

Nantissement du fonds de commerce OHADA. Une garantie apparente en marché concurrentiel ?

Deogratias Katembo Tahamukwi¹, Sagesse Kasereka Kapakazi² et
Francine Katungu Masimengo³

Résumé

S'agissant particulièrement du nantissement du fonds de commerce dans un marché concurrentiel, l'impossibilité d'appropriation exclusive de la clientèle rend cette sûreté incertaine et volatile à l'égard du créancier. Il est toujours hésitant de prétendre avoir un droit exclusif de propriété sur une clientèle donnée en situation de concurrence. D'où une insécurité permanente par rapport au paiement de la créance nantie. Aux yeux du créancier nanti, il est réconforté par la garantie ainsi constituée qui pourtant ne serait que feu de paille sur un marché de pleine concurrence ; une sorte de verrouillage sans verrou, que nous appellerions en termes propres « un bouclier à sachet ». Cette sûreté « trompe-œil » exigerait d'autres éléments corporels obligatoires lors de sa constitution aux fins de protéger le créancier.

Mots clés: Nantissement, fonds de commerce, volatilité, assurance, monopole.

Abstract

In the case of a pledge of goodwill in a competitive market, the impossibility of exclusive ownership of the clientele makes this security uncertain and volatile with respect to the creditor. It is always hesitant to claim an exclusive right of ownership over a given clientele in a competitive situation. This creates a permanent insecurity with respect to the payment of the pledged debt. In the eyes of the pledged creditor, he is comforted by the guarantee thus constituted, which would nevertheless be nothing but a flash in the pan in a market of full competition; a sort of lock without a lock, which we would call in our own terms "a bag shield". This "deceptive" security would require other mandatory tangible elements at the time of its creation in order to protect the creditor.

Keywords: Pledge, goodwill, volatility, insurance, monopoly.

¹ Assistant à la Faculté de Droit de l'Université Catholique du Graben (Nord-Kivu/RDC) : katembotaham@gmail.com

² Assistant à la Faculté des Sciences Économiques et de Gestion de l'Université Catholique du Graben (Nord-Kivu/RDC).

³ Assistante à la Faculté de Droit de l'Université Catholique du Graben (Nord-Kivu/RDC).

Introduction.

Gouvernant la vie quotidienne, les contrats se nouent, se dénouent, et sont fréquemment assortis des sûretés⁴. L'article 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des Sûretés⁵ définit la sûreté comme « l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées voire déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant ».

Dorénavant reposant plus essentiellement sur des biens corporels, actuellement les sûretés peuvent avoir pour objet un bien incorporel. Ainsi, parle-t-on de nantissement. L'article 125 de l'Acte uniforme relatif aux sûretés définit le nantissement comme « l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables ».

S'agissant particulièrement du nantissement du fonds de commerce, l'article 162 de l'Acte uniforme relatif à l'organisation des sûretés précise qu'il s'agit d'une affectation en garantie d'une obligation, des éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce, à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial. Cette sorte de sûreté peut aussi porter sur d'autres éléments incorporels du fonds de commerce ainsi que ses succursales s'il y en a.⁶ Selon l'article 135 de l'AUDCG⁷, « le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ». À l'article 136 du même Acte uniforme d'ajouter qu'il « ...comprend nécessairement la

⁴ G. PIETTE, *Le droit des sûretés au prisme de la faute. Contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, École doctorale de Droit (ED n°41), Spécialité Droit privé et sciences criminelles, 5 décembre 2017, mise en jour le 13 décembre 2017, p. 1.

⁵ Ce sigle signifie tout simplement l'Acte uniforme portant organisations des sûretés du 15 décembre 2010.

⁶ Lire à propos les alinéas 2 et 5 de l'article 162 de l'Acte uniforme relatif à l'organisation des sûretés du 10 décembre 2010.

⁷ L'Acte uniforme relatif au Droit commercial général du 15 décembre 2010.

clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial ».

Toutefois, l'article 137 ouvre la possibilité d'intégrer dans le fonds de commerce d'autres éléments, tels que - les installations ; - le matériel ; - le mobilier, etc. La lecture combinée de ces deux dispositions ci-avant évoquées (136 et 137 AUDCG) démontrent clairement qu'aucun nantissement du fonds de commerce ne peut être constitué sans la clientèle.

Sur un marché concurrentiel, l'essence même des article 162 de l'AUS et 135 de l'AUDCG trouvent certaines limites par rapport au degré de garantie de l'obligation. Non seulement que la clientèle-élément indispensable de tout fonds de commerce- paraît inappropriable définitivement dans un contexte de libre concurrence, mais surtout l'enseigne ou le nom commercial s'avèrent dépouillés en cas d'absence de celle-là. Ce qui crée une sûreté pratiquement figurante. De plus en plus, les affaires se passent en ligne, si bien que le corpus devient de plus en plus suranné. À proprement parler, peut-on légitimement affirmer qu'un nantissement du fonds de commerce constitue une garantie sûre à l'égard du créancier nanti sur un marché de libre concurrence ? Si non, comment peut-il se prémunir des effets néfastes de la libre concurrence vis-à-vis de sa sûreté ? Voilà la principale question de notre recherche.

Ainsi, pour mieux comprendre le caractère stable et donc rassurant du nantissement du fonds de commerce sur un marché de monopole à l'égard du créancier nanti, force est d'examiner avant tout les risques auxquels ce dernier s'expose davantage lorsqu'il se trouve sur un marché concurrentiel, généralement dominé par une incertitude et une volatilité quotidiennes.

1. Le nantissement du fonds de commerce : entre stabilité et volatilité en situation concurrentielle.

Le caractère non rassurant de la sûreté faite autour du fonds de commerce peut s'apprécier en considération de sa composition et sa nature (1) surtout lorsqu'on se trouve sur un marché concurrentiel (2). Ces deux aspects nous poussent à conclure qu'il s'agit en réalité d'une garantie *trompe-œil*, ici qualifiée de garantie apparente (3).

1.1. Volatilité de par la composition et la nature du fonds de commerce

Le souci de comprendre intrinsèquement le fonds de commerce suppose qu'on maîtrise sa composition ainsi que sa nature juridique.

1.1.1. Instabilité inhérente aux éléments du fonds de commerce

Conformément à l'article 136 de l'AUDCG, le noyau dur du fonds de commerce est composé de la clientèle et du nom commercial ou de de la clientèle, du nom commercial ou l'enseigne. La clientèle est ici un élément quasiment indispensable du fonds de commerce. Son absence affecte absolument la valeur même du fonds. Et donc si un fonds ne comporte plus une quelconque clientèle, fût-il par l'effet de la concurrence, il est amoindri dans sa substance même.

1.1.2. Nature juridique du fonds de commerce

La nature juridique du fonds de commerce ne peut être abordée de manière unidimensionnelle. Sur le plan économique, le fonds de commerce est un bien patrimonial pouvant faire l'objet de transactions. En tant qu'une partie intégrante du patrimoine commercial du commerçant, la constitution, l'amélioration et l'entretien du fonds de commerce exigent un certain nombre de coûts. Pour pérenniser une entreprise, et par ricochet, le fonds de commerce, Williamson⁸ a proposé un modèle des coûts quant à ce qui est des firmes. Il s'agit des coûts de recherche et d'information, coûts de négociation et de décision et coûts de surveillance et contrôle. Ce sont des coûts dits coûts d'organisation. A cela on peut ajouter des coûts ayant trait à la fiscalité. Le fonds de commerce est ainsi un « tout » indissociable. Il est un contenant dont le contenu est variable : c'est un bien original qui doit être, en principe, exploité pour exister. Le fonds de commerce est une institution fragile puisque reposant sur la prospérité du commerçant.

⁸Cf. WILLIAMSON, *Analyse économique de l'entreprise*, dossier disponible sur www.google.net, consulté le 06 juillet à 15h00.

1.2. Nantissement du fonds de commerce à l'aune du marché concurrentiel.

En énumérant les éléments devant être pris en compte lors de la constitution d'un nantissement du fonds de commerce, l'article 162 de l'AUS est assez clair lorsqu'il dispose qu'il s'agit d'une affectation des éléments incorporels du fonds de commerce que sont la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial. L'accent est davantage mis ici sur la place de la clientèle et de l'enseigne ou encore du nom commercial. La disposition susmentionnée corrobore ainsi avec l'article 136 de l'AUDCG qui rend obligatoires ces éléments dans tout fonds de commerce⁹. En conséquence, le nantissement doit toujours intégrer ce noyau dur contenu en l'article 136 de l'AUDCG ci-dessus sous réserve d'autres éléments non obligatoires, tels les installations, les brevets, etc.

Pourtant, le législateur OHADA de l'Acte uniforme relatif aux sûretés précise qu'un nantissement peut valablement être constitué sur un fonds de commerce et ses succursales¹⁰. Il en est de même de son transfert voire son déplacement.¹¹ Visiblement, pareil transfert ou déplacement ne concerne pas en soi la clientèle.¹² Et c'est là que la volonté du législateur OHADA peut céder à des interprétations équivoques. Quoiqu'il en soit, le nantissement doit toujours reposer sur les éléments légaux constitutifs du fonds de commerce.

Sur un marché de libre concurrence, les éléments du fonds de commerce nanti peuvent perdre ou augmenter leur valeur au regard de la compétition de conquête de la clientèle. Dans cette dernière hypothèse, le créancier nanti voit ses chances de paiement s'accroître. Dans la première hypothèse néanmoins (et c'est ce qui nous intéresse dans cette réflexion), l'insolvabilité du débiteur peut s'accroître de plus en plus.

⁹ Cette disposition qui énumère les éléments du fonds de commerce stipule que : « Le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial (...) ».

¹⁰ Voir à propos l'article 162 al. 5 de l'AUS du 15 décembre 2010.

¹¹ Voir l'article 175 al. 1 et 5 de l'AUS supra.

¹² Il s'agit ici de l'Acte uniforme portant droit commercial général et l'Acte uniforme relatif à l'organisation des sûretés.

Aux termes de l'article 4 de la loi organique n°18-020 du 9 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence, « la liberté de concurrence implique le droit pour toute personne d'exercer une activité économique ou commerciale de son choix aux conditions qu'elle juge compétitives, qu'elle fixe librement sous réserve des restrictions légales ».¹³ Il ressort que toute personne est libre de faire un libre jeu de concurrence saine et loyale à ses concurrents.¹⁴

Même lorsqu'il est sain et loyal, le libre jeu de concurrence peut affecter négativement un certain nombre d'éléments du fonds de commerce d'un concurrent, et plus précisément la clientèle (1), et consécutivement le nantissement y relatif (2).

1.2.1. Concurrence et propriété du fonds de commerce.

Le marché de concurrence semble s'inscrire aux antipodes (du point de vue modes d'exercice) avec la reconnaissance du droit de propriété du fonds de commerce. Autrement dit, la matérialisation de la concurrence sur un marché quelconque peut entraver la propriété de certains éléments du fonds de commerce surtout la clientèle. Comme le souligne Marie Rigal, « la concurrence est une situation de compétition économique qui se caractérise par l'offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services sur le marché qui tendent à satisfaire des besoins équivalents, avec pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle ».¹⁵ La vraie question que nous nous posons est de savoir la substance même du droit de propriété du fonds de commerce en cas de concurrence, même s'il peut s'en prévaloir comme tout propriétaire d'autre bien.

Aux termes de l'article 14 de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, telle que modifiée et complétée par la loi n°80-008 du 18 juillet 1980 dispose: « La propriété est le droit de disposer d'une chose d'une

¹³ Lire à propos l'article 4 de la loi organique n°18-020 du 9 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence (J.O.RDC., 23 juillet 2018, n° spécial, col. 105).

¹⁴ Voir l'article 28 al. 1 de la loi ci-dessus.

¹⁵ M. RIGAL, *La protection du consommateur par le Droit de la concurrence*, Master 2, Université de Montpellier I, 2010-2011, p. 6.

manière absolue et exclusive, sauf les restrictions qui résultent de la loi et des droits réels appartenant à autrui (...) ». Et à l'article 178 de l'Acte uniforme OHADA du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés d'ajouter que « les créanciers inscrits bénéficient : d'un droit de suite qu'ils exercent conformément aux dispositions de l'article 97 alinéa 2, du présent Acte uniforme (...) ».

Sachant que « le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, soit par la remise du bien gagé entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties (...) »¹⁶, nous concluons qu'un propriétaire d'un fonds de commerce a tous les attributs du droit de propriété tels que reconnus par la loi, à savoir le droit d'en disposer, d'en jouir et d'en user plus largement. Inversement, le droit de suite est reconnu au créancier nanti du fonds de commerce à l'encontre du tiers acquéreur toutes les fois que la cession du fonds lui a causé préjudice. Si le propriétaire d'un fonds de commerce peut en user et en jouir, il sera putatif de disposer de sa clientèle, la vendre ou même la céder. Annabelle Jamois n'écrit-il pas qu'« un client à la recherche d'un produit bancaire comparera toujours avec les offres proposées par les autres établissements. Les banques sont devenues des fournisseurs de produit et de service de base qui peuvent être facilement remplacé par ceux de leurs concurrents (...) ».¹⁷ Convaincu qu'il est superflûatoire d'imaginer un fonds de commerce sans clientèle, le créancier nanti du fonds de commerce dans un environnement concurrentiel est insécurisé *ab ovo* (à partir de la constitution même du fonds) par la concurrence même. Le basculement de la clientèle affecte la garantie de sa créance.

1.2.2. Le créancier nanti insécurisé par le principe de la concurrence.

La perplexité du créancier nanti repose essentiellement sur le caractère évolutif du fonds de commerce, la difficile appropriation de la clientèle ainsi que la variabilité de la valeur vénale du fonds de commerce. Certes,

¹⁶ Article 97 de l'AUS.

¹⁷ A. JAMOIS, *Un établissement bancaire face à la volatilité de sa clientèle : Étude du cas du Crédit Agricole*, Mémoire de Master en Management, Université du Maine, 2013-2014, p. 5.

“le fonds de commerce ne se conçoit et ne peut exister qu’en fonction d’une clientèle”¹⁸, mais encore faut-il préciser que la clientèle n’est donc pas un critère unique d’existence du fonds. Si la clientèle demeure bien nécessaire puisque sans elle, l’activité économique perd de son intérêt, il ne faut pas confondre le but ou la finalité, qui est l’attraction de la clientèle, et le moyen d’y parvenir, qui est le fonds. Voilà pourquoi de nouveaux éléments peuvent intégrer le fonds en cours de son exploitation et ainsi évoluer et l’adapter aux nouvelles réalités du monde de diverses affaires. D’ailleurs, n’apprend-t-on pas avec Guillaume Zambrano¹⁹ que les affaires requièrent célérité.

Lorsqu’on a comme garantie de sa créance un fonds de commerce dans un environnement concurrentiel, la valeur vénale de ce fonds demeure pratiquement flottante ou vacillante du fait de la volatilité de la clientèle dans un tel environnement inouï. Son caractère volatile rend difficile la possibilité d’appropriation de manière permanente et pérenne. Du coup, la clientèle se présente comme cet objet d’appropriation à géométrie variable. Celle-ci peut avoir un caractère civil ou commercial.

Dépourvue de corpus, la clientèle est difficile à appréhender. Elle est alors considérée comme une entité, une masse de personnes attirées par un certain nombre d’éléments matériels et intellectuels ou intangibles, ce qui permet de la transmettre implicitement en cédant les différents éléments qui la retiennent. Cet objet-clientèle est donc particulier et met en place un rapport d’appropriation non exclusif et aléatoire. Le report de confiance traduit par l’engagement de non-concurrence et de non-sollicitation ne permet pas de garantir pleinement le transfert de la clientèle au nouvel acquéreur. « Le caractère aléatoire de la cession de clientèle attachée à un professionnel renvoie inévitablement à la question de la nature particulière du bien-clientèle; bien incorporel dont l’appropriation ne peut être absolue ».²⁰ Ce développement démontre clairement le caractère apparent

¹⁸ F. PEROCHON ET R. BONHOMME, *Entreprises en difficultés – instruments de crédits et de paiement*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 67-68.

¹⁹ Cf. G. ZAMBRANO, *L’inefficacité de l’action civile en réparation des infractions au Droit de la concurrence*, Thèse de doctorat, Université Montpellier 1 École Doctorale Droit et Science Politique, 2012, p. 86.

²⁰ A. BENADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels : Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Montréal & Paris, Faculté

ou figurant de la garantie ayant pour objet le fonds de commerce lorsqu'on se trouve sur un marché concurrentiel.

1.3. Le caractère apparent du nantissement du fonds de commerce en situation de concurrence.

La théorie de l'apparence telle qu'étudiée en droit administratif et en droit commercial suppose une immixtion d'une personne n'ayant pas qualité dans les actes administratifs. À l'égard des usagers, les actes ainsi posés sont valables. Cette théorie de l'apparence a pour fonction d'assurer la sécurité des tiers et la rapidité des transactions. La notion d'apparence étant invoquée dans maints domaines, elle tend à devenir protéiforme. Il reste pour autant qu'il s'agit nécessairement d'une situation de seul fait visible qui provoque une croyance erronée. En toute hypothèse, la question demeure de savoir si, conformément aux règles et aux usages de la matière considérée, un individu normalement bien avisé aurait admis pour vrai ce qui n'était au mieux que vraisemblable.

Le caractère apparent du nantissement du fonds de commerce auquel nous faisons allusion dans ces pages renvoie beaucoup plus à son aspect figurant ou fébrile dans un contexte concurrentiel. Thibault Verbiest écrit à propos que le gage portant sur le fonds de commerce présente la particularité de grever un ensemble nécessairement fluctuant, composé de biens meubles corporels et incorporels.²¹ C'est justement cette fluctuation qui s'avère quasi chimérique et crée chez le créancier nanti une confiance feinte et illusoire.

À dire vrai, le créancier nanti du fonds de commerce sur un marché de libre concurrence peut se trouver démuné des garde-fous nécessaires de paiement de sa créance à l'échéance. Non seulement que le débiteur ne pût avoir une maîtrise totale des éléments objet du nantissement, mais aussi l'essence même de la concurrence voudrait que les opérateurs économiques

des études supérieures, Université de Montréal, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012, p. 87.

²¹ T. VERBIEST, « Le fonds de commerce virtuel : une réalité juridique ? », in *Journal des tribunaux*, n°6044 du 23 février 2002, p. 5.

outillés en conquête et conservation de la clientèle éliminent loyalement les moins aguerris.

2. Nantissement du fonds de commerce : Vers une sûreté rassurante en situation de monopole.

Le monopole suppose la présence sur le marché d'un seul offreur des biens ou des services. Les consommateurs des biens et services s'adressent uniquement au seul offreur. Ce dernier tient son monopole tant sur les biens ou services que sur sa clientèle. Le monopole est au sens strict une situation dans laquelle un offreur se trouve détenir une position d'exclusivité sur un produit ou un service offert à une multitude d'acheteurs²². François Leveque note : « En économie, le monopole désigne la situation d'un marché dans lequel il y a de nombreux acheteurs et un seul vendeur qui, n'ayant pas à subir la concurrence d'autres producteurs, est libre de fixer ses prix »²³. Cet auteur déplore que par le monopole, l'unique offreur risque de hausser abusivement les prix, et ce, au mépris des acheteurs.

En dépit de cela cependant, le monopole a un certain nombre d'atouts, notamment la rétention de la clientèle et le contrôle du marché quasi-entier. Mais, avant l'examen de ces atouts du monopole, revenons sur les droits et obligations des parties au nantissement du fonds de commerce.

2.1. Droits et obligations du créancier nanti et du débiteur

En matière de nantissement du fonds de commerce, le débiteur est cette personne qui a mis son fonds en gage, alors que le créancier nanti est celui au profit duquel le gage a été constitué en garantie de sa créance. L'un comme l'autre a des droits et soumis à un certain nombre d'obligations.

2.1.1. Droits et obligations du débiteur.

Comme tout débiteur, la principale charge qui pèse au débiteur gagiste du fonds de commerce reste donc le paiement du créancier à l'échéance. L'insolvabilité peut être doublement un risque d'inexécution, écrit Frédéric

²²F. LÉVÊQUE, *Les habits neufs de la concurrence*, Odile Jacob, 2017, p. 7.

²³ Idem, p. 10.

Rouvière²⁴. D'une part, si l'objet de la créance est une somme d'argent, il est bien évident que le débiteur risque de ne jamais s'exécuter à l'échéance s'il demeure insolvable. D'autre part, l'insolvabilité fait peser une incertitude sur l'effectivité de la garantie. À côté de cette obligation, le débiteur doit entretenir, améliorer et conserver le cas échéant le fonds mis en nantissement.

S'agissant des droits, autant que l'Acte uniforme ne l'interdit pas, le débiteur peut constituer d'autres nantissements sur le même fonds. Et, à ce moment, la masse des créanciers sera désintéressée par ordre d'inscription en cas de vente du fonds nanti. Comme l'indiquent les articles suivants 147 et 149 de l'Acte uniforme portant Droit commercial général, la cession du fonds de commerce doit respecter les règles relatives à la vente. Cette vente peut être réalisée par acte sous seing privé ou par acte authentique.²⁵ Aussi, le fonds de commerce peut être mis en location en exploitation d'un contrat de location gérance conformément à l'article 138 de l'AUDCG.²⁶

2.1.2. Droits et obligations du créancier nanti

En analysant les dispositions de l'Acte uniforme portant sur les sûretés et celui portant Droit commercial général, il appert que le créancier nanti s'oblige d'inscrire sa sûreté au registre de commerce et de crédit mobilier pour des fins publicitaires et d'opposabilité aux tiers. En ce point de vue l'article 51 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés précises : « L'inscription des sûretés mobilières est faite à la requête du créancier, de l'agent des sûretés ou du Constituant (...) ». Le même Acte uniforme renchérit en son article 53 qu'« (...) en cas de nantissement ou de vente d'un fonds de commerce, le formulaire requérant l'inscription du nantissement ou du privilège du vendeur porte, en outre, mention du numéro d'immatriculation ou de déclaration d'activité de la personne

²⁴ Cf. F. ROUVIERE, « L'obligation comme garantie », in *Revue Trimestrielle de Droit civil*, Paris, Dalloz, 2015, p. 24.

²⁵ Cf. Articles 147 et 149 AUDCG.

²⁶ L'Acte uniforme portant Droit commercial général est explicite par rapport à l'exploitation du fonds de commerce par le commerçant lui-même ou mieux alors par l'intermédiaire d'un locataire-gérant.

physique ou morale propriétaire ou exploitant du fonds sur lequel est requis l'inscription du nantissement ou du privilège du vendeur ».

Cette obligation qui pèse sur le créancier le prémunit contre les ventes, les déplacements, les locations, les atteintes, les diminutions éventuelles de l'étendue du gage constitué ainsi que le respect de l'ordre de privilège le jour du paiement (en cas de nantissements concurrents) surtout lorsque le débiteur s'avère de mauvaise foi. Et justement, lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers demeure déterminé plus par l'ordre de leur inscription²⁷. La réalité sera ainsi tout autre lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession. Dans le cas d'espèce, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur reste opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant le droit de rétention de ce dernier²⁸.

Par ailleurs, lorsqu'un bien donné en gage avec dépossession fait alors ultérieurement l'objet d'un gage sans dépossession, le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier postérieur qui ne pourra prétendre exercer ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé²⁹. Un autre effet de l'inscription, c'est qu'en cas de vente du fonds mis en gage, les créanciers chirographaires peuvent concourir à la distribution du prix, bien évidemment après avoir sollicité du tribunal compétent la déchéance du terme de leurs créances³⁰.

Reconnaissant que le débiteur peut être tenté de vendre un fonds de commerce jadis constitué en garantie, le droit d'opposition est reconnu au créancier nanti qui pourrait même former une surenchère du sixième du prix fixé dans l'acte de vente³¹. De manière concrète, le créancier nanti

²⁷ Cf. Article 107 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés. Cette disposition essaie de lever l'équivoque par rapport à l'ordre de paiement à suivre lorsqu'un même bien est frappé de plusieurs gages sans dépossession.

²⁸ Cf. Article 107 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés.

²⁹ Cf. *Ibidem*.

³⁰ Cf. Article 174 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.

³¹ Les articles 159 et 163 de l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général sont édifiants à ce propos. L'opposition consiste à s'attaquer, par acte d'huissier au projet de vente du fonds de commerce mis gage. Par contre, la surenchère suppose l'augmentation, par un pourcentage

bénéficie, conformément à l'article 178 de l'Acte uniforme portant sûretés, du droit de suite, du droit de réalisation ainsi que du droit de préférence.

Le droit de suite signifie donc que le créancier nanti peut davantage poursuivre à quelques mains qu'il se trouve le fonds gagé, s'il a fait l'objet d'une cession. C'est le contenu de l'article 97 al. 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui énonce : « Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du Constituant ne peuvent être regardés comme des possesseurs de bonne foi et le créancier gagiste peut exercer aisément son droit de suite à leur rencontre ». C'est la matérialisation de l'opposition ci-avant évoquée.

A ce droit s'ajoute celui de la réalisation qui suppose qu'un créancier nanti muni d'un titre exécutoire peut procéder à la vente forcée du fonds gagé à l'échéance du terme³². Enfin, le créancier nanti dispose ainsi d'un droit de préférence conformément à l'article 226 de l'Acte uniforme susmentionné. Ce droit lui permet d'être payé, en cas de réalisation de la sûreté, en respect d'un ordre prédéfini des créanciers. Après ce bref aperçu sur les obligations et les droits des parties au nantissement du fonds de commerce, il sied donc d'épingler le caractère sécurisant du monopole à l'égard du créancier nanti.

2.2. La rationalité économique de politique de rétention de la clientèle.

La rétention de la clientèle prémunie l'entrepreneur sur la rentabilité et la prospérité de ses affaires.

2.2.1. Monopole, un impact direct sur la rentabilité ?

En retenant une catégorie déterminée de la clientèle, le professionnel d'affaires maximise plus à son profit un grand accroissement de ses revenus professionnels. En tant que seul véritable offreur sur le marché, tout besoin de consommation des produits qu'il met sur le marché est orienté toujours vers lui, sous réserve de l'existence des produits de substitution.

déterminé, du prix de vente du bien mis aux enchères. Cette surévaluation profite au créancier nanti en termes de dommages.

³² Cf. Article 104 de l'Acte uniforme portant organisations des sûretés.

*** Rentabilité par la fidélisation de la clientèle.**

Par rapport à la situation de concurrence, le monopole opère un transfert de la poche des acheteurs vers celle de l'offreur. Les consommateurs qui achètent au monopole, payent le bien plus cher que si la concurrence prévalait.

Les deux effets du monopole, inefficience par la perte sèche et par le transfert de richesse des consommateurs vers les actionnaires, ne se limitent pas à sa forme pure. Dès lors qu'une entreprise est en mesure de fixer son prix à un niveau supérieur à son coût marginal, elle détient bien évidemment un pouvoir de monopole, appelé aussi pouvoir de marché (les deux termes sont interchangeable). De manière encore plus directe, comme affirme Marlene Oyono³³, la rétention des clients sur une gamme de produits peut pousser l'entreprise à exploiter une situation de monopole sur la fourniture des biens et services complémentaires (service de maintenance, fourniture des pièces détachées ou des consommables pour lesquels il n'existe pas de parfaits substituts sur le marché...).

La facilitation des négociations avec les partenaires (fournisseurs, banquiers, investisseurs...), un fond de clientèle fidèle constituant un actif immatériel conférant une certaine visibilité sur les perspectives à moyen terme de l'entreprise. Bien évidemment, les économies réalisées grâce à la rétention de la clientèle doivent être mises en regard des coûts, bien souvent importants, des politiques ayant permis de l'obtenir³⁴.

Fidéliser les clients comprend de nombreux enjeux pour l'entreprise. Selon Mervan Barazi, fidéliser les clients existants coûte moins cher que d'en acquérir de nouveaux³⁵. Dawkins et Reichheld, deux auteurs principaux de l'ouvrage *Customer Retention as a Competitive Weapon*, déclarent que « retenir un client coûterait jusqu'à cinq fois moins cher que d'en conquérir un nouveau »³⁶. Par ailleurs, fidéliser les clients ne peut qu'impacter positivement le chiffre d'affaires de l'entreprise. Les clients

³³ Cf. M. OYONO, *La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA*, Thèse de doctorat, Université Montpellier, 2016, p. 28.

³⁴ Cf. M. OYONO, *Op. Cit.*, p. 16.

³⁵ Cf. M. BARAZI, *Op. Cit.*, p. 21.

³⁶ DAKWINS et Al. cité par Y. R. KALIEU ELONGO, « À la recherche du particularisme du nantissement de compte de titres financiers en droit OHADA », in *Revue togolaise des sciences juridiques*, janvier-juin 2015, n°7, p. 5.

les plus fidèles achètent de manière récurrente, ainsi les dépenses engagées dans les actions de fidélisation sont donc rapidement rentabilisées. En fidélisant les clients, l'on construit aussi un rempart majeur contre la concurrence. Enfin, un client fidèle et satisfait devra avoir tendance à recommander l'entreprise à son entourage.

*** Rentabilité par l'érection des barrières à l'entrée.**

En retenant ses clients, l'entreprise peut réussir à ériger une barrière à l'entrée assez efficace pour d'éventuels concurrents en rendant peu attractive l'entrée sur le marché : demande résiduelle faible et difficulté d'amortissement des coûts de recrutement particulièrement élevés. L'entreprise en place qui dispose d'un fond de clientèle fidèle est en mesure de dégager les moyens d'une politique très agressive sur le marché du recrutement et compromettre ainsi la rentabilité de nouveaux entrants ne pouvant tabler sur la péréquation de la rentabilité. Ce type de stratégie peut également être mis en place pour provoquer l'éviction des concurrents plus faibles. Nous venons de voir ce qui incite une entreprise à tenter de retenir ses clients.

2.2.2. Exploiter des rendements croissants, un levier de sécurité du créancier nanti.

Comme nous pouvons bien le constater, les atouts du marché de monopole reposent également sur sa capacité d'accroître les rendements au profit de l'entrepreneur. Cette croissance ne demeure pas sans conséquence garantissante du côté du créancier nanti. La théorie économique développée par Olivier et Swan nous enseigne que « prendre en compte un avantage sur ses divers concurrents en termes de taille du fond de clientèle enclenche un phénomène cumulatif vertueux (...). Retenir ses clients, en même temps qu'en recruter d'autres, permet d'accroître le volume de production. Lorsque les processus de production sont sensibles aux économies d'échelle et que le prix constitue un mode de concurrence important sur le marché, accroître son volume de production plus rapidement que les concurrents est un moyen de construire un avantage concurrentiel

cumulatif »³⁷. Si, sur un marché de monopole, la stabilisation de la clientèle constitue un outil de rentabilité, l'on s'aperçoit du coup qu'une quelconque sûreté constituée par l'entrepreneur bénéficie d'un degré de confiance avérée. Tout comme dans le dilemme du prisonnier, une entreprise a tout intérêt à fidéliser une partie de sa clientèle pour ne pas voir sa part de marché s'éroder avec le temps.

2.3. Monopole, mécanisme d'exercice d'un pouvoir de marché vis-à-vis des clients.

Reichheld³⁸ montre qu'un client fidèle est moins sensible au prix. Cette réduction de l'élasticité de la demande par rapport au prix autorise l'entreprise à tarifier au-delà du coût marginal et aussi à dégager une rente. Elle peut ainsi augmenter son profit, non par la force du jeu concurrentiel, mais alors par l'exploitation d'éléments de monopole. Le client, captif, encourt également le risque de subir une baisse de la qualité de la prestation fournie.

De manière générale, une politique de rétention bien réussie autorise l'entreprise à opérer une péréquation de ses profits entre divers clients fidèles et prospects, les marges réalisées sur les clients fidèles permettant de financer une politique commerciale agressive au service du recrutement de nouveaux clients. Ainsi, en acquérant de plus en plus assez de clients - chose influe sur les revenus -, le professionnel trouve bien facilement de quoi honorer ses engagements vis-à-vis des tiers. Le paiement des créances des tiers est ainsi garanti par la fréquence accrue des clients ne s'approvisionnant qu'auprès d'un seul offreur.

Reichheld nous enseigne encore : « Lorsque l'on se trouve sur un terrain concurrentiel, le calcul économique effectué par le client consiste à apprécier variablement la variation de bien-être associée à la consommation de l'offre d'un fournisseur concurrent »³⁹. Le client a ainsi intérêt à rester « fidèle » tant que les avantages associés à la défection sont

³⁷ R. L. OLIVER et J. E. SWAN, "Consumer Perceptions of Interpersonal Equity and Satisfaction in Transactions: A Field Survey Approach", in *Journal of Marketing*, vol. 53, April, 1989, pp. 21-22.

³⁸ F. REICHELLED, *The loyalty effect, the hidden force behind growth, profits and lasting value*, Harvard Business School Press, 1996.

³⁹ F. REICHELLED, *Op. Cit.*, p. 19.

inférieurs au montant des coûts de changement. Certains coûts de changement sont, en quelque sorte, des « produits fatals » de la relation avec le fournisseur, et sont inhérents à la nature de la transaction⁴⁰.

En revanche, dans un contexte de monopole, les politiques de rétention consistent, dans une large mesure, dans la création de dispositifs qui visent à contraindre le client à ne s'approvisionner qu'au seul professionnel. Dans un langage atroce, on serait tenté de dire que le client a « la volonté liée ». Nous comprenons à la suite de ce qui précède que la monopolisation du marché par un seul offreur sécurise le créancier nanti puisque ce dernier ne se verra pas évincer par son débiteur, à l'échéance, par manque de moyens.

Conclusion

En conclusion, le créancier nanti sur un marché concurrentiel pourrait être moins garanti du paiement de sa créance que son similaire dans un contexte de monopole. Notre réflexion part de la compétition faite par les commerçants pour attirer et captiver une clientèle. En concurrence, cette dernière est à qui sait la prendre. Inversement, en situation de monopole, la clientèle est au seul offreur (bénéficiaire du monopole).

En constituant une sûreté portant sur le fonds de commerce, qui de sa part, est composé nécessairement de la clientèle du nom commercial et/ou de la marque, le créancier nanti dans un marché de concurrence serait en train de semer sur la roche puisque le débiteur n'a pas de droit d'exclusivité sur la clientèle, source de ses bénéfices/accroissement. Et, en réalité, il y a lieu d'affirmer qu'une créance sûre garantie par un fonds de commerce dans un environnement de libre concurrence l'est de façon artificielle.

Juridiquement parlant, le nantissement du fonds de commerce présente un double visage dans les deux structures de marché. Ce double visage, c'est-à-dire comme épouvantail chimérique et comme bouclier en fer contre l'insolvabilité du débiteur, génère un certain nombre de conséquences à l'égard du créancier nanti dans chacune de ces structures de marché.

Dans un marché concurrentiel, la concurrence a un effet négatif d'affaiblissement du nantissement. Sachant que le fonds de commerce est

⁴⁰ Cf. *Ibidem*.

composé d'éléments inconstants, la compétition concurrentielle rend leur valeur vénale flottante et instable. Pour ne parler que de la clientèle ici, Yves Reinhard et Jean Pascal Chazal écrivent : « Notion fugitive, la clientèle suscite un très important contentieux et de vifs débats doctrinaux »⁴¹.

En effet, une somme de personnes qui gardent leur liberté individuelle, ne peut être réifiée en s'incorporant plus dans une chose composite⁴². « La clientèle, en régime de libre concurrence, est insusceptible d'être appropriée. (...). Le nantissement du fonds de commerce est donc assez habituellement pratiqué par les établissements financiers. Pourtant, il n'offre qu'une garantie limitée, car le prix de vente d'un commerce en difficulté est plus souvent sans rapport avec sa valeur théorique. La valeur d'un fonds de commerce est très instable »,⁴³ Chose qui insécurise le créancier nanti par rapport à son paiement à l'échéance.

Inversement, un marché de monopole constitue un levier de sécurité du nantissement. Cette sécurité peut être juridique en cas de monopole légal, et dans une certaine mesure lorsqu'il s'agit d'un monopole de fait. Elle est aussi une sécurité structurelle puisqu'elle touche davantage la structure du marché contrôlé par un seul offreur. Dans cette occurrence, le nantissement ainsi constitué repose sur une stabilité si bien que la valeur vénale du fonds de commerce, objet de sûreté, s'accroît autant que les revenus. C'est cela le côté rassurant de la sûreté même.

Bibliographie

Acte uniforme portant Droit Commercial Général du 15 décembre 2010, in J.O de l'OHADA n°21 du 15 février 2011.

Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique du 30 janvier 2014, in J.O de l'OHADA n°21 du 04 février 2014.

Acte uniforme portant organisation des Sûretés du 15 Décembre 2010, in J.O de l'OHADA n°22 du 15 février 2011.

BENADIBA, A., *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels : Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au*

⁴¹ Y. REINHARD et J.P. CHAZAL, *Op. Cit.*, p. 374.

⁴² Cf. *Ibidem*.

⁴³ Cf. Y. REINHARD et J.P. CHAZAL, *Op. Cit.*, pp. 375-417.

- Québec, Montréal & Paris, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2012.
- BOY, L., *Le Droit de la Concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de la concurrence*, European University Institute, Italie, 2004.
- CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, n°3, 1075 p.
- DERRUPE, J., *Fonds de Commerce, Répertoire Immobilier*, Paris, Dalloz, 1998, spèc. n°3 cité par BOURDAIS M., *Étude critique des modes de cession applicables au fonds de commerce dans le cadre de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire*, Thèse de Doctorat présentée et soutenue le 23 novembre 2017, Université Lille 2 – Droit et santé École Doctorale n°74, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales.
- DERRUPPE, J., *L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale*, Paris, éd PUF, 2007, 686 p.
- DERUPPÉ, J., « Clientèle et achalandage », in COUV RAT P. (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, Paris, P.U.F., 1992, 368 p.
- JAMOIS, A., *Un établissement bancaire face à la volatilité de sa clientèle : Étude du cas du Crédit Agricole*, Mémoire de Master en Management, Université du Maine, 2013-2014, 72 p.
- KALIEU ELONGO, Y.R, *Cours de Droit des sûretés (OHADA)*, Université de DSCHANG, 2016.
- LÉVÊQUE, F., *Les habits neufs de la concurrence*, Odile Jacob, 2017, 38 p.
- LIBCHABER, R., *Rép. civ.* Paris, Dalloz, 2011.
- Loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, in JO-RDC n°3 du 1^{er} février 1974, pp. 69-120, telle que modifiée et complétée par la loi n°80-008 du 18 juillet 1980.
- Loi organique n°18-020 du 9 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence in J.O.RDC., 23 juillet 2018, n° spécial, col. 105.
- MAINGUY, D. et al. *Droit de la concurrence*, éd Litec. 2010, 216 p.
- MARGUELLOS, T.M., « Les garanties légales du vendeur d'objets mobiliers corporels en droit comparé », In *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n°1, janvier-mars 2002.
- MERVAN BARAZI, *La particularité de l'application du droit de la concurrence dans le secteur des assurances*, Thèse de Doctorat, Université de la Rochelle, 2017, 530 p.
- OYONO, M., *La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en Droit comparé franco-OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2016, 534 p.

- PEROCHON, F. et BONHOMME, R., *Entreprises en difficultés – instruments de crédits et de paiement*, Paris, LGDJ, 2001, 127 p.
- PIETTE, G., *Le droit des sûretés au prisme de la faute. Contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, École doctorale de Droit (ED n°41), Spécialité Droit privé et Sciences criminelles, 5 décembre 2017, mise en jour le 13 décembre 2017.
- REINHAUD, Y., *Droit commercial et Fonds de commerce*, LGDJ, Paris, 325p.
- RHEAUME, J., “La cession Générale des créances commerciales à titre de garantie comme contrat de « fiducia » en droit québécois, français et anglais“, in *Les cahiers de droit*, vol. 28, n°1, 1987.
- SAVATIER, R., « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Université de Toulouse, Faculté de Droit et des Sciences économiques, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, 767 p.
- ZAMBRANO, G., *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au Droit de la concurrence*, Thèse de doctorat, Université Montpellier 1 Ecole Doctorale, Droit et Science Politique, 2012, 693 p.
- ZENATI, F. et REVET, Th., *Les Biens*, Paris, 3^e éd., P.U.F., 2008.