est exigé afin de procéder à l'enregistrement du matériel au RCCM : acte authentique ou acte sous seing privé dûment enregistré.

Toutefois, les praticiens ont généralement recours à un acte authentique ou déposent leur acte au rang des minutes d'un notaire pour formaliser ce nantissement alors même que cette exigence n'est pas requise par l'AUS. La validité réelle de l'acte lui est en effet, seule conférée par son inscription au RCCM afin de le rendre opposable à tous. L'acte sous seing privé peut donc suffire.

Les mentions obligatoires figurant dans l'écrit sont expressément énumérées à l'article 94 de l'AUS. L'absence de l'une de ces mentions peut entraîner la nullité de l'acte de nantissement. Ces mentions sont :

- 1°) les prénoms, noms, domiciles et professions des parties et, s'il y a lieu, du tiers requérant l'inscription ;
- 2°) une description du matériel engagé permettant de l'identifier, l'indication de son emplacement et la mention, si nécessaire, que ce matériel est susceptible d'être déplacé;
- 3°) le montant de la créance garantie ;
- 4°) les conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts ;
- 5°) pour la transmission du privilège du vendeur, en cas d'émission d'effets négociables, une clause prévoyant ce mode de paiement ;

¹⁴⁶ Article 93 de l'AUS.

¹⁴⁷ Article 69-2 de l'AUS.

¹⁴⁸ Article 91 de l'AUS.

6°) l'élection de domicile des parties dans le ressort de la juridiction où est tenu le RCCM.

Il appartient au greffier de vérifier leur régularité lors de l'inscription, cela signifie que le greffe vérifie la conformité du formulaire avec le titre présenté par le créancier.

5.1.2.3 INSCRIPTION DU NANTISSEMENT

Il convient de noter (i) que le nantissement ne produit effet que s'il est inscrit au RCCM, (ii) que l'inscription est effectuée par le créancier nanti dans le ressort du tribunal dans lequel est immatriculé l'acquéreur¹⁴⁹.

Les formalités d'inscription du nantissement sont complétées par l'article 51 de l'AUDCG. Le créancier nanti doit produire au greffe les éléments suivants :

1°) le titre constitutif du nantissement en original s'il est sous seing privé, ou en expédition s'il est constitué en minute ou par une décision judiciaire autorisant le créancier à prendre cette inscription ;

2°) un formulaire d'inscription en quatre exemplaires portant mention :

a) des nom, prénom, dénomination sociale, domicile ou siège social des parties, ainsi que le numéro d'immatriculation de l'acquéreur contre lequel est requis l'inscription ;

b) de la nature et la date du ou des actes déposés ;

c) d'une description des biens objet du nantissement permettant de les identifier et de les situer, et la mention si nécessaire que ces biens sont susceptibles d'être déplacés ;

d) du montant des sommes dues au dernier jour précédant l'inscription, le cas échéant, les conditions d'exigibilité de la dette ;

e) de l'élection de domicile du créancier nanti dans le ressort de la juridiction où est tenu le RCCM.

Il convient de noter qu'aucun délai d'enregistrement et d'inscription de l'acte de nantissement n'est prévu par l'AUS ou l'AUDCG, contrairement au Décret qui prévoit un délai de 15 jours¹⁵⁰.

L'inscription au RCCM vaut pour 5 ans. Son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai¹⁵¹. Le nantissement donne droit, le cas échéant, à deux années d'intérêts¹⁵².

¹⁴⁹ Article 51 de l'AUDCG.

¹⁵⁰ A titre comparatif, le Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal dispose, par exemple, dans son article 888 que cet enregistrement doit être procédé dans les quinze jours suivants l'acte constitutif. Le Code de Commerce français prévoit le même délai.

¹⁵¹ Article 95 de l'AUS.

¹⁵² Article 99 para 1 de l'AUS.

Toute modification conventionnelle ou judiciaire doit faire l'objet d'une inscription modificative. Ni l'AUS, ni l'AUDCG ne prévoient un délai pour procéder à cette inscription.

5.1.2.4 TRANSMISSION

Lorsque la créance est représentée par un ou plusieurs effets négociables (lettre de change, billet à ordre), l'endossement des effets entraîne le transfert du nantissement. Ce transfert ne nécessite pas de publicité. Ces effets doivent, cependant, avoir été prévus par l'acte constitutif de nantissement et mentionnés au RCCM lors de l'inscription du nantissement¹⁵³.

5.1.2.5 REALISATION

L'inscription confère au créancier nanti un droit de suite ainsi qu'un droit de préférence.

Le débiteur ne peut vendre le matériel nanti sans l'accord du créancier ou sans autorisation judiciaire. A défaut d'accord et s'il y a vente, la dette devient immédiatement exigible. Dans l'éventualité où la dette ne serait toujours pas payée, soit le débiteur sera mis en redressement judiciaire soit il sera procédé à la liquidation de ses biens, si de telles procédures peuvent lui être applicables¹⁵⁴.

Faute de paiement à l'échéance, le créancier nanti peut exercer son droit de suite. Muni d'un titre exécutoire, il peut faire procéder à la vente du matériel, huit jours après sommation faite au débiteur ou au tiers constituant.

Le créancier nanti dispose d'un droit de préférence. La réalisation de son privilège arrive au cinquième rang¹⁵⁵.

5.2 PROBLEMES D'APPLICATION DU NANTISSEMENT DE MATERIEL PROFESSIONNEL

5.2.1 EXISTENCE DE LOIS ANCIENNES COMPLEMENTAIRES

Selon notre compréhension, il semble que les dispositions du Décret ne sont pas appliquées, surtout depuis que l'AUS est entré en vigueur, et ceci alors même que certaines de leurs dispositions complètent utilement le droit OHADA. Il conviendrait donc d'harmoniser les deux instruments et d'abroger expressément les dispositions inutiles.

¹⁵³ Article 92 de l'AUS.

¹⁵⁴ Article 97 de l'AUS. Aux termes de l'article 2-4 de l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif, seuls les débiteurs personnes physiques commerçantes ou personnes morales de droit privé sont exposés aux procédures collectives.

¹⁵⁵ Article 99 para 2 et article 149 de l'AUS.

5.2.2 INTERACTION DU CODE DE PROCEDURE CIVILE, COMMERCIALE ET SOCIALE AVEC L'AUS

Par ailleurs, il convient de remarquer qu'une disposition contenue dans le CPCCS du Mali semble faire obstacle à l'application du droit OHADA en pratique au niveau judiciaire. L'article 705-2 de ce code dispose en effet que « *ne peuvent être saisis les instruments de travail indispensables à la pratique de la profession* ». Cette disposition a été évidemment rapprochée du nantissement de matériel professionnel, ce qui constitue un obstacle à la réalisation de sa sûreté par le créancier, ce moyen étant souvent soulevé par les débiteurs défaillants.

Il est, par conséquent, difficile d'obtenir l'attribution des matériels car les tribunaux privilégient souvent la continuité de l'exploitation de l'entreprise du débiteur au motif que les matériels indispensables à l'exercice de la profession sont insaisissables.

5.2.3 LOCALISATION DU MATERIEL

L'apposition d'une plaque permise par l'article 4 du Décret n'est pas, selon les personnes interrogées, pratiquée par les créanciers. Ceci constitue une difficulté pratique supplémentaire en cas de revente de marchandises qu'un créancier souhaiterait revendiquer et ne peut identifier ou localiser facilement.

5.2.4 INTERET ECONOMIQUE

Il convient de noter que le nantissement de matériel est une sûreté d'un effet plus dissuasif que réellement utile pour le créancier dans la mesure où en cas de réalisation, les éléments saisis sont souvent d'une faible valeur du fait de leur usure et où il est peu aisé de trouver des acquéreurs pour les racheter.

5.2.5 COMPUTATION DES DELAIS

L'une des difficultés de mise en œuvre est liée aux délais de constitution prévus par le Décret dans la mesure où les parties sont obligées initialement d'avoir recours à une promesse de nantissement qui est ensuite convertie à la livraison. Il faut donc s'assurer de faire référence à l'obligation d'enregistrement des matériels dans le délai de 15 jours suivant la signature de l'acte de nantissement ou la réalisation des conditions nécessaires à la réalisation de la promesse pour que l'inscription s'effectue en sus des dispositions de l'acte OHADA qui n'en prévoient aucun.

5.2.6 ORDRE DES PRIVILEGES

Enfin, une difficulté se pose aussi quant à l'inscription des privilèges puisque l'ordre des privilèges prévu par l'AUS n'est pas le même que celui du Décret.

5.2.7 COUTS

Il semble que les praticiens souhaiteraient avoir davantage recours à ce nantissement mais que les coûts de son enregistrement soient prohibitifs. Par ailleurs, les coûts d'exécution en cas de réalisation de la sûreté semblent également poser problème du fait de la nécessité d'avoir recours à un huissier pour pratiquer les saisies.

En particulier, les organismes de micro-crédit et plus généralement les systèmes financiers décentralisés considèrent souvent que les coûts de constitution de nantissement de matériel et les coûts de réalisation en cas de défaut sont prohibitifs eu égard au montant des prêts considérés de manière séparé.

De ce fait, le nantissement de matériel ne semble pas toujours privilégié par les créanciers qui souhaitent garantir le paiement de leurs créances.

5.3 PRECONISATIONS

Selon la vision des praticiens rencontrés, le régime juridique applicable au nantissement de matériel est uniquement dérivé de l'AUS. Toutefois, le Décret n'a jamais été abrogé et continue à s'appliquer en principe. Les dispositions du Décret qui complètent l'AUS et demeurent non contradictoires avec celui-ci sont mentionnées en caractères soulignés par nos soins dans le texte d'origine reproduit ci-après.

Selon notre interprétation de l'article 10 du Traité OHADA telle que détaillée en introduction, rien ne s'oppose toutefois à ce que le Décret puisse être conservé en droit interne pour ses dispositions non contraires et complémentaires.

Nous avons préparé ci-après un commentaire des dispositions issues du Décret et du CPCCS qui peuvent être conservées dans le droit malien, en complément du droit OHADA régissant le nantissement de matériel professionnel.

5.3.1 MODIFICATION DU DECRET

5.3.1.1 ARTICLE 1

« Dans les territoires de l'Afrique occidentale française, le paiement du prix d'acquisition de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel peut être garanti, soit vis-à-vis du vendeur, soit vis-à-vis du prêteur qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur, par un nantissement restreint à l'outillage ou au matériel ainsi acquis.

Commentaire : Les conditions de constitution d'un nantissement sont déjà régies par l'article 91 de l'AUS. Il n'est donc pas nécessaire de conserver ce paragraphe qui semble caduc et inutile.

Si l'acquéreur a la qualité de commerçant, ce nantissement est soumis, sous réserve des dispositions ci-après, aux règles édictées par le décret du 10 mars 1936 portant règlement d'administration publique pour la détermination des conditions d'application en Afrique occidentale française de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, sans qu'il soit nécessaire d'y comprendre les éléments essentiels du fonds.

Si l'acquéreur n'a pas la qualité de commerçant, le nantissement est soumis aux dispositions de l'article 16 ci-après. »

Commentaire : Ce deux alinéas du Décret ne nécessitent pas d'être conservés pour deux raisons.

Premièrement, aux termes du droit OHADA, seul le créancier nanti procède à l'inscription du nantissement de matériel professionnel au greffe de la juridiction compétente dans laquelle est immatriculé l'acquéreur (Article 51 AUDCG). Contrairement au Décret et à la Loi, la juridiction compétente n'est donc pas déterminée par la qualité de l'acquéreur, commerçant ou non commerçant.

Deuxièmement, l'AUS fait déjà référence à son article 91 paragraphe 2 à la possibilité d'un nantissement de matériel professionnel en même temps que les autres éléments du fonds de commerce (article 69 et suivants), ou séparément, en dehors de toute vente.

5.3.1.2 ARTICLE 2

« Le nantissement est consenti par un acte authentique ou sous seing privé enregistré au droit fixe dont le taux sera déterminé par délibération du Grand Conseil de l'Afrique occidentale française.

Commentaire : Cette disposition est déjà couverte par l'article 94 de l'AUS. Elle doit donc être abrogée.

Lorsque le nantissement est consenti par le vendeur, il est donné dans l'acte de vente. Lorsqu'il est consenti au prêteur qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur, le nantissement est donné dans l'acte de prêt.

Cet acte doit mentionner, à peine de nullité, que les deniers versés par le prêteur ont pour objet d'assurer le paiement du prix des biens acquis.

Commentaire : Ces dispositions ne sont pas mentionnées dans le droit OHADA. Elles pourraient donc utilement être conservées en l'état.

Toutefois, ces dispositions n'apportent pas seulement une précision par rapport au droit uniforme, elles instaurent des exigences formelles différentes de celles qui sont prévues par l'article 94 de l'AUS (en ce que la validité du nantissement est subordonnée à sa mention dans l'acte de prêt ou de vente).

Maintenir ces dispositions dans le droit malien comporterait par conséquent un risque puisqu'elles pourraient permettre d'annuler un nantissement parfaitement valable au regard de l'AUS.

Par mesure de prudence, ces dispositions doivent donc être abrogées.

Les biens acquis doivent être énumérés dans le corps de l'acte et chacun d'eux doit être décrit d'une façon précise, afin de les individualiser par rapport aux autres biens de même nature appartenant à l'entreprise. L'acte indique également le lieu où les biens ont leur attache fixe ou mentionne, au cas contraire, qu'ils sont susceptibles d'être déplacés.

Commentaire : Le formalisme attaché à l'inscription de l'acte de nantissement est suffisamment prévu par l'AUS et l'AUDCG pour que cette disposition du Décret puisse être conservée (article 94 de l'AUS et Article 51 de l'AUDCG). Par ailleurs, la description des biens nantis, leur emplacement et la mention que le matériel est susceptible d'être déplacé est précisément prévu par l'article 94-2 de l'AUS. Ce paragraphe doit donc être abrogé.

Sont assimilées aux prêteurs de deniers les cautions qui interviennent par aval, par acceptation ou autrement dans l'octroi des crédits d'équipement. »

Commentaire : Cette disposition du Décret semble devoir être abrogée. L'article 91 de l'AUS dispose en effet que « la même sûreté peut être consentie aux tiers ayant garanti les engagements de l'acquéreur envers le vendeur par cautionnement, aval ou tout autre engagement ayant le même objet, ainsi qu'à toute personne ayant prêté les fonds nécessaires à l'achat ». Le droit OHADA est donc plus précis.

5.3.1.3 ARTICLE 3

« A peine de nullité, le nantissement doit être inscrit, dans les conditions requises par les articles 10 et 11 du décret du 10 mars 1936 et dans un délai de quinze jours à compter de la date de l'acte constitutif du nantissement.

Commentaire : Le droit OHADA ne mentionne aucun délai quant à l'inscription du nantissement comme il peut être le cas dans le Code des Obligations civiles et Commerciales du Sénégal. Il serait donc intéressant de conserver cette disposition comme il l'a été fait au Sénégal. En revanche, toute référence au décret du 10 mars 1936 doit être abrogée, les conditions d'inscription étant déjà mentionnées dans le droit OHADA.

Toutefois, la même remarque que sous l'article 2 peut toutefois être faite ici. L'article 3 est en effet plus exigeant que le droit OHADA ; ne doit-on dès lors considérer que l'exigence de la publication dans le délai de 15 jours est contraire à l'AUS ?

Par mesure de prudence, ces dispositions doivent donc être abrogées.

Le nantissement doit être conclu au plus tard dans le délai d'un mois de la livraison du matériel. »

Commentaire : De la même manière, le droit OHADA ne prescrit aucun délai pour la constitution de l'acte de nantissement à compter de la réception du matériel. Cette disposition du Décret doit donc être abrogée par mesure de prudence.

5.3.1.4 ARTICLE 4

« Les biens donnés en nantissement, par application de la présente loi peuvent, en outre, à la requête du bénéficiaire du nantissement, être revêtus sur une pièce essentielle et d'une manière apparente d'une plaque fixée à demeure indiquant le lieu, la date et le numéro d'inscription du privilège dont ils sont grevés. »

Conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi modifiée du 18 janvier 1951 et sous peine des sanctions prévues à l'article 21 de ladite loi, le débiteur ne peut faire obstacle à cette apposition et les marques ainsi apposées ne peuvent être détruites, retirées, ou recouvertes avant l'extinction ou la radiation du privilège du créancier nanti. »

Commentaire : L'apposition d'une plaque afin de favoriser le droit de suite du créancier ainsi que les sanctions envers le débiteur y faisant obstacle ne sont pas prévues par le droit OHADA. Cet article peut donc utilement être conservé. En revanche, la référence à l'article 21 de la loi constitue une référence au droit pénal qui est aujourd'hui caduque. Cette disposition du Décret doit de ce fait être abrogée pour faire place à une référence au droit pénal malien actuellement applicable.

5.3.1.5 ARTICLE 5

« Toute subrogation conventionnelle dans le bénéfice du nantissement doit être mentionnée en marge de l'inscription dans la quinzaine de l'acte authentique ou sous seing privé qui la constate, sur remise au greffier d'une expédition ou d'un original dudit acte. »

Commentaire : L'article 80-1 de l'AUS dispose déjà que « toute modification par subrogation ou cession d'antériorité n'a d'effet que si elle est inscrite en marge de l'inscription initiale ». Par ailleurs, l'article 80-2 dispose que les « modifications conventionnelles, la subrogation légale dans le bénéfice de la sûreté ou l'endossement de l'acte constitutif de nantissement s'il est rédigé à ordre, sont soumis aux conditions de forme et de délai prévues pour la constitution du nantissement conventionnel ou du privilège. » L'AUS prévoit donc suffisamment de cas pour que cet article soit abrogé. En revanche, le délai d'inscription n'est pas mentionné par le droit OHADA. Il peut donc être conservé en l'état dans le Décret.

La même remarque que sous les articles 2 et 3 peut ici être faite : exiger un délai là où le droit uniforme n'en exige pas serait aller à l'encontre de l'AUS et pourrait vicier le nantissement.

Par mesure de prudence, ces dispositions doivent donc être abrogées.

Les conflits qui peuvent se produire entre les titulaires d'inscriptions successives sont réglés conformément à l'article 1252 du Code civil. »

Commentaire : Les conflits entre titulaires d'inscriptions successives sont déjà régis par le droit OHADA. En effet, lorsqu'une sûreté est soumise à publicité par son inscription au RCCM, ce qui est le cas du nantissement de matériel, la sûreté prend rang à sa date d'inscription. Cette disposition du Décret doit donc être abrogée.

5.3.1.6 ARTICLE 6

« Le bénéfice du nantissement est transmis de plein droit, conformément à l'article 1692 du Code Civil, aux porteurs successifs des effets qu'il garantit, soit que ces effets aient été souscrits ou acceptés à l'ordre du vendeur ou du prêteur ayant fourni tout ou partie du prix, soit plus généralement qu'ils représentent la mobilisation d'une créance valablement gagée suivant les dispositions du présent décret.

Commentaire : Cette disposition peut être rapprochée de l'article 92 de l'AUS qui dispose que lorsque « la créance garantie est représentée par un ou des effets négociables, l'endossement des effets entraîne le transfert du nantissement, sans publicité, à la condition que la création de ces effets ait été prévue par l'acte constitutif de nantissement et mentionnée au RCCM. » Cette disposition du Décret doit donc être abrogée.

Si plusieurs effets sont créés pour représenter la créance, le privilège attaché à celle-ci est exercé par le premier poursuivant pour le compte commun et pour le tout. »

Commentaire : Cette disposition n'est, en revanche, pas prévue par l'AUS. Elle peut donc être utilement conservée.

5.3.1.7 ARTICLE 7

« Conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi modifiée du 18 janvier 1951 et sous peine des sanctions prévues à l'article 21 de ladite loi, le débiteur qui, avant paiement ou remboursement des sommes garanties conformément à la présente loi, veut vendre à l'amiable tout ou partie des biens grevés, doit solliciter le consentement préalable du créancier nanti et, à défaut, l'autorisation du juge des référés du tribunal de commerce statuant en dernier ressort.

Commentaire : L'article 97 de l'AUS dispose que « le débiteur ne peut vendre tout ou partie du matériel grevé d'un nantissement sans l'accord préalable du créancier nanti ou, à défaut, sans autorisation judiciaire. A défaut d'un tel accord ou d'une telle autorisation judiciaire, s'il y a vente du matériel nanti, la dette devient exigible immédiatement. Si elle n'est pas payée, le débiteur sera soumis à la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens si une telle procédure lui est applicable. » Cette disposition du Décret peut donc être abrogée.

Lorsqu'il a été satisfait aux exigences de publicité requises par la présente loi et que les biens grevés ont été revêtus d'une plaque conformément à l'article 4 ci-dessus, le

créancier nanti ou ses subrogés disposent, pour l'exercice du privilège résultant du nantissement, du droit de suite, prévu à l'article 22 du décret du 10 mars 1936. »

Commentaire : L'article 98 de l'AUS dispose déjà que l'inscription du nantissement confère un droit de suite au créancier nanti. Cette disposition du Décret pourrait donc être abrogée.

5.3.1.8 ARTICLE 8

« Le privilège du créancier nanti en application de la présente loi subsiste, si le bien qui est grevé devient immeuble par destination.

L'article 2133 du Code civil n'est pas applicable aux biens nantis. »

Commentaire : De telles dispositions ne sont pas prévues par l'AUS. Il serait donc utile de les conserver.

5.3.1.9 ARTICLE 9

« Le privilège du créancier nanti en application de la présente loi s'exerce sur les biens grevés par préférence à tous autres privilèges, à l'exception :

1° Du privilège des frais de justice ;

2° Du privilège des frais faits pour la conservation de la chose ;

3° Du privilège accordé aux salariés par l'article 2101 §4 du Code civil, l'article 104 du titre IV du Code du travail outre-mer et l'article 549 du Code du commerce.

Il s'exerce, notamment, à l'encontre de tout créancier hypothécaire et par préférence au privilège du trésor, au privilège du vendeur du fonds de commerce à l'exploitation duquel est affecté le bien grevé, ainsi qu'au privilège du créancier nanti sur l'ensemble dudit fonds.

Toutefois, pour que son privilège soit opposable au créancier hypothécaire, au vendeur du fonds de commerce et au créancier nanti sur l'ensemble dudit fonds, préalablement inscrits, le bénéficiaire du nantissement conclu en application du présent décret doit signifier auxdits créanciers, par acte extrajudiciaire, une copie de l'acte constatant le nantissement. Cette signification doit, à peine de nullité, être faite dans les deux mois de la conclusion du nantissement. »

Commentaire : Cet article du Décret est contraire à l'article 149 de l'AUS qui organise le rang des créanciers pour la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles. Il doit donc être abrogé.

5.3.1.10 ARTICLE 10

« Sous réserve des dérogations prévues par la présente loi, le privilège du créancier nanti est régi par les dispositions du chapitre III du décret du 10 mars 1936 en ce qui concerne les formalités d'inscription, les droits des créanciers, en cas de déplacement du fonds, les droits du bailleur de l'immeuble, la purge desdits privilèges et les formalités de mainlevée. »

Commentaire : Les privilèges du créancier nanti sont déjà prévus par l'article 149 de l'AUS. Cette disposition du Décret doit donc être abrogée.

5.3.1.11 ARTICLE 11

« L'inscription conserve le privilège pendant cinq ans à compter de sa régularisation définitive.

Elle garantit, en même temps que le principal, deux années d'intérêts. Elle cesse d'avoir effet si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration du délai ci-dessus, elle peut être renouvelée deux fois. »

Commentaire : Ces dispositions du Décret sont déjà couvertes par les articles 95 paragraphe 2 et 99 paragraphe 1 de l'AUS qui apparaissent identiques. Cet article doit donc être abrogé.

5.3.1.12 ARTICLE 12

« L'état des inscriptions existantes, délivré en application de l'article 32 du décret du 10 mars 1936, doit comprendre les inscriptions prises en vertu du présent décret.

Il peut être également délivré au requérant, sur sa demande, un état attestant seulement qu'il existe ou qu'il n'existe pas, sur les biens désignés, des inscriptions prises soit en vertu des chapitres I et II du décret du 10 mars 1936, soit en vertu du présent décret. »

Commentaire : Ces dispositions du Décret doivent être abrogées. L'organisation et les prérogatives du RCCM sont, en effet, à présent régies par l'AUS et l'AUDCG.

5.3.1.13 ARTICLE 13

« La notification, conformément à l'article 20 du décret du 10 mars 1936, de poursuites engagées en vue de parvenir à la réalisation forcée de certains éléments du fonds auquel appartiennent les biens grevés du privilège du vendeur ou du privilège de nantissement en vertu de la présente loi, rend exigibles les créances garanties par ces privilèges. »

Commentaire : Les dispositions de la réalisation forcée du fonds de commerce ainsi que du matériel faisant l'objet d'un nantissement sont toutes deux régies par les règles de l'article 56-1 de l'AUS. Cette disposition du Décret doit donc être abrogée.

5.3.1.14 ARTICLE 14

« En cas de non-paiement à l'échéance, le créancier, bénéficiaire du privilège établi par la présente loi, peut poursuivre la réalisation du bien qui en est grevé dans les conditions prévues à l'article 93 du Code de commerce. L'officier public, chargé de la vente, est désigné, à sa requête par le président du tribunal de commerce. Le créancier doit, préalablement à la vente, se conformer aux dispositions de l'article 20 du décret du 10 mars 1936. »

Commentaire : L'article 98 de l'AUS dispose que *« faute de paiement à l'échéance, le créancier exerce son droit de suite et procède à la réalisation du matériel et des véhicules automobiles selon les dispositions de l'article 56-1 ci-dessus. »* Cet article organise la vente forcée du bien en vertu d'un titre exécutoire, huit jours après sommation faite au débiteur. Cette disposition du Décret doit donc être abrogée.

Le créancier nanti aura la faculté d'exercer la surenchère du dixième, prévue à l'article 23 du décret du 10 mars 1936. »

Commentaire : Cette faculté de surenchère est à présent couverte par l'article 131 de l'AUDCG. Aux termes de cet article, la surenchère ne s'élève cependant pas à un dixième mais un sixième. Cette disposition du Décret doit donc être abrogée.

5.3.1.15 ARTICLE 15

« Les biens grevés en vertu de la présente loi, dont la vente est poursuivie avec d'autres éléments du fonds sont l'objet d'une mise à prix distincte ou d'un prix distinct, si le cahier des charges oblige l'adjudicataire à les prendre à dire d'expert. »

Dans tous les cas, les sommes provenant de la vente de ces biens sont, avant toute distribution, attribuées aux bénéficiaires des inscriptions, à concurrence du montant de leur créance en principal, frais et intérêts conservés par lesdites inscriptions. »

La quittance délivrée par le créancier bénéficiaire du privilège n'est soumise qu'à un droit fixe dont le taux sera déterminé par délibération du Grand Conseil. »

Commentaire : Cet article du Décret doit être abrogé. Voir notre commentaire sous l'article 13.

5.3.1.16 ARTICLE 16

« Si l'acquéreur n'a pas la qualité de commerçant, le nantissement est soumis aux dispositions des articles 1er, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11 et 12 ci-dessus et du présent article. L'inscription prévue à l'article 3 du présent décret est alors prise au greffe du tribunal statuant commercialement dans le ressort duquel est domicilié l'acquéreur du bien grevé.

Commentaire : Cette disposition du Décret doit être abrogée. Voir notre commentaire sous l'article 1.

A défaut de paiement à l'échéance, le créancier bénéficiaire du privilège établi par la présente loi peut faire procéder à la vente publique du bien grevé conformément aux dispositions de l'article 93 du Code de commerce.

Commentaire : Cette disposition du Décret doit être abrogée. Voir notre commentaire sous l'article 14.

Les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement donné par le créancier.

Lorsque la radiation non consentie par le créancier est demandée par voie d'action principale, cette action est portée devant le tribunal de commerce du lieu où l'inscription a été prise.

La radiation est opérée au moyen d'une mention faite par le greffier en marge de l'inscription.

Il en est délivré certificat aux parties qui le demandent. »

Commentaire : Les formalités de radiation sont à présent régies par l'article 82 de l'AUS. Ces dispositions doivent donc être abrogées.

5.3.1.17 ARTICLE 17

« Pour l'application du présent décret, les greffiers sont assujettis aux diligences et responsabilités édictés à l'article 33 du décret du 10 mars 1936.

Leurs émoluments sont déterminés conformément aux dispositions de l'article 38, 23, de la loi susvisée du 29 août 1947 relative aux assemblées de groupe en Afrique occidentale française et en Afrique équatoriale française dites Grands Conseils. »

Commentaire : Les prérogatives des greffiers sont déjà déterminées par l'AUDCG et l'AUS. Cet article doit donc être abrogé.

5.3.1.18 ARTICLE 18

« Ne sont pas soumis à l'application du présent décret :

1° Le matériel ayant fait l'objet des avances prévues par les décrets des 7 avril 1940 et 17 août 1950 relatifs aux marchés par les territoires relevant du ministre de la France d'outre-mer.

Commentaire : Cette disposition doit être abrogée en vertu de son caractère suranné.

2° Les véhicules automobiles visés par le décret n°55-639 du 20 mai 1955 ;

Commentaire : Cette disposition doit également être abrogée puisque l'AUS a déclaré applicables les règles du nantissement de matériel professionnel au nantissement portant sur les véhicules automobiles déclarés administrativement.

3° Les navires de mer et les bateaux de navigation fluviale ;

4° Les aéronefs visés par la loi du 31 mai 1924. »

Commentaire : L'AUS exclut déjà de son champ d'application les aéronefs, les navires de mer et les bateaux de navigation fluviale à son article 1. Ces dispositions peuvent donc être abrogées.

5.3.1.19 ARTICLE 19

« Conformément à l'article 21 de la loi du 18 janvier 1951 et sous peine des sanctions prévues audit article, il est interdit à tout acquéreur ou détenteur de biens nantis de les détruire ou de tenter de les détruire, de les détourner ou tenter de les détourner, ou enfin de les altérer ou tenter de les altérer d'une manière quelconque en vue de faire échec aux droits du créancier.

Sont interdites sous les mêmes sanctions toutes manœuvres frauduleuses destinées à priver le créancier de son privilège sur les biens nantis ou à le diminuer. »

Commentaire : En l'absence de sanctions définies dans l'AUS pour le non respect des dispositions relatives au nantissement de matériel, le maintien de cette disposition paraît opportun. Il s'agit là d'une disposition complémentaire sans être contraire aux règles de l'AUS. En revanche, il sera nécessaire de définir les peines applicables en faisant référence aux dispositions applicables en droit pénal malien.

5.3.1.20 ARTICLE 20

« Un arrêté du haut commissaire de la République déterminera, en ce qui concerne les formalités de l'inscription du privilège, les conditions d'application à l'Afrique occidentale française du décret du 17 février 1951 susvisé. »

Commentaire : Cet article doit être abrogé. L'inscription des privilèges est à présent régie par l'AUS.

5.3.1.21 ARTICLE 21

« Le ministre de la France d'outre-mer et le ministre d'Etat, garde des sceaux, chargé de la justice, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal Officiel de la République française, au Journal Officiel de l'Afrique occidentale française et inséré au Bulletin Officiel du ministère de la France d'outre-mer. »

Commentaire : L'application de cet article est caduque. Il doit donc être abrogé.

5.3.2 MODIFICATION DU CPCCS

L'article 705-2 du CPCCS disposant que *« ne peuvent être saisis les instruments de travail indispensables à la pratique de sa profession »* doit être modifié, afin d'éviter toute interférence pour l'application du nantissement de matériel.

Nous suggérons de modifier la rédaction de l'article pour ajouter à la fin de celui-ci *« à l'exception des matériels professionnels qui ont fait l'objet d'un nantissement conformément aux articles 91 et suivants de l'AUS »*.

Il conviendra, par ailleurs, de vérifier les nouveaux délais issus du projet de réforme du Code de Commerce et du CPCSS. Nous recommandons de se rapprocher des consultants qui ont conduit une étude récente à cet effet pour une meilleure coordination.

5.3.3 INSERTION D'UN TEXTE CONSOLIDE DANS LE CODE DE COMMERCE

Nous suggérons d'insérer un texte consolidé reprenant nos préconisations à l'occasion de la relecture du Code de Commerce en cours actuellement.

ANNEXE 1

LISTE DES PERSONNES RENCONTREES

Nous adressons nos plus sincères remerciements à l'ensemble des personnes dont les noms figurent ci-dessous pour leur aide au cours de cette étude.

M. Moussa Bagayoko, Directeur Régional du Réseau des Caisses d'Epargne et de Crédit du Mali - Nyèsigiso ;

M. Abdel Kader Barry, Directeur Exécutif de Auxigages - Société de Tierce Détention ;

Me. Abdoul Wahab Berthé, Avocat au Barreau du Mali ;

M. Baya Berthé, Président du Tribunal de Commerce de Bamako ;

M. Mamara Cissé, Directeur Juridique du Réseau des Caisses d'Epargne et de Crédit du Mali - Nyèsigiso ;

M. Lassine Coulibaly, Directeur d'Agence, Banque Nationale de Développement Agricole à Ségou ;

M. Moussa Coulibaly, Inspecteur des impôts à la Direction Nationale des Domaines et du Cadastre, Conseiller Municipal de la Commune VI de Bamako et ancien Conservateur des Domaines et du Cadastre à Bamako ;

Me. Famakan Dembélé, Greffier en Chef du Tribunal de Commerce de Bamako ;

M. Boubacar Diakité, Directeur, Misélini, Institution de Crédit Solidaire pour les Femmes ;

Me. Boubacar Diallo, Huissier de Justice à Bamako ;

Mme Fatou Seck Diallo, Gestionnaire Composante Cadre Légal et Réglementaire de la Cellule de Gestion du PDSF ;

M. Youssouf Diarra, Sous Directeur Méthode et Procédures de la Direction Générale des Marchés Publics ;

M. Idrissa Diawara, Directeur de la DRAMR à Ségou ;

M. Mamadou Diawara, Conseiller à la Cour Suprême - Section administrative ;

M. Mohamed Dibassy, Conseiller Technique au Ministre des Domaines et des Affaires Foncières ;

M. Didier Djoï, Responsable Planet Finance Afrique de l’Ouest, Bénin.

M. Benigne Du Parc, Responsable Gestion des Projets, Planet Finance ;

M. Souleymane Fomba, Chef du Service Juridique de la Banque Nationale de Développement Agricole - BNDA ;

Me. Fousseyni Traoré Founéké, Avocat au Barreau du Mali ;

M. Mohamed Houna, Responsable des Risques à la Banque Internationale pour le Commerce et l’Industrie au Mali - BICIM ;

M. Modibo Kadiogé, Directeur, Fonds Auto Renouvelable pour l’Emploi (FARE)

Me. Bamory Kané, Huissier de Justice à Bamako ;

M. Bacari Koné, Coordonnateur de la Cellule de Gestion du PDSF ;

M. Abdoulaye Yaguemar Khouma, Juriste à la Banque Nationale de Développement Agricole (BNDA) ;

M. Mahamane Maïga, Magistrat - Chef de Cabinet du Ministre de la Justice ;

Mme Maïga, Responsable de l’attribution des marchés de la Cellule de Gestion du PDSF ;

Mme N’Diaye Mamou, Chargé de Crédit, Banque Malienne de Solidarité

M. Mamadou Ouologuem, Chef Bureau Agrément - Reconnaissance - Etude de la Cellule d’Appui et de Suivi des Systèmes Financiers Décentralisés (CAS/SFD) ;

M. Hamadou Ouologuem, Directeur de l’Administration et des Ressources Humaines, Banque Malienne de Solidarité

M. Paul Picot, Conseiller Technique Permanent, CIDR - Réseau des Caisses Villageoises d’Epargne et de Crédit Autogéré ;

Me. Madina Sylla, Notaire à Bamako ;

M. Sidiki Tenintao, Chargé de Contrôle à la Cellule d’Appui et de Suivi des Systèmes Financiers Décentralisés - CAS/SFD ;

M. Fatoma Thera, Magistrat - Conseiller Technique au Ministère de la Justice.

M. Arnaud Ventura, Directeur Général, Planet Finance.

Mme Betty Waurpfler, CIRAD Montpellier, France.

* * *

ANNEXE 2

TABLEAU SYNOPTIQUE

GARANTIES COLLECTIVES

Droit malien		Droit OHADA		Ecart ou difficultés	Besoins de réforme ou Préconisations
Texte	Articles	Texte	Article		
Loi n°94-040 du 15 août 1994 portant réglementation des institutions mutualistes ou coopératives d'épargne et de crédit modifiée par la loi n°95-074 du 15 septembre 1995 Décret n°94-032 P-RM du 20 septembre 1994 pour ses modalités d'application		Néant	Néant	<ul style="list-style-type: none"> • Absence de personnalité morale des OP ; • Grand nombre de membres au sein des OP ; • Absence de capacité des représentants à engager les membres des OP ; 	<ul style="list-style-type: none"> • Refonte du cadre juridique des OP : élaboration d'un cadre juridique unique ; • Enregistrement des coopératives et des tons villageois au RCCM ; • Limitation du nombre des membres ; • Renforcement du rôle des chefs de village; • Organisation de formation et présentation de modèles d'actes ; • Développement des Centrales de Risques ; • Respect du formalisme du cautionnement solidaire ; • Mise en place d'une vérification des engagements de la caution ; • Création de sociétés de cautionnement mutuel ;
		Acte Uniforme portant organisation des Sûretés	Articles 3 à 27	Néant	<ul style="list-style-type: none"> • Mise en place de gages-espèces ou gages de comptes bancaire.

TIERCE DETENTION

Droit malien		Droit OHADA		Ecart ou difficultés	Besoins de réforme (cf. Annexe 6) ou Préconisations
Textes	Articles	Textes	Articles		
Loi n°92-002 promulguée le 27 août 1992 portant code de commerce en République du Mali	1193 à 1224	Acte Uniforme portant organisation des Sûretés	Articles 100 à 105 pour le nantissement des stocks Articles 44 et suivants pour le gage	<ul style="list-style-type: none"> • Système du récépissé-warrant non utilisé ; • Coût élevé. 	<ul style="list-style-type: none"> • Abrogation des articles 1209 à 1222 ; • Abrogation des articles 1194, 1199, 1200, 1202, 1206, 1207 et 1208 ; • Remplacement de certains termes ; • Adossement systématique à un contrat de gage.
Arrêté n°99-1477/MICA-SG du 2 août 1999 portant réglementation de la profession de tierce-détention	Articles 1 et suivants	Acte Uniforme relatif au droit commercial général	Article 55 pour l'enregistrement du nantissement des stocks	<ul style="list-style-type: none"> • Système de la lettre de tierce-détention 	<ul style="list-style-type: none"> • Fusion de l'arrêté avec les articles du code de commerce qui n'ont pas été abrogés lors de la réforme en cours ; • Abrogation du dispositif actuel ; • Abrogation des articles 7, 12, 13 et 15 ; • Développement du Crédit-stockage.

NANTISSEMENT DE PERMIS D'OCCUPER ET LETTRE D'ATTRIBUTION

Droit malien		Droit OHADA		Ecart ou difficultés	Besoins de réforme ou Préconisations
Textes	Articles	Textes	Articles		
Ordonnance n°00-027/P-RM du 22 mars 2000 modifiée par la Loi n°02-008 du 12 février 2002	59 à 63	Acte Uniforme portant Organisation des sûretés	Articles 44 et suivants pour le gage	<ul style="list-style-type: none"> • Incertitude du Régime Juridique ; • Problème terminologique ; • Problème d'enregistrement ; • Problème de réalisation ; • Absence d'harmonisation avec l'AUS et l'AUPSRVE. <p>Article 253 de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés</p>	<p><i>A court terme :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Rédaction de modèles d'actes • Formations des acteurs du droit foncier • Création d'une commission de suivi des mesures • Campagne d'information sur la terminologie • Réédition du CDF consolidé • Modification des articles 61, 63, 88 et 99 du CDF et du décret du 2 février 2001 (article 3) • Modification du CPCCS • Mise en place d'un régime transitoire <p><i>A long terme :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Immatriculation des terrains • Favoriser l'accès à la propriété • Refonte du cadre de l'hypothèque • Renforcement de l'obligation d'enregistrement
Décret n°99-254/P6RM du 15 septembre 1999 portant Code de Procédure Civile, Commerciale et Sociale	712 et suivants pour la réalisation du gage	Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution	Articles 91 et suivants pour la saisie-vente		
Ordonnance n°00-027/P-RM du 22 mars 2000 modifiée par la Loi n°02-008 du 12 février 2002	88 et 99	Acte Uniforme portant Organisation des sûretés	Articles 117 et suivants pour l'hypothèque		
		Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution	Articles 246 et suivants pour la saisie immobilière		

NANTISSEMENT DE MARCHÉ

Droit malien		Droit OHADA		Ecart ou difficultés	Besoins de réforme ou Préconisations
Texte	Articles	Texte	Article		
Décret n° 95-401/P-RM du 10 novembre 1995	78 et suivants	Acte Uniforme portant organisation des sûretés	50	<ul style="list-style-type: none"> • Absence d'harmonisation entre les exigences de signification de l'AUS et de notification du transfert de la créance en droit malien • Problème de terminologie de nantissement ou de gage • Problème du contrôle / suivi des nantissements. 	<ul style="list-style-type: none"> • Remplacer la notion de « <i>nantissement de marché</i> » par celle de « <i>gage de marché</i> » • Modifier les articles 78 et suivants du CMP pour y inclure une référence au gage • Cumuler le formalisme de l'exemplaire unique avec celui du gage de créances tel que régi par l'OHADA • Renforcer les sanctions applicables • Informatisation du suivi des marchés et des nantissements • Avis de la CCJA sur l'interprétation de la notion de signification

NANTISSEMENT DU MATERIEL D'EQUIPEMENT PROFESSIONNEL

Droit malien		Droit OHADA		Ecart ou difficultés	Besoins de réforme ou Préconisations
Texte	Articles	Texte	Article		
Loi n°51-59 du 18 janvier 1951 et Décret n°56-889 du 31 août 1956	Articles 1 et suivants	Acte Uniforme portant organisation des Sûretés Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général	Articles 91 et suivants Articles 51 et suivants pour les formalités d'enregistrement	Article 2 para 2 Article 3 Article 4 Article 5 para 1 (partiellement) Article 6 para 2 Article 8 Article 11 (partiellement) Article 18 alinéa 3 et 4 Article 19	<ul style="list-style-type: none"> • Abrogation selon nos propositions : Article 1 Article 2 Article 3 Article 4 para 2 (partiellement) Article 5 Article 6 para 1 Article 7 Article 9 Article 10 Article 11 Article 12 Article 13 Article 14 Article 15 Article 16 Article 17 Article 18 Article 20 Article 21
Décret n°99-254/P-RM du 15 septembre 1999 portant Code de procédure Civile Commerciale et Sociale	Article 705 pour les biens insaisissables			Obstacle à la mise en œuvre des dispositions de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés	<ul style="list-style-type: none"> • Modification de l'article 705 dans le code de procédure civile, commerciale et Sociale

ANNEXE 3

REGIME JURIDIQUE

DU CAUTIONNEMENT MUTUEL

Les structures de caution mutuelle sont des institutions qui visent à constituer un mécanisme de garantie du crédit pris par leurs membres auprès d'une institution de financement. Elles se sont développées en Amérique du Nord et en Europe sous forme de sociétés de caution mutuelle. Il semble que certaines expériences de cautionnement mutuel ont été récemment menées en Afrique dans ce sens, en Guinée notamment et que les entités garantissant les prêteurs étaient constituées sous forme sociétaire ou associative.

Ce mode de garantie présente les avantages du mutualisme (épargne préalable) mais également ceux du cautionnement solidaire dans la mesure où il s'agit en plus d'un fonds de garantie abondé par les emprunteurs et la structure de financement qui peut être mobilisé dans des conditions clairement exposées dans un contrat en cas de défaillance du débiteur lors du remboursement du crédit.

Il nous a paru utile de décrire rapidement le régime applicable au cautionnement mutuel en France afin de proposer sa mise en œuvre éventuelle au Mali tout en nous assurant de ne pas reprendre certains aspects problématiques déjà rencontrés par les praticiens européens.

1. Définition

Le cautionnement mutuel constitue une technique de mutualisation des risques facilitant l'obtention du crédit et qui a pour support juridique la constitution de fonds de garantie. Cette technique utilise à la fois le gage espèces et le cautionnement pour couvrir les risques de défaut de paiement et instaure un engagement solidaire entre les adhérents.

2. Mécanisme

La plupart du temps, ce sont des sociétés de caution mutuelle auxquelles est adossé un fonds de garantie qui se portent cautions pour les emprunteurs membres moyennant des frais d'adhésions et des frais de gestion liés à chaque opération. Le cautionnement mutuel peut être réputé « simple » lorsque des non adhérents bénéficient des garanties de la société.

Le fonds de garantie auquel peut être adossé une société de caution mutuelle constitue la contre-garantie support de mutualisation des risques dans la mesure où il permet de couvrir les risques en cas de réalisation. Le fonds peut être directement affecté au profit des établissements prêteurs en garantie de la bonne fin des prêts des emprunteurs.

3. Financement

Les sociétés sont tout d'abord alimentées par les souscriptions au capital social.

Des sommes peuvent aussi être versées par les adhérents sociétaires sur un fonds en priorité à la garantie du recours de la société (ou de l'établissement prêteur) à son encontre en cas de

défaillance de sa part. Ensuite, elles sont affectées à la garantie du recours de la société de caution à l'encontre des autres défaillants. Les sociétés de caution mutuelle doivent adhérer à un organisme professionnel ou organe central.

Il peut être créé un fonds de garantie mutuelle alimenté par les sociétaires bénéficiant des garanties des sociétés de caution mutuelle recevant des contributions additionnelles de sociétaires qui renforcent les avoirs financiers de la société de caution mutuelle affectés à la garantie des engagements contractés par la société.

Les statuts déterminent les modalités de constitution, fonctionnement et restitution du fonds de garantie. La participation des sociétaires au fonds de garantie, proportionnelle à l'engagement souscrit de 1 à 2% le plus souvent, est remboursable à l'issue de la période de responsabilité individuelle et collective des sociétaires.

En contrepartie de leur garantie, les sociétés de caution mutuelle demandent également une participation pour frais de gestion, fixée par le conseil d'administration, couvrant le coût de gestion de la garantie et dont le montant est fixé en France autour de 0,30% l'an du montant de la garantie.

D'autres fonds complémentaires peuvent être également créés pour couvrir des engagements contractés par la société alimentés par des sociétaires ne participant pas aux avantages de la société. Ces fonds sont régis par des conventions spécifiques signées entre la société de caution mutuelle et les sociétaires bénéficiaires.

Les excédents issus de l'exploitation sont affectés en réserve puis distribués le cas échéant.

4. Utilisations

Ces sociétés facilitent essentiellement les crédits à moyen et long terme d'investissement qui bénéficient du cautionnement mutuel mais aussi les crédits de fonctionnement de court terme ou les découverts, par exemple pour les exploitants agricoles ou négociants de produits agricoles qui y ont recours pour la durée d'une campagne annuelle d'exploitation.

5. Statut et Gestion des Sociétés de Caution Mutuelle

Ces sociétés sont des sociétés commerciales coopératives à capital variable régies par le droit des sociétés classique et les lois relatives aux sociétés coopératives. Elles ont le statut d'établissement de crédit et sont administrées selon les règles définies par leurs statuts.

Les sociétés sont administrées par un conseil d'administration de deux personnes au moins qui détermine pour chaque sociétaire le montant maximum des cautions qui peuvent être accordées et leur durée.

Le conseil d'administration juge seul de l'octroi ou du refus des cautions ou de l'utilité de demander au sociétaire des garanties personnelles ou réelles en contre-garantie, selon le profil du sociétaire emprunteur ou des risques encourus.

Les sociétés peuvent être affiliées à certaines banques de manière exclusive par le biais d'une convention spécifique.

Les souscriptions à leur capital sont recueillies auprès de membres bénéficiant des avantages de celles-ci comme auprès de membres non participants qui n'ont droit qu'à une rémunération des apports effectués, et qui sont généralement des banques, syndicats, organismes de crédit, chambres de commerce et d'industrie et organes professionnels qui renforcent la surface financière des sociétés de caution mutuelle.

Les sociétaires sont admis après aval du conseil d'administration qui accepte leur souscription après acceptation des conditions statutaires. Ils peuvent se retirer et réclamer remboursement de leurs apports.

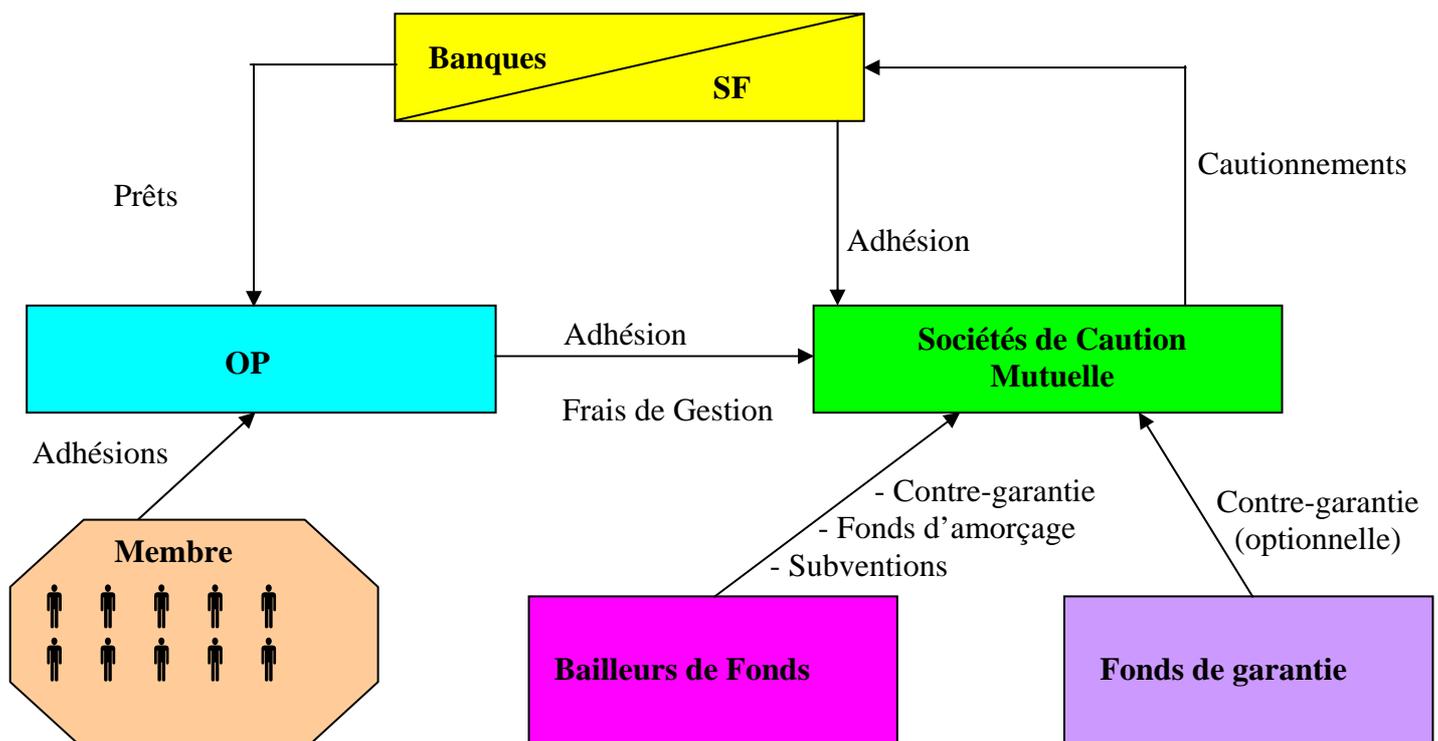
6. Responsabilité des Sociétaires

Tout sociétaire est personnellement et individuellement responsable des engagements sociaux à concurrence des parts sociales qu'il détient dans la société. Il est également responsable des engagements de caution pris par la société pour son propre compte, à concurrence des parts souscrites et de la contribution effectuée au profit du fonds de garantie collective.

Tous les sociétaires sont aussi responsables collectivement des engagements de caution pris par la société pour l'ensemble d'entre eux à concurrence de l'ensemble des contributions apportées. Les statuts sont toutefois libres d'organiser la responsabilité des sociétaires et les conditions de sa mise en jeu.

SCHEMA RESUMANT LE FONCTIONNEMENT DE NOTRE PROPOSITION DE MISE EN PLACE DU CAUTIONNEMENT MUTUEL AU MALI

ANNEXE 4



REGIME JURIDIQUE APPLICABLE EN FRANCE AUX NANTISSEMENTS DE MARCHES PUBLICS

Il nous a paru utile de décrire rapidement le régime applicable aux nantissements de marchés publics en France, afin d'en extraire éventuellement certaines préconisations ou d'éviter certains écueils rencontrés dans la pratique.

Le droit français prévoit deux types de garanties pour le titulaire d'un marché : le nantissement ou la cession de créances. Cette cession ou ce nantissement peuvent être opérés selon les mécanismes ordinaires de droit commun ou selon les mécanismes particuliers dits de la cession de créances ou du nantissement régis par la Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 modifiée et codifiée par les Articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code Monétaire et Financier (ci-après désignée « **Loi Dailly** »).

Pour ce qui est des marchés publics, les mécanismes de droit commun ou ceux issus de la Loi Dailly sont appuyés par le formalisme des articles 106 et suivants du Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des Marchés Publics (ci-après désigné « **CMP** »).

Ce formalisme ne trouve pas application en matière de marché privé, ce qui signifie que le nantissement ou la cession de créance sont régis en la matière soit (i) uniquement par les mécanismes ordinaires du nantissement ou de la cession de créance, soit (ii) par les mécanismes particuliers de la Loi Dailly.

En pratique, il convient de remarquer que la technique la plus fréquemment utilisée en France parmi ces deux types de garanties est la cession de créances, et principalement celle prise par la voie d'un bordereau Dailly, que ce soit pour les marchés publics ou les marchés privés.

1. LE FORMALISME PARTICULIER DE L'EXEMPLAIRE UNIQUE DANS LE CADRE DES MARCHES PUBLICS

Le CMP s'applique en France pour tout marché conclu par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ou pour tout marché conclu en vertu d'un mandat des personnes publiques citées ci-dessus.

Lorsqu'un marché est attribué par une personne publique, le CMP impose que le responsable du marché remette un exemplaire du marché appelé « *exemplaire unique* » au titulaire du marché¹⁵⁶.

Cet exemplaire unique est une copie certifiée conforme de l'original du marché (acte d'engagement et cahier des clauses administratives particulières) dûment signée par la personne responsable du marché.

¹⁵⁶ Article 106-1 du CMP.

La remise de cet exemplaire unique est une condition impérative posée par le CMP afin de permettre au titulaire du marché public la cession ou le nantissement de sa créance à une banque, à un établissement de crédit ou à une autre entreprise (ci-après collectivement désignés le « **Bénéficiaire** »).

La formule de l'exemplaire unique est à cet effet la suivante :

« Copie certifiée conforme à l'original délivrée en unique exemplaire pour être remise en cas de cession ou de nantissement de créances. »

Lorsque le titulaire du marché décide de céder ou de nantir sa créance, il a l'obligation de remettre cet exemplaire unique au Bénéficiaire.

Une fois le nantissement ou la cession de créance accordé au Bénéficiaire, ce dernier doit notifier l'opération au « *comptable assignataire* » de l'organisme public contractant puis lui remettre l'exemplaire unique.

Après notification de la cession ou du nantissement au comptable public, ce dernier procède au paiement au seul profit du Bénéficiaire pour le montant de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Le Bénéficiaire peut à son tour transmettre à un tiers, tout ou partie de la créance qui lui a été cédée. De la même manière, la transmission doit être notifiée au comptable assignataire par le nouveau bénéficiaire de la transmission.

La procédure de l'exemplaire unique permet, par conséquent, d'éviter deux risques :

- que la même créance soit cédée ou nantie plusieurs fois, partiellement ou en totalité ;
- qu'une entreprise ait la possibilité de céder ou nantir la créance d'une autre.

Par ailleurs, le CMP impose que l'exemplaire unique indique le montant des prestations que le titulaire du marché n'envisage pas de confier à des sous-traitants qui doivent bénéficier du paiement direct. Cette obligation fait donc clairement apparaître le montant maximum de la créance qui peut être cédée ou nantie par le titulaire du marché.

2. CESSION/NANTISSEMENT DU MARCHE

2.1 Droit commun de la Cession/nantissement

La mise en gage de créances, selon le droit commun, s'opère conformément à l'article 2075 du code civil.

La signification de la cession au débiteur cédé s'opère par la voie d'un acte d'huissier.

Dans le cadre d'un marché public la signification au débiteur cédé par voie d'huissier doit s'opérer, par conséquent, devant le comptable assignataire de l'organisme public contractant. Cette signification doit être accompagnée de la remise de l'exemplaire unique. Cette formule ne semble jamais être pratiquée.

Dans le cadre d'un marché privé, la signification de la cession ou du nantissement par voie d'huissier doit être effectuée au maître d'ouvrage.

2.2 Cession/nantissement dans le cadre de la Loi Dailly

L'article L. 313-23 du Code Monétaire et Financier dispose que « *Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.* »

Il convient ici de noter que le Bénéficiaire ne peut être qu'un établissement de crédit¹⁵⁷. La cession ou le nantissement dans le cadre de la Loi Dailly n'est donc pas autorisé pour le crédit inter-entreprises.

Cette cession ou ce nantissement peut être opéré tant pour les marchés privés, que pour les marchés publics. Dans cette opération triangulaire, le cédant doit être considéré comme le titulaire du marché, le Bénéficiaire comme un établissement de crédit, et le débiteur comme l'autorité responsable du marché.

2.2.1 Le bordereau

La cession ou le nantissement de créances s'opère, conformément à la Loi Dailly, par la voie d'un bordereau, dénommé « *acte de cession* » ou « *acte de nantissement de créances* », remis par le cédant à l'établissement de crédit Bénéficiaire.

La cession de créances, même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie, transfère au Bénéficiaire la propriété de la créance cédée¹⁵⁸. En revanche, le nantissement ne lui confère qu'un droit de gage, l'exposant ainsi au concours avec les autres créanciers du transférant. Cette différence explique qu'en pratique la cession de créances ait presque entièrement supplanté le nantissement.

La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau¹⁵⁹. A compter de cette date, le cédant ne peut, sans l'accord du Bénéficiaire, modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par le bordereau.

Sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement. Cet engagement doit être constaté par écrit, à peine de nullité¹⁶⁰.

2.2.2 La notification de la cession ou du nantissement

¹⁵⁷ Le bordereau n'est, par ailleurs, transmissible qu'à un établissement de crédit (Article L.313-26).

¹⁵⁸ Article L. 313-24 du Code Monétaire et Financier.

¹⁵⁹ Article L. 313-27 para 1 du Code Monétaire et Financier.

¹⁶⁰ Article L. 313-29 du Code Monétaire et Financier.

La notification de la cession ou du nantissement au débiteur cédé s'opère par la voie d'une lettre recommandée avec accusé de réception comportant les mentions du bordereau. Contrairement à la signification requise par l'article 1690 (pour la cession) et par l'article 2075 du Code civil (pour la mise en gage), cette notification ne commande pas l'opposabilité du transfert aux tiers ; elle a simplement pour effet d'interdire au débiteur cédé de se libérer entre les mains de son créancier originaire.

Dans le cadre d'un marché public, elle doit se faire au comptable assignataire, et être accompagnée de l'exemplaire unique.

Dans le cadre d'un marché privé, elle doit se faire au maître d'ouvrage.

2.3 Cession/nantissement et sous-traitance du marché public

2.3.1 Dans le cadre d'un marché public

Le CMP autorise le titulaire d'un marché public à sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché. Il doit cependant obtenir de l'organisme public contractant l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement¹⁶¹.

Le CMP précise les conditions de mise en œuvre du dispositif d'exemplaire unique en cas de sous-traitance afin d'éviter tout litige résultant du fait que le titulaire ne peut plus payer son sous-traitant parce qu'il aurait déjà cédé ou nanti sa créance.

L'acceptation du sous-traitant et de ses conditions de paiement peuvent intervenir à deux moments :

2.3.1.1 Lors de l'offre ou de la proposition

Lors de l'offre ou de la proposition, le candidat doit fournir toutes les informations nécessaires à l'autorité contractante concernant le sous-traitant devant intervenir pour l'exécution du marché : nature des prestations, identité, montant des sommes à payer directement etc.¹⁶².

2.3.1.2 Après la conclusion du marché

Si postérieurement à la conclusion du marché, le titulaire du marché demande au responsable du marché une acceptation d'un sous-traitant et un agrément de ses conditions de paiement, le titulaire du marché doit prouver que le paiement direct du sous-traitant est possible, en d'autres termes qu'il n'a pas déjà nanti ou cédé sa créance. Dans ce cas, le titulaire du marché doit être en mesure de produire l'exemplaire unique.

Si le bénéficiaire du marché a déjà nanti ou cédé sa créance, le cessionnaire ou le titulaire du nantissement doit soit en donner la mainlevée, soit justifier que

¹⁶¹ Articles 112 et s. du CMP.

¹⁶² Article 114 du CMP.

le montant de la cession ou du nantissement ne porte pas atteinte à la possibilité de payer le sous-traitant¹⁶³.

En outre, si le titulaire du marché envisage de confier à des sous-traitants l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché, il doit obtenir obligatoirement une modification de l'exemplaire unique. Si cet exemplaire unique a déjà été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et qu'il ne peut être restitué pour sa modification, le titulaire du marché doit, de la même manière, justifier que cette cession ou ce nantissement de créance ne font pas obstacle au paiement direct du sous-traitant. Cette justification doit être produite par le cessionnaire ou le titulaire du nantissement.

Sans cette modification de l'exemplaire unique ou sans cette justification du cessionnaire ou du titulaire du nantissement, le sous-traitant ne peut être accepté et agréé par le responsable du marché.

2.3.1.3 Cession ou nantissement de créances par le sous-traitant

Le sous-traitant accepté par le responsable du marché et dont les conditions de paiement ont été agréées peut aussi céder ou nantir sa créance. Cette cession ou ce nantissement sont cependant limités au montant des prestations qui doivent lui être payées directement.

Les conditions de nantissement ou de cession du contrat de sous-traitance sont les mêmes que celles du contrat principal. La copie certifiée conforme de l'original du marché (exemplaire unique) doit ainsi être remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct¹⁶⁴.

2.3.1.4 Information des cessionnaires

L'article 108 du CMP dispose que les bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances peuvent lors de l'exécution du marché, requérir auprès de l'administration compétente, soit un état sommaire des prestations effectuées, appuyé d'une évaluation qui n'engage pas la personne publique, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché.

Les bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances peuvent requérir, par ailleurs, un état des avances et des acomptes mis en paiement.

Enfin, s'ils en font la demande par lettre recommandée avec accusé de réception, les cessionnaires ou titulaires du nantissement peuvent être informés de toutes les modifications apportées au contrat qui peuvent affecter leur garantie.

De manière générale, il convient de noter que toute modification dans la répartition des prestations (i) entre le titulaire du marché et les sous-traitants ou

¹⁶³ Article 114-2 du CMP.

¹⁶⁴ Article 117 du CMP.

(ii) entre les sous-traitants eux-mêmes, exige une modification de l'exemplaire unique. Si cette modification n'est pas possible, il est nécessaire que le cessionnaire ou le titulaire du nantissement produise soit un acte de mainlevée soit une attestation.

2.3.2 Dans le cadre d'un marché privé

La sous-traitance est régie en France par la Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 (ci-après désignée la « **Loi** »). Les dispositions de cette Loi ont été incorporées au CMP pour les cas de sous-traitance d'un marché public mentionnés ci-dessus. Elles sont aussi applicables pour les marchés tel qu'énoncés ci-après.

L'article 3 de la Loi mentionne que « *l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître d'ouvrage* ».

L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché passé avec le maître d'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement¹⁶⁵.

L'entrepreneur peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de sa créance, sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire vis-à-vis des sous-traitants. Le paiement des sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant est en effet garanti par une caution mutuelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur auprès d'un établissement qualifié. La caution n'a, cependant, pas lieu d'être fournie si l'entrepreneur délègue sa créance au sous-traitant, à concurrence des prestations qu'il doit exécuter.

2.4 Privilèges attachés aux bénéficiaires du nantissement ou des transmissions

Selon l'article 109 du CMP, les privilèges primant les droits des bénéficiaires du nantissement ou de la transmission sont ceux relatifs :

- aux frais de justice ;
- au paiement des salaires et à l'indemnité de congés payés en cas de faillite ou de redressement judiciaire¹⁶⁶ ;
- à l'article L.143-6 du Code du Travail, c'est à dire au droit de paiement préférentiel au profit des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics (privilège dit de « *pluviôse* ») sur tout autre créancier à raison des créances qu'ils détiennent sur lesdites entreprises au titre de fournitures et matériaux qu'ils apportent pour l'exécution de travaux publics. Pour se prévaloir du privilège de pluviôse, le fournisseur doit cependant avoir obtenu de l'autorité compétente un agrément qui doit être publié. A défaut, le privilège du créancier nanti prime la créance du fournisseur. La revendication du privilège

¹⁶⁵ Article 14 de la Loi.

¹⁶⁶ Articles L.143-10 et L.143-11 du Code du Travail

par le fournisseur doit être réalisée par le biais d'une saisie conservatoire afin d'empêcher la personne publique de se dessaisir des fonds, ou par un recours à une saisie attribution afin d'obtenir le paiement de la créance par le comptable public en lieu et place de l'entreprise titulaire de travaux publics. En l'absence de cette saisie conservatoire ou saisie attribution, le comptable public peut toutefois se dessaisir des fonds, dans le cadre d'une procédure amiable, si deux conditions sont cumulées : (i) les fonds dus au titre du marché suffisent à désintéresser le fournisseur et les tiers saisissants éventuels, (ii) un accord écrit envoyé au comptable public est passé entre l'entrepreneur et son fournisseur afin de substituer ce dernier au premier en qualité de créancier ;

- au trésor ;
- aux propriétaires des terrains occupés pour cause de travaux publics.

Bien que le texte vise explicitement le cas d'une « *transmission* » de la créance, il semble que la primauté de ces divers privilèges n'ait plus lieu d'être si les parties ont procédé non à un nantissement mais à une cession, l'établissement de crédit cessionnaire étant alors seul titulaire des créances cédées, qui sont sorties du patrimoine du cédant, et qui ne font donc plus partie du droit de gage général des autres créanciers.

ANNEXE 5

BIBLIOGRAPHIE

ANOUKAHA F., *Le droit des sûretés dans l'Acte Uniforme OHADA*, Collection Droit Uniforme, Presses Universitaires d'Afrique, 1998.

ANOUKAHA F., CISSE-NIANG A., FOLI M., ISSA-SAYEGH J., NDIAYE I.Y., *Sûretés*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Avant Projet de Code de Commerce Harmonisé, Mali, 2002.

AYNES L. et DELEBECQUE P. (dir), *LAMY - Droit des Sûretés*, collection Lamy Droit Civil, 2002.

BNDA, *Guide des garanties*.

CABINET BERTHE, WAFFI M., DIALLO A.B., THERA F., COULIBALY M., MARGUERON M., *Actes du symposium sur les actes uniformes de l'OHADA à l'épreuve de la pratique malienne des affaires*, 18 au 21 septembre 2001 au Palais des Congrès de Bamako.

CABINET BERTHE, *Délais et notifications conformes aux textes de l'OHADA - Rapport définitif*, Cellule de Gestion du Projet de Développement du Secteur Financier.

CABRILLAC M. et MOULY C., *Droit des Sûretés*, Litec, 5ème édition.

CAS-SFD, *Rapport annuel de la Cellule d'Appui et de Suivi des Systèmes Financiers Décentralisés (CAS-SFD) pour l'année 2001*, Octobre 2002.

CNUCED, *Stockage et gestion des risques par les organisations paysannes au Mali*, préparé par Mamadou Lamine Traoré, Août 1997.

CREDOT Francis, *Sociétés de Caution Mutuelle*, in Juris-Classeur Banque-Crédit-Bourse, Fascicule 745, 2002.

DELABRIERE A., *Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA*, Penant, n°840, Numéro Spécial Sûretés et Garanties bancaires, p.369 et s.

EVERSHEDS, *Business Law in Africa : OHADA and the Harmonization Process*, Kogan Page, 2002.

FENEON A., *Le nantissement des stocks de matières premières : une garantie adaptée et efficace de l'Acte Uniforme sur les Sûretés*, Penant, n°840, Numéro Spécial Sûretés et Garanties bancaires, p.274 et s.

FRIEDRICH EBERT SIFTUNG, *Litiges Fonciers au Mali*, Doctrine et Jurisprudence, Bamako, Institut National de Formation Judiciaire, 1997.

ISSA-SAYEGH J., *Commentaires de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés*, EDICEF/Editions FFA, 1999.

ISSA-SAYEGH J., *Le gage sur créances de sommes d'argent*, Penant, n°840, Numéro Spécial Sûretés et Garanties bancaires, p.285 et s.

LESAFFRE D., *A propos de l'offre et de la demande de financement du monde rural en Afrique de l'Ouest*, BOAD, Lomé, Juillet 2000.

MALAURIE P. et AYNES L., *Les Biens, la publicité foncière*, Editions Cujas, 4ème édition, 1998.

MALAURIE P. et AYNES L., *Les sûretés, la publicité foncière*, Editions Cujas, 10ème édition, 2000.

OHADA, *Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2ème édition, 2002.

PLANET FINANCE, *Document de Projet Micro Fund pour l'Afrique*, Mars 2003.

REVUE GRAIN DE SEL, *Quels financements pour l'agriculture des pays en développement ?*, n°16, novembre 2000, pages 9 à 24.

SAKHO A. et NDIAYE I., *Pratique des Garanties du Crédit, OHADA – Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés*, Revue Africaine de Banques, 1ère édition, 1998.

SANTOS A.P. et TOE J.Y., *Droit commercial général*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruxelles, Bruylant, 2002.

SEMINAIRE INTERNATIONAL 21-24 janvier 2002, Dakar, Sénégal, *Financement de l'agriculture familiale dans le contexte de la libéralisation, Quelle contribution pour la microfinance?* (CIRAD, Réseau Cerise, CTA, FIDA, MAE, AFRACA, ENDA GRAF)

TOURE A., *Etude sur les Garanties : la Caution et les Titres Précaires : permis d'occuper et titres provisoires – Rapport Définitif*, Cellule de Gestion du Projet de Développement du Secteur Financier, 2002.

WORLD BANK, *Project Appraisal Document on a proposed credit to the Republic of Mali*, 6 June 2000.

Annexe 6

Avant-Projet de réforme des dispositions relatives à la tierce détention

Les modifications ci-dessous pourraient faire l'objet d'une insertion dans les projets en cours de modification du Code du Commerce. Nous avons laissé dans cet avant-projet la destination d'origine de ces dispositions (Code ou Arrêté) et procédé à certaines modifications.

1 Dispositions générales

Article 1 :

Article 1193 du Code.

Le dépôt dans les entrepôts de tierce détention est réservé aux commerçants, industriels, agriculteurs et artisans ; il ne peut être fait par eux que pour les marchandises rentrant dans leur spécialité professionnelle.

Article 2 :

Article 1 de l'Arrêté.

L'activité de tiers-détenteur consiste en la détention par une personne d'un bien mobilier à elle remis par un disposant et affecté à la garantie de la créance d'un tiers en vertu soit d'un contrat de gage à lui confié, conformément aux articles 44 et suivants de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des Sûretés, soit d'un nantissement de stocks par entiercement, conformément aux articles 100 et suivants de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des sûretés.

2 Sur l'activité de tiers-détenteur

2.1 Agrément

Article 3 :

Article 2 de l'Arrêté.

Peut être agréé tiers-détenteur, toute personne morale ou physique remplissant les conditions suivantes :

- l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- la justification de magasins de stockage soit par un titre de propriété soit par un contrat de bail commercial ;
- l'engagement de souscrire une police d'assurance couvrant sa responsabilité civile et professionnelle et contre les risques inhérents aux produits entreposés.

Article 4 :

Article 3 de l'Arrêté.

L'agrément pour l'exercice de la profession de tierce détention est délivré par le Ministre chargé du commerce.

Article 5 :

Article 4 de l'Arrêté.

Le dossier de demande d'agrément est composé d'une demande adressée au ministre chargé du commerce à laquelle seront jointes les pièces justificatives énumérées à l'article 3.

Les dossiers de demande d'agrément sont déposés à la direction nationale du Commerce et de la Concurrence où ils seront préalablement instruits.

2.2. Statut et tarif**Article 6 :**

Article 1203 du Code.

Chaque entrepôt de tierce détention est doté d'un statut particulier qui fixe les conditions d'exploitation. Ce statut particulier est soumis à l'approbation du Ministre chargé du Commerce. Celui-ci peut, par arrêté, définir un statut-type.

Article 7 :

Article 1204 du Code.

Aux règlements prévus à l'article précédent est annexé un tarif pour la rétribution de la tierce détention et des services spéciaux rendus à cette occasion aux déposants. Ce tarif est également soumis à l'approbation du Ministre chargé du Commerce. Celui-ci peut par arrêté fixer le tarif général. Toute modification du tarif est également soumise à approbation, du Ministre chargé du Commerce.

Article 8 :

Article 1205 du Code.

Les règlements-types et les règlements particuliers visés aux articles 6 et 7 ci-dessus comporteront une clause selon laquelle, au-delà d'un certain délai, le non-acquittement des frais de tierce détention et débours afférents aux marchandises nanties ou gagées dans un entrepôt de tierce détention, autorisera le tiers-détenteur à faire procéder à la vente des marchandises aux enchères publiques, après sommation au déposant. Le juge attribuera le produit de la vente au tiers détenteur à concurrence des frais qui sont dus. Le surplus, s'il y a lieu, sera consigné à l'administration de l'entrepôt de tierce détention, à la disposition du détenteur de la lettre de tierce détention.

2.3. Secret Professionnel**Article 9 :**

Article 9 de l'Arrêté.

L'activité de la tierce détention reste assujettie au respect du secret professionnel.

2.4. Assurance**Article 10 :**

Article 10 de l'Arrêté.

Avant tout exercice de la profession, le tiers détenteur doit souscrire une police d'assurance couvrant sa responsabilité civile et professionnelle et contre tous les risques inhérents aux produits entreposés.

2.5. Cautionnement

Article 11 :

Article 1201 du Code.

L'ouverture d'un entrepôt de tierce détention est subordonnée au versement d'un cautionnement. Le montant de ce cautionnement, proportionnel à la surface affectée au magasinage, est fixé par l'acte d'autorisation.

2.6. Cession et cessation d'exploitation des magasins généraux**Article 12 :**

Article 1195 du Code.

La cession d'un entrepôt de tierce détention est subordonnée à l'obtention d'une autorisation par le cessionnaire, même si la cession résulte d'un transfert ou d'une vente de droits sociaux. Toutefois, la Chambre de Commerce et d'Industrie du Mali¹⁶⁷ est autorisée à gérer des entrepôts de Tierce Détention sans l'autorisation particulière en vertu de ses statuts.

Article 13 :

Article 1196 du Code.

Toute cessation d'exploitation non suivie de cession est subordonnée à un préavis de six mois adressé par le tiers-détenteur au Ministre chargé du Commerce. A l'expiration de ce délai et si les intérêts généraux du commerce l'exigent, un administrateur provisoire peut être désigné par le Président du tribunal habilité à statuer en matière commerciale, statuant en référé à la demande du Ministère public.

3 Obligations du tiers détenteur et du déposant**3.1. Obligations du tiers-détenteur****Article 14 :**

Article 5 de l'Arrêté.

Le tiers-détenteur est astreint à la tenue d'un registre des stocks coté et paraphé.

Article 15 :

Article 6 de l'Arrêté.

Le tiers-détenteur sera choisi par le client en relation avec le créancier gagiste sur la base d'un contrat de tierce détention.

Article 16 :

Article 1198 du Code.

Les tiers-détenteurs sont responsables dans les limites de la valeur déclarée, de la garde et de la conservation des dépôts qui leur sont confiés. Ils ne sont pas responsables des avaries, déchets naturels provenant de la nature et du conditionnement des marchandises ou des cas de force majeure. Les règlements types et les règlements particuliers visés à l'article 6 précisent les obligations du tiers-détenteur en ce qui concerne la conservation des dépôts.

Article 17 :

Article 1199 du Code.

¹⁶⁷ Il sera sans doute nécessaire de modifier les statuts de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Mali pour faire référence aux entrepôts de tierce détention.

Il est interdit aux tiers-détenteurs de se livrer, directement ou indirectement, que ce soit pour leur propre compte, ou pour le compte d'autrui, à titre de concessionnaire, ou à tout titre, à aucun commerce ou spéculation ayant pour objet les marchandises pour lesquelles ils sont habilités à délivrer des lettres de tierce détention.

Article 18 :

Article 8 de l'Arrêté.

Le tiers-détenteur s'engage :

- à assurer la garde et la conservation des produits sous sa responsabilité exclusive ;
- à identifier clairement les produits par clients ;
- à émettre une lettre de tierce détention au profit du créancier gagiste ou nanti ;
- à n'autoriser les sorties de marchandises de son entrepôt qu'après mainlevée par le créancier gagiste ou nanti ;
- à autoriser la vérification des stocks par le créancier gagiste ou nanti ;
- à fournir au créancier gagiste ou nanti la police d'assurance, comportant la mention de la délégation d'indemnité en sa faveur ;
- à conserver les marchandises dans les magasins adéquats ;
- à disposer d'une expertise en matière de conservation de stocks, en tant que de besoin.

Article 19 :

Article 1202 du Code.

Les marchandises susceptibles d'être déposées sont obligatoirement assurées contre l'incendie par les polices générales de l'entrepôt de Tierce Détention.

3.2. Obligations du déposant

Article 20 :

Article 1197 du Code.

Toute personne qui remet une marchandise en dépôt à un entrepôt de tierce détention est tenue d'en déclarer la nature et la valeur au tiers-détenteur.

4 La lettre de tierce détention

Article 21 :

Article 11 de l'Arrêté.

La lettre de tierce détention est délivrée par le tiers détenteur au créancier gagiste ou nanti. Elle n'est ni négociable, ni transmissible. Elle comprend les éléments suivants :

- le nom du tiers détenteur ;
- le lieu, le numéro, et la date d'admission ;
- le nom et l'adresse du débiteur gagé ou nanti et l'adresse du magasin où les marchandises sont stockées ;
- le montant de la créance garantie et accessoires ;
- les indications quantitatives et qualitatives de la marchandise ;
- le numéro et la quittance de la police d'assurance contre le vol et l'incendie des risques inhérents aux marchandises entreposées avec indication de la valeur assurée et mention de la délégation des indemnités éventuelles au profit du créancier gagiste ou nanti ;
- le numéro et la quittance de la police d'assurance couvrant la responsabilité civile et professionnelle du tiers-détenteur et le niveau de couverture.

5 Sanctions et contrôle

Article 22 :

Article 1223 du Code.

L'ouverture et l'exploitation d'un entrepôt de tierce détention sans agrément ainsi que la continuation des activités après un retrait d'autorisation sont punies d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de un à dix millions de francs [ADAPTER LES PEINES] ou de l'une de ces deux peines seulement.

Article 23 :

Article 1224 du Code.

En cas d'infraction commise par le tiers-détenteur aux dispositions du présent paragraphe, le retrait d'autorisation peut être prononcé. Si les intérêts généraux du commerce exigent la poursuite de l'activité, un Administrateur provisoire sera nommé par le Ministre chargé du Commerce.

Article 24 :

Article 14 de l'Arrêté.

La Direction Nationale du Commerce et de la Concurrence est chargée de veiller à l'application des dispositions ci-dessus.