# États de droits

*Mélanges en l'honneur de*

*Dany Cohen*

Lefebvre Dalloz

DALLOZ

# L'AVENIR DU NANTISSEMENT DE CRÉANCES APRÈS L'ORDONNANCE DU 15 SEPTEMBRE 2021

par Reinhard DAMMANN
*Avocat au barreau de Paris, professeur affilié à Sciences Po*

et Lisa MILANI
*Dammann Avocat*

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a-t-elle restauré l'efficacité du nantissement de créances et plus spécifiquement l'utilité du nantissement du solde d'un compte bancaire, fragilisé par l'arrêt controversé de la Cour de cassation du 22 janvier 2020[1] ?

Au cœur de la problématique se trouve le mécanisme du blocage du compte bancaire, qui peut être mis en œuvre par le créancier nanti en cas de survenance d'un cas de défaut du débiteur prévu dans la documentation de crédit. Pour la Cour de cassation, la mise en jeu de ce mécanisme équivaut à la réalisation du nantissement, qui est prohibée au cours de la période d'observation et pendant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

Les conséquences de l'arrêt du 22 janvier 2020 dépassent d'ailleurs le cas du nantissement de compte bancaire et s'étendent au nantissement de

1. Com. 22 janv. 2020, n° 18-21.647, *D.* 2020. 212, *RTD civ.* 2020. 164, note C. Gijsbers, *D.* 2020. 1857, obs. F.-X. Lucas, *JCP* 2020, n° 423, note J.-D. Pellier. V. également R. Dammann et A. Alle, « Requiem pour le nantissement de compte bancaire ? », *D.* 2020. 1685.

créances de droit commun. En effet, dans les opérations de financement structuré, les avances intra-groupes sont systématiquement nanties au profit des créanciers. Dans l'affaire emblématique Comexposium, le tribunal de commerce de Nanterre a d'ailleurs transposé la jurisprudence du 22 janvier 2020 dans son ordonnance du 30 septembre 2021, neutralisant les nantissements de créances intra-groupe[2].

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 2363 du Code civil prévoit dorénavant qu'après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement, tant en capital qu'en intérêts.

La consécration d'un droit de rétention et d'un droit exclusif au paiement en faveur du créancier nanti a-t-elle pour conséquence d'infléchir la jurisprudence de la Cour de cassation du 22 janvier 2020 ? Ou faut-il à l'avenir privilégier la cession de créances à titre de garantie de droit commun, introduite par l'ordonnance du 15 septembre 2021 ? Quelle est la meilleure stratégie du créancier nanti qui se trouve confronté à l'ouverture imminente d'une procédure collective en faveur du débiteur-constituant ?

Dany Cohen aurait aimé réfléchir avec ses étudiants de l'École de droit de Sciences Po afin de passer au crible la problématique juridique, dégager des axes de réflexion et trouver la bonne réponse. Il l'aurait fait avec *maestria*, bien mieux que ces quelques lignes qui sont écrites à son honneur.

Avant de clarifier les concepts de blocage de la créance nantie et de cristallisation du solde d'un compte bancaire qui a été laissé en mouvement, et d'étudier les conséquences pratiques de l'ordonnance du 15 septembre 2021, il convient de savoir si la réforme s'applique aux nantissements de créances conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme au 1er janvier 2022.

## I. – L'APPLICATION DE LA RÉFORME DANS LE TEMPS

L'article 37, I de l'ordonnance du 15 septembre 2021 prévoit une entrée en vigueur de la réforme au 1er janvier 2022. Ainsi, les nantissements conclus à partir de cette date sont régis par les nouvelles dispositions du Code civil.

En matière de cautionnement, l'article 37, II de l'ordonnance du 15 septembre 2021 précise que les cautionnements conclus avant le 1er janvier 2022 demeurent soumis à la loi ancienne, « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre publique ». En matière de nantissement de créance, le législateur n'a pas prévu de dispositions spécifiques.

Faut-il alors procéder à une interprétation *a contrario* de l'article 37 de l'ordonnance ? La question mérite d'être posée. En effet, en matière contractuelle, il existe un principe de survie de la loi ancienne afin d'assurer

2. T. com. Nanterre, ordonnance du 30 sept. 2021, n° 2021 R00876.

la prévisibilité et la sécurité juridique des transactions[3]. Cependant, la jurisprudence écarte cette règle lorsque la disposition en cause porte sur les effets légaux des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle[4] et pour des dispositions d'ordre public[5].

En application de ces règles, les nantissements de créances conclus avant le 1er janvier 2022, demeurent en principe soumis à la loi ancienne. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé la cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 20 janvier 2011[6] au sujet de l'application de la loi de modernisation de l'économie nº 2008-776 du 4 août 2008, qui a créé un droit de rétention à l'article 2286, 4º du Code civil en faveur du créancier gagiste, bénéficiant d'un gage par inscription. La cour d'appel a considéré que la loi du 4 août 2008 ne comportait aucune disposition transitoire justifiée par l'intérêt général. La création du droit de rétention fictif n'étant pas fondée sur une considération d'ordre public de protection ou de direction, la cour d'appel a fait application du principe de la survie de la loi ancienne et a considéré que les gages sans dépossession antérieurs à cette entrée en vigueur ne confèrent pas un tel droit de rétention[7].

Faut-il transposer cette jurisprudence à l'application dans le temps de l'ordonnance du 15 septembre 2021 en matière d'effets légaux de nantissement de créances ?

Cette question est d'importance s'agissant de la reconnaissance d'un droit exclusif de paiement et d'un droit de rétention au profit du créancier nanti après la notification du nantissement.

Plusieurs arguments semblent pourtant militer en faveur d'une application immédiate de la réforme aux contrats en cours.

D'abord, la cour d'appel de Versailles vise exclusivement le cas d'exception de l'ordre public de protection ou de direction et non pas la deuxième exception admise par la doctrine et la jurisprudence, c'est-à-dire celle des effets légaux d'un contrat introduits par la loi nouvelle.

Ainsi, dans une lecture *a contrario* de l'article 37, II de l'ordonnance du 15 septembre 2021, il pourrait être soutenu que les effets légaux d'un nantissement de créances de l'article 2363 du Code civil devraient s'appliquer aux situations en cours. Par conséquent, le créancier nanti pourrait bénéficier d'un droit de rétention et d'un droit exclusif au paiement de la créance nantie, même si le nantissement a été conclu avant l'entrée en vigueur de la réforme.

---

3. V. F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 12e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2020, nº 578 ; P. Malinvaud et N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, 21e éd., LexisNexis, 2021, nº 175.
4. V. F. Terré et N. Molfessis, *op. cit.*, nº 580.
5. V. P. Malinvaud et N. Balat, *op. cit.*, nº 176.
6. Versailles, nº 09/07588, *BJE* mai-juin 2011, obs. F. Macorig-Venier.
7. V. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 16e éd., LGDJ, 2022, nº 293, note 64.

Cette interprétation pourrait également s'appuyer sur le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés[8] qui précise le fondement du droit exclusif au paiement du créancier nanti. Selon ce rapport, la réforme est une « clarification », conforme au dernier état de la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 2 juillet 2020[9]. Ainsi, la réforme ne fait que transposer la jurisprudence existante, soutenue par la doctrine majoritaire, qui a vocation à continuer de s'appliquer aux nantissements en cours. En effet, contrairement à la réforme de 2008 le législateur n'a pas souhaité introduire un nouveau droit de rétention fictif. Il a seulement voulu transposer la jurisprudence de la Cour de cassation, à droit constant : le droit exclusif au paiement du créancier nanti après la notification du nantissement au débiteur de la créance nantie est fondé sur l'existence d'un droit de rétention.

Si l'on retient cette interprétation, la réforme de 2021 ne vise nullement à briser la jurisprudence de la Cour de cassation du 22 janvier 2020 précitée[10]. Le rapport au président de la République considère que le maintien de l'article 2363 du Code civil « pérennise » cette solution ayant déterminé le sort de cette sûreté en procédure collective. Cependant, une partie de la doctrine ne partage pas cette analyse et considère que la solution de l'arrêt du 22 janvier 2020 paraît condamnée par l'ordonnance[11].

Cela étant, ne faut-il pas privilégier la suggestion de Dominique Legeais qui considère qu'il pourrait être admis qu'un droit de rétention existe également à compter de la notification, même si cette dernière n'entraîne aucun blocage du compte[12] ? Ainsi, il faut placer l'arrêt du 22 janvier 2020 dans le contexte spécifique de l'interprétation d'une clause contractuelle particulière, plutôt que d'y voir un arrêt sur le rejet d'une cristallisation possible du solde d'un compte bancaire, qui serait gravée dans le marbre[13].

8. *JO* 16 sept. 2021, art. 9.
9. Civ. 2e, 2 juill. 2020, n° 19-11.417, *RD banc. fin.* 2020, comm. 131, note D. Legeais, *D.* 2020. 1940, note J.-D. Pellier, *D.* 2020. 1917, obs. J.-J. Ansault et C. Gijsbers, *RTD civ.* 2020. 666, obs. C. Gijsbers. Aussi dans le même sens, Civ. 2e, 17 sept. 2020, n° 19-10.420, *RD banc. fin.* 2020, comm. 131, note D. Legeais, *D.* 2020. 1836, *RTD civ.* 2020. 946, obs. N. Cayrol.
10. V. *supra*, note 1.
11. V. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 11e éd., LexisNexis, 2022, n° 817 ; A. Aynès, « Le créancier nanti sur créance et titre financiers face aux procédures collectives », *RPC* 2022. Dossier 62, n° 9.
12. D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 15e éd., LGDJ, n° 506.
13. V. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 343.

## II. – Le blocage de la créance nantie et la cristallisation du solde d'un compte bancaire

### 1° Distinctions et rapprochements entre nantissement de créances et cessions de créances à titre de garantie

Les sûretés réelles portant sur des créances reposent sur deux techniques différentes : le nantissement de créances et les cessions fiduciaires à titre de garantie (par bordereau Dailly, fiducie de droit commun ou, depuis l'ordonnance du 15 septembre, par voie de cession de créances à titre de garantie de l'article 2373 du Code civil). Dans le cadre du nantissement, la créance nantie reste dans le patrimoine du constituant, conférant au titulaire de la sûreté un simple droit de préférence, l'exposant ainsi au risque d'être primé par d'autres créanciers mieux classés. Ce risque de concours est exclu dans le cadre des cessions fiduciaires, assurant au titulaire un droit exclusif sur la valeur de l'actif affecté à titre de garantie, c'est-à-dire le paiement de la créance objet de la garantie.

Les créanciers préférant le droit exclusif, le nantissement de créances par bordereau Dailly a été délaissé par la pratique bancaire en faveur de la cession de créances à titre de garantie. Depuis sa création en 1981, le lobby bancaire n'a d'ailleurs pas cessé de promouvoir et de préserver l'efficacité de ce mécanisme comme en témoigne, à nouveau, l'ordonnance du 15 septembre 2021.

Cela étant, le nantissement de créances possède des avantages indéniables : la créance nantie n'étant pas sortie du patrimoine du constituant, il est possible de concevoir la possibilité d'organiser plusieurs nantissements de rangs différents portants sur la même créance. L'article 2361-1 du Code civil consacre cette avancée spectaculaire. Il est également possible de nantir un compte bancaire en faveur d'un établissement bancaire qui est le teneur du compte. Dans ces deux situations, le mécanisme d'une cession fiduciaire est exclu. En effet, le cédant ne peut céder par bordereaux Dailly plusieurs fois la même créance. De même, le banquier teneur du compte ne peut céder, même à titre de garantie, une créance sur lui-même.

La question s'est donc posée de savoir si le nantissement de créances pouvait offrir au bénéficiaire de cette sûreté un niveau d'efficacité comparable à la cession de créances par bordereau Dailly. La réforme des sûretés du 23 mars 2006 y a répondu favorablement en stipulant à l'article 2363 du Code civil : « Après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement, tant en capital qu'en intérêts. »

La portée de cette disposition a fait débat. Dans deux arrêts du 2 juillet 2020 et du 17 septembre 2020, la deuxième chambre de la Cour de

cassation avait jugé que « le créancier bénéficiaire d'un nantissement de contrat d'assurance vie rachetable, qui peut provoquer le rachat, dispose d'un droit exclusif au paiement de la valeur de rachat, excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers du souscripteur, même privilégiés ». Pour une partie de la doctrine, ces arrêts, rendus sous le double visa des articles 2363 du Code civil et L. 132-10 du Code des assurances, permettent de conclure que le titulaire d'un nantissement de créances bénéficie d'un droit exclusif et non pas d'un droit de préférence[14]. Cette analyse est également partagée par le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 précité[15].

Plusieurs fondements ont été proposés par la doctrine[16]. Ainsi, dans sa thèse Maxime Julienne a justifié le droit exclusif au paiement par un raisonnement par analogie avec le gage immobilier (ex-antichrèse). Le bénéficiaire d'un nantissement aurait le droit d'utiliser à titre de garantie le bien grevé, c'est-à-dire d'en recevoir paiement[17]. Marc Mignot fait appel à la théorie de l'indisponibilité de la créance nantie, sans toutefois aboutir à un droit exclusif au profit du créancier nanti[18]. Comme l'explique le rapport au président de la République, le droit exclusif du créancier nanti repose sur un droit de rétention sur la créance nantie. Même si cette explication ne satisfaisait pas une partie de la doctrine[19], la reconnaissance expresse de l'existence d'un droit de rétention est de nature à clarifier le régime du nantissement de créances face à la procédure collective.

---

14. V. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 349 ; J.-D. Pellier, *D.* 2020. 1940 ; P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, 7e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2016, n° 660 ; D. Legeais, « Les créanciers titulaires de sûretés sur créances », *BJE* mai-juin 2022. 52 ; H. Synvet, « Le nantissement de meubles incorporels », *Dr. et patr.* 2005, n° 140, p. 64, spéc. p. 68 ; C. Gijsbers, « Le triomphe du nantissement de créance », *RTD civ.* 2020. 666. En faveur d'une interprétation restrictive limitée en matière d'assurance-vie, N. Cayrol, *RTD civ.* 2020. 946.

15. « L'article 2363 est modifié afin de clarifier le droit du créancier nanti au paiement : il ne s'agit pas d'un droit préférentiel (qui donnerait lieu à un concours et donc à un classement) mais d'un droit exclusif (le créancier nanti exclut les autres créanciers et ne peut donc pas se faire primer) reposant sur un droit de rétention sur la créance nantie. »

16. V. C. Gijsbers, *RTD civ.* 2020. 666.

17. M. Julienne, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, 2012, n° 174, p. 121. Cette analyse semble avoir été reprise par L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *op. cit.*, n° 350.

18. M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie, une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RD banc. fin.* 2010. Étude 2. V. également son commentaire critique de la réforme du 15 sept. 2021, *JCP*, supplément au n° 43-44, 25 oct. 2021, p. 46.

19. M. Mignon, *op. cit.*

### 2° La consécration d'un droit de rétention fondé sur un pouvoir de blocage

Dominique Legeais, dans sa thèse de doctorat il y a 40 ans déjà[20], tout comme Augustin Aynès, dans sa thèse sur le droit de rétention en 2005[21], ont démontré que le mécanisme même du droit de rétention implique que le rétenteur ait un pouvoir de bloquer entre ses mains la chose qu'il devait restituer[22]. Aussi, l'arrêt du 26 mai 2010[23] de la Cour de cassation donnant plein effet au nantissement de créances a été publié au *Bulletin* avec un rattachement au droit de rétention[24]. La réforme de 2021 consacre cette jurisprudence. La notification du nantissement constitue donc l'exercice d'un pouvoir de blocage de la créance nantie, conférant au créancier nanti non seulement le droit d'empêcher le paiement de la créance nantie au constituant ou sa circulation, mais encore un droit exclusif de recevoir le paiement[25].

Encore faut-il ne pas confondre la notification du nantissement de créances et le pouvoir de blocage de la créance nantie entraînant la cristallisation du solde du compte bancaire, resté en mouvement, qui intervient postérieurement à la notification du nantissement.

### 3° La distinction entre l'existence d'un droit de rétention et la mise en œuvre du mécanisme de blocage de la créance

La naissance d'un droit de rétention n'intervient qu'après la notification du nantissement de créances au débiteur de la créance nantie. En effet, l'article 2363 du Code civil dispose que le créancier nanti ne bénéficie d'un droit de rétention sur la créance nantie et a seul droit à son paiement qu'« après notification[26] ». Cette disposition peut paraître curieuse dans la

20. V. D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, préf. P. Rémy, Economica, 1986, n° 127, p. 79 s.
21. V. A. Aynès, *Droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, 2005 et A. Aynès, « La consécration des droits de rétention », *D.* 2006. 1301.
22. V. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 288 ; D. Legeais, *BJE* mai-juin 2022. 52 ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n° 504 ; C. Albiges et M.-P. Dumont, *Droit des sûretés*, 7e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2019, n° 524.
23. Com. 26 mai 2010, n° 09-13388, *Bull. civ.* IV, n° 94, *D.* 2010. 1340, obs. A. Lienhard, *RTD civ.* 2010. 597, obs. P. Crocq, *D.* 2010. 2201, note N. Borga, *JCP* 2011. 226, n° 19, obs. P. Delebecque, *RDC* 2010. 1338, obs. A. Aynès, *Dr. et patr.* sept. 2010, p. 96, obs. P. Dupichot.
24. V. A. Aynès, *op. cit.*, *RPC* 2022. Dossier 62, n° 8.
25. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *op. cit.*, n° 351.
26. V. D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n° 504 ; D. Legeais, « Les créanciers titulaires de sûretés sur créances », *BJE* mai-juin 2022. 52 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 810 ; M. Mignot, « Le nantissement de créance », *JCP* 2021, supplément, n° 7, n° 10 ; C. Gijsbers, « Le gage et les sûretés sur créances », *RDC* déc. 2021. Dossier, p. 25, n° 21. *Contra* A. Aynès, *op. cit.*, *RPC* 2022.

mesure où l'existence d'un droit de rétention est en principe concomitante à la constitution même de la sûreté. C'est d'ailleurs le cas lorsque le débiteur de la créance nantie intervient à l'acte. En effet, dans cette configuration, le nantissement de créances devient immédiatement opposable au créancier de la créance nantie conformément à l'article 2362 du Code civil et le droit de rétention existe dès la signature de l'acte de nantissement. Une nouvelle notification n'est pas requise.

La notification du nantissement entraîne, en principe, le blocage de la créance nantie. Il empêche son paiement au constituant et la circulation de la créance nantie ; elle devient indisponible. Ainsi, le débiteur de la créance nantie ne peut plus payer le constituant et doit impérativement et exclusivement payer le créancier nanti. Cela étant, les parties peuvent-elles prévoir une dérogation ?

Un certain parallélisme existe entre le nantissement de créances et la cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly. À cet égard, la doctrine souligne que le régime juridique de la constitution du nantissement de créances est calqué sur celui de la cession Dailly[27].

En matière de cession Dailly, la documentation prévoit généralement un mandat d'encaissement consenti par le cessionnaire qui prend fin au moment de la notification de la cession Dailly, pouvant intervenir à tout moment ou au moment de la survenance d'un cas de défaut du constituant-débiteur, ou encore après une accélération du prêt. La jurisprudence a admis que le cessionnaire peut notifier la cession de créances par bordereau Dailly après le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde[28].

En matière de nantissement de créances, le blocage de la créance peut être différé dans le temps par la volonté des parties. En effet, il est possible que le nantissement prévoie que le débiteur de la créance nantie continue à payer le constituant, en dépit de la notification du nantissement de la créance ou si le débiteur de la créance nantie est intervenu à l'acte. Le nantissement de créances devient alors provisoirement une sûreté « sans dépossession », dont l'exercice du pouvoir de blocage est contractuellement suspendu. En d'autres termes, le créancier nanti, pourtant titulaire d'un droit de rétention, renonce provisoirement à exercer un contrôle sur la créance nantie. Aussi, le débiteur-constituant peut librement encaisser la créance nantie.

Comme en matière de cession de créances par bordereau Dailly, la notification du nantissement de créances peut intervenir même après le jugement d'ouverture d'une procédure collective[29].

---

Dossier 62, n° 20. Sur cette question v. M. Julienne, *JCP N* 2021. 1333, « Réforme des sûretés : le nantissement de créances après l'ordonnance du 15 septembre 2021 », n° 11.

27. V. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *op. cit.*, n° 345.

28. V. Versailles, 28 févr. 2013, n° 12/06573, *D.* 2013. 829, obs. R. Dammann et G. Podeur.

29. V. A. Aynès, *op. cit.*, *RPC* 2022. Dossier 62, n° 19. Le droit de rétention légal de l'article 2363 du Code civil n'est d'ailleurs pas compris dans le champ d'application de

Un tel aménagement contractuel est d'ailleurs expressément visé par le rapport au président de la République précité, « le texte ne fait pas obstacle à la pratique consistant, pour des financements importants, à notifier le nantissement afin de le rendre opposable au débiteur, tout en souhaitant que le constituant continue à recevoir paiement ».

On retrouve la même souplesse en matière de nantissement de compte bancaire, qui demeure en mouvement.

### 4° Le mécanisme de cristallisation du solde de compte bancaire

Le nantissement de compte bancaire est une sous-catégorie du nantissement de créances. Si le mécanisme de nantissement de compte bloqué ne pose pas de difficulté particulière, il en va différemment s'agissant d'un compte courant, dont le solde provisoire est librement disponible pour le client créancier de la banque.

Depuis un arrêt de revirement du 13 novembre 1979, le solde provisoire d'un compte bancaire n'est plus un simple renseignement comptable, mais est devenu un élément saisissable du patrimoine du client[30]. Par conséquent, l'article 2360 du Code civil, issu de la réforme de mars 2006, prévoit que la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté. En cas d'ouverture d'une procédure collective, l'alinéa 2 du même article précise que les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte, à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective.

Cette disposition n'a pas été modifiée par la réforme de 2021.

Se pose dès lors la question suivante : quelle est la position du créancier nanti au jour de la signature du nantissement si le créancier est également le teneur du compte bancaire qui continue à fonctionner ?

L'article 2361 du Code civil apporte une première réponse : le nantissement de créances prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. Par conséquent, le créancier nanti bénéficie d'un droit réel sur le solde provisoire du compte bancaire. Cela étant, le créancier nanti, titulaire d'un droit de rétention, n'exerce pas un pouvoir de blocage sur le compte objet du nantissement, qui reste en mouvement.

Le créancier nanti peut-il bloquer le compte en « cristallisant » son solde ? Le cas échéant, un tel blocage doit-il s'analyser comme la réalisation du nantissement ?

---

l'article L. 622-21, IV du Code de commerce qui vise « l'accroissement de l'assiette… d'un droit de rétention conventionnel ». En revanche, ce texte s'applique en cas de nantissement de créances futures, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 810.

30. Com. 13 nov. 1973, n°s 70-14.374 et 71-10.478, *Bull. civ.* IV, n° 325 ; v. R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement. Introduction au droit bancaire*, 12e éd., Lextenso, 2017, n° 499.

Comme l'expliquent Laurent Aynès, Pierre Crocq et Augustin Aynès[31], en matière de nantissement de compte bancaire, la notification du nantissement n'a pas pour effet de cristalliser, *ipso facto*, le solde du compte, que les parties ont choisi de laisser en mouvement. Il est néanmoins possible de bloquer le compte nanti en cas de survenance de certains éléments, si la convention de nantissement le prévoit[32].

Cette situation ne se rencontre que si le créancier bancaire est également teneur du compte. Si le compte bancaire est détenu par un établissement de crédit tiers, le créancier nanti ne peut cristalliser le compte bancaire puisqu'il ne peut interférer dans la relation entre l'établissement tiers et son client, sauf s'il existe une convention tripartite à cet effet[33].

Comme on l'a vu, l'article 2360, alinéa 2 du Code civil prévoit une cristallisation du solde du compte bancaire de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant.

*Quid* de la possibilité pour l'établissement de crédit, qui a la double casquette de teneur du compte et de créancier nanti, de cristalliser le compte bancaire dans la perspective de l'ouverture (imminente) d'une procédure amiable ou collective. Selon la doctrine, la clause de blocage conservatoire du compte nanti est valable[34]. Sa mise en œuvre est possible si la défaillance du débiteur est avérée. Elle entraine dès lors l'exigibilité du solde du compte (cristallisation).

Au sens de l'article L. 611-16 du Code de commerce, une clause prévoyant l'aggravation des droits ou obligations du débiteur – telle que le blocage du compte bancaire – est réputée non écrite en cas de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation. De plus, la Cour de cassation a posé en principe qu'« est interdite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire[35] ». Comme le relève Alain Lienhard, « la solution se rattache à la jurisprudence assimilant les effets indirects équivalents aux clauses réputées non écrites en ce qu'elles sont directement contraires à une disposition d'ordre public[36] ». Ainsi, alors que le Code de commerce répute non écrites seulement les clauses contractuelles prévoyant la résolution ou la résiliation d'un contrat pour survenance d'une procédure collective, la Cour de cassation va beaucoup plus loin en considérant également

31. V. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *op. cit.*, n° 343, note 20.
32. V. pour une analyse de droit comparé avec la *floating charge* de droit anglais, R. Dammann et K. Malvavielle, in *Mél. AEDBF*, 2021, p. 25 (29).
33. V. sur cette question A. Arsac et M. Roussille, « Nantissement de compte bancaire. Blocage d'un compte bancaire nanti. Réflexions la tenue de compte », *RD banc. fin.* 2014. Étude 10.
34. V. C. Gijbers et M. Julienne, « La clause de blocage conservatoire du compte nanti », *RLDC* 1er janv. 2015, n° 122, n° 7.
35. Com. 14 janv. 2014, n° 12-22.909, *D.* 2014. 206, obs. A. Lienhard.
36. A. Lienhard, *op. cit.*, *D.* 2014. 206.

comme devant être réputées non écrites les clauses qui aggravent la situation du débiteur parce qu'il a été placé sous procédure collective.

On voit dès lors qu'il est dangereux pour le créancier nanti d'invoquer une clause contractuelle qui prévoit l'exercice d'un pouvoir de blocage en cas d'ouverture d'une procédure collective. Cette clause, réputée non écrite, est parfaitement superfétatoire puisque l'article 2360 du Code civil prévoit automatiquement que le nantissement de créances porte sur le solde du compte bancaire à la date du jugement d'ouverture.

Comme l'explique Hervé Synvet[37], qui est à l'origine de la rédaction du nantissement de créances dans le cadre de la commission Grimaldi en 2006, l'article 2360 alinéa 2 du Code civil a pour objet de « geler » la créance du solde de compte, jusqu'alors aléatoire, par l'effet de la loi, en cas de survenance de deux évènements : la réalisation de la sûreté ou l'ouverture d'une procédure collective. Dans ce second cas, et dès lors que le nantissement a été rendu opposable au teneur de compte, le créancier pourra, sans réaliser sa sûreté, opposer à la procédure son droit exclusif sur le solde ainsi cristallisé. Il est alors légitime à bloquer ce solde, y compris lorsque les sommes garanties ne sont pas encore échues.

Une fois la procédure collective ouverte, l'article L. 622-21 du Code de commerce prohibe la réalisation de toute sûreté réelle consentie par le débiteur portant sur ses actifs, comme c'est le cas du nantissement de créances. Une réalisation du nantissement par le mécanisme d'une compensation de créances connexes n'est pas possible[38]. Aussi longtemps que la créance garantie n'est pas échue, le créancier nanti conserve les sommes encaissées à titre de garantie sur un compte « spécialement affecté ». Comme l'observent Hervé Synvet et Maxime Julienne, le nantissement de créance laisse place à un nantissement de monnaie scripturale. Le créancier nanti ne devient pas propriétaire des sommes encaissées[39].

Par conséquent, la question se pose de savoir si la notification du nantissement, et aussi l'exercice de cristallisation du solde de compte bancaire, s'analysent comme la réalisation du nantissement.

C'est le cœur de la problématique soulevée par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2020, qui reprend sur ce point l'arrêt non publié du 7 novembre 2018[40].

---

37. H. Synvet, « Le nantissement de compte », *Dr. et patr.* juill.-août 2007, n° 161, p. 62.
38. *Contra* A. Aynès, *op. cit.*, *RPC* 2022. Dossier 62, n° 14.
39. H. Synvet et M. Julienne, « Les sûretés sur actifs financiers », *D.* 2022. 290. V. également M. Julienne, *JCP N* 2021. 1333, *op. cit.*, n° 20 qui observe que le nantissement de créances ne dégénère pas en cession fiduciaire ; C. Gijsbers, « Le gage et les sûretés sur créances », *RDC* déc. 2021. Dossier, p. 25, n° 21. *Contra* M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 812 qui considèrent que le nantissement de créances se transforme en une cession de somme d'argent à titre de garantie conformément aux articles 2374 et suivants du Code civil.
40. Com. 7 nov. 2018, n° 16-25.860.

Comme le remarque la doctrine, en conservant (« séquestrant ») les sommes représentatives du solde de compte bancaire, le créancier nanti ne se contente que de les isoler afin de préserver l'assiette du nantissement, laquelle est désormais cristallisée[41]. Il ne s'agit donc pas d'une réalisation du nantissement par le créancier nanti.

Un nantissement de créance est réalisé par le créancier nanti à travers une appréhension définitive de la créance nantie, c'est-à-dire son paiement entre les mains du créancier nanti. L'article 2364 alinéa 1 du Code civil prévoit que les sommes à payer au titre de la créance nantie « s'imputent » sur la créance garantie lorsqu'elle est échue.

Dans un même ordre d'idées, l'article 2365 du Code civil prévoit qu'en cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer par le juge, ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. Il peut également attendre l'échéance de la créance nantie[42]. Et enfin, l'article 2366 du Code civil dispose que s'il a été payé au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, celui-ci doit la différence au constituant.

On voit dès lors que la réalisation du nantissement de créance suppose un encaissement de la créance nantie par le créancier nanti, suivie d'une imputation de la somme pour apurer la créance garantie.

À la lumière de ces dispositions, on comprend mieux l'appréciation critique de la doctrine sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 janvier 2020 qui a analysé l'exercice de la clause de blocage comme la réalisation du nantissement. Ce faisant, la Cour a vidé de sa substance le nantissement de compte bancaire dans le seul objectif de financer la période d'observation de la procédure collective, au préjudice du créancier nanti, afin d'éviter l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire[43].

Peut-être l'arrêt de la Cour de cassation s'explique-t-il par une interprétation de la clause contractuelle particulière de séquestration des sommes qui pourrait laisser croire que le banquier nanti appréhende définitivement le solde du compte bancaire ?

En attendant une clarification souhaitable de la Cour de cassation, quelle est la meilleure stratégie à adopter pour le créancier, titulaire d'un nantissement de créances face à un débiteur-constituant qui rencontre des difficultés financières ?

41. V. L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *op. cit.*, n° 343.
42. V. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 813.
43. V. R. Dammann et K. Malvavielle, in *Mél. AEDBF*, 2021, p. 25 (30).

## III. – Les conséquences pratiques de l'arrêt du 22 janvier 2020 à la lumière de la réforme des sûretés

### 1° Faut-il accélérer le prêt pour mettre en œuvre le blocage de la créance nanti ?

L'affaire Comexposium illustre parfaitement la problématique d'une notification de blocage de nantissement de créances portant sur les créances intra-groupes.

Dans cette affaire, par jugement en date du 20 septembre 2020 précité, le tribunal de commerce de Nanterre avait ouvert quatre procédures de sauvegarde en faveur de la société opérationnelle Comexposium et ses trois sociétés holdings (Comexposium Holding, Comète Holding et Cassini). Postérieurement aux jugements d'ouverture, l'agent de sûretés des prêteurs seniors a adressé une notification d'accélération des prêts et de blocage des créances intra-groupes aux trois holdings de Comexposium.

Le tribunal de commerce de Nanterre a considéré dans son ordonnance du 30 septembre 2021 précitée[44] que de telles notifications d'accélération emportent demande de paiement des créances nanties entre les mains de l'agent de sûretés, prohibée par l'article L. 622-7 I du Code de commerce. Aussi, le tribunal a considéré que les notifications d'accélération s'analysent comme une demande de réalisation de la sûreté interdite par l'article L. 622-21 II du Code de commerce, relatif à l'arrêt et l'interdiction de toute procédure d'exécution de la part des créanciers pendant la période d'observation et l'exécution des plans de sauvegarde.

Reprenant le raisonnement de la Cour de cassation du 22 janvier 2020, le tribunal de commerce de Nanterre a également jugé que les notifications de blocage relatives aux nantissements de créances intra-groupes traduisent une volonté manifeste de réaliser les sûretés consenties, constitutive d'une violation évidente des dispositions d'ordre public de l'article L. 622-21 II du Code de commerce.

Aussi, le tribunal de commerce poursuit : « De même, l'impossibilité de règlement des créances intra-groupe nanties pourrait entraîner des difficultés pour certaines des sociétés du groupe et en tout état de cause compromettre les plans de sauvegarde, dans la mesure où le règlement de certaines de ces créances pourrait s'avérer déterminant pour assurer la faisabilité desdits plans. En conclusions, nous dirons que les Notifications de Blocage, si elles étaient maintenues, auraient potentiellement pour effet de provoquer un dommage imminent, à tout le moins en compromettant la faisabilité des plans de sauvegarde. »

44. T. com. Nanterre, ord., 30 sept. 2021, n° 2021R00876.

Par la suite, le 7 octobre 2021, le tribunal de commerce de Nanterre a arrêté des plans de sauvegarde au profit des quatre sociétés du groupe Comexposium. Ce plan ne pouvait fonctionner que si Comexposium, la structure opérationnelle du groupe, pouvait rembourser les créances intra-groupe à l'égard de Comexposium Holding afin de permettre à cette dernière de rembourser ses dettes au titre de son plan de sauvegarde. Le même raisonnement s'applique s'agissant de l'apurement des créances intra-groupe entre Comexposium Holding, Comète Holding et Cassini. Les notifications de blocage des créances intra-groupe paralysaient donc toute remontée de fonds entre les sociétés holdings, compromettant ainsi la faisabilité des différents plans de sauvegarde.

La cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 12 mai 2022, a rejeté l'appel des créanciers seniors de Comexposium[45]. La Cour a examiné les notifications de l'accélération des prêts, considérant que les prêteurs seniors ne pouvaient, sans contrevenir aux règles organisant les procédures collectives, mettre en œuvre la déchéance du terme et les pouvoirs de blocage dont ils bénéficient en vertu de la convention de sûreté. Aussi, la cour d'appel confirme l'ordonnance du tribunal de commerce de Nanterre, sans examiner toutefois les autres moyens développés par les prêteurs seniors, notamment les effets juridiques des notifications de blocage des créances intra-groupes.

À la lumière de cette jurisprudence, une première conclusion s'impose. Un créancier bénéficiant d'un nantissement de créances, qui souhaite exercer son droit de rétention afin de bloquer le paiement de la créance nantie ou de cristalliser le compte bancaire, n'a aucun intérêt à demander l'exigibilité anticipée de la créance garantie et le paiement de cette dernière. Par ailleurs, une demande d'accélération du prêt au motif d'une violation d'obligations non liées à l'ouverture de la procédure collective (défaut de paiement) pourrait paraître relativement artificielle.

En tout état de cause, il faut prendre soin de ne viser dans la notification ni, directement ou indirectement, le non-paiement d'une créance antérieure, ni, *a fortiori*, son paiement.

La prudence commande de ne pas tenter d'accélérer le prêt, mais d'envoyer plutôt une notification réaffirmant l'existence d'un droit de rétention, rendant ainsi la créance indisponible afin de préserver l'assiette du nantissement.

L'ouverture de la procédure collective a pour effet de cristalliser le compte bancaire, conformément à l'article 2360 alinéa 2 du Code civil.

Vouloir « séquestrer » les sommes d'argent en les virant sur un autre compte de la banque apparaît dangereux, comme le démontre l'arrêt du 22 janvier 2020. La tentation est grande d'y voir le paiement de la créance nantie, constitutif d'une réalisation du nantissement.

45. Versailles, 14e ch., 5 mai 2022, RG n° 21/06346.

En d'autres termes, le créancier nanti ne peut exercer qu'un droit passif de préservation de l'assiette du nantissement, et non pas entreprendre une mesure active qui pourrait s'analyser comme le paiement de la créance nantie.

Dans le cadre de la procédure collective, le droit de rétention du créancier nanti est opposable tout au long de cette dernière, y compris pendant la période d'observation, contrairement au droit de rétention fictif du gage sans dépossession prévu à l'article 2286, 4° du Code civil.

### 2° Faut-il privilégier le recours à la cession de créances à titre de garantie du Code civil, introduite par l'ordonnance de 2021 ?

Avant la réforme de 2021, le recours au nantissement de créances intragroupe, dans le cadre des opérations de financement structuré, s'expliquait par l'impossibilité juridique d'utiliser la cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly.

Après l'ordonnance de 2021, la situation change. Il est dorénavant possible d'utiliser la cession de créances à titre de garantie des articles 2373 à 2373-3 du Code civil, qui devrait avoir la même efficacité que la cession Dailly. En effet, la créance cédée sort du patrimoine du constituant de la sûreté. Il suffit pour le cessionnaire de la créance de notifier la cession au débiteur de la créance cédée, qui peut intervenir à tout moment. On évite ainsi tout débat sur l'efficacité du blocage de la créance nantie en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant.

Cela étant, le recours au nantissement de créances du solde de compte bancaire est indispensable dans l'hypothèse où le créancier nanti est le teneur du compte. On ne peut céder une créance sur soi-même.

Ainsi, la problématique posée par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2020 est circonscrite au nantissement d'un compte bancaire qui reste en mouvement.

Le rédacteur d'acte d'un nantissement de compte bancaire doit donc prendre bien soin d'opérer une distinction entre les notions de notification du nantissement, de blocage du compte par cristallisation et la réalisation du nantissement. L'usage du terme de séquestration de fonds, qui est au cœur de la problématique de l'arrêt du 22 janvier 2020, doit être évité, afin de ne pas fragiliser l'efficacité du nantissement de compte bancaire.