



ANNALES
DE
L'UNIVERSITE
MARIEN NGOUABI

Sciences Juridiques et Politiques

Volume 24, Numéro spécial

ANNEE: 2023

ISSN: 1815 – 4433 - www.annaesumng.org

Indexation: Google Scholar

**ANNALES
DE L'UNIVERSITE MARIEN NGOUABI
SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**



VOLUME 24, NUMERO SPECIAL, ANNEE: 2023

www.annaesumng.org

SOMMAIRE

Directeur de publication
G. ONDZOTTO

Rédacteur en chef
J. GOMA-TCHIMBAKALA

Rédacteur en chef adjoint
D. LEKEBE OMOUALI

Comité de Lecture :
J.M. BRETON (Pointe-à-Pitre)
A. KENMOGNE SIMO (Yaoundé)
E.J. LOKO-BALOSSA (Brazzaville)
F. M. SAWADOGO (Ouagadougou)
YAO- NDRE (Abidjan)

Comité de Rédaction :
D. E. EMMANUEL ADOUKI
(Brazzaville)
G. MOYEN (Brazzaville)

Webmaster
R. D. ANKY

Administration - Rédaction
Université Marien Ngouabi
Direction de la Recherche
Annales de l'Université Marien
Ngouabi
B.P. 69, Brazzaville – Congo
E-mail: annales@umng.cg

ISSN : 1815 – 4433

Indexation : Google scholar

- 1 Le vote des pays africains à l'Assemblée Générale des Nations unies. Réflexions juridiques à la lumière de la Guerre en Ukraine**
OSSETE OKOYA G. C.
- 31 La notion d'essentiel en droit commun des contrats**
NGAH N. M. U.
- 68 La proportionnalité dans le droit des sociétés commerciales OHADA**
ONDZE S.
- 89 La réglementation des fonds de souscription au capital social initial en droit OHADA**
NGAMALEU DJUIKO S.
- 107 La sanction de la violation du droit communautaire en zones CEMAC et UEMOA**
ADOUA-MBONGO A. S.
- 139 La situation du créancier nanti en droit de l'OHADA**
KEITA B.
- 166 Les validations législatives dans les systèmes juridiques des États d'Afrique francophone**
ANDZOKA ATSIMOU S.
- 196 La démocratie administrative en République du Congo**
OBOUNGHAT OKAMBESSANGA W. L.
- 231 La victime au regard des mutations contemporaines du procès pénal**
YAYA A.



LA SITUATION DU CREANCIER NANTI EN DROIT DE L'OHADA

KEITA B.

*Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako
République du Mali*

RESUME

Le nantissement est l'affectation d'un bien meuble incorporel en garantie de l'exécution d'une obligation. Il confère au créancier nanti soit un droit de préférence se traduisant par une priorité de paiement au détriment des créanciers de rang inférieur et des créanciers chirographaires, soit un droit exclusif qui met le créancier à l'abri de tout concours des créanciers du constituant. La détermination de l'étendue réelle des droits du créancier nanti a donné naissance à des controverses doctrinales et jurisprudentielles qui sont loin d'avoir montré tous leurs visages. La présente étude se propose d'apporter un éclairage sur la situation du créancier nanti en droit de l'OHADA. Au terme de l'étude, le créancier nanti apparaît d'une part, comme un créancier ambivalent bénéficiant d'un niveau de protection variable selon le type de nantissement souscrit par le débiteur et d'autre part, comme un créancier vulnérable en raison du risque accru d'amenuisement de l'assiette de la garantie inhérent au nantissement et des contraintes propres au droit des procédures collectives.

Mots-clés : *Nantissement – efficacité – droits du créancier nanti – droit OHADA*

ABSTRACT

A pledge is the assignment of intangible movable property as security for the performance of an obligation. It confers on the secured creditor either a right of preference resulting in a priority of payment to the detriment of creditors of lower rank and unsecured creditors, or an exclusive right which protects the creditor from any competition from the creditors of the settlor. The determination of the real extent of the secured creditor's rights has given rise to doctrinal and jurisprudential controversies which are far from having shown all their faces. This study aims to shed light on the situation of the secured creditor under OHADA law. At the end of the study, the secured creditor appears on the one hand, as an ambivalent creditor benefiting from a variable level of protection according to the type of pledge subscribed by the debtor and on the other hand, as a vulnerable creditor because of the increased risk of reduction of the base of the guarantee inherent in the pledge and of the constraints specific to the insolvency law.

Keywords : *Pledge – effectiveness – secured creditor's rights – OHADA law*

1. Le développement des actifs incorporels dans la vie économique.

Les biens incorporels occupent une place de plus en plus importante dans le commerce juridique¹. Les valeurs mobilières, les droits de propriété intellectuelle, les crypto monnaies, les fonds de commerce et les créances sont les figures emblématiques de cette montée en puissance de l'immatériel dans les relations économiques. Le développement technologique a conduit à l'émergence de nouveaux biens d'une utilité et d'une valeur économique souvent comparables à celles des biens intangibles. Les crypto monnaies qui ont dominé l'actualité financière de ces dernières années sont les nouveaux nés de cette génération d'actifs. L'ingéniosité des acteurs de la finance technique est loin d'avoir montré tous ses visages. De nouveaux produits financiers sont régulièrement mis au service de l'investisseur qui entend pleinement profiter des potentialités de la technologie tout en étant affranchi des contraintes liées aux biens traditionnels.

Le droit ne pouvait rester insensible à ce développement des biens incorporels. Aussi, assiste-t-on à l'émergence d'un corps de règles spécifiques aux transactions portant sur les actifs immatériels. Le droit des biens, qui est intéressé de premier chef par le développement de cette catégorie de biens, a dû au sein des biens meubles, consacrer une *summa divisio* autour de la distinction biens corporels/

biens incorporels. Le droit des sûretés de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (ci-après « l'OHADA ») est constitué de l'Acte uniforme révisé du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés (ci-après « l'AUS »). Ce texte qui a réformé le régime des sûretés tel qu'issu de l'Acte uniforme originel du 17 avril 1997, n'a fait que tirer les conséquences de cette dualité de régime en matière mobilière, en consacrant des dispositions propres aux garanties portant sur les biens immatériels, ce qui atteste à suffisance du potentiel de crédit offert par ces biens. La construction d'un droit spécifique aux garanties immatérielles conforte l'idée de « "dématérialisation" des sûretés réelles » soutenue par certains auteurs² tout en révélant le potentiel de crédit résidant dans les actifs incorporels. Après la dématérialisation des valeurs mobilières³, une nouvelle entreprise de dématérialisation propre aux sûretés réelles semble faire son chemin en droit de l'OHADA.

2. La notion de nantissement.

Elle est le fruit d'une véritable évolution sémantique en droit de l'OHADA. Dans l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, le nantissement désignait l'affectation, sans dépossession, d'un bien meuble corporel ou incorporel en garantie de l'exécution d'une obligation⁴. Le gage quant à lui désignait le contrat par lequel un bien meuble était remis au créancier ou à un

1 D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 2017, n°399 : « Aujourd'hui, l'importance des biens incorporels est devenue considérable ».

2 L. AYNÈS et P. CROCQ, Droit des sûretés, 10^e éd., LGDJ, 2016, n°404.

3 Cette règle est inscrite à l'article 744-1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui dispose que les valeurs mobilières – qui comprennent les titres de

capital et les titres de créance – quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire.

4 Art. 63. Sur ce régime, voir I. L. MIENDJEM, Nantissement, in Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011, p. 1131 ; Y. KALIEU ELONGO, Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, Presses universitaires d'Afrique, collection Droit uniforme, 2010, p. 107.

tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette⁵. S'inspirant de son homologue français, qui, en 2006⁶, a mis fin à « la confusion qui s'était progressivement instaurée au cours du XX^e siècle entre les notions de gage et de nantissement »⁷, l'OHADA, lors de la révision de l'Acte uniforme de 1997, a réservé le nantissement à l'affectation d'un bien meuble incorporel en garantie de l'exécution d'une obligation.

Le nantissement qui peut être conventionnel ou judiciaire est une sûreté courante dans les opérations de financement. Il appartient à la famille des sûretés réelles. La sûreté réelle désigne l'affectation au bénéfice du créancier d'un bien ou d'un ensemble de biens à la garantie de l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles⁸. Les sûretés réelles s'opposent aux sûretés personnelles. Ces dernières désignent l'affectation d'un patrimoine à la garantie de l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles. Appartiennent à cette catégorie, le cautionnement et la garantie autonome⁹.

Les sûretés réelles pouvant être valablement constituées en droit de l'OHADA consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de la réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation¹⁰. Entrent dans cette catégorie, le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges¹¹. Il en va différemment de la dation en paiement¹². La qualification de sûreté réelle attribuée au droit de rétention par le droit de l'OHADA demeure critiquée dès lors que le droit de rétention qui confère un pouvoir de blocage au créancier, n'investit ce dernier ni du droit de se faire payer par préférence sur le prix de la réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur ni du droit de recouvrer la libre disposition d'un bien¹³.

Les sûretés réelles sont gouvernées par un principe d'indivisibilité : « le bien grevé de sûreté est entièrement affecté à l'ensemble des dettes qu'il garantit »¹⁴, ce qui autorise le créancier à ne s'en dessaisir qu'au complet paiement de sa créance. Elles constituent par ailleurs des droits réels accessoires qui, contrairement aux droits réels

5 Art. 44.

6 Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

7 P. CROCQ, Nantissement, Répertoire Dalloz de droit civil.

8 AUS, art. 1.

9 AUS, art. 12.

10 AUS, art. 4, al. 2.

11 AUS, art. 50, al. 1.

12 CCJA, 1^{re} ch., 22 février 2018, n°041/2018, Monsieur Gagou Kossivi Setiwu c/ Société Ecobank Togo SA, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, juill. 2018, n°111k7, p. 3, obs. A.

AYEWOUADAN ; Actualités du droit, 11 avril 2018, obs. A. JAUNASSE.

13 Sur cette critique, voir P. CROCQ, Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Droit & Patrimoine, n°197, novembre 2010 ; D. A. COULIBALY, Sûretés réelles et procédures collectives OHADA, préf. d'Y. R. KALIEU ELONGO, L'Harmattan, Études africaines, Série Droit, 2021, n°7.

14 L. AYNES et P. CROCQ, op. cit., n°405. Adde, D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n°388.

principaux (propriété, usufruit, droit d'usage, servitudes, emphytéose, droit de superficie), ne confèrent à leur « titulaire aucune des utilités économiques de la chose : jouissance, usage... Le droit réel est vidé de sa substance matérielle ; il n'en reste que les attributs juridiques – droits de préférence et parfois de suite –, offerts au créancier afin de garantir son droit »¹⁵. La consécration par l'AUS de la garantie-propriété et précisément la propriété retenue ou cédée à titre de garantie constitue un infléchissement à cette « règle fondamentale du droit des sûretés » qui voit dans la sûreté réelle un droit réel accessoire¹⁶. Le principal devient dès lors l'accessoire affecté en garantie de l'exécution d'une obligation¹⁷.

3. La diversité des nantissements. L'Acte uniforme de 1997¹⁸ avait retenu une conception large du nantissement en visant tant les biens meubles corporels que les biens meubles incorporels. Pouvaient ainsi être nantis, les droits d'associés et les valeurs mobilières, les fonds de commerce, le matériel professionnel, les véhicules automobiles et les stocks. La nouvelle acception du nantissement retenue par l'AUS a conduit le législateur à exclure les biens meubles corporels du champ de cette sûreté. Les créances, les comptes bancaires, les droits d'associés, les valeurs mobilières, les comptes de titres financiers¹⁹, les fonds de commerce, les droits de propriété intellectuelle sont autant d'actifs incorporels pouvant

désormais être donnés en nantissement²⁰. L'énumération est loin d'avoir un caractère exhaustif²¹. Les opérateurs économiques se voient ainsi offrir une diversité de régimes en matière de nantissement.

4. L'ambivalence du nantissement. L'analyse de l'AUS révèle l'absence d'un droit commun du nantissement. La multiplication des régimes spécifiques conduit à une véritable hétérogénéité en matière de nantissement et fait de cette sûreté une garantie ambivalente d'une efficacité variable. En effet, les créanciers nantis sont loin de bénéficier d'un traitement égalitaire. Tandis que certains nantissements constituent des sûretés préférentielles conférant à leurs bénéficiaires un droit de préférence, d'autres placent leurs bénéficiaires dans une situation d'exclusivité. Cette hétérogénéité de régimes qui institue une certaine concurrence entre les nantissements ne saurait être ignorée par le créancier dans sa démarche de recherche de la sûreté idéale.

5. La délicate articulation des droits du créancier nanti et de ceux du débiteur placé en procédure collective. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur constitue un moment d'engaisse pour tout créancier. En effet, la « rencontre entre les sûretés et particulièrement les sûretés réelles et les procédures collectives n'est pas toujours

15 L. Aynès et P. CROCQ, *op. cit.*, n°400.

16 D. A. COULIBALY, *op. cit.*, n°11.

17 D. A. COULIBALY, *op. cit.*, n°7.

18 Art. 63.

19 Sur lequel, voir Y. R. KALIEU ELONGO, À la recherche du particularisme du nantissement de compte de titres financiers en droit OHADA, *Revue Togolaise des Sciences Juridiques* n°7, janv.-juin 2015, p. 3 ; D. LOUKAKOU, Le clair-obscur du nantissement

de compte de titres financiers en droit OHADA, in D. LOUKAKOU et B. KEITA (coord.), *Défis du droit des affaires en Afrique*, Mélanges I, p. 169, L'Harmattan, 2020.

20 AUS, art. 126.

21 L'emploi de l'adverbe « notamment » par l'article 126 de l'AUS révèle la volonté du législateur d'ouvrir la catégorie du nantissement aux nouveaux actifs incorporels.

heureuse »²². L'insuffisance des actifs du débiteur aménage considérablement les chances de paiement des créanciers. Dans un tel contexte, la recherche d'un subtil équilibre entre la sauvegarde des intérêts du débiteur et ceux des créanciers paraît nécessaire. L'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (ci-après « l'AUPCAP ») s'est attelé à ce délicat exercice. La balance semble être penchée du côté du débiteur. La nécessité de sauvetage de l'entreprise en difficulté a conduit le législateur à soumettre les créanciers à d'importants sacrifices. La plupart des sûretés consenties par le débiteur sont d'une efficacité assez limitée. Le nantissement ne fait généralement pas exception à la règle. L'ouverture d'une procédure collective entraîne une paralysie des droits du créancier nanti. Les nantissements créant une situation d'exclusivité sont cependant d'une efficacité plus grande que les autres nantissements. Le créancier nanti titulaire d'un droit de rétention ou d'un droit exclusif semble invincible même en cas de procédure collective. Il en résulte l'existence de deux types de créanciers nantis : le créancier titulaire d'un droit exclusif et le créancier titulaire d'un droit de préférence.

6. Vers la consécration d'une *summa divisio* autour des nantissements exclusifs et des nantissements préférentiels. La « recherche de mécanismes conférant aux créanciers une situation

d'exclusivité est une des caractéristiques majeures de l'évolution contemporaine du droit des garanties »²³. Au sein du droit du nantissement, une *summa divisio* semble se dessiner autour de la distinction entre les nantissements conférant un droit de préférence et ceux créant une situation d'exclusivité. Cette diversité de régimes nous conduit à nous interroger sur la situation du créancier nanti dans le contexte actuel de concurrence entre les différentes sûretés. En effet, « les sûretés ne sont pas faites pour le plaisir intellectuel du juriste ni le bénéfice du professionnel du droit ; elles doivent procurer des satisfactions tangibles au créancier »²⁴. La garantie de paiement effectif est la finalité particulière poursuivie par chaque sûreté²⁵. L'efficacité d'une sûreté pour le créancier s'apprécie à l'aune d'un certain nombre de critères. La constitution et la réalisation de la sûreté doivent être simples, rapides et moins coûteuses²⁶. Par ailleurs, la sûreté doit protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité et précisément le concours des autres créanciers du constituant ainsi que le risque d'immobilisation de la créance consécutif à l'exécution tardive par le débiteur de son obligation²⁷. Une récente étude commandée par l'OHADA révèle le peu d'intérêt manifesté par les banques pour certaines sûretés en raison notamment de leurs coûts de constitution et des difficultés rencontrées par les créanciers lors de leur réalisation²⁸. Aussi, la présente étude se propose-t-

22 Y. R. KALIEU ELONGO, préface, in D. A. Coulibaly, Sûretés réelles et procédures collectives OHADA, L'Harmattan, Études africaines, Série Droit, 2021, p. ix.

23 D. LEGEAI, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n°15.

24 H. SYNVE, Le nantissement des meubles corporels, Droit & Patrimoine, n°140, sept. 2005.

25 D. LEGEAI, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n°21 : « Toute sûreté se caractérise (...) par sa finalité particulière. Elle permet à son bénéficiaire d'échapper à la loi du concours entre les créanciers ».

26 L. AYNES et P. CROCCO, *op. cit.*, n°8.

27 D. LEGEAI, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n°5.

28 IDEA CONSULT, Étude de l'impact économique de l'OHADA : effectivité, impact

elle de vérifier si le nantissement fait exception à ce constat.

7. Controverses sur la situation du créancier nanti. Le terme « situation » est polymésique. Dans le dictionnaire Larousse²⁹ on y relève pas moins de six définitions. Selon une première définition, la situation désigne la « manière dont quelque chose, un lieu est placé par rapport à d'autres choses, d'autres lieux ». C'est la situation géographique qui est ici visée. Selon une deuxième définition, elle désigne « la localisation d'une ville par rapport à sa région et au réseau urbain dont elle est un élément ». Cette définition rejoint la première. Une troisième définition vise le « rang, [la] fonction de quelqu'un, de quelque chose dans un groupe ». Cette définition qui met l'accent sur l'état ou la fonction d'une personne au sein d'une communauté ou dans un domaine donné, est celle qui nous intéresse dans la présente recherche. La situation du créancier nanti désigne dès lors l'état de ce dernier en droit de l'OHADA ou du moins, le traitement réservé à ce créancier par le système juridique de l'OHADA. De ce traitement, dépendront les chances de paiement du créancier nanti ainsi que l'attractivité du nantissement.

La littérature juridique sur la situation du créancier nanti est empreinte de controverses. En effet, le droit du nantissement issu de l'AUS s'est très largement inspiré du dispositif issu de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, adoptée par le législateur français et codifiée au sein du Code civil. L'ambiguïté de certaines dispositions de cette ordonnance a donné naissance à des

controverses doctrinales et jurisprudentielles sur la situation du créancier nanti. La question de l'existence ou non d'un droit de rétention ou d'un droit exclusif au profit du créancier nanti et celle de la portée réelle des droits de ce créancier dans la procédure collective du débiteur continuent de diviser la doctrine.

La jurisprudence française n'est pas restée en marge de ce débat. Par touches successives, elle a apporté d'utiles éclairages à la situation du créancier nanti. Un courant jurisprudentiel ayant considérablement fragilisé le nantissement semble progressivement céder la place à une politique jurisprudentielle soucieuse de l'efficacité de cette sûreté. Dans un tel contexte, l'Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit français des sûretés ne pouvait pas ne pas prendre position sur un sujet aussi important. Elle a consacré un certain nombre de règles qui sont particulièrement bienvenues en ce qu'elles viennent améliorer la situation du créancier nanti tout en renforçant l'attractivité de cette garantie. On l'aura compris, le droit du nantissement est loin d'être un océan de paix. Il est régulièrement traversé par des vagues contraires.

Les controverses nées de l'application du droit français du nantissement se posent également en droit de l'OHADA en raison des liens étroits unissant ces deux systèmes juridiques. L'AUS a en effet « maintenu le modèle français, tout en reprenant certains éléments du modèle américain »³⁰. Aussi, les solutions jurisprudentielles retenues par le juge français pourraient-elles guider

économique et uniformité d'application du droit OHADA, Rapport final, octobre 2021, p. 45.

29 Le Petit Larousse illustré 2017, voir « situation ».

30 P. CROCQ, L'impact des enjeux géopolitiques sur la réforme du droit des sûretés au sein de l'OHADA, Revue Droit & Affaires n°16, novembre 2019, 4.

l'interprétation du droit de l'OHADA, ce d'autant plus que la jurisprudence rendue sur le droit de l'OHADA est rare en matière de nantissement.

8. Le nantissement : parent pauvre de la jurisprudence de la CCJA. Dans la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (ci-après « la CCJA »), le nantissement fait figure de parent pauvre. En effet, si la Haute juridiction a rendu d'importants arrêts en droit des sûretés³¹, très peu concernent, à notre connaissance, le nantissement³². Cette rareté de la jurisprudence invite à la prudence et à une analyse attentive du droit du nantissement par les praticiens.

Dans ce contexte, et dès lors que le volume et les modalités du crédit pouvant être accordé à un débiteur sont tributaires de la qualité des sûretés accordées par ce dernier³³, une

recherche sur la situation du créancier nanti n'est pas dénuée de pertinence.

La question qui se pose est dès lors la suivante : quel traitement le droit de l'OHADA réserve-t-il au créancier nanti ?

La présente étude vise à relever l'étendue exacte de l'efficacité du nantissement en droit de l'OHADA notamment en cas de conflits entre les principaux créanciers du constituant et d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur.

L'analyse du régime juridique des nantissements révèle une garantie d'une nature ambivalente. En effet, si le créancier nanti bénéficie d'un niveau de protection dépendant du type de nantissement souscrit par le débiteur (I), il apparaît en réalité comme un créancier particulièrement vulnérable (II).

31 CCJA, 1^{re} ch., 22 février 2018, n°041/2018, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, juill. 2018, n°111k7, p. 3, obs. A. AYEWOUDAN ; Actualités du droit, 11 avril 2018, obs. A. Jaunasse, Actualités du droit, 12 juillet 2019, obs. S. K. EVELAMENOU : (rendu en matière de dation en paiement) ; CCJA, 1^{re} ch., 26 avr. 2018, n°097/2018, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, oct. 2018, n°111q8, p. 6, obs. N. C. M. NDIAYE : (rendu en matière d'hypothèque) ; CCJA, 1^{re} ch., 9 avr. 2020, n°113/2020, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, janv. 2021, n°113s6, p. 5, obs. N. C. M. NDIAYE : (rendu en matière d'hypothèque) ; CCJA, 3^e ch., 30 avril 2020, n°159/2020, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, janv. 2021, n°113s1, p. 3, obs. R. AKONO ADAM : (rendu en matière de garantie autonome) ; CCJA, 3^e ch. 29 mars 2018, n°078/2018 du 29 mars 2018, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, sept. 2018, n°111n4, p. 3, obs. R. AKONO ADAM ; Actualités du droit, 8 janvier 2019, obs. B. KAMENA : (rendu en matière de garantie autonome) ; CCJA, 3^e ch., 25 février 2016, n°022/2016, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, mars 2017, n°110f4, p. 4, obs. F. HESSEMANS : (rendu en matière de gage) ; CCJA, 3^e ch., 27 octobre 2016, n°156/2016,

L'Essentiel Droits Africains des Affaires, févr. 2017, n°110d1, p. 3, obs. D. KABRE : (rendu en matière de cautionnement hypothécaire) ; CCJA, 3^e ch., 25 juin 2020, n°225/2020, Actualités du droit, 5 février 2021, obs. B. KAMENA (rendu en matière de cautionnement) ; CCJA, 1^{re} ch., 20 juin 2019, n°188/2019, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, juill. 2020, n°113g7, p. 6, obs. M.-C. KWAME MOUAFFO épouse KENGNE : (rendu en matière d'hypothèque) ; CCJA, 23 mars 2017, n°042/2017, RTD Com. 2018, p. 836, obs. R. NEMEDEU : (rendu en matière d'hypothèque) ; CCJA, 25 novembre 2021, n°211/2021, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, juin 2022, p. 6, obs. R. AKONO ADAM : (rendu en matière de cautionnement) ; CCJA, 2^e ch., 27 mai 2021, n°082/2021, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, janvier 2022, p. 5, obs. R. AKONO ADAM : (application dans les temps des actes uniformes du 17 avril 1997 et du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés).

32 CCJA, 3^e ch., 24 juin 2021, n°140/2021 : était en cause la validité de l'inscription du nantissement de fonds de commerce.

33 P. CROCQ, L'impact des enjeux géopolitiques sur la réforme du droit des sûretés au sein de l'OHADA, préc.

I. Un créancier titulaire d'une garantie à géométrie variable

La protection accordée au créancier nanti est à géométrie variable dépendant du type de nantissement souscrit par le constituant. Le créancier nanti bénéficie parfois d'un droit exclusif au paiement le mettant à l'abri de tout concours des autres créanciers du constituant (B) alors qu'il subit un tel concours dans certains cas (A).

A. Un créancier soumis à certains égards à la loi du concours

9. Le droit de préférence. Le but d'une sûreté est de garantir l'exécution de l'obligation prévue à la convention de garantie. La défaillance du débiteur ouvre au créancier le droit de réaliser la garantie soit en vendant le bien grevé de sûreté, soit en se le faisant attribuer en pleine propriété. L'efficacité d'une sûreté varie selon qu'elle place ou non le créancier dans une situation d'exclusivité. Le droit moderne des sûretés tend vers la consécration, au sein de la catégorie des sûretés réelles, d'une nouvelle *summa divisio* autour de la distinction entre « sûretés exclusives et sûretés préférentielles »³⁴. Les sûretés exclusives mettent le créancier à l'abri de tout concours des autres créanciers du constituant. Les sûretés préférentielles confèrent quant à elles au créancier un droit de préférence lui permettant d'être payé avant les créanciers de rang inférieur et d'échapper au concours des créanciers chirographaires du débiteur³⁵. Le bénéficiaire d'une sûreté préférentielle

dispose d'un droit de paiement prioritaire sur le prix de la réalisation du bien affecté en garantie³⁶, lequel demeure cependant dans le patrimoine du débiteur. Le titulaire du droit de préférence subit dès lors le concours des autres créanciers privilégiés du constituant tout en étant exposé au risque d'être primé par ces derniers³⁷.

Le droit de préférence s'accompagne d'un droit de suite et d'un droit de réalisation³⁸. Le premier permet au créancier, en cas de mutation de la propriété du bien affecté en garantie, de le saisir et d'exercer son droit de préférence en quelques mains qu'il se trouve³⁹. Le créancier se trouve ainsi protégé contre les actes du débiteur indélicat cherchant à faire sortir de son patrimoine le bien grevé de sûreté. La jurisprudence a d'ailleurs assoupli les conditions d'exercice de l'action paulienne pour ce créancier, qui n'a pas à démontrer l'insolvabilité du débiteur⁴⁰. Le second quant à lui confère au créancier le droit de vendre le bien et de se faire payer sur le prix ou celui de s'attribuer le bien en pleine propriété au moyen d'un pacte comissoire lorsque cette possibilité est prévue dans la convention de garantie. L'AUS a eu le grand mérite de faciliter la réalisation des garanties en consacrant le pacte comissoire qui désigne l'attribution, au créancier, de la propriété du bien affecté en garantie en cas de défaillance du débiteur. Le créancier se trouve ainsi prémuni des aléas et du coût de l'exécution forcée. L'existence de créanciers ayant des droits concurrents sur un même bien

34 L. BOUGEROL, Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? Revue de droit bancaire et financier n°5, septembre 2014, dossier 36.

35 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°6.

36 D. A. COULIBALY, *op. cit.*, n°66.

37 F. ANOUKAHA, A. CISSÉ-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. Y. N'DIAYE, M. SAMB, *Ohada sûretés*, Juriscope, 2002, n°326.

38 Y. KALIEU ELONGO, *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, préc., p. 8.

39 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°401.

40 Cass. 3^e civ., 12 octobre 2005, n°03-12.396, Bull. III, n°189.

pourrait cependant priver le droit de préférence de son efficacité.

10. L'efficacité limitée du droit de préférence. Le droit de préférence est une garantie qui accroît les chances de paiement du créancier au détriment des créanciers privilégiés de rang inférieur et des créanciers chirographaires. Le créancier impayé se voit conférer le droit de réaliser la sûreté et d'être préféré aux autres créanciers sur les deniers issus de cette réalisation.

Le droit de préférence qui accroît les chances d'exécution de l'obligation garantie est cependant d'une efficacité limitée lorsque son titulaire se trouve en présence de créanciers de rangs préférentiels ou lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective.

En effet, il peut arriver qu'un même bien soit grevé de plusieurs sûretés et que chacun des créanciers cherche à l'appréhender. Dans cette « guerre des grands créanciers »⁴¹, la question se pose alors de savoir lequel des créanciers doit être préféré. Autrement dit, pourrait-il exister une « préférence dans la préférence »⁴² ? La réponse à ces questions « oblige à un choix de politique législative afin de savoir quel est le crédit qui l'emporte »⁴³.

Le droit de l'OHADA a posé en la matière un certain nombre de règles permettant de départager les créanciers en concours. Un classement légal des droits préférentiels est établi⁴⁴. La nécessité d'assurer le sauvetage de l'entreprise en difficulté a conduit le législateur à faire primer lors de la distribution, le créancier acceptant de financer le débiteur postérieurement à l'ouverture de la procédure collective⁴⁵. Ce créancier est alors titulaire du privilège dit de *new money* ou d'argent frais. Les grands créanciers, notamment les établissements de crédit, sont ainsi incités à soutenir le débiteur en difficulté. Outre le classement des droits préférentiels, les titulaires de sûretés concurrentes grevant un même bien seront départagés par la date d'opposabilité de la sûreté aux tiers qui est selon le cas la date d'inscription de la sûreté au registre du commerce et du crédit mobilier⁴⁶ ; la date de la dépossession du débiteur⁴⁷ ; la date de la déclaration signée par le constituant en cas de nantissement de compte de titres financiers⁴⁸ ou de la date de la notification de la sûreté au tiers détenant le bien grevé de sûreté pour le compte du constituant⁴⁹.

L'efficacité du droit de préférence dépend dès lors « du rang qui lui est conféré par le législateur dans

41 L'expression est empruntée à R. Bigot, La guerre des grands créanciers : assurance-vie rachetable et droit exclusif au paiement du créancier nanti, D. actu. 28 juill. 2020.

42 L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n°401.

43 L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n°401.

44 AUS, art. 225 et 226 ; AUPCAP, art. 166 et 167.

45 AUPCAP, art. 166 et 167.

46 AUS, art. 57. Sont opposables aux tiers à compter de leur publication au registre du commerce et du crédit mobilier : la propriété retenue à titre de garantie (AUS, art. 74) ; la cession de créance à titre de garantie (AUS, art. 82, al. 1) ; le gage sans dépossession (AUS, art. 97, al. 1) ; le nantissement de créance (AUS, art.

131) ; le nantissement de droits d'associé et de valeurs mobilières (AUS, art. 143, al. 1) ; le nantissement de droits de propriété intellectuelle (AUS, art. 160, al. 1) ; le nantissement de fonds de commerce (art. 165, al. 1).

47 C'est le cas en matière de gage avec dépossession (AUS, art. 97, al. 1).

48 C'est le cas du nantissement de compte de titres financiers (AUS, art. 147, al. 1).

49 C'est le cas du transfert fiduciaire de somme d'argent à titre de garantie qui devient opposable aux tiers à compter de sa notification à l'établissement teneur du compte (AUS, art. 89).

le classement, lequel est commandé par des considérations politiques »⁵⁰.

En outre, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant amenuise considérablement les chances de paiement du créancier titulaire d'un droit de préférence lequel est généralement primé par les créanciers bénéficiaires de sûretés exclusives (propriété retenue ou cédée à titre de garantie, sûretés conférant un droit exclusif au paiement, droit de rétention) ou de certains privilèges⁵¹. L'absence de transfert de la propriété du bien nanti au créancier confère aux organes de la procédure collective le pouvoir de décider du sort de ce bien.

L'on voit ainsi qu'à la différence de la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le droit de préférence et le droit de suite « ne confèrent pas une protection complète au créancier dans la mesure où leur objet demeure dans le patrimoine du débiteur, ce qui a notamment pour conséquences, d'une part, que le créancier peut se retrouver en concours avec un autre créancier titulaire sur le même bien d'un droit de préférence prioritaire par rapport au sien et, d'autre part, qu'en cas de "faillite" du débiteur, l'objet de son droit de préférence étant inclus dans l'actif du débiteur en difficulté, le créancier verra ses droits restreints par l'application des règles de la procédure collective »⁵².

Appartenant à la famille des sûretés préférentielles, le nantissement expose le créancier nanti à la loi du concours.

11. La soumission du créancier nanti à la loi du concours.

Le nantissement est traditionnellement rangé dans la catégorie des « sûretés exposant le créancier à la loi du concours »⁵³ tout en lui conférant un droit de préférence⁵⁴. Le créancier qui est exposé à un tel concours ne saurait prétendre à un droit exclusif sur le bien affecté en garantie, le droit de préférence étant par nature incompatible avec une situation d'exclusivité.

La qualification de sûreté préférentielle retenue à propos du nantissement repose sur de solides fondements textuels. En effet, dans bien des cas, le législateur reconnaît au créancier nanti un droit de préférence. Ce droit lui est reconnu en cas de nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières⁵⁵, de nantissement de droits de propriété intellectuelle⁵⁶ et de nantissement de fonds de commerce⁵⁷.

Titulaire d'un droit de préférence, le créancier nanti est alors soumis à la loi du concours, ce qui est de nature à amoindrir l'attractivité du nantissement⁵⁸. Lorsqu'il reçoit un paiement, il le perçoit pour compte de tous les ayants droit, et doit le restituer à ceux qui lui sont préférables⁵⁹. À cet égard et lorsque le débiteur est *in bonis*, les articles 225 et 226 de l'AUS

50 L. BOUGEROL, art préc. Adde, J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Dalloz, 2014, n°200 : « On s'aperçoit ainsi que le droit des sûretés réelles est dépendant de choix de politique législative afin de savoir quel créancier mérite d'être payé en priorité ».

51 Voir *infra*, II-B.

52 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 6.

53 Le Lamy Contrats internationaux, n°114-14 et s.

54 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°400.

55 AUS, art. 144.

56 AUS, art. 161.

57 AUS, art. 178.

58 F. ANOUKAHA, A. CISSÉ-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. Y. NDIAYE, M. SAMB, *op. cit.*, n°326.

59 L. AYNÈS, *Le nantissement de créance entre gage et fiducie*, *Droit & Patrimoine*, sept. 2007, p. 66.

définissent respectivement l'ordre de distribution des deniers provenant de la réalisation des biens immeubles⁶⁰ et meubles du débiteur. Dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des biens meubles, le créancier nanti occupe la quatrième place du classement derrière les créanciers de frais de justice, les créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur et les créanciers de salaires superprivilégiés. Le créancier nanti occupe ce rang avec les créanciers garantis par un privilège général soumis à publicité, un gage, ou un nantissement. Ces créanciers sont départagés par la date d'opposabilité de leur sûreté aux tiers. Aussi, au sein des créanciers de la quatrième catégorie, le créancier nanti sera-t-il primé par les créanciers ayant publié leur garantie avant la sienne ou à tout le moins accompli la formalité d'opposabilité de leur garantie avant lui.

L'ouverture d'une procédure de liquidation des biens à l'égard du constituant n'améliore guère la situation du créancier nanti. La nécessité de favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté a conduit le législateur à accorder un privilège d'une grande efficacité aux créanciers acceptant d'apporter un concours financier, un bien nouveau ou un service au débiteur postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Pour bénéficier de ce privilège dit de *new money* ou d'argent frais, le concours financier, le bien ou service doit être fourni « en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise

débitrice et sa pérennité ». Ce privilège s'applique aux concours financiers, biens et services fournis dans les procédures de conciliation⁶¹, de règlement préventif⁶² et de redressement judiciaire⁶³. Les apports consentis dans le cadre d'une augmentation de capital social du débiteur et les créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective ne sont pas éligibles au privilège d'argent frais. Les créanciers bénéficiaires priment tous les autres créanciers dans la procédure de distribution. La consécration de ce privilège a conduit à la relégation du créancier nanti au cinquième rang du classement⁶⁴ après les créanciers bénéficiant du privilège *de new money*, les créanciers de frais de justice, les créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur et les créanciers de salaires superprivilégiés⁶⁵. Ce rang réduit considérablement les chances de paiement du créancier dans la procédure collective du débiteur dès lors que la plupart des procédures collectives ouvertes dans l'espace OHADA font l'objet d'une clôture pour insuffisance d'actifs.

Les nantissements conférant au créancier un droit de préférence sont ainsi d'une efficacité variable selon que d'autres créanciers du constituant réclament ou non des droits concurrents sur le bien nanti ou que le constituant est ou non *in bonis*. Le risque que le créancier soit primé par des créanciers de rang prioritaire paraît élevé. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure

60 Pour une application de ce texte, voir CCJA, 1^{re} ch., 26 avr. 2018, n°097/2018, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, oct. 2018, n°111q8, p. 6, obs. N. C. M. NDIAYE ; CCJA, 1^{re} ch., 9 avr. 2020, n°113/2020, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, janv. 2021, n°113s6, p. 5, obs. N. C. M. NDIAYE.

61 AUPCAP, art. 5-11.

62 AUPCAP, art. 11-1.

63 AUPCAP, art. 33-1.

64 Sur cette question, voir J. KOM, Droit OHADA des entreprises en difficulté. Prévention-traitements-sanctions, 2^e édition revue, corrigée et augmentée, préf. de S. S. KUATE TAMEGHÉ, L'Harmattan, Série Droit, Etudes africaines, 2021, n°583 et s.

65 AUPCAP, art. 167.

d'insolvabilité amenuise considérablement les chances de paiement du créancier. Ces tares congénitales des nantissements conférant un droit préférentiel réduisent l'attractivité de ces garanties et conduisent les créanciers à recourir à des sûretés exclusives qui sont d'une grande efficacité notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le régime de certains nantissements tend progressivement à s'aligner sur celui des sûretés exclusives. Aussi, convient-il de vérifier l'aptitude du nantissement à conférer au créancier une protection équivalente ou du moins comparable à celle offerte par les sûretés exclusives considérées dans les différents systèmes juridiques comme les reines des sûretés.

B. Un créancier échappant à certains égards à la loi du concours

12. Les sûretés exclusives. Les sûretés conférant une exclusivité au créancier sont peu nombreuses en droit de l'OHADA⁶⁶. Il en est ainsi du droit de rétention⁶⁷, de la propriété retenue⁶⁸ ou cédée⁶⁹ à titre de garantie.

La question se pose de savoir si le nantissement confère une telle exclusivité au créancier nanti. Aussi, une analyse minutieuse des régimes des différents nantissements s'impose-t-elle.

66 P. CROCQ, Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, *Droit & Patrimoine*, n°197, novembre 2010.

67 AUS, art. 67 et s.

68 AUS, art. 72 et s.

69 AUS, art. 79 et s.

70 P.-M. LE CORRE, L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, *D.* 2001, p. 2815.

71 L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n°448.

72 AUS, art. 67.

13. La reconnaissance d'un droit de rétention au créancier nanti sur compte de titres financiers. Le droit de rétention est une sûreté d'une grande efficacité. Invincible dans la procédure collective du débiteur⁷⁰, ce droit dont la force « repose non sur une action, mais sur une abstention », produit un « effet purement négatif »⁷¹. Le créancier impayé est admis à retenir le bien appartenant au débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance⁷². L'opposabilité *erga omnes* et l'indivisibilité sont les principaux traits caractéristiques de ce droit⁷³.

L'efficacité du droit de rétention était cependant limitée dans l'Acte uniforme du 17 avril 1997⁷⁴ portant organisation des sûretés qui assimilait les effets du droit de rétention à ceux du gage, c'est-à-dire en octroyant un droit de préférence au créancier, alors que « fondé essentiellement sur un pouvoir de blocage du bien retenu, le droit de rétention ne peut que générer une situation d'exclusivité incompatible avec toute notion de préférence et de classement »⁷⁵. Cette efficacité a été restaurée par l'AUS⁷⁶.

Le droit de rétention « supposant une mainmise physique sur la chose assiette du droit »⁷⁷, il a paru pendant longtemps, inconcevable qu'il puisse porter sur un bien incorporel⁷⁸. Pour certains auteurs, l'admission d'un tel droit est cependant « tout à fait

73 Sur lesquelles, voir L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n°448.

74 Art. 43.

75 P. CROCQ, Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, préc.

76 Sur cette réforme, voir, P. CROCQ, Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, préc.

77 D. LEGEAIS, Nantissement de créance, *JurisClasseur Notarial Formulaire*, Fasc. 40.

78 L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n°443 ; Adde, M. MIGNOT, Le nantissement de

concevable dès lors que le droit de rétention s'analyse en un droit de paralyser les prérogatives du titulaire du bien assiette de la garantie »⁷⁹. Cette conception renouvelée du droit de rétention déconnecté de toute mainmise physique, semble avoir séduit le législateur qui reconnaît un droit de rétention au créancier bénéficiaire d'un nantissement de compte de titres financiers⁸⁰ alors même que les titres financiers constituent, selon l'opinion doctrinale dominante⁸¹, des actifs incorporels.

14. Les controverses sur le droit de rétention du créancier nanti sur créance. Dans le silence des textes, la question se pose de savoir si le droit exclusif au paiement reconnu au créancier titulaire d'un nantissement de créance pourrait s'analyser en un droit de rétention⁸². La doctrine est divisée sur la question. Certains auteurs reconnaissent un droit de rétention au créancier nanti⁸³. Le droit exclusif au paiement entraîne une paralysie des prérogatives du titulaire de la créance nantie et pourrait en cela s'analyser en un droit de rétention. Il s'agit d'une conception renouvelée du droit de rétention reposant sur un pouvoir de blocage⁸⁴ et à laquelle nous souscrivons. Ce droit de rétention naît de la notification qui consolide les droits du créancier sur la créance nantie en le mettant à l'abri de tout concours avec les autres créanciers et organes de

la procédure collective. Le législateur français a doté le créancier nanti d'un tel droit dans l'Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés⁸⁵. Cette assimilation du droit exclusif au paiement à un droit de rétention est cependant critiquée par un auteur qui considère qu'un droit de rétention ne saurait exister sur un droit incorporel et que le droit de rétention ne naît pas d'un acte unilatéral de volonté (la notification) d'une personne⁸⁶.

15. La reconnaissance d'un droit exclusif au paiement⁸⁷ au créancier nanti sur créance. Le droit exclusif au paiement permet au créancier nanti, et à lui seul, de recevoir le produit de la sûreté et d'échapper, en conséquence, au concours des autres créanciers du débiteur. Les dispositions relatives au nantissement de créance invitent à reconnaître un tel droit au créancier nanti. Il en est ainsi de l'article 133 de l'AUS qui dispose qu'« après notification ou intervention à l'acte du débiteur de la créance nantie, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de cette créance tant en capital qu'en intérêts et autres accessoires, même lorsque le paiement n'a pas été poursuivi par lui ». Le créancier nanti qui est le seul admis à recevoir la créance nantie en paiement échappe à tout concours des autres créanciers du

créance, JCP G 2021, suppl. au n°43-44, p. 46 : « un droit de rétention ne peut exister sur un droit incorporel ».

79 D. LEGEAIS, Nantissement de créance, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fasc. 40 ; du même auteur, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n°515.

80 AUS, art. 151, al. 1.

81 Sur la thèse de la corporalité des valeurs mobilières, voir D. R. MARTIN, De la nature corporelle des valeurs mobilières, D. 1996, chron. 47.

82 Voir *infra*, n°15.

83 D. LEGEAIS, Nantissement de créance, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fasc. 40 ; A. AYNÈS, Le créancier nanti sur créance et titres financiers face aux procédures collectives, Revue des procédures collectives, sept. 2022, dossier 34.

84 D. LEGEAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n°524.

85 Code civil, art. 2363.

86 M. MIGNOT, Le nantissement de créance, préc.

87 Pour une critique de la notion de « droit exclusif au paiement », voir, M. MIGNOT, Le nantissement de créance, préc.

constituant⁸⁸. Ce droit exclusif qui est une innovation de l'AUS visant à renforcer l'efficacité de cette sûreté⁸⁹ est conforté par les dispositions de l'article 134 de l'AUS qui règlent le sort de la créance nantie en cas d'antériorité de l'échéance de celle-ci à celle de la créance garantie. Le créancier nanti conserve alors les sommes à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à charge pour lui de les restituer au constituant si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier nanti affecte les fonds au remboursement de sa créance, dans la limite des sommes impayées. Au cas où l'échéance de la créance garantie serait antérieure à celle de la créance nantie, le créancier peut se faire attribuer, par la juridiction compétente ou dans les conditions prévues par la convention, la créance nantie ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. Cette « addition du droit à paiement direct et de l'attribution de la propriété de la créance devrait renforcer très sensiblement la position du créancier nanti face aux privilèges généraux et aux autres créanciers d'un constituant contre lequel est ouverte une procédure collective »⁹⁰.

La jurisprudence rendue récemment en France, sur le fondement de textes assez similaires à ceux du droit de l'OHADA, conforte cette analyse. En effet, l'article 2363 du Code civil français dans sa version antérieure à celle issue de l'Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés était rédigé dans les mêmes termes que l'article 133 précité de l'AUS. L'Ordonnance du 26 mars 2006 relative aux sûretés dont est issue cette disposition, a selon, un auteur, modernisé le nantissement de créance en donnant à celui-ci « un visage original, à mi-chemin du gage et de la propriété fiduciaire » et qu'elle pouvait être interprétée en faveur de la reconnaissance, au créancier nanti, d'un droit exclusif au paiement⁹¹. Un arrêt rendu le 26 mai 2010 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française qui a fait échapper la créance nantie aux organes de la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur, a été interprété en faveur de la reconnaissance d'« un droit exclusif à la réception et la conservation du paiement »⁹². La solution consacrée par cet arrêt a cependant été fragilisée par des arrêts postérieurs dont notamment un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 janvier 2020⁹³.

88 J. BENNEPHTALI, Le nantissement de créance et le droit des procédures collectives, thèse Université Paris 12, 2019, n°231 : « L'utilisation de l'adverbe "seul" permet de considérer que, non seulement la notification oriente le paiement vers le créancier nanti, mais que ce droit au paiement lui serait conféré de façon exclusive, excluant par conséquent tous les autres créanciers ».

89 P. CROCQ, Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, D. 2011, p. 432 ; O. FILLET-LAMBIE et A. MARCEAU-COTTE, art. préc.

90 H. SYNVET, Le nantissement des meubles corporels, Droit & Patrimoine, n°140, sept. 2005.

91 L. AYNÈS, Le nantissement de créance, entre gage et fiducie, Droit & Patrimoine, sept. 2007, p. 66.

92 P. DUPICHOT, Novembre-juin 2010 : bienheureux les rétenteurs et possesseurs, malheureux les cautions averties et les hypothécaires, Droit & Patrimoine, n° 195, novembre 2010.

93 Com., 22 janvier 2020, n°18-21.647 : JurisData n°2020-000656, Revue de droit bancaire et financier n°2, mars 2020, comm. 33, D. LEGAIS ; Revue des contrats, juin 2020, p. 56, obs. M. JULIENNE ; Revue des procédures collectives, n°3, mai-juin 2020, comm. 80, A.-MARTIN-SERF ; Actualité des procédures collectives civiles et commerciales, n°5, 13 mars 2020, comm. 61, N. BORGA ; JCP G

L'efficacité tant attendue du nantissement de créance sera restaurée par deux arrêts de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation française rendus le 2 juillet 2020⁹⁴ et le 17 septembre 2020⁹⁵. Ces décisions rendues au double visa de l'article 2363 du Code civil et de l'article L. 132-10 du Code des assurances, confèrent au bénéficiaire d'un nantissement de contrat d'assurance vie rachetable, « un droit exclusif au paiement de la valeur de rachat, excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers du souscripteur, même privilégiés ». Le visa de l'article 2363 du Code civil conforte l'applicabilité de cette solution au nantissement de créance qui est devenue, en droit français, « la reine des sûretés »⁹⁶, « une sûreté fortifiée »⁹⁷. En dehors du nantissement de créance, la reconnaissance d'un droit exclusif au créancier nanti sur le solde du compte bancaire est loin de faire l'unanimité en doctrine.

16. Controverses sur le droit exclusif du créancier nanti sur le solde du compte bancaire. La question se pose de savoir si le créancier nanti bénéficie d'un droit exclusif sur le solde du compte bancaire. Le nantissement de compte bancaire n'est, en effet, rien d'autre qu'une « déclinaison particulière du nantissement de

créance »⁹⁸ au régime duquel il est d'ailleurs soumis⁹⁹. La détermination de l'étendue exacte des droits conférés par ce nantissement est source de controverses.

En effet, à l'instar de l'article 2360 du Code civil français, l'article 137, alinéa 1 de l'AUS dispose que « lorsque le nantissement porte sur un compte bancaire, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif au jour de la réalisation de la sûreté, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en matière de saisie-attribution des créances pratiquée entre les mains d'un établissement de crédit ». Selon un auteur, ce texte « interdit au constituant de disposer de la créance de solde, mais il le laisse libre de faire fonctionner le compte », ce qui fait de cette garantie à la fois, « une sûreté relativement "indolore" tant que le débiteur honore ses obligations » et une « sûreté aléatoire » dès lors que le créancier nanti pourrait à l'échéance se retrouver avec un compte en position débitrice¹⁰⁰. Aussi, la pratique a-t-elle a recours à des clauses particulières encadrant la liberté du constituant¹⁰¹. Indépendamment de cet encadrement

n°14, 6 avril 2020, 423, obs. J.-D. PELLIER ; Bull. Joly entreprises en difficulté, juill.-août 2020, n°117u6, obs. T. Le GUEUT.

94 Cass. civ. 2^e, 2 juill. 2020, n°19-11.417 et n°19-13.636 ; D. actu. 28 juill. 2020, obs. R. BIGOT ; RTD Civ. 2020, p. 666, obs. C. GIJSBERS ; RGDA n°-9, août-sept. 2020, 117r4, obs. L. MAYAUX ; Revue de droit bancaire et financier, n°6, novembre-décembre 2020, comm. 131, D. LEGEAIS ; JCP 2020. Doctr. 1052, n°15, obs. P. DELEBECQUE ; LEDC sept. 2020, p. 5, obs. N. LEBLOND ; LEDB sept. 2020, p. 7, obs. M. MIGNOT ; D. 2020, p. 1940, obs. J.-D. PELLIER.

95 Cass. civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° 19-10.420, D. 2020. 1836 ; D. actu. 12 oct. 2020, obs. R. BIGOT.

96 L. MAYAUX, RGDA n°-9, août-sept. 2020, 117r4.

97 R. BIGOT, Une sûreté fortifiée : le nantissement du contrat d'assurance-vie, D. actu. 12 oct. 2020.

98 H. SYNDET, Le nantissement de compte, Droit & Patrimoine, n°161, juill. 2007.

99 AUS, art. 136.

100 H. SYNDET, Le nantissement de compte, préc.

101 Sur ces clauses, voir, A. ARSAC et M. ROUSSILLE, Blocage d'un compte bancaire nanti, Revue de droit bancaire et financier, n°3, mai 2014, étude 10 ; CH. GIJSBERS et M. JULIENNE, La clause de blocage conservatoire du compte nanti, RLDC, janv. 2015, p. 28.

de la liberté du constituant dans la gestion du compte nanti, la question se pose de savoir si le créancier nanti dispose d'un droit exclusif sur le solde du compte bancaire.

Les auteurs favorables à une telle reconnaissance opèrent une distinction entre la constitution de cette sûreté et son opposabilité aux tiers. *Inter partes*, le nantissement de compte prend effet à la date de sa conclusion. Pour son opposabilité aux tiers, une distinction s'impose. Il est devenu opposable aux tiers à compter de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier¹⁰², tandis que son opposabilité à l'établissement de crédit teneur du compte nanti n'intervient qu'à compter soit de sa notification, soit de l'intervention de ce dernier au contrat de nantissement¹⁰³. L'inscription de la sûreté au registre du commerce et du crédit mobilier permettrait au créancier nanti de tenir en échec les saisies-attributions et les avis à tiers détenteur intervenus postérieurement à cette inscription. C'est en cela qu'un auteur considère que « la constitution du nantissement réserve au créancier nanti les soldes créditeurs à venir »¹⁰⁴. Ce « monopole »¹⁰⁵ l'investit « d'un véritable droit à paiement direct contre le teneur de compte » qu'il exercera en cas de défaillance du débiteur¹⁰⁶.

D'aucuns ont pu douter de l'existence de ce droit exclusif pour deux principales raisons. La première raison tient à la disponibilité, avant la réalisation du nantissement, des sommes inscrites en compte, confortée par les dispositions de l'alinéa 1^{er} de

l'article 137 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui précisent que « la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif au jour de la réalisation de la sûreté ». Cette disponibilité serait incompatible avec l'existence d'un monopole du créancier nanti sur les créances inscrites en compte. L'analyse revient selon les défenseurs du droit exclusif, à « méconnaître que la "disponibilité" des avoirs monétaires du constituant est seulement l'autre face de ce que, tant que le nantissement n'est pas mis à exécution, le compte continue à fonctionner ; la règle intéresse le constituant et non ses créanciers, qui sont soumis à la règle d'opposabilité »¹⁰⁷ inscrite à l'article 2360 du Code civil qui n'est rien d'autre que l'équivalent de l'article 131 de l'AUS.

La seconde raison tient à l'assimilation du nantissement à la cession qui résulterait de la reconnaissance d'un droit exclusif au créancier nanti sur le solde du compte¹⁰⁸. Le nantissement deviendrait alors une opération translatrice de propriété. Selon un auteur, si « tel avait été la volonté du législateur, il est permis de penser qu'une rédaction plus claire aurait été retenue »¹⁰⁹. Le risque d'une remise en cause du monopole du créancier nanti par d'autres créanciers du constituant ou les organes de la procédure collective ouverte à l'encontre de ce dernier n'est dès lors pas à exclure.

La reconnaissance d'un droit exclusif au créancier nanti nous paraît

102 AUS, art. 131.

103 AUS, art. 132.

104 H. SYNDET, Le nantissement de compte, préc.

105 H. SYNDET, Le nantissement de compte, préc.

106 H. SYNDET, Le nantissement de compte, préc.

107 H. SYNDET, Le nantissement de compte, préc.

108 D. LEGAIS, Nantissement de créance, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fasc. 40.

109 D. LEGAIS, Nantissement de créance, JurisClasseur Notarial Formulaire, Fasc. 40.

cependant reposer sur un solide argument textuel. En effet, l'article 136 de l'AUS dispose que « le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance » et que « les règles de celui-ci lui sont applicables, sous réserve des dispositions de la présente section ». Le droit exclusif au paiement conféré par le nantissement de créance devrait dès lors bénéficier au créancier titulaire d'un nantissement de compte¹¹⁰.

L'analyse du droit du nantissement révèle une sûreté ambivalente. La situation du créancier titulaire d'un nantissement exclusif est nettement meilleure relativement à celle du créancier bénéficiaire d'un nantissement préférentiel. Une analyse approfondie du droit du nantissement révèle cependant la vulnérabilité du créancier nanti.

II. Un créancier vulnérable

Le créancier nanti est titulaire d'une sûreté d'une efficacité limitée en raison, d'une part, du risque accru d'amenuisement inhérent aux actifs pouvant être donnés en nantissement (A) et d'autre part, de l'emprise grandissante du droit des procédures collectives sur le droit du nantissement (B).

A. Un créancier exposé à un risque accru d'amenuisement de l'assiette de la garantie

17. Le risque de diminution de l'assiette de la garantie. Les sûretés personnelles sont généralement présentées comme étant d'une efficacité moindre que les sûretés réelles dans la mesure où les chances de paiement du créancier bénéficiaire d'une sûreté

personnelle sont subordonnées à la solvabilité du débiteur principal laquelle « n'est pas toujours aisée à apprécier au moment de la constitution de la garantie et à maintenir pendant la durée du crédit »¹¹¹. Les sûretés réelles au contraire, consistent en l'affectation d'un bien ou d'une masse de biens au paiement d'une créance¹¹². L'observation, l'a-t-on relevé, « n'a jamais été pleinement exacte : lorsque le débiteur adjoint est une banque, la sûreté personnelle est excellente ; lorsque la valeur de la sûreté réelle est inférieure au montant de la créance garantie ; la sûreté réelle est insuffisante »¹¹³.

Aussi, le risque de diminution de l'assiette de la sûreté postérieurement à la constitution de la garantie est-il propre à toute sûreté. Le bien affecté en garantie peut perdre de la valeur ou être détruit postérieurement à la constitution de la garantie. C'est la raison pour laquelle les contrats de garantie imposent généralement au constituant l'obligation d'assurer le bien contre certains sinistres et le report de la garantie sur l'indemnité d'assurance au moyen de la subrogation réelle. Parfois, le constituant est tenu de fournir des garanties complémentaires en cas de diminution de l'assiette de la sûreté. Ainsi, existe en matière de nantissement de compte de titres financiers, la clause d'arrosage par laquelle le constituant s'engage à reconstituer l'assiette de la sûreté par l'apport de titres nouveaux en cas de baisse de la valeur des titres initialement nantis.

Si le risque d'amenuisement de l'assiette de la garantie est propre à toute sûreté, il semble cependant élevé en matière de nantissement en raison de

110 Dans le même sens et en droit français, voir P. CROCQ, Nantissement, Répertoire Dalloz de droit civil.

111 Y. KALIEU ELONGO, Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, préc., p. 10.

112 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°409.

113 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°409.

la nature particulière des biens pouvant faire l'objet de cette garantie. L'analyse des régimes des différents nantissements nous permettra de nous en convaincre.

18. La soumission du créancier au risque de défaillance du débiteur de la créance nantie. La situation du créancier bénéficiaire d'un nantissement de créance ou de compte bancaire, semble comparable à celle du créancier titulaire d'une sûreté personnelle¹¹⁴. En matière de sûreté personnelle, c'est le patrimoine du constituant qui est affecté à la garantie de l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles¹¹⁵. Le droit conféré au créancier nanti est alors « un droit contre une personne, le débiteur de la créance nantie »¹¹⁶. À la relation liant le créancier nanti au débiteur, vient s'ajouter un lien nouveau unissant le créancier au débiteur de la créance nantie. La garantie ne repose pas sur un élément précis du patrimoine du débiteur de la créance nantie. L'engagement du débiteur est dès lors « un engagement de patrimoine »¹¹⁷. En conséquence et sauf restrictions conventionnelles particulières, ce dernier pourra librement disposer des éléments de son patrimoine¹¹⁸. Par ailleurs, les créanciers du constituant pourront prétendre à des droits sur la créance nantie. Le gage général ainsi conféré au créancier étant alors « une garantie

illusoire »¹¹⁹, l'efficacité de la sûreté personnelle dépend de la solvabilité du constituant au moment de sa réalisation. Aussi, comprend-t-on la précaution des praticiens de cumuler cette sûreté avec d'autres garanties dans les opérations de financement.

Le nantissement de créance place le créancier nanti dans une situation assez similaire à celle d'un créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle. Les propos d'un auteur résument parfaitement la situation : « Dès lors que la sûreté porte sur une créance dont l'objet, autrement dit, est un lien personnel, sa solidité est variable d'une espèce à l'autre et au cours du temps ; elle dépend de la solvabilité et du sérieux du débiteur, outre les aléas de la conjoncture économique. La substance économique de la sûreté ne se découvre véritablement qu'au moment où la créance nantie étant devenue exigible, son paiement est recherché »¹²⁰. Toute amélioration ou diminution de la solvabilité du débiteur augmentera ou amoindrira les chances de paiement du créancier nanti. En effet, entre la constitution de la sûreté et sa réalisation, la situation du débiteur pourrait avoir considérablement varié.

À ce risque d'amenuisement de l'assiette de la sûreté, s'ajoute la fragilisation des droits du créancier nanti en raison des vices inhérents à la créance nantie. Certains vices inhérents à ce lien (compensation, prescription) peuvent affecter les droits du créancier

114 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°525 : « Le créancier nanti pourra réclamer le paiement à une autre personne que le débiteur principal : cette sûreté réelle présente donc certains aspects d'une sûreté personnelle ».

115 AUS, art. 1^{er}.

116 D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc., n°515.

117 T. REVET, *La désubjetivation du patrimoine*, D. 2022, p. 469.

118 D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, préc., n°19 : « lorsque la sûreté est personnelle, les biens affectés appartiennent à un tiers, le garant, et ce dernier ne subit aucune restriction de pouvoirs sur les biens composant son patrimoine ».

119 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°4.

120 O. SALVAT, *De l'opportunité pour le créancier garanti, d'une attribution partielle de la créance*, *Revue de droit bancaire et financier*, juill.-août 2014, étude 18.

nanti¹²¹.

19. Le délicat exercice de l'option prévue à l'article 134 de l'AUS. Lors de la réalisation du nantissement de créance, le créancier doit minutieusement analyser les options prévues à l'article 134 de l'AUS. Ce texte règle le cas où l'échéance de la créance nantie serait antérieure à celle de la créance garantie et la situation inverse.

Dans le premier cas, le créancier nanti conserve les sommes à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à charge pour lui de les restituer au constituant si l'obligation garantie est exécutée. Le nantissement de créance se transforme alors en un gage-espèces¹²². En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier nanti affecte les fonds au remboursement de sa créance, dans la limite des sommes impayées.

Dans le second cas, le créancier dispose d'une option entre attendre l'échéance de la créance nantie et demander l'attribution, par la juridiction compétente ou dans les conditions prévues par la convention, de la créance nantie ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. C'est ce cas qui nous intéresse véritablement. L'exercice de l'option doit résulter d'un choix mûrement réfléchi en raison des conséquences juridiques qui y sont attachées. En effet, l'attribution en paiement de la créance nantie aura pour effet d'opérer au profit du créancier

nanti le transfert de la propriété de cette créance et « d'éteindre immédiatement la créance [garantie] à concurrence de la valeur estimée, mais sans aucune certitude que le débiteur honorera, le moment venu, son obligation. S'il se révèle insolvable, il ne sera plus question de se retourner contre le constituant défaillant, dont la dette aura disparu de la vie juridique »¹²³. Dans ces conditions, le créancier nanti aura généralement intérêt à attendre l'échéance de la créance nantie pour demander paiement au débiteur. Sa créance à l'égard du constituant survivra alors jusqu'au paiement à son profit de la créance nantie. Dès lors « et hors procédure collective, la demande par le créancier garanti d'un transfert de la créance à son profit ne semblerait avoir de sens que si la créance nantie était aisément mobilisable sans décote draconienne, de sorte qu'elle permette à son bénéficiaire un remboursement prompt, exclusif de perte substantielle »¹²⁴.

20. Le « défaut structurel du nantissement »¹²⁵ de compte bancaire. Le risque élevé de diminution de l'assiette de la sûreté propre au nantissement de créance se rencontre également en matière de nantissement de compte bancaire. En pratique, la constitution de cette sûreté n'entraîne pas de blocage du compte dans la mesure où un tel blocage entraînerait une paralysie de l'activité du constituant. Le constituant continuera dès lors à disposer des sommes inscrites en compte sous réserve des restrictions prévues par la convention de nantissement¹²⁶.

121 D. LEGEAIS, Le nantissement de créance, Droit & Patrimoine, juill.-août 2007, n°161, p. 54.

122 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n°535.

123 O. SALVAT, art. préc.

124 O. SALVAT, art. préc.

125 L'expression est empruntée à A. ARSAC et M. ROUSSILLE, Blocage d'un compte bancaire nanti, préc.

126 AUS, art. 138.

L'assiette réelle de cette sûreté ne sera déterminée qu'au jour de la réalisation¹²⁷. C'est ainsi que l'article 137, alinéa 1 de l'AUS dispose que « la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté, sous réserve de la régularisation des opérations en cours ». Aussi, cette garantie est-elle, à juste titre, présentée comme « une sûreté aléatoire pour le créancier qui risque de découvrir, le jour de sa réalisation, un compte en position débitrice »¹²⁸. Un constituant sans scrupule ne manquera pas de vider le compte afin de mettre les sommes y inscrites à l'abri de toute procédure civile d'exécution. Une étude récente commandée par l'OHADA n'a pas manqué d'attirer l'attention de cette organisation sur le peu d'intérêt manifesté par les banques pour cette sûreté en raison des « difficultés de [sa] réalisation (...) vu les coûts importants liés à son inscription au registre du commerce et la prescription de l'OHADA de faire un commandement au débiteur avant saisie ce qui laisse tout temps aux débiteurs insolvable pour organiser leur insolvabilité »¹²⁹. Le nantissement de compte bancaire est dès lors loin de consituter la sûreté idéale. Le constat est le même pour le nantissement de titres sociaux.

21. La dangereuse connexion du sort des titres sociaux nantis aux événements affectant la vie de la

127 A. ARSAC et M. ROUSSILLE, Blocage d'un compte bancaire nanti, préc. : « L'efficacité du nantissement de compte bancaire est évidemment dans la dépendance de l'état du compte au jour où il sera mis en œuvre. C'est le solde, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté qui constitue l'assiette de la garantie, sous réserve bien entendu de la régularisation des opérations en cours. Ainsi le créancier ne peut connaître l'assiette de la sûreté, tant qu'il ne l'a mise en jeu ».

128 H. SYNDET, Le nantissement de compte, préc.

129 IDEA CONSULT, *op. cit.*, p. 45.

société émettrice. La valeur des titres sociaux nantis est tributaire des décisions de gestion prises par les organes de la société émettrice. Le risque est dès lors que « la valeur des parts sociales engagées soit affectée par une gestion malheureuse, voire ruineuse, de la société, gestion à laquelle le constituant, exerçant son droit de vote, aura pu prendre part »¹³⁰. C'est ainsi que la pratique a créé certains remèdes¹³¹. Les clauses d'arrosage par lesquelles le constituant s'engage, en cas de baisse de la valeur des titres sociaux nantis, à nantir des titres complémentaires participent de ces remèdes. Il en va de même de la clause d'exigibilité anticipée généralement stipulée dans les accords de financement et visant le cas de diminution de l'assiette de la garantie. La désignation judiciaire, « à l'initiative du créancier, et sur le constat que la valeur du gage du créancier nanti est menacée, d'un observateur de gestion », est également préconisée par certains auteurs¹³². Quoique surprenante au regard des principes généraux du droit des sociétés et constituant « l'intrusion d'un surveillant au sein de la société dans l'intérêt individuel d'un tiers à celle-ci »¹³³, cette désignation semble pourtant avoir reçu les bénédictions de la Cour de cassation française dans un arrêt du 19 décembre 1989¹³⁴. L'observateur de gestion doit cependant, selon la Haute juridiction

130 F. JACOB, Le nantissement de parts sociales, *Droit & Patrimoine*, juill.-août 2007, n°161, p. 68.

131 P. CROCQ, Nantissement, *Répertoire Dalloz de droit civil*.

132 F. JACOB, Le nantissement de parts sociales, préc. ; P. CROCQ, Nantissement, *Répertoire Dalloz de droit civil*.

133 F. JACOB, Le nantissement de parts sociales, préc.

134 Cass. com., 19 décembre 1989, n°88-15.270, *Droit des sociétés*, 1990, n°157, obs. E. L.

française, veiller à ne ni s'immiscer dans la gestion de la société ni contrôler tous ses actes au risque d'être qualifié de dirigeant de fait.

Outre la mauvaise gestion de la société émettrice des titres nantis, le créancier nanti peut voir sa garantie réduite à néant en cas de réduction à zéro du capital de la société émettrice. La réduction du capital à zéro est réalisée sous la condition suspensive de son augmentation. L'opération est alors dite de « coup d'accordéon »¹³⁵. Lorsqu'un tel événement se produit, il est admis que « le nantissement s'éteint, en raison de la disparition de son assiette »¹³⁶. Selon le cas, le constituant peut décider ou non de souscrire à l'augmentation de capital. En cas d'exercice de cette dernière option, se pose la question du report des droits du créancier nanti sur les titres nouvellement souscrits. Le droit de l'OHADA n'apporte pas de réponse à cette question. Elle a reçu une réponse négative en jurisprudence française¹³⁷. Cette jurisprudence a cependant réservé le cas dans lequel existerait un lien entre les titres anciens et nouveaux, c'est-à-dire lorsque les actions nouvelles ont été souscrites « par exercice d'un droit attaché aux actions anciennes »¹³⁸. Un tel lien existerait lorsque les statuts ou une décision de l'assemblée générale des associés prévoient un droit préférentiel de souscription au profit des associés leur permettant de souscrire à l'augmentation de capital. Il

est dans ce cas admis que les droits du créancier nanti se reportent sur les titres souscrits par le constituant dans le cadre de l'augmentation de capital¹³⁹. Le nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières est ainsi loin d'être la sûreté idéale. Il en va de même du nantissement de fonds de commerce.

22. Les vicissitudes du nantissement de fonds de commerce.

Le risque de diminution de l'assiette du nantissement paraît très élevé en matière de nantissement de fonds de commerce. Cette sûreté présente peu d'intérêt pour les praticiens en raison de la diminution de la valeur du fonds dès la survenance des premières difficultés du titulaire dudit fonds¹⁴⁰. Un auteur a élégamment résumé la situation : « De fait, la garantie a surtout vocation à jouer en cas de difficultés du débiteur. Or ces difficultés auront fréquemment, sinon compromis la pérennité du fonds, du moins diminué sa valeur. Par où le créancier n'aura de nanti que le nom. C'est le paradoxe de cette sûreté : son utilité s'amenuise à mesure du besoin du créancier »¹⁴¹. Dans un récent rapport commandé par l'OHADA, l'on relève le « peu d'intérêt » des banques pour cette garantie « du fait de la détérioration dans le temps » du fonds¹⁴². Ce nantissement étant d'une efficacité limitée, il nous reste à vérifier l'efficacité du nantissement de droits de propriété intellectuelle.

135 Sur cette notion, voir CCJA, 2^e ch., 18 mai 2017, n°132/2017, SARL N. A. et a c/ M. D. et a., L'Essentiel Droits Africains des Affaires, décembre 2017, n°110x4, p. 3, obs. B. KAMENA.

136 F. JACOB, Le nantissement de parts sociales, préc.

137 Cass. com., 10 janvier 1995, n°92-20.214.

138 Cass. com., 10 janvier 1995, n°92-20.214.

139 F. JACOB, Le nantissement de parts sociales, préc. P. CROCQ, Nantissement, Répertoire Dalloz de droit civil.

140 L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 541 : « Pour rapide qu'elle soit, la sûreté est fragile ; la valeur du fonds est en effet liée à la prospérité du commerçant. Par hypothèse, une sûreté est utile lorsque le débiteur est insolvable – généralement le fonds a alors périclité ».

141 D. LEGEAIS, Fonds de commerce-Nantissement, JurisClasseur Code civil, Fasc. 20.

142 IDEA CONSULT, *op. cit.*, p. 45.

23. Les péripéties du nantissement de droits de propriété intellectuelle. Au terme d'une étude sur le nantissement de droits de propriété intellectuelle, un auteur en dressait un tableau assez sombre : « le régime de nantissement des marques de produits ou de services n'est pas satisfaisant. La fragilité économique de ces biens, l'hétérogénéité et l'incomplétude des règles qui leur sont consacrées ainsi que la difficulté de leur évaluation, à l'image des autres droits de propriété industrielle, en appellent à la diligence et la clairvoyance du créancier nanti »¹⁴³. Les principales difficultés relevées par l'auteur sont notamment relatives à l'évaluation des droits de propriété intellectuelle et à la diminution de l'assiette de la sûreté. L'évaluation paraît malaisée en raison de la volatilité de ces droits. En effet, évaluer de tels droits, revient à « s'interroger sur [leur] potentiel économique, mieux sur leur aptitude à générer des revenus »¹⁴⁴. Outre ces difficultés d'évaluation, l'attention du créancier nanti mérite d'être attirée sur le risque de diminution de l'assiette de la sûreté. Cette diminution pourrait être soit le fait du créancier constituant soit d'un tiers auteur d'une contrefaçon.

Ce panorama des régimes des nantissements révèle de manière générale la fragilité des droits du créancier nanti qui est exposé à un risque accru de diminution de l'assiette de la sûreté. Ce risque paraît encore élevé en cas d'ouverture d'une

procédure collective à l'égard du débiteur.

B. Un créancier soumis aux sujétions des procédures collectives

24. L'impérialisme du droit des procédures collectives ou le « parasitage du droit des sûretés par le droit des procédures collectives »¹⁴⁵. L'efficacité d'une sûreté s'apprécie le mieux en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. Cette procédure est un moment redouté par tout créancier en raison de la paralysie de ses droits qui pourrait en résulter.

Pendant longtemps, le règlement organisé des créanciers fût la principale sinon l'exclusive finalité du droit des procédures collectives. Le débiteur malchanceux était peu protégé. L'entreprise en difficulté était alors liquidée et ses actifs répartis entre les créanciers. L'AUPCAP à l'instar de la plupart des législations modernes, a rompu avec ce système en accordant une place de premier rang au sauvetage de l'entreprise¹⁴⁶. L'impératif de redressement de l'entreprise conduit à l'imposition de nombreux sacrifices aux créanciers. Le droit des procédures collectives apparaît dès lors comme un droit impérialiste qui apporte divers infléchissements au droit des sûretés. Les dispositions propres au nantissement n'échappent pas cette règle. La solution fut récemment

143 N. J. BAKAM TITGOUM, Le nantissement des marques de produits ou de services : le législateur Ohada à l'épreuve de l'immatérialité (partie II), Revue Lamy droit de l'immatériel, n°129, août 2016.

144 N. J. BAKAM TITGOUM, Le nantissement des marques de produits ou de services : le législateur Ohada à l'épreuve de l'immatérialité (partie I), Revue Lamy droit de l'immatériel, n°128, juillet 2016.

145 L'expression est empruntée à D. LEGAIS, Droit des sûretés et garanties du crédit, préc., n°433.

146 Art. 1^{er} : « Le présent Acte uniforme a pour objet : - d'organiser les procédures préventives de conciliation et de règlement préventif ainsi que les procédures curatives de redressement et de liquidation des biens afin de préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices, de redresser rapidement les entreprises viables (...) ».

réaffirmée par un arrêt de la Cour de cassation française à propos du nantissement de compte bancaire¹⁴⁷. Après avoir rappelé le caractère d'ordre public du droit des procédures collectives, la Cour a précisé que les dispositions relatives aux sûretés ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en matière d'ouverture d'une procédure collective. Aussi, le créancier nanti à l'instar de tout autre créancier est-il soumis à la discipline collective.

25. La paralysie des droits du créancier nanti consécutive à l'ouverture de la procédure collective. Le droit de l'OHADA consacre quatre procédures de traitement des difficultés des entreprises : deux procédures préventives que sont la conciliation et le règlement préventif et deux procédures curatives constituées du redressement judiciaire et la liquidation des biens. Les procédures préventives sont ouvertes aux débiteurs connaissant certaines difficultés sans toutefois être en état de cessation des paiements¹⁴⁸. Les procédures curatives sont quant à elles ouvertes aux débiteurs en état de cessation des paiements¹⁴⁹. La décision d'ouverture du règlement préventif à l'encontre du débiteur soumet le créancier nanti à la règle de la suspension et de l'interdiction des voies d'exécution et des poursuites tendant à

obtenir le paiement des créances antérieures à ladite décision¹⁵⁰. Cette suspension prend cependant fin de plein droit à l'expiration de la période légale d'ouverture du règlement préventif qui est de trois mois prorogeable pour une durée maximale d'un mois. Selon la CCJA, la fin de plein droit de la suspension des poursuites individuelles est une sanction qui opère automatiquement sans qu'on ait besoin d'un juge pour la prononcer¹⁵¹.

Quant à la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de liquidation des biens, elle interrompt ou interdit toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent et à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent¹⁵². Elle entraîne la paralysie des voies d'exécution, interdit la réalisation des sûretés tout en arrêtant le cours des intérêts¹⁵³ et des inscriptions des sûretés¹⁵⁴. Par ailleurs, elle soumet le créancier nanti à l'obligation particulière, celle de déclarer sa créance auprès des organes de la procédure¹⁵⁵ sous peine de perdre le droit de participer à la procédure de distribution¹⁵⁶.

26. La paralysie des droits du créancier nanti partie à l'accord de conciliation. La conciliation a pour objet la conclusion d'un accord entre le

147 Cass. com., 22 janvier 2020, n°18-21.647, préc.

148 AUPCAP, art. 5. La conciliation est ouverte aux débiteurs qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles sans être en état de cessation des paiements, cf. AUPCAP, art. 5-1, al. 1. Quant au règlement préventif, il est ouvert aux débiteurs qui connaissent des difficultés économiques ou financières sérieuses mais sans être en état de cessation des paiements, cf. AUPCAP, art. 6, al. 1.

149 AUPCAP, art. 25, al. 1. Aux termes de l'article 1-3 de l'AUPCAP, la cessation des paiements désigne « l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son

passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ». 150 AUPCAP, art. 9.

151 CCJA, 3^e ch., 24 février 2022, n°047/2022, L'Essentiel Droits Africains des Affaires, juill. 2022, p. 3, obs. C. N. DIMOUAMOUA.

152 AUPCAP, art. 75.

153 AUPCAP, art. 77.

154 AUPCAP, art. 73.

155 AUPCAP, art. 78.

156 AUPCAP, art. 83, al. 1.

débiteur et ses principaux créanciers ou cocontractants sous l'égide d'un conciliateur nommé par le tribunal¹⁵⁷. Pendant la durée de son exécution, l'accord de conciliation interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle, tant sur les biens meubles qu'immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet¹⁵⁸.

27. La paralysie des droits du créancier nanti durant la période d'exécution du concordat de règlement préventif. L'ouverture d'une procédure de règlement préventif donne lieu à l'établissement par le débiteur d'un projet de concordat. Dans le cadre de ce concordat, le juge peut imposer au créancier nanti un délai de paiement pouvant atteindre deux ans¹⁵⁹. Il convient de noter qu'aucune remise de dette ne peut cependant être imposée au créancier¹⁶⁰. L'homogation du concordat rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture du règlement préventif¹⁶¹. Le créancier nanti ne perd pas sa garantie. Il ne peut toutefois la réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat préventif auquel il a consenti ou qui lui a été imposé¹⁶².

28. Les restrictions aux droits du créancier nanti durant la période d'exécution du concordat de redressement. Le débiteur en redressement judiciaire doit élaborer un projet de concordat devant être soumis

au vote des créanciers¹⁶³. Le créancier nanti est spécialement consulté sur ce projet par le greffier de la juridiction ayant ouvert la procédure collective¹⁶⁴. Il lui appartient d'indiquer s'il accepte les propositions concordataires ou entend accorder des délais et des remises différents de ceux proposés dans le concordat et lesquels. Le projet de concordat est adopté s'il est voté par la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement représentant la moitié, au moins, du montant total des créances¹⁶⁵. Tout comme le projet de concordat de règlement préventif, l'adoption du projet de concordat de redressement paralyse temporairement les droits du créancier nanti. Il peut se voir imposer des délais de paiement allant jusqu'à deux ans si les délais qu'il a consentis sont inférieurs à ce délai¹⁶⁶ et ne pourra réaliser sa sûreté qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement auquel il a consenti ou qui lui a été imposé¹⁶⁷.

Le créancier nanti semble bénéficier d'une meilleure protection lorsque le projet de concordat comporte des offres de cession totale ou partielle de l'entreprise¹⁶⁸. La juridiction compétente ne peut alors homologuer la cession qu'à la double condition que le prix soit¹⁶⁹ suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés et payable comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire. Lorsque

157 AUPCAP, art. 5-1, al. 2.

158 AUPCAP, art. 5-12, al. 1.

159 AUPCAP, art. 15.

160 D. A. COULIBALY, *op. cit.*, n°81.

161 AUPCAP, art. 18, al. 1.

162 AUPCAP, art. 18, al. 2.

163 AUPCAP, art. 119.

164 AUPCAP, art. 119, al. 3 et 4.

165 AUPCAP, art. 125, al. 5. Sur ce vote, D. A. COULIBALY, *op. cit.*, n°88 et s.

166 AUPCAP, art. 134, al. 2.

167 AUPCAP, art. 134, al. 4.

168 Sur ce point, voir D. A. COULIBALY, *op. cit.*, n°109.

169 AUPCAP, art. 132, al. 2.

l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et le créancier garanti par cette sûreté désintéressé¹⁷⁰.

29. Les restrictions aux droits du créancier nanti en cas de liquidation des biens. L'ouverture de la liquidation des biens soumet le créancier à la discipline collective. Le syndic, autorisé par le juge-commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage, le nantissement ou le droit de rétention conventionnel constitué sur un bien du débiteur¹⁷¹. Si, dans le délai de trois mois suivant la décision prononçant liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou du nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic. Le bénéfice de ce dispositif est toutefois limité au créancier titulaire d'un droit de rétention¹⁷², ce qui limite sa portée en matière de nantissement¹⁷³.

30. La remise en cause des nantissements consentis pendant la période suspecte. En cas d'ouverture d'une procédure curative, les nantissements consentis pendant la période suspecte¹⁷⁴ à titre de garantie

d'une dette antérieurement contractée sont inopposables de plein droit à la masse des créanciers à moins que ces sûretés ne remplacent une sûreté antérieure d'une nature et d'une étendue au moins équivalente ou ne soient consentis en exécution d'une convention antérieure à la cessation des paiements¹⁷⁵.

31. Le déclassement du créancier nanti lors de la distribution. Lors du partage des deniers, le créancier nanti titulaire d'un simple droit de préférence est primé par un nombre important de créanciers, ce qui diminue considérablement ses chances d'être payé¹⁷⁶. Il en va différemment du créancier nanti titulaire d'un droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement qui échappe à la loi du concours¹⁷⁷. Ces deux types de nantissement font alors figure d'exception en la matière.

32. L'opposabilité des nantissements exclusifs aux organes des procédures collectives. Les sûretés traditionnelles sont généralement d'une efficacité limitée dans les procédures collectives. Aussi, furent créées de nouvelles sûretés opposables à ces procédures. La propriété retenue¹⁷⁸ ou cédée¹⁷⁹ à titre de garantie en sont les principales illustrations. L'efficacité des sûretés exclusives se manifeste même en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant¹⁸⁰. Le régime de certains

170 AUPCAP, art. 133, al. 2.

171 AUPCAP, art. 149.

172 J. KOM, *op. cit.*, n°574 ; J. C. JAMES, Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives, in Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011, p. 1104, spéc. p. 1112.

173 En matière de nantissement, le droit de rétention a été reconnu par l'AUPCAP au créancier bénéficiaire d'un nantissement de compte de titres financiers, voir *supra* I-A.

174 AUPCAP, art. 67 : « La période suspecte commence à compter de la date de la cessation

des paiements et prend fin à la date de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ».

175 AUPCAP, art. 68.

176 AUPCAP, art. 167.

177 AUPCAP, art. 167.

178 AUS, art. 72.

179 AUS, art. 79.

180 P.-M. LE CORRE, L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, préc.

nantissements tend à s'aligner sur celui de ces sûretés exclusives en ce qu'il confère au créancier nanti soit un droit exclusif au paiement soit un droit de rétention.

La portée du droit exclusif au paiement conféré au créancier en cas de nantissement de créance et de compte bancaire¹⁸¹ demeure discutée en doctrine. Selon un auteur, ce droit permet « uniquement [au créancier nanti] de bloquer la créance nantie puis les sommes qui seront versées en paiement par le débiteur nanti. Le créancier nanti ne peut devenir titulaire de la créance nantie sans quoi il réaliserait sa sûreté en cours de procédure collective »¹⁸². Il est titulaire d'un pouvoir de blocage¹⁸³ dont l'efficacité dépendra de l'intérêt que portent les organes de la procédure à la créance nantie qui pourront obtenir sa libération après paiement de la créance garantie. Cette interprétation méconnaît, à notre sens, la nature exacte du droit exclusif au paiement qui est de permettre au créancier nanti, et à lui seul, de recevoir la créance nantie. Il est en conséquence en droit d'exiger le paiement auprès des organes de la procédure collective¹⁸⁴. En effet et ainsi qu'il a été relevé à juste titre, l'on « voit (...) mal quel serait l'intérêt, du point de vue des finalités du droit des procédures collectives, de retarder le désintéressement du créancier nanti,

alors que les sommes figurant au crédit du compte le jour de l'ouverture de la procédure ne peuvent être appréhendées ni par le débiteur, ni par l'administrateur, et ne sont donc pas susceptibles d'alimenter la poursuite de l'activité »¹⁸⁵.

Un sort un peu différent est réservé au droit de rétention qui confère au créancier un pouvoir de blocage pleinement opposable aux procédures collectives. En conséquence, le juge-commissaire ne saurait, sans commettre d'excès de pouvoir, ordonner la restitution de la chose retenue¹⁸⁶ ou une substitution de garantie¹⁸⁷. En cas de cession de ce bien, les droits du créancier nanti se reporteront, en vertu de la règle de la subrogation légale, sur le prix¹⁸⁸. Il pourra empêcher l'entrée en possession du cessionnaire tant qu'il n'aura pas été payé¹⁸⁹. Aussi, une généralisation du droit de rétention en matière de nantissement améliorerait-elle le sort du créancier nanti. L'efficacité du pouvoir de blocage reconnu au créancier nanti dépendra cependant de l'intérêt que portent les organes de la procédure au bien retenu¹⁹⁰. En effet, « un droit de rétention ne donne en soi aucun droit au paiement au rétenteur. Il incite fortement le débiteur à payer mais il ne donne par lui-même aucun droit au

181 Voir *supra*, I-B.

182 J. BENNEPHTALI, Le nantissement de créance et le droit des procédures collectives, thèse Université Paris 12, 2019, n°319.

183 L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°443.

184 Dans le même sens, voir L. AYNÈS et P. CROCCQ, *op. cit.*, n°536 ; A. AYNÈS, Le créancier nanti sur créance et titres financiers face aux procédures collectives, *Revue des procédures collectives*, sept. 2022, dossier 34 ; D. LEGEAIS, Nantissement de créance, *JurisClasseur Notarial Formulaire*, Fas. 40 ; P. CROCCQ, Nantissement, *Répertoire Dalloz de droit civil*.

185 H. SYNDET, Le nantissement de compte, *préc.*

186 Cass. com., 6 juin 1995, n°93-14.702, *Bull. civ. IV*, n°169.

187 Cass. com., 4 juil. 2000, n°98-11.803, *Bull. civ. IV*, n°136.

188 P.-M. LE CORRE, L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, *préc.*

189 G. AMLON, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires.-Créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles, *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 2383.

190 A. AYNÈS, *art. préc.*

paiement au rétenteur »¹⁹¹. De même, il ne confère aucun droit de préférence et de suite au rétenteur¹⁹². Où l'on voit finalement dans le rétenteur un simple « gêneur »¹⁹³.

L'analyse du droit du nantissement révèle une sûreté d'une efficacité variable dépendant du type de nantissement souscrit par le débiteur. Certains nantisements confèrent au créancier un droit de préférence lui permettant d'être préféré aux créanciers chirographaires et aux créanciers de rang inférieur. Le créancier nanti est cependant primé par les créanciers de rang prioritaire. Cette inefficacité des nantisements préférentiels a conduit à l'émergence de nantisements exclusifs qui sont d'une efficacité comparable à celle des sûretés exclusives. Il en résulte l'émergence d'une *summa divisio* autour de la distinction entre nantisements préférentiels et nantisements exclusifs. Le recours aux nantisements exclusifs est cependant loin de conférer une totale protection au créancier. La nature particulièrement volatile des actifs incorporels expose le créancier nanti à un risque accru d'amenuisement de l'assiette de la garantie. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant fragilise considérablement les droits de ce créancier.

La situation du créancier nanti semble en définitive semblable à celle d'un colosse aux pieds d'argile.

Une généralisation du droit de rétention en matière de nantissement pourrait renforcer l'efficacité de cette sûreté tout en contribuant à son attractivité.

191 M. MIGNOT, Le nantissement de créance, préc.

192 J.-B. SEUBE, op. cit., n°468.

193 J.-B. SEUBE, op. cit., n°468.