

La protection des créanciers, titulaires du droit de rétention, en droit des affaires malien

Dr Souleymane SOUMAORO*

Introduction

Le droit applicable en droit des affaires malien est principalement issu des actes uniformes de l'OHADA qui sont d'application directe. En effet, l'article 10 du traité de l'OHADA contient une règle de supranationalité qui prévoit l'application directe et obligatoire des Actes uniformes dans les Etats parties et leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures¹.

En droit des affaires, et en l'occurrence en droit des affaires malien, la protection des créanciers est une problématique majeure. En effet, la plus grande peur d'un créancier est la défaillance de son débiteur qui se trouve alors dans l'incapacité d'honorer ses engagements de paiement. Or, les créanciers jouent un rôle moteur dans une économie, et notamment dans les pays en développement où l'accès au crédit est un enjeu de l'économie de développement². Il faut donc assurer ou rassurer ces créanciers, car :

« Si les créanciers ne peuvent avoir confiance en l'environnement juridique qui les entoure, ils seront incités à ne prêter qu'aux personnes qu'ils connaissent bien. »³

Pour pallier la défaillance mentionnée ci-avant, et protéger les créanciers en cas de défaut de paiement de son débiteur, le droit OHADA a mis en place des mécanismes juridiques de recouvrement des impayés au profit du créancier. Généralement, ces mécanismes ne sont pas automatiques et nécessitent soit l'intervention d'une décision judiciaire (ex : l'injonction de payer, la saisie), soit l'intervention d'une tierce personne en vue de faire exécuter l'obligation de paiement (ex : la mise en œuvre d'une caution). L'applicabilité directe des règles du droit OHADA octroie, *ipso jure*, la protection, offertes par lesdits mécanismes, aux créanciers au Mali.

Parmi les différents mécanismes de protection existants, il existe un mécanisme qui permet au créancier de se protéger et de garantir le paiement de sa créance, sans intervention d'un tiers

*Docteur en droit, juriste d'affaires et membre du réseau JUNCTION

¹ Article 10 du Traité OHADA modifié par le traité de Québec. Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 Modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008 : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure. »

² <https://www.mediaterrre.org/scientifiques/actu,20170915123850.html>
<https://blogs.worldbank.org/fr/opendata/les-donnees-font-apparaître-une-hausse-du-credit-interieur-dans-les-pays-en-developpement>

³ Programme d'évaluation du secteur financier République du Mali. Note technique aspects juridiques et judiciaires de l'environnement du crédit, décembre 2015, p 1

et sans remise d'une garantie immobilière⁴ ; il s'agit du droit de rétention institué par les articles 67 et suivants de l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS).

Aux termes de l'AUS, le droit de rétention se définit comme la faculté accordée à un « créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur [de] le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté »⁵. Le droit de rétention est ainsi le droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé⁶.

« Il s'agit d'un moyen de pression purement défensif, non seulement contre le débiteur pour l'inciter à s'exécuter, mais aussi contre les autres créanciers qui ne peuvent appréhender, pour le faire vendre, le bien détenu par le rétenteur. Ces créanciers peuvent, en effet, en effet, avoir intérêt à payer la dette du débiteur entre les mains du rétenteur, lorsque la valeur du bien retenu excède nettement le montant de la dette garantie par le droit de rétention. Ce faisant, ils pourront saisir la chose restituée par le rétenteur recouvrer leur propre créance »⁷.

Contrairement au droit français, l'AUS range, sans ambages, le droit de rétention parmi les sûretés. Le législateur de l'OHADA, a érigé ce droit en sûreté, en s'inspirant du droit sénégalais, dont le législateur « a voulu faire du droit de rétention une véritable sûreté réelle, tranchant nettement et définitivement le débat en ce sens le débat interminable sur sa nature juridique. »⁸

Le droit de rétention n'est pas la seule sûreté réelle forte dont dispose les créanciers : « Il existe, en effet, en droit français et en droit OHADA, une diversité de sûretés aussi bien personnelles que réelles. D'une manière générale, il est aujourd'hui admis que, dans la catégorie des sûretés réelles, celles dites "exclusives", en l'occurrence celles qui sont fondées sur la rétention ou sur la propriété du bien objet de la garantie, parviennent à tirer à leur épingle de jeu, en cas d'ouverture d'une procédure collective. »⁹

Faut-il en déduire que le droit de rétention offre une meilleure sécurité et une meilleure protection aux créanciers ? D'ailleurs, la lecture de l'article 50 de l'AUS pourrait induire cette idée, puisqu'il cite en première position le droit de rétention comme sûreté mobilière.

⁴ Au Mali, « 58% des prêts ne sont accordés qu'à la condition de donner un bien en garantie, et que ce bien est le plus souvent immobilier, les personnes ne possédant pas de tels titres sont, de facto, exclues du système et ne peuvent prétendre au crédit. » Voir Programme d'évaluation du secteur financier République du Mali. Note technique aspects juridiques et judiciaires de l'environnement du crédit, décembre 2015, p 1

⁵ Article 67

⁶ « Le droit de rétention constitue avant tout un acte spontané de justice privée. Le bien est ainsi pris en otage aux yeux du débiteur et surtout des tiers. » : Aurore Benadiba, « Le droit de rétention en France et au Québec : une sûreté mobilière fonctionnelle », Les Cahiers de droit, Volume 54, Number 1, March 2013, P 117

⁷ Gérard Cornu – « Vocabulaire juridique » - Association Henri Capitant – Quadriga / Puf p. 774.

⁸ Joseph ISSA-SAYEGH, " Le droit de rétention en droit Sénégalais ", Penant, n° 810, octobre-décembre 1992, p. 262

⁹ Marlène Oyono, La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, <https://theses.hal.science/tel-01544577/document>, p 32

En réalité, la pratique est plus nuancée. En effet, en tant que sûreté « exclusive » (comme cité précédemment), le droit de rétention octroie aux créanciers rétenteurs une protection assurée par certaines prérogatives qui leurs sont reconnues (I). Néanmoins, cette protection est fragilisée par certains facteurs endogènes et exogènes¹⁰ au droit de rétention (II).

I. La protection des créanciers rétenteurs assurée par certaines prérogatives

Le pouvoir du créancier rétenteur de retenir le bien (A) et le pouvoir de protéger sa créance (B) sont des garanties fortes qui renforcent son droit de recouvrement.

A) Le pouvoir de retenir le bien

Afin de faire jouer sa principale garantie qui consiste à rendre le bien indisponible (3), le créancier rétenteur doit exercer son droit dans le respect de certaines conditions¹¹ relatives au bien (1) et à la créance (2). Les conditions d'exercice du droit de rétention ne doivent pas être considérées comme uniquement des restrictions, mais elles sont aussi une garantie pour le créancier et son débiteur. En effet, ces conditions permettent au premier de conserver la légitimité et l'efficacité de son droit, et elles protègent le second contre tout abus¹².

1) Les conditions relatives au bien objet du droit de rétention

Aux termes de l'article 67 de l'AUS, le créancier « qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au paiement complet de ce qui lui est dû ». Ainsi, le créancier ne peut exercer la rétention que sur un bien qu'il détient légitimement (a), un bien appartenant à son débiteur (b) ; enfin ce bien doit être disponible (c).

a. Le bien doit être détenu de manière légitime

« Pour retenir, il faut d'abord tenir »¹³. La détention du bien doit être légitime (non entachée d'illicéité, de fraude ou de faute). Cette « détention légitime » suppose, à l'instar du droit français, la remise de l'objet par celui à qui le droit de rétention est opposé. Ainsi, le droit de rétention ne saurait s'appliquer si le bien retenu est frauduleusement obtenu. Il ne saurait s'exercer si le créancier rétenteur l'a obtenu par vol, par malice, notamment.

¹⁰ Dont certains liés au cadre administratif du Mali

¹¹ Conditions rappelées par la jurisprudence Arrêt, MAREGEL c/ Sérigne Moustapha Mbacké. Cour d'Appel de Dakar, du 16/02/2001.

¹² La fixation d'un cadre juridique et/ou de conditions relève de la sécurité juridique en droit des affaires. Or la sécurité juridique « est un besoin de tous les peuples » selon le Doyen Carbonnier.

¹³ MARTY (G.), et RAYNAUD (P.), Traité de droit civil, t. 3, 1er vol., 1971, p. 19, n° 32 ; MARTY (G.), RAYNAUD (P.), et JESTAZ (PH.), Les sûretés, La publicité foncière, Paris, 1987, n° 33.

La détention peut parfois se faire par l'intermédiaire d'un tiers¹⁴. Toutefois, celui qui détient un bien pour le compte d'autrui ne peut exercer de droit de rétention à l'encontre du propriétaire sous la subordination duquel il se trouve, et, de façon générale, le préposé ne peut l'exercer ; son état de subordination le privant de toute autonomie et excluant qu'il détienne le bien à des fins personnelles : il en est ainsi notamment du cas de l'agent d'assurance salarié révoqué qui ne peut retenir par devers lui les archives de la succursale dès lors qu'il ne saurait se considérer comme un mandataire proprement dit ; du cas du dirigeant de société qui ne peut exercer le droit de rétention sur les documents de la société dont il se prétend créancier en raison de sa gestion après son remplacement ou sa révocation, ce, en raison de ce qu'il est détenteur en qualité personnelle mais en tant que représentant de la société.

b. Le bien doit appartenir au débiteur

Le bien retenu doit appartenir au patrimoine du débiteur comme élément d'actif (l'article 67 énonce explicitement le bien du débiteur). Il doit s'agir d'un bien sur lequel le débiteur exerce tous les attributs du droit de propriété : usus, fructus et abusus. En l'absence de cette réalité, toute pression envisagée contre le débiteur serait sans utilité et il reviendra au propriétaire, tiers, de revendiquer son bien. Ainsi, le droit de rétention institué par l'AUS se distingue du droit français, qui ne fait pas de la propriété du bien un préalable à la rétention.

Aucune disposition du Code Civil¹⁵, ni jurisprudence française ne mentionne la condition de la propriété. Or l'AUS précise expressément que le rétenteur ne peut retenir que les biens de son débiteur. La jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) va d'ailleurs dans ce sens¹⁶. Néanmoins, le créancier pourra se fonder sur la présomption de propriété¹⁷ du bien pour justifier la rétention.

¹⁴ La détention peut être réalisée par un tiers pour le compte du créancier. Par exemple, par un commissionnaire pour le compte de son commettant.

¹⁵ Rappelons les dispositions du Code Civil français en la matière : Article 2286 :

« Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :

- Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;
- Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
- Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;
- Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.

Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire »

¹⁶ CCJA , ARRET N° 30 DU 04 NOVEMBRE 2004, Société de Gestion Ivoirienne de Transport Maritime et Aérien

Cour d'appel d'Abidjan, Arrêt n° 92 du 31 janvier 2003 Dame Ghoussein Fadiga Malick c/Société Alliance Auto « ...aux termes des dispositions de l'article 41 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés (nouvel article 67) « le créancier qui détient légitimement un bien du débiteur peut le retenir jusqu'à paiement de ce qui est dû indépendamment de toute autre sûreté » ;or considérant que dans l'espèce, il est constant que le véhicule retenu n'est pas le bien du débiteur, la Société BIT; qu'une telle rétention n'est pas légitime... »

Cour Commune de Justice et d'arbitrage (C.C.J.A.) 1ère Chambre, Arrêt n° 006 du 28 février 2008 - Affaire : ENVOL-TRANSIT COTE D'IVOIRE SARL c/ 1.- SDV COTE D'IVOIRE dite SDV-CI / 2.- Société IED / 3.- Administration des Douanes.

¹⁷ La jurisprudence française a admis que la théorie de l'apparence qui est l'une des applications de la règle « *error communis facit jus* » (une erreur commune fait le droit) puisse s'appliquer au droit de la propriété. Cet argument peut *mutatis mutandis* s'appliquer dans le cadre du droit des affaires malien, et en général du droit OHADA. C'est

c. Le bien doit être disponible

Le droit de rétention ne peut s'exercer qu'avant toute saisie du bien, c'est-à-dire avant que le bien ne soit devenu indisponible du fait de la saisie par un autre créancier du débiteur ou une autorité judiciaire. En effet, la saisie pratiquée sur un bien le rend indisponible ; seul un bien disponible peut faire l'objet du droit de rétention et, dans ces circonstances, la saisie qui lui est postérieure devrait tenir compte de ce droit, question de laisser jouer la priorité du créancier rétenteur lors de la distribution des deniers provenant de la réalisation éventuelle du meuble retenu conformément à l'article 226 de l'AUS. Par ailleurs, le droit de rétention ne saurait opérer en cas d'admission du débiteur à un règlement préventif, lequel, lorsque le débiteur en a été bénéficiaire, fait obstacle à l'exercice du droit de rétention.

2) Les conditions relatives à la créance objet du droit de rétention

Aux termes de l'article 68 de l'AUS, « Le droit de rétention ne peut s'exercer que : si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible ; s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue ... » Ainsi, le créancier ne peut exercer la rétention que si sa créance est certaine (a), exigible (b), liquide (c) et conserve un lien de connexité avec le bien retenu (d).

a. La créance doit être certaine

Une créance est certaine lorsqu'elle ne souffre d'aucune contestation¹⁸. Cette certitude peut résulter notamment de la production des factures signées par le débiteur¹⁹; d'une reconnaissance de dette notariée, de l'exécution et de la réception des travaux convenus entre parties²⁰; et, dans le cadre d'une relation contractuelle, d'une obligation de somme d'argent dont le cocontractant est tenu dans le cadre normal de l'exécution du contrat envers le cocontractant qui poursuit le recouvrement²¹; de l'existence de chèques tirés au profit du défendeur et non encore payés par le requérant²².

b. La créance doit être exigible

Une créance est exigible lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptibles d'en retarder ou d'en empêcher l'exécution. Seuls un terme conventionnel ou un

l'exemple du cas du garagiste qui retient la voiture de son client, en cas de défaut de paiement de sa prestation, même si cette dernière n'est pas sa propriété.

¹⁸ CA Abidjan, n°1164, 24-10-2003, K. A. J. C/ Mlle K. F; CCJA le 24 Avril 2003 ; CCJA, n°007, 24-4-2003 : Sté Côte d'Ivoire TELECOM c/ Sté PUBLISTAR

¹⁹ Voir CA Bouaké, n° 13, 21-1-2001 : B c/ Station Mobil, Le Juris-Ohada, n° 3/2003, juillet-septembre 2003, p. 63, www.ohada.com, Ohadata J-04-117

²⁰ Voir CA Abidjan, n° 927, 10-7-2002 : AFRIDRAG c/ SCI C.C.T., www.ohada.com, Ohadata J-03-25, obs. de J. ISSA-SAYEGH ;

²¹ Voir CA Abidjan, n° 224, 06-1-2004 : Sté ICOCO c/ KOSOU Jean, www.ohada.com, Ohadata J-04-484

²² Voir TGI de la Mifi, n° 17/civ, 20-1-2004 : TAGNE André c/ NUMKAM Pierre, www.ohada.com, Ohadata J-05-140

moratoire, s'ils existent, peuvent constituer un obstacle à l'exigibilité de la créance²³. En tout état de cause, la créance litigieuse sera exigible dès lors que le débiteur ne se prévaut ni d'un terme conventionnel ni d'un moratoire, quand la convention aura prévu qu'en cas de retard de paiement, la totalité des comptes devient immédiatement exigible²⁴.

c. La créance doit être liquide

Le droit OHADA s'est distingué du droit français en ajoutant aux deux conditions de certitude et d'exigibilité de la créance celle de liquidité. La liquidité signifie que le quantum de la créance invoquée par le créancier doit être déterminé dans sa quantité, c'est-à-dire chiffré²⁵. Par contre, n'est pas liquide une créance dont le montant n'est pas encore définitivement fixé en raison des paiements effectués par le débiteur²⁶.

d. La créance doit avoir un lien de connexité avec le bien retenu

Autre condition pour pouvoir exercer le droit de rétention : il doit exister un lien de connexité entre la créance et la chose retenue. Le lien qui existe entre la créance et la chose découle de la seule volonté du débiteur qui a décidé d'affecter la détention de la chose à la garantie de la créance du rétenteur.

Ce lien de connexité peut être juridique (créance et détention résultant d'une même relation contractuelle), ou matériel (créance relative aux dépenses de conservation ou d'amélioration du bien retenu si ce dernier a causé au détenteur un dommage dont il demande réparation)²⁷, ou conventionnelle en vertu de la liberté contractuelle qui autorise un débiteur de conférer, en pleine connaissance de cause, à son créancier un moyen de coercition garantissant son paiement. Le défaut de lien de connexité rend le droit de rétention irrégulier²⁸. Par ailleurs, cette

²³ CCJA, n° 21, 17-6-2004 : SDV-CÔTE D'Ivoire c/ Société RIAL TRADING

²⁴ Voir CCJA, n° 21, 17-6-2004 : SDV- CÔTE D'IVOIRE c/ Société RIAL TRADING, Le Juris-Ohada, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 11, note BROU Kouakou Mathurin ; Recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 130 ; www.ohada.com, Ohadata J-04-382

²⁵ CCJA, n° 21, 17-6-2004 : SDV-CÔTE D'Ivoire c/ Société RIAL TRADING ; CCJA, n°007, 24-4-2003 : Sté Côte d'Ivoire TELECOM c/ Sté PUBLISTAR

²⁶ Voir CA Abidjan, n° 778, 13-6-2003 : Sté EL NASR IMPORT EXPORT c/ Etat de Côte d'Ivoire, www.ohada.com, Ohadata J-03-239

²⁷ Cette connexité a été admise, par exemple :

- entre le remboursement des sommes qu'un acheteur a versées sur le prix et la chose achetée, après annulation de la vente (T. civ. Seine 12-10-1932 : GP 1932.2.940) ;
- entre les choses remises à un mandataire et ce qui peut lui être dû en exécution de son mandat, même après révocation de celui-ci (T. civ. Parthenay 21-6-1935 DH 1935.567) ;
- entre les frais de garde et de conservation du mobilier confié à un séquestre et ledit mobilier (Cass. civ. 22-5-1962 : GP 1962.2.130).

²⁸ Les juges décident que le droit de rétention doit être refusé, faute de connexité entre la créance et l'objet retenu, lorsque la créance du rétenteur concerne un tiers étranger au contrat invoqué pour justifier le droit de rétention ; lorsque le rétenteur détient l'objet pour une cause qui est sans rapport avec la créance invoquée ; par exemple, le propriétaire de meubles se trouvant dans un immeuble ne peut refuser de remettre les clés de l'immeuble à l'acheteur de cet immeuble au motif d'un solde relatif à un élagage d'arbres sur la propriété acquise ; le gérant d'une société ne peut retenir, pour obtenir paiement de sa rémunération, les livres comptables de la société ; la chose retenue n'est pas celle sur laquelle a été effectué le travail non réglé ; la rétention est exercée pour couvrir un crédit bancaire sur des bons de caisse qui n'indiquent pas la cause de leur remise .

connexité peut être établie²⁹ ou présumée³⁰. L'AUS a prévu une présomption de connexité à l'article 69³¹ qui n'existe pas en droit français. En effet, en droit français, la créance qui fonde le droit de rétention doit avoir « pris naissance à l'occasion de la chose retenue »³² (Cass. civ. 23-4-1974 : JCP G 1975.II.18170). Tandis qu'en droit OHADA, la connexité peut être présumée, c'est notamment le cas du banquier dont un de ses clients s'est porté caution pour garantir les engagements du débiteur principal, lui-même également client de la même banque ; cette dernière peut sur la base des relations d'affaires unissant ces trois personnes, refuser d'honorer un chèque émis par la caution sur un de ses comptes personnels gérés par la banque créancière³³.

3) La prérogative de rendre le bien indisponible

La principale garantie que confère le droit de rétention au créancier est la faculté de ne pas délivrer, de ne pas restituer la chose au propriétaire. Le débiteur perd l'usage et la jouissance de son bien même. Le créancier rétenteur dispose alors d'un droit spécial qui affecte, et prime sur, le droit de propriété du débiteur³⁴. L'efficacité du droit de rétention s'apprécie donc au regard de ce caractère exclusif qui rend le bien retenu indisponible au débiteur et aux tiers qui le revendiqueraient.

Tant qu'elle est retenue par le créancier, la chose demeure indisponible au débiteur, à ses héritiers et successeurs universels ou à titre universel. Elle l'est tout aussi vis-à-vis des créanciers chirographaires qui ne peuvent avoir plus de droit que le débiteur.

Aux termes de l'article 70 alinéa 1 de l'Acte uniforme rénové portant organisation des sûretés, « le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état ». Il résulte de cet article que le créancier rétenteur doit veiller sur la chose retenue en bon père de famille, toute

²⁹ Le lien de connexité exigé par l'article 69 a été reconnu lorsqu'il existe une relation d'affaires établie : lien de connexité reconnu pour une créance ancienne non réglée d'une société d'acconage et de manutention envers une société ayant fait appel à ses services (CCJA, 1^{ère} ch, n°006, 28-2-2008, retenant que la détention d'un conteneur de marchandises par un acconier manutentionnaire est légitime lorsqu'il existe une relation entre l'acconier et la société ayant commandé les marchandises et que la société d'acconage dispose d'une créance antérieure non réglée et attestée par un titre exécutoire contre la société propriétaire des marchandises. Il en est ainsi même si le transitaire qui a personnellement les frais de douane n'a pas été encore payé

³⁰ Notamment lorsque la détention de la chose et la créance est la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur. Voir CA Abidjan, n° 321, 7-3-2000 : D.D c./SGBCI

³¹ Article 69 de l'AUS : La connexité est réputée établie :

1°) lorsque la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur ;

2°) lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue ;

3°) lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue.

³² Cass. civ. 23-4-1974 : JCP G 1975.II.18170

³³ CA Abidjan, n° 321, 7-3-2000 : D.D c/ SGBCI, Bulletin Juris Ohada, n° 1/2002, janvier-mars 2002, p. 35, www.ohada.com, Ohadata J-02-130, note anonyme ; voir Ohadata J-02-21, obs. J. ISSA-SAYEGH ;

³⁴ Article 17 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. »

Article 14 Charte africaine des droits de l'homme : « Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées. »

détérioration totale ou partielle pouvant engager sa responsabilité. Il peut donc être amené à avancer des frais de conservation du bien qui lui seront ensuite remboursés par le débiteur.

Comme principale conséquence de l'obligation susmentionnée, le créancier rétenteur ne dispose pas d'un droit à l'usage sur le bien retenu. Il n'a droit ni aux fruits, ni à la jouissance de la chose. Aucune disposition particulière sur le droit de rétention ne permet d'envisager une solution dans l'hypothèse où le créancier ferait usage de la jouissance ou de l'usufruit du bien en violation des dispositions de l'Acte Uniforme. En revanche, il doit veiller à la conservation puisqu'il détient la chose d'autrui. Il répond de la perte et de la détérioration survenues par sa faute.

B) Le pouvoir du créancier rétenteur de protéger sa créance

Grâce au droit de rétention, le créancier rétenteur a le pouvoir de protéger sa créance à l'égard du débiteur mais aussi de tiers au débiteur, et notamment les autres créanciers du débiteur. Cette protection est assurée par la garantie d'indivisibilité (1), la garantie d'opposabilité (2) et la garantie de désintéressement complet (3) découlant du droit de rétention.

1) La garantie d'indivisibilité

Le droit de rétention, garantie réelle par essence en est assorti d'une indivisibilité. L'indivisibilité a pour conséquence que chaque partie de la dette est garantie par l'intégralité de la chose : dès lors, même dans l'hypothèse d'un paiement partiel, le créancier peut encore retenir la chose tant qu'il n'a pas obtenu le paiement intégral³⁵.

De même, en cas de division de la dette entre plusieurs débiteurs, le fait que certains se soient acquittés de leurs parts n'empêche pas le créancier de refuser la restitution de la totalité de la chose quand bien même elle serait matériellement divisible.

En cas de pluralité de débiteurs, dans l'hypothèse où certains s'acquitteraient de la dette, le créancier pourrait très bien refuser de rendre le bien même si celui-ci est divisible, et ce tant qu'il n'a pas été réglé par tous ses débiteurs. De plus, si la créance est divisée entre les héritiers du rétenteur, chacun d'entre eux restera entièrement garanti jusqu'à son paiement.

L'indivisibilité est une garantie très forte pour le créancier, car : « *La conséquence de l'indivisibilité est que l'obligation, de restitution ne naîtra qu'après extinction complète de la*

³⁵ Article 114 AUS

En droit français, une décision a précisé que « l'ouvrier ou le fabricant a qui ont été confiés plusieurs, tout à la fois, plusieurs parties de matière premières pour les façonner, à un droit de rétention sur chacune des parties façonnées pour le paiement de la totalité de ses salaires. Si donc, il arrive, qu'une partie soit restée, après façon reçue, sans paiement, les parties restantes dans les mains ne peuvent lui être reprises que moyennant paiement de la totalité des façons », Cass. civ., 8 déc. 1840, S., 1841, 1, p. 23

créance. Cet effet du droit de rétention qui s'opère à travers le principe de l'indivisibilité est très profitable pour les rétenteurs qui bénéficient d'un droit pratiquement invincible. »³⁶

2) La garantie d'opposabilité

L'opposabilité tient au fait que le créancier exerce une certaine maîtrise sur le bien. Elle est *erga omnes*³⁷, car opposable à l'égard de tous, et notamment au débiteur de la créance et à ses héritiers ainsi qu'aux créanciers du débiteur. Cette opposabilité est la preuve de la puissance redoutable du droit de rétention.

Le droit de rétention est principalement opposable au débiteur. Dans le même sens, l'opposabilité s'exerce à l'égard des ayants causes universelles ou à titre universel du débiteur³⁸. Par ailleurs, l'opposabilité s'étend à de nombreux sujets de droit et pour commencer aux autres créanciers du débiteur. Le débiteur peut devoir de l'argent à d'autres créanciers que le rétenteur. En règle générale, un débiteur à l'égard duquel est ouverte une procédure collective est débiteur auprès de nombreux créanciers.

L'opposabilité va jouer d'une part à l'égard des créanciers chirographaires³⁹ et d'autre part à l'égard des créanciers privilégiés⁴⁰. Aucun type de créancier du débiteur n'est épargné par l'opposabilité du droit de rétention qui possède un très large champ d'application. Par ailleurs, législateur OHADA s'est inspiré du législateur français qui renforcé l'opposabilité du droit de rétention à travers l'article L.622-7 II du Code de commerce qui autorise le juge commissaire à régler le créancier rétenteur dès l'ouverture de la période d'observation s'il désire, récupérer le bien qui s'avère nécessaire à la poursuite de l'activité.

Dans le même sens l'article 149 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPCAP) permet de retirer le bien en réglant la dette. Il faudra que le créancier déclare sa créance de rétention dans la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur. L'opposabilité à l'égard des créanciers est donc clairement établie lors de l'ouverture d'une procédure collective, et « *en affirmant l'opposabilité générale du droit de rétention, le droit OHADA reconnaît au créancier rétenteur une primauté qui n'a guère de limite sur les autres créanciers.* »⁴¹ Ainsi, le droit de rétention connaît lors de l'ouverture d'une procédure collective, une configuration très particulière. Contrairement à ce qui se passe pour les créanciers titulaires de sûretés réelles classiques, les rétenteurs ne sont pas contraints dans leur droit. Le fait qu'ils détiennent la maîtrise physique sur le bien en fait des créanciers hors norme. Ils sont titulaires de la détention sur le bien. Ils ne cessent de retenir le bien que dans l'hypothèse où ils sont réglés dans l'intégralité de leur créance.

³⁶ Kouakou Stéphane Bohoussou, Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA : proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles, 6 Septembre 2017, P 265

³⁷ Aurore Benadiba, « Le droit de rétention en France et au Québec : une sûreté mobilière fonctionnelle », P 131

³⁸ G. Marty, P. Raynaud et Ph. JESTAZ, Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière, Sirey, 1987, 2e éd., n° 50.

³⁹ Cass. civ., 6 avr. 1875, DP. 1875, 1, 354 : Cass. com., 24 janvier. 1974, Bull. civ. IV, n° 40

⁴⁰ Cass. com., 15 janv. 1957, D. 1957, P. 267, note J. HUMARD.

⁴¹ Arnaud HOUEDJISSIN, « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant sûretés », P 27

3) La garantie de désintéressement complet

Le créancier qui jouit d'un droit de rétention a, à sa disposition, une technique juridique efficace afin de recouvrer la totalité de sa créance. Si pour les sûretés réelles classiques, il existe des disparités de rang, de délai et de volume de paiement entre les diverses catégories, de créanciers titulaires de sûretés lors des phases de redressement, judiciaire ou de liquidation judiciaire, celles-ci sont tout à fait étrangères aux créanciers rétenteurs. Ceux-ci pourront être complètement désintéressés en cas de redressement judiciaire, comme en cas de liquidation judiciaire⁴². Ils ne doivent subir aucune réduction de son droit.

Dans ce sens, la révision de l'AUS a été l'occasion d'accorder une nouvelle garantie pour les créanciers rétenteur ; ils peuvent désormais faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné (art. 70 AUS révisé).

II. La protection des créanciers rétenteurs fragilisée par certains facteurs

Le droit de rétention semble être une arme quasi absolue, mais qui a son « talon d'Achille ». Ainsi, la protection du créancier rétenteur est fragilisée par des facteurs endogènes (A) et par des facteurs exogènes (B).

A) La protection du créancier rétenteur fragilisée par des facteurs endogènes

Avec le temps, les différentes révisions de l'AUS ont affaibli le droit de rétention tant dans son objet (1) que dans son étendu (2).

1) Un droit affaibli dans son objet

Le droit de rétention **ne peut porter que sur des biens mobiliers**. Le nouvel article 67 de l'AUS apporte une précision importante quant à la nature de la chose à détenir. Alors que l'ancien acte uniforme parlait d'« un bien du débiteur »⁴³, l'AUS révisé précise qu'il doit s'agir d'« un bien meuble (du) débiteur ». Cette précision vient exclure, *expressis verbis*, de l'assiette du droit de rétention les biens immeubles. Cette restriction du champ d'application du droit de rétention limite l'action du créancier, qui doit se contenter uniquement des biens meubles disponibles de son débiteur.

Ce bien meuble pourrait alors s'entendre aussi bien d'un bien meuble corporel (bien meuble par nature : voitures, marchandises transportées, etc.) que d'un bien meuble

⁴² Article 149 AUPCAP précise que « Le syndic, autorisé par le juge-commissaire peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur ».

⁴³ Voir article 41 (ancien) Acte Uniforme OHADA portant sûretés

incorporel (créances, valeurs mobilières, titre de propriété, etc.)⁴⁴. Selon certains auteurs, il n'est pas nécessaire « que la chose retenue soit dans le commerce car le droit de rétention est aussi un moyen de pression. Ainsi, une chose inaliénable ou sans valeur marchande peut être susceptible de rétention : documents juridiques ou comptables, dossiers administratifs, cartes grises de véhicule, etc. »⁴⁵

Ainsi, le législateur OHADA ne conçoit pas un pouvoir matériel de détention sur des choses immatérielles ou des biens immobiliers. La nature même du droit de rétention dont l'essence est la détention impose cette limite. La justification se trouve dans le classement du droit de rétention comme sûreté réelle. Le législateur limite ainsi l'étendue matérielle du droit de rétention aux choses mobilières corporelles. L'article 50 confirme cette limite en citant le droit de rétention parmi les sûretés mobilières.

2) Un droit affaibli dans son étendu

Sous le régime de l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés, le droit de rétention apparaissait comme une sorte de gage légal, qui permettait au rétenteur de poursuivre la vente forcée du bien retenu, en ayant alors les mêmes droits que le créancier gagiste. Cependant, sous l'empire de la nouvelle législation, le droit de rétention apparaît comme une prérogative purement passive, qui permet simplement au rétenteur de s'opposer à la reprise du bien par le débiteur.

Dans l'ancien Acte uniforme, l'article 43 disposait que « si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage ». Dans l'Acte uniforme rénové, ces prérogatives ont été supprimées. Si le créancier rétenteur n'obtient pas le paiement malgré la rétention du bien, il ne dispose pas d'un droit à l'attribution du bien retenu (a), ou d'un droit de suite (b), et il ne dispose pas non plus de préférence sur le bien retenu (c).

a. L'absence d'un droit à l'attribution du bien retenu

L'attribution constitue une technique d'éviction du concours pour le créancier, puisqu'elle est indépendante de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges. Sous l'empire de l'ancienne législation de l'OHADA, la doctrine s'accordait à affirmer qu'en cas de non-paiement, le créancier rétenteur pouvait se faire attribuer la propriété du bien retenu. Elle tirait argument de l'article 43 de l'Ancien Acte uniforme qui renvoyait au droit de préférence du créancier gagiste.

⁴⁴ Certaines jurisprudences en droit français sont réticentes à l'idée d'un droit de rétention de biens incorporels. Les juges de la Cour d'appel d'Agen ont décidé par un arrêt du 24 mars 1897 que le droit de rétention « ne saurait s'exercer sur des choses incorporelles, telles que les créances qui ne sont pas susceptibles d'appropriation ».

Voir LES BIENS IMMATERIELS SAISIS PAR LE DROIT DES SURETES REELLES MOBILIERES CONVENTIONNELLES. Thèse pour le Doctorat en Droit (Arrêté du 30 mars 1992). Présentée et soutenue publiquement devant le jury de l'Université Paris-Est Créteil par Madame Vanessa PINTO HANIA, PP 276-277

⁴⁵ COURS DE DROIT DES SÛRETES (OHADA) Par Mme Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Professeur à l'Université de Dschang (CAMEROUN) Février 2016, p 75

La jurisprudence s'était toujours prononcée en faveur de cette prérogative au profit du créancier rétenteur.

Dans l'Acte uniforme révisé, cette prérogative a été supprimée. Le créancier rétenteur n'a plus le droit de solliciter l'attribution du bien retenu. Si cette solution se justifie amplement en cas de demande d'attribution judiciaire du bien retenu par le créancier, en sera-t-il de même en cas d'attribution conventionnelle. Nous pensons ici à l'hypothèse dans laquelle le créancier et le débiteur auraient convenu un pacte comissoire. La question est d'autant plus importante lorsqu'on sait que dans l'Acte uniforme rénové, on assiste à une généralisation de l'attribution en propriété à travers l'admission du pacte comissoire et l'extension de l'attribution judiciaire. Ici encore, le créancier rétenteur ne sera toujours pas autorisé à solliciter l'attribution du bien en sa possession.

b. L'absence d'un droit de suite sur le bien retenu

Dans l'Acte uniforme rénové, le bénéficiaire d'un droit de rétention ne dispose pas d'un droit de suite. Il ne peut donc se permettre de revendiquer la restitution du bien s'il passe en d'autres mains. La conséquence logique et directe de cette absence de droit de suite est que la déposition du créancier du bien emporte extinction du droit de rétention. Il est en effet de l'essence même du droit de rétention que le créancier détient matériellement la chose. Dès lors qu'il s'en dessaisit, il perd son droit.

Il faut comprendre que dans l'hypothèse où le dessaisissement du créancier du bien retenu est volontaire, il peut s'analyser comme une renonciation du droit de rétention de la part de ce dernier. Par conséquent, il ne peut plus prétendre exercer plus tard un droit de suite sur ledit bien. C'est le cas d'un créancier qui, sans préalablement avoir reçu paiement intégral de la dette remet volontairement le bien retenu au débiteur.

c. L'absence d'un droit de préférence sur le bien retenu

Il résulte de l'article 70 alinéa premier de l'Acte uniforme rénové que le créancier rétenteur ne dispose pas d'un droit de préférence sur le bien retenu. Il ne peut donc pas procéder à la réalisation forcée du bien retenu afin de se payer sur le prix de vente. S'il ne reçoit pas le paiement malgré la rétention du bien, il doit se contenter de demeurer dans une position passive et négative, c'est-à-dire de n'engager aucune procédure de réalisation. Il lui sera alors préférable d'attendre que les autres créanciers se manifestent. En effet, ces derniers voudront certainement réaliser le bien retenu afin de pouvoir se payer sur le prix de vente. Pour cela, ils devront donc au préalable désintéresser le créancier rétenteur car, la réalisation du bien retenu entraîne l'extinction du droit de rétention, le créancier rétenteur ne disposant aucun droit de préférence sur le prix de vente.

Par dérogation à l'article 70 alinéa premier de l'Acte uniforme rénové, l'alinéa 2 permet au créancier rétenteur de procéder à la réalisation forcée du bien retenu si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion

avec sa valeur. En disposant que le droit de rétention se reporte dans ce cas sur le prix de vente qui doit être consigné, cet article laisserait croire que le créancier rétenteur va bénéficier d'un droit de préférence sur ce prix. Cependant, l'article 226 de l'Acte uniforme rénové s'y oppose dans la mesure où il institue un classement entre les créanciers pour la distribution des deniers provenant de la réalisation du bien. Il résulte de ce classement que le créancier rétenteur sera primé par des créanciers privilégiés et ne saurait se prévaloir d'aucun droit de préférence.

B. La protection du créancier rétenteur fragilisée par des facteurs exogènes

Les quelques faiblesses susmentionnées du droit de rétention donnent l'opportunité à d'autres mécanismes de sûretés mobilières de le concurrencer (1). Par ailleurs, le contexte administratif du Mali peut compliquer l'action du créancier qui voudrait exercer son droit de rétention (2).

1) Un droit concurrencé par d'autres mécanismes de sûretés mobilières

Le droit de rétention se trouve en concurrence avec d'autres sûretés mobilières dont certaines peuvent entraîner une confusion avec le droit de rétention. Ainsi, le privilège de rétention (a), la propriété retenue ou cédée à titre de garantie (b), le gage de meubles corporels (c), le nantissement de meubles incorporels (d) et les privilèges (e) tout en concurrençant le droit de rétention peuvent affaiblir sa position, voir son usage par les créanciers, parmi les sûretés mobilières.

a. Le privilège de rétention

Le privilège de rétention (pour fret), en matière de transport maritime de marchandises, s'entend du droit du propriétaire du navire de faire retenir les marchandises, après débarquement, jusqu'à ce que lui soient payés le fret et les autres frais que lui doit l'affrètement. Le propriétaire du navire donne au gardien du quai ou à l'entrepositaire à qui les marchandises sont confiées avis de son privilège de rétention, et le gardien ou l'entrepositaire doit les retenir jusqu'à main levée du droit de rétention.⁴⁶

En effet, jusqu'en 1998, l'article 2102-6 du Code Civil permettait au transporteur qui n'avait pas été réglé de ses factures d'exercer un droit de rétention sur les marchandises qui lui avait été remises au transport. Cependant, ce droit s'exerçait uniquement pour garantir la créance liée à la marchandise transportée et détenue. Il était impossible pour le transporteur de retenir les marchandises qui lui avaient été récemment confiées en exigeant le règlement des sommes dues au titre des transports antérieurs. L'efficacité de ce droit était donc toute relative puisque les prestations de transport sont rarement réglées comptant, et encore moins avant d'être réalisées.

⁴⁶ Jacques PICOTTE, JURIDICTIONNAIRE, Recueil des difficultés et des ressources du français juridique réalisé pour le compte du CENTRE DE TRADUCTION ET DE TERMINOLOGIE JURIDIQUES, Actualisé au 15 octobre 2018 p.921.

Voir aussi Cass. com. 27 juin 2006, n° 05-16053.

L'article L133-7 du Code de Commerce (anciennement 108-1) dispose désormais :

« Le voiturier a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes créances de transport, même nées à l'occasion d'opérations antérieures, dont son donneur d'ordre, l'expéditeur ou le destinataire restent débiteurs envers lui, dans la mesure où le propriétaire des marchandises sur lesquelles s'exerce le privilège est impliqué dans lesdites opérations. »

Le terme désuet de voiturier vise, bien évidemment, celui de transporteur. Désormais il peut exercer son droit de rétention pour toute créance même au titre de prestations antérieures. En outre, ce droit s'applique sur les créances que le transporteur détient tant à l'encontre de son donneur d'ordre, expéditeur réel ou commissionnaire que du destinataire. Enfin, ce privilège permet une attribution judiciaire du gage. Sur le fondement du texte précité, le transporteur peut se faire attribuer la marchandise retenue en vue de sa revente pour opérer une compensation à concurrence de sa créance. Cependant, il s'agit exclusivement de créances relatives à des prestations de transport, ainsi que leurs accessoires, au sens propre du terme. Les créances d'entreposage ou de manutention ne sont pas concernées.

L'Acte Uniforme OHADA sur le droit des sûretés exclut de son domaine d'application un certain nombre de matières. Le dernier fragment de son article 4 dispose que : *« les sûretés propres au droit fluvial, maritime et aérien, les sûretés légales autres que celles régies par le présent Acte uniforme, ainsi que les sûretés garantissant l'exécution de contrats conclus exclusivement entre établissements de financement, peuvent faire l'objet de législation particulière »*. Ainsi, rien n'exclut l'application du privilège de rétention tel que décrit ci-avant.

b. La propriété retenue ou cédée

La propriété retenue est un mécanisme qui consiste en une réserve de propriété. La propriété du bien mobilier peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de propriété qui suspend l'effet translatif du contrat jusqu'au paiement complet de l'obligation qui en constitue la contrepartie. Le législateur OHADA reconnaît aux parties au contrat de vente commerciale la possibilité de différer le transfert de propriété⁴⁷ par l'insertion dans le contrat⁴⁸ d'une clause de réserve de propriété. Selon l'article 72 de l'AUS : *« La propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. »*

Ainsi, la clause de réserve de propriété peut être définie comme la clause par laquelle le vendeur, tout en vendant la chose, stipule qu'il conservera la propriété des marchandises

⁴⁷ J. Issa-Sayegh, « Présentation des dispositions sur la vente commerciale », www.ohada.com, D-06-16.

Marlène Oyono, La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, <https://theses.hal.science/tel-01544577/document>, p 32

⁴⁸ Ce type de clause se retrouve surtout dans les contrats de vente ou les contrats de construction (contrat d'entreprise).

vendues jusqu'au paiement complet du prix⁴⁹. Cette clause présente l'avantage qu'en cas de défaut de paiement de la part de l'acheteur, le vendeur pourra revendiquer la propriété de la marchandise au lieu de faire valoir une créance qui en cas de faillite de l'acheteur risque d'être fort illusoire⁵⁰. **Ainsi, contrairement au droit de rétention (où le bien reste la propriété du débiteur), le créancier demeure, en effet, propriétaire de la chose vendue tant que l'intégralité du prix de vente n'a pas été payé. La conservation de la propriété confère au créancier un pouvoir de pression et de récupération de sa créance.**

La propriété cédée, régie par les articles 79 à 86 de l'AUS, consiste en une cession de créance, cession de somme d'argent ou fiducie. La propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédé en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes dans des conditions spécifiques⁵¹.

c. Le gage

Le gage peut porter sur un bien ou plusieurs biens meubles corporels, présents ou futurs. Le gage est défini par l'article 92 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés comme étant le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs.

Le gage n'est donc plus défini, comme il l'était sous l'empire de l'ancien Acte uniforme, par l'une de ses conditions de validité (la dépossession), mais par son objet même (le droit de préférence conféré au créancier gagiste)⁵². Libérée de la dépossession, cette nouvelle définition permet la constitution de gages portant sur des biens futurs. Le constituant verra ainsi sa capacité de crédit singulièrement augmenté par la possibilité de consentir un gage sur des biens qu'il n'a pas encore acquis. L'abandon de la remise de la chose comme condition de validité du gage permet en effet la constitution de gage sur des biens futurs. C'est pourquoi le nouvel article 95 ne requiert du constituant qu'il soit propriétaire des biens gagés que si le gage porte sur des biens présents. Admettre qu'un constituant puisse consentir un gage sur des biens dont il n'a pas encore acquis la propriété pourrait en effet s'avérer dangereux, si le créancier gagiste n'était pas en parallèle suffisamment protégé

Lorsque le gage a pour objet des biens futurs⁵³, le créancier est informé de ce que le constituant lui consent un gage sur un bien qui ne lui appartient pas encore. Il accepte donc ce risque dès l'origine et son droit réel s'exerce sur le bien mis en gage dès le moment où le

⁴⁹ A. Feneon, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit de la vente commerciale », Penant n° 853, p9, <https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-10-59.html?download=pdf>

⁵⁰ J. Huet, Les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J, 2012, p. 166.

⁵¹ Dr. Gaston KENFACK DOUAJINI, « Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010 », <https://revue.ersuma.org/numero-special-novembre-decembre/legislation/Les-nouvelles-suretes-introduites>

⁵² L'article 44 ancien définissait en effet 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.

⁵³ J. MESTRE, « Le gage de choses futures », D.S., 1982, chron., p. 141.

constituant en devient propriétaire, sauf stipulation contraire. Dès lors que ces biens futurs seront déterminés avec suffisance dans le contrat de gage, le créancier gagiste (ou le tiers convenu) n'aura plus à conclure de nouveaux contrats, pour étendre ses droits aux biens nouvellement acquis par le constituant⁵⁴.

Le succès du gage tient d'une part à la simplicité de sa constitution (il n'a en effet pas besoin de beaucoup de formalités ni d'être inscrit pour être valablement constitué) et d'autre part à son efficacité notamment en cas de procédures collectives contre le débiteur⁵⁵.

d. Le nantissement

Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs. Le nantissement de meubles incorporels vise un certain nombre de biens définis par l'Acte Uniforme portant sûretés. Sous l'empire de l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés, pouvaient être nantis, sans dépossession du débiteur :

- Les droits sociaux et valeurs mobilières ;
- Le fonds de commerce ;
- Le matériel professionnel ;
- Les véhicules automobiles ; et,
- Les stocks de matières premières et de marchandises⁵⁶

La réforme de 2010, par l'adoption de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés, innove en définissant le nantissement comme étant « l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à conditions que celles-ci soient déterminées ou déterminables »⁵⁷.

Cette nouvelle définition a permis de revoir et élargir la liste des biens pouvant faire l'objet d'un nantissement comme suit :

- Les créances ;

⁵⁴ A. MARCEAU-COTTE et L.-J. LAISNEY, « Vers un nouveau droit du gage OHADA », Dr. & patr., 2010, n°197, p. 67.

⁵⁵ Y. KALIEU ELONGO, Droit et pratique des sûretés réelles. OHADA, Yaoundé (Cameroun), Presses universitaires d'Afrique, 2010, p. 84.

⁵⁶ Article 63 de l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁵⁷ Article 125 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés.

- Le compte bancaire ;
- Les droits d'associés et valeurs mobilières ;
- Les comptes de titres financiers ;
- Les droits de propriété intellectuelle ; et,
- Le fonds de commerce⁵⁸

Toutes ces nouveautés exposées ci-avant sont venues à la fois faciliter la mise en œuvre du nantissement mais également renforcer son efficacité, ce qui le rend plus attractif, même s'il n'est pas translatif de propriété.

e. Le privilège

Le privilège peut être défini comme un droit que la loi donne au créancier, en fonction de la qualité de la créance, d'être préféré aux autres créanciers. Il se caractérise par deux éléments. Le premier est son origine légale. Les privilèges ont une seule source qui est la loi ; il n'y a pas de privilège sans texte. Le second est l'attribution en fonction de la qualité de la créance. Les privilèges bénéficient soit aux créanciers privés dont les créances sont modiques mais dignes d'intérêt pour des raisons de dignité humaine ou de justice sociale, soit aux créanciers publics : trésor, sécurité sociale et ce, pour des raisons d'intérêt général⁵⁹.

L'AUS distingue essentiellement les privilèges généraux qui portent sur l'ensemble de l'actif mobilier et immobilier du débiteur et les privilèges spéciaux qui sont essentiellement mobiliers et portent sur un meuble déterminé de l'actif du débiteur.

Les privilèges confèrent essentiellement un droit de préférence qui permet au bénéficiaire d'être payé suivant l'ordre prévu par l'acte uniforme pour le classement des différents créanciers (articles 225 et 226 AUS). Ils ne confèrent donc pas de droit de suite.

En principe, les privilèges, qu'ils soient généraux ou spéciaux sont d'origine légale et ne sont pas soumis à l'exigence de publicité pour leur opposabilité aux tiers. Toutefois, l'article 180 de l'AUS impose la publicité de certains privilèges. C'est le cas, en particulier, des privilèges pour les créances fiscales, douanières, et des organismes de sécurité sociale lorsque ces créances sont au-delà d'un certain montant prévu par la loi.

Les autres sûretés mobilières évoquées ci-avant ont pour la plupart un point commun : elles ont une action directe et active (et non seulement passive) sur la propriété du bien débiteur. Ceci peut se justifier la thèse suivante :

⁵⁸ Article 126 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés

⁵⁹ Cours de droit des sûretés. Par Mme Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Professeur à l'Université de Dschang (CAMEROUN), p 76 et s.

« Le développement des garanties fondées sur la propriété est dû à l'affaiblissement des droits de préférence dont sont munies les sûretés réelles en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire civil ou surtout de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Le législateur a sacrifié les créanciers dans ces procédures au nom d'un intérêt de l'entreprise, en réalité fréquemment illusoire. Pendant longtemps, on a parfois douté de leur caractère de sûretés, même si incontestablement on pouvait les classer dans la catégorie des garanties. **Les sûretés fondées sur la propriété présentent l'avantage de ne pas toujours subir cet affaiblissement, puisque par définition elles permettent d'éviter la loi du concours, compte tenu de l'exclusivisme qu'elles confèrent à leur titulaire.** Il est certain que la clause de réserve de propriété et, éventuellement le crédit-bail garantissent de manière efficace le créancier. »⁶⁰

2) La limite administrative : le problème du RCCM au Mali

Un rapport de la Banque Mondiale⁶¹ indique que les Registres du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) au Mali sont quasi-inopérants en pratique. Bien que mis en place par application du droit de l'OHADA, les RCCM ne remplissent pas, ou peu, leur rôle à cause d'un manque de moyens modernes. Le système OHADA prévoit l'existence de plusieurs registres dans un même pays, ces derniers devant être connectés à un fichier national unique, lui-même connecté à un registre commun pour toute la zone OHADA localisé à Abidjan en Côte d'Ivoire. Un registre de ce type nécessite d'être informatisé afin d'assurer une mise à jour aisée pour enregistrer la chronologie de la prise de sûretés sur un même bien et de garantir une publicité adéquate à l'égard des acteurs du secteur et des autres créanciers.

L'informatisation est clé pour le bon fonctionnement d'un registre de sûretés mobilières. L'intérêt d'une sûreté mobilière réside dans la certitude, pour le créancier, de pouvoir faire valoir ses droits sur le bien donné en garanti. Selon la sûreté utilisée, le recouvrement pourra prendre différentes formes (par exemple la repossession ou la vente forcée pour pouvoir se rembourser pour son prix). **Il est, dans tous les cas, nécessaire pour ce créancier de pouvoir aisément vérifier, avant de prendre une sûreté, que le bien n'est pas déjà grevé d'une autre sûreté.** Dans l'alternative, s'il existe déjà une sûreté, les créanciers postérieurs doivent connaître précisément le rang auquel ils se trouveront pour remboursement. En l'occurrence, comme évoqué plus haut, pour exercer son droit légitime, **le créancier rétenteur ne peut retenir qu'un bien disponible, qui ne fait pas l'objet de gage ou d'autre sûreté. Donc l'information doit être disponible et accessible.**

A l'heure actuelle, le RCCM de Bamako peut difficilement remplir sa mission car l'information sur l'existence ou la chronologie des sûretés n'est pas facilement accessible. Il existe actuellement trois RCCM au Mali : Bamako, Mopti et Kayes. Quand bien même l'existence d'une sûreté peut être vérifiée moyennant une longue recherche, la sécurité juridique

⁶⁰ <https://www.cairn.info/droit-des-suretes--9782340063952-page-247.htm>

⁶¹ Programme d'évaluation du secteur financier République du Mali. Note technique aspects juridiques et judiciaires de l'environnement du crédit, décembre 2015, p 6

concernant la chronologie et par conséquent le rang est très faible. La publicité est certes possible en théorie car toute personne peut consulter les archives sur papier du RCCM mais elle n'est pas assurée en pratique car aucun créancier ne peut consacrer plusieurs heures (ou jours) à cette tâche. Se pose, en outre, un réel problème de sécurisation du registre sous forme papier en cas d'incendie, puisqu'il n'existe pas de sauvegarde sur une base de données digitale.

Conclusion

Quelque soient les quelques fragilités du droit de rétention, ce dernier reste un droit spécial qui donne au créancier rétenteur une solide protection. Ces fragilités pourraient être corrigées en revenant, par exemple, à certaines prérogatives prévues par les dispositions antérieures de l'AUS, à savoir : (i) donner le pouvoir au créancier de retenir de manière général le bien de son débiteur et non seulement de manière spécifique le bien mobilier de son débiteur, et (ii) réintégrer le droit de suite et le droit de préférence en faveur du créancier rétenteur.

Bibliographie

Ouvrages et articles

Alain Feneon, « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit de la vente commerciale », Penant n° 853, ohadata D-10-59

Ariane MARCEAU-COTTE et L.-J. LAISNEY, « Vers un nouveau droit du gage OHADA », Dr. & patr., 2010, n°197, pp. 66-71

Arnaud HOUEDJISSIN, « Le droit de rétention dans l'Acte Uniforme Portant Sûretés », 27p

Aurore Benadiba, « Le droit de rétention en France et au Québec : une sûreté mobilière fonctionnelle », Les Cahiers de droit, Volume 54, Number 1, March 2013, p. 115–143

BUYANT ERDENE KHALTARKHUU & TAO SUN, « Les données font apparaître une hausse du crédit intérieur dans les pays en développement » 12 JUIN 2014, <https://blogs.worldbank.org/fr/opendata/les-donnees-font-apparaître-une-hausse-du-credit-interieur-dans-les-pays-en-developpement>

Gérard Cornu – « Vocabulaire juridique » - Association Henri Capitant – Quadrige / Puf, 1136 pages

Gaston KENFACK DOUAJNI (Dr.), « Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010 », <https://revue.ersuma.org/numero-special-novembre-decembre/legislation/Les-nouvelles-suretes-introduites>

Jacques PICOTTE, JURIDICIONNAIRE, Recueil des difficultés et des ressources du français juridique réalisé pour le compte du CENTRE DE TRADUCTION ET DE TERMINOLOGIE JURIDIQUES, Actualisé au 15 octobre 2018, 2585 pages

Jérôme Huet, Les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J, 2012,p. 1684 pages

Joseph ISSA-SAYEGH, " Le droit de rétention en droit Sénégalais ", Penant, n° 810, octobre-décembre 1992, p. 262

Joseph ISSA-SAYEGH, « Présentation des dispositions sur la vente commerciale », www.ohada.com, D-06-16.

J. MESTRE, « Le gage de choses futures », D.S., 1982, chron.

Kouakou Stéphane Bohoussou, Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA : proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles, 6 Septembre 2017, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur de l'université de bordeaux, 529p

Marlène Oyono, La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, 533 pages

MARTY (G.), et RAYNAUD (P.), Traité de droit civil, t. 3, 1er vol., 1971

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), et JESTAZ (PH.), Les sûretés, La publicité foncière, Paris, 1987, n° 33

Vanessa PINTO HANIA, LES BIENS IMMATERIELS SAISIS PAR LE DROIT DES SURETES REELLES MOBILIERES CONVENTIONNELLES. Thèse pour le Doctorat en Droit (Arrêté du 30 mars 1992). Présentée et soutenue publiquement devant le jury de l'Université Paris-Est Créteil, 380p

Yvette Rachel KALIEU ELONGO, COURS DE DROIT DES SÛRETÉS (OHADA), Février 2016, 93p

Y. KALIEU ELONGO, Droit et pratique des sûretés réelles. OHADA, Yaoundé (Cameroun), Presses universitaires d'Afrique, 2010, 236 pages

Traité et jurisprudence OHADA

Traité OHADA modifié par le traité de Québec. Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993
Modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008

CA Bouaké, n° 13, 21-1-2001 : B c/ Station Mobil, Le Juris-Ohada, n° 3/2003, juillet-septembre 2003, p. 63, www.ohada.com, Ohadata J-04-117

CA Abidjan, n° 927, 10-7-2002 : AFRIDRAG c/ SCI C.C.T., www.ohada.com, Ohadata J-03-25, obs. de J. ISSA-SAYEGH

CA Abidjan, n° 224, 06-1-2004 : Sté ICOCO c/ KOSOU Jean, www.ohada.com, Ohadata J-04-484

TGI de la Mifi, n° 17/civ, 20-1-2004 : TAGNE André c/ NUMKAM Pierre, www.ohada.com, Ohadata J-05-140

CCJA, n° 21, 17-6-2004 : SDV- CÔTE D'IVOIRE c/ Société RIAL TRADING, Le Juris-Ohada, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 11, note BROU Kouakou Mathurin ; Recueil de

Jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 130 ; www.ohada.com, Ohadata J-04-382

CCJA, n° 21, 17-6-2004 : SDV-CÔTE D'Ivoire c/ Société RIAL TRADING; CCJA, n°007, 24-4-2003 : Sté Côte d'Ivoire TELECOM c/ Sté PUBLISTAR

CA Abidjan, n° 778, 13-6-2003 : Sté EL NASR IMPORT EXPORT c/ Etat de Côte d'Ivoire, www.ohada.com, Ohadata J-03-239

CA Abidjan, n° 321, 7-3-2000 : D.D c/ SGBCI, Bulletin Juris Ohada, n° 1/2002, janvier-mars 2002, p. 35, www.ohada.com, Ohadata J-02-130, voir Ohadata J-02-21

Autres

« Accéder au crédit, un enjeu de l'économie du développement » Communiqué de l'IRD, <https://www.mediaterrre.org/scientifiques/actu,20170915123850.html>

Programme d'évaluation du secteur financier République du Mali. Note technique aspects juridiques et judiciaires de l'environnement du crédit, décembre 2015, BANQUE MONDIALE GLOBAL PRACTICE FINANCE ET MARCHES, 20 pages