

Garantie, sûreté et procédure collective

Regards croisés franco-japonais

Les sûretés réelles conventionnelles résistant à la procédure collective

.....

L'affectation d'un meuble corporel en garantie d'une obligation

Par Francine Macorig-Venier, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Directrice du Centre de Droit des affaires, EA 780

Après un voyage au cœur des sûretés personnelles, les organisatrices de ce colloque, nous invitent à nous intéresser aux sûretés réelles conventionnelles et plus spécialement cet après-midi aux sûretés sur les meubles, avec dans un premier temps les sûretés (ou garanties) sur les meubles corporels et, dans un second temps, les sûretés réelles conventionnelles grevant certains meubles incorporels, les créances, dont ma collègue Séverine Cabrillac vous livrera toutes les subtilités.

Il s'agit toujours d'apprécier la résistance de ces sûretés à la procédure collective. Cette question est d'une importance majeure. Elle est au centre des préoccupations du législateur français amené à réformer de nouveau le droit des sûretés et ce, sinon en « harmonie », du moins en coordination, avec le droit des entreprises en difficulté.

Par nature les sûretés réelles visent à conférer à leur titulaire une situation « privilégiée » par rapport aux créanciers qui en sont dépourvus, les créanciers chirographaires. Or, la procédure collective reposant sur un principe d'égalité et visant - pour certaines de ces procédures - au sauvetage des entreprises, a tout aussi naturellement tendance à éroder les avantages conférés par la sûreté au créancier et à aligner plus ou moins la situation des titulaires de sûretés sur celles des chirographaires. Cette tendance demeure malgré les correctifs apportés à cet égard au droit des entreprises en difficulté tel qu'il résultait de la grande réforme du 25 janvier 1985.

En comparaison de la situation rencontrée précédemment avec les sûretés personnelles qui conduisent à actionner un tiers étranger à la procédure collective, la « friction » des sûretés réelles conventionnelles grevant les biens du débiteur avec cette dernière est incomparablement plus grande, du moins pour les sûretés qu'il s'agit maintenant d'évoquer : les sûretés réelles conventionnelles traditionnelles qui grevent les biens meubles (corporels) du débiteur, les sûretés reposant sur la propriété étant envisagées demain.

Plus exactement, le thème qui m'a été imparti, si je l'ai bien compris, conduit à examiner les mécanismes par lesquels un meuble corporel est affecté à la garantie de paiement d'une créance, qu'il s'agisse ou non de sûreté. Pour la plupart, ce sont bien incontestablement des sûretés réelles. Les sûretés réelles (non définies encore par le législateur français, mais une définition devrait prochainement être adoptée si l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant est repris) reposent sur l'affectation de la valeur du bien grevé à la garantie de la créance. Cette affectation¹ peut être préférentielle (lorsque le créancier est doté d'un droit de préférence), ce qui est le cas de sûretés classiques portant sur les biens du débiteur, ou être exclusive, ce qui est le cas de la propriété sûreté dont il sera question demain.

¹ C'est à peu près la définition que propose d'adopter l'avant-projet de réforme du droit français des sûretés de l'Association Henri Capitant.

Hormis la propriété sûreté, notamment la réserve de propriété très utilisée dans les ventes de meubles corporels, la sûreté conventionnelle sur meubles corporels est le gage. Le gage est défini par l'article 2333 al. 1^{er} comme « une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a réformé le droit des sûretés, ce gage est, en principe, sans dépossession, sans remise de la chose au créancier gagiste, mais il peut toujours être recouru au gage avec dépossession, c'est-à-dire avec remise de la chose au créancier. En réalité, aux côtés du gage de droit commun du code civil, existent des gages spéciaux tels le gage sur véhicule automobile², les warrants (billets à ordre assortis d'un gage). Ces warrants essentiellement régis par les dispositions du code de commerce³, sont tombés en désuétude pour certains et seront abrogés lors de la prochaine réforme du droit des sûretés. Le warrant agricole régi par les dispositions du code rural et de la pêche maritime⁴ connaît en revanche une vitalité qui le préserve d'une telle abrogation. On y trouve également des nantissements spéciaux sur meubles corporels, comme le nantissement sur l'outillage et le matériel d'équipement professionnel régi par les dispositions des articles L. 525-1 à L. 525-20 du code de commerce, sûreté très utilisée encore. En 2006, lors de la réforme du droit des sûretés⁵, tous les nantissements n'ont pas été rebaptisés « gages », comme cela aurait été logique compte tenu de la définition nouvelle du gage et du nantissement.

Au-delà des gages, le droit de rétention, dont la qualification est discutée, doit être envisagé. Il ne repose pas sur une affectation de la valeur du bien sur lequel il est exercé, ce qui précisément conduit à en contester la qualification de sûreté, mais (en quelque sorte) sur l'affectation du bien lui-même à la garantie de l'obligation, le bien étant détenu par le créancier. Si le bien considéré peut être tout autant un immeuble qu'un meuble, ce sont les meubles – corporels – qui constituent incontestablement son domaine de prédilection.

Quel est donc le sort de ces mécanismes, gages et droit de rétention dans les procédures collectives ? Est-il semblable à celui des sûretés réelles « classiques » ? De manière générale dans les procédures collectives – mais il est vrai qu'il est devenu de plus en plus difficile de généraliser –, un triste sort leur est réservé. Elles souffrent notamment de la compétition avec des sûretés légales susceptibles de porter sur l'ensemble des biens meubles ou sur l'ensemble des biens meubles et immeubles du débiteur, et ce, quelle que soit la procédure ouverte. Il s'agit en particulier du privilège général du Trésor qui garantit des créances souvent nombreuses en ces circonstances et prime les sûretés conventionnelles spéciales, mais également du superprivilège garantissant les créances salariales antérieures impayées, du privilège des frais de justice, du privilège de la conciliation.

On sait qu'à l'inverse, échappent au poids de ces privilèges les sûretés fondées sur la propriété car les biens grevés appartenant à des tiers sont en dehors du périmètre de la procédure et ainsi soustraits à la concurrence de ces privilèges. Comme cela a été souligné, il ne m'est pas possible d'en traiter, nos organisatrices ayant réservé à d'autres le soin de le faire. Néanmoins, l'amputation des sûretés fondées sur la propriété de cette présentation ne la prive pas d'intérêt. En effet, il est également connu que le(s) Gage(s) et droit de rétention résistent assez bien, voire très bien aux procédures en permettant à leur titulaire d'échapper au concours avec les privilèges et d'être payés pendant la procédure alors que le paiement des créances antérieures est en principe prohibé ! Tel était en effet déjà le cas dès 1985 alors pourtant que la grande réforme opérée par le législateur français a considérablement malmené les créanciers titulaires de sûretés. Mais précisément, en l'état actuel de notre droit, qui a beaucoup évolué depuis, bien des nuances doivent être apportées. Cette évolution est au demeurant révélatrice des tensions, des tiraillements entre le droit des sûretés et le droit des

² Les dispositions le régissant (art. 2351 à 2353) ont été intégrées dans le livre IV du code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006, après celles régissant le gage de droit commun (Art. 2333 à 2350).

³ Livre V, Titre II du Code de commerce.

⁴ Art. L. 342-1 à L. 342-17 Code rural et de la pêche maritime.

⁵ Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006.

entreprises en difficulté. L'impératif du sauvetage des entreprises, présent dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, a ainsi conduit le législateur à paralyser une mesure adoptée quelques mois plus tôt à peine pour renforcer l'efficacité du nouveau gage sans dépossession : il s'agissait du droit de rétention fictif censé procurer au créancier gagiste sans dépossession les mêmes avantages que le droit de rétention matériel offre au gagiste avec dépossession.

Il en est résulté une très grande complexité de notre droit qui impose de faire de multiples distinctions. Une telle complexité nuit assurément à son attractivité. Par avance, je vous prie de m'excuser du tableau pointilliste que cela m'oblige à vous présenter.

J'avoue que cette complexité a été la source de bien des hésitations dans la construction de cette intervention. J'espère avoir réussi à faire les moins mauvais choix pour vous présenter ce qui constitue les armes de résistance des mécanismes d'affectation d'un meuble corporel en garantie d'une obligation. L'une bénéficie à la fois au simple rétenteur et au gagiste rétenteur : il s'agit du droit de rétention lui-même (elle s'avère presque toujours d'une grande efficacité) , l'autre profite au seul gagiste : il s'agit de l'attribution en propriété (modalité de réalisation du gage)-. Son domaine d'application restreint (lui confère une efficacité relative, plus limitée. Toutefois, les perspectives actuelles de réforme pourraient modifier cette situation.

Nous verrons ainsi successivement en deux points en quoi le droit de rétention est une arme de résistance efficace à la fois pour les simples rétenteurs et pour (presque) tous les gagistes (I) et l'attribution en propriété une arme de résistance à l'efficacité plus limitée jouant au profit du seul créancier gagiste (II).

I. Le droit de rétention, une arme de résistance efficace au profit du simple rétenteur et des gagistes

Comme indiqué précédemment, le droit de rétention a curieusement constitué, même sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, un îlot de résistance pour ses bénéficiaires face aux assauts de la tempête qu'a constitué la réforme opérée pour les créanciers titulaires de sûretés. Sans doute parce qu'il participe d'une certaine équité, mais peut-être également car il participe de la force du fait- qui l'emporte parfois sur le droit-, la loi l'en a préservé. Cette préservation est sans bornes dans la procédure de liquidation judiciaire et en cas de plan de cession. Elle est plus nuancée dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et ce en raison des impératifs liés au sauvetage des entreprises, sauvetage au cœur de ces procédures.

A. Efficacité nuancée du droit de rétention en sauvegarde et redressement judiciaire

Les règles applicables au droit de rétention dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire commandent aujourd'hui de distinguer selon que le droit de rétention est un droit de rétention matériel, exercé sur la chose elle-même par le créancier (ou un tiers) qui détient physiquement celle-ci ou bien un droit de rétention dit fictif car fondé sur une fiction légale.

Traditionnellement, le droit de rétention suppose la détention matérielle par le créancier du bien sur lequel il s'exerce. « Pour retenir, il faut détenir » affirme-t-on⁶. Ce droit de rétention ne saurait ainsi s'exercer que sur des choses corporelles, meubles le plus souvent, ou immeubles. Le droit de rétention peut être opposé à la procédure, sous réserve de certaines conditions, notamment de l'utilité que peut présenter le bien pour la poursuite de l'activité.

La situation est bien différente pour le droit de rétention fictif, du moins pour le principal des droits de rétention fictifs reconnus en droit français, celui attaché au gage sans dépossession de droit commun par une loi du 4 août 2008. Dans ce cas de figure, le bien demeure entre les mains du débiteur, mais il est censé, par un artifice légal, être détenu par le créancier. La reconnaissance d'un tel droit de rétention fictif au nouveau gage sans dépossession a eu pour but de renforcer l'efficacité de la sûreté. Cette mesure ne constituait certes pas une innovation totale, car un droit de rétention fictif était déjà reconnu à deux autres créanciers gagistes, le créancier gagiste sur véhicule automobile⁷ et le créancier titulaire d'un warrant agricole⁸. Toutefois, les répercussions d'une telle reconnaissance en matière de gage de droit commun a paru constituer une menace trop importante dans les procédures de sauvegarde et redressement et c'est pourquoi il a été paralysé dans celles-ci par l'ordonnance du 18 décembre 2008 dont un des objectifs avait été de prendre en compte dans le livre VI les réformes opérées en droit des sûretés.

Ces deux cas de figure doivent être examinés.

⁶ Une partie de la doctrine estime aujourd'hui que le droit de rétention ne se conçoit qu'en présence d'une détention matérielle d'une chose corporelle.

⁷ Cf Art. 2352 C. Civil : « Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession».

⁸ C'est ici la jurisprudence qui, de longue date, a reconnu le bénéfice d'un droit de rétention fictif au créancier titulaire du warrant agricole (Cass. civ., 23 avr. 1918 : DP 1919, I, p. 3, note Capitant) alors que les dispositions légales n'étaient pas d'une parfaite clarté et ce, au mépris du principe d'interprétation stricte des fictions légales. Certains auteurs en contestent la reconnaissance (E. Le Corre-Broly, La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME, JCP E 2013, 1446). Toutefois la jurisprudence en a réaffirmé l'existence : Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-21340, F-D : D. 2011, p. 412, obs. P. Crocq ; BJE avr. 2011, p. 32, n° 16, note N. Borga ; Gaz. Pal. 17 avr. 2010, p. 31, no I1264, note P. Roussel Galle ; JCP E 2010, 1677, spéc. n° 18, obs. P. Delebecque .

1. Efficacité totale mais conditionnée du droit de rétention matériel

Le droit de rétention matériel permet au simple rétenteur ainsi qu'au créancier gagiste avec dépossession de résister aux sujétions de la procédure. Alors que les créanciers antérieurs ne peuvent en principe ni être payés de leurs créances par le débiteur ou l'administrateur judiciaire, ni poursuivre en paiement forcé ces derniers, le créancier qui détient un bien du débiteur peut, par exception, recevoir paiement de sa créance sur autorisation du juge-commissaire demandée, selon les cas, par le débiteur et/ou l'administrateur. Le retrait du bien légitimement retenu doit pour cela être justifié par la poursuite de l'activité⁹. Ce sera par exemple le cas du camion confié à un garagiste pour réparation par un transporteur de marchandises. Il s'agit alors d'une utilité directe du bien pour l'exercice de l'activité elle-même. Il pourrait s'agir également d'une utilité indirecte, lorsqu'il est envisagé de vendre le bien pour obtenir de la trésorerie afin de financer la poursuite d'activité. En aucun cas le créancier gagiste ne peut se voir appliquer les règles de l'article 622-8 relatives à la vente d'un bien grevé¹⁰ et se voir imposer, le cas échéant, une substitution de garantie¹¹.

En sus de cette condition de fond essentielle, une autre condition – procédurale – s'impose : la déclaration de la créance. Cette déclaration doit avoir été effectuée par le créancier¹² ou, désormais, par le débiteur pour le créancier (dans les deux mois de la publicité du jugement d'ouverture au BODACC¹³), le contenu de la déclaration variant quelque peu selon que le droit de rétention est exercé par un simple rétenteur ou un gagiste rétenteur. A défaut de déclaration de la créance (et pour le gagiste rétenteur de son droit de rétention), la créance est inopposable à la procédure – c'est-à-dire, pour reprendre l'expression imagée utilisée par Mme Pérochon, comme invisible –, et le droit de rétention ne devrait pouvoir être invoqué. La solution, qui n'a pas été énoncée directement par la Cour de cassation, est défendue par une doctrine largement majoritaire s'appuyant sur une décision de la Cour de cassation ayant écarté l'admission de la compensation de dettes connexes en faveur d'un créancier qui n'avait pas déclaré sa créance¹⁴. Le défaut de déclaration de la créance empêchera le créancier de se prévaloir de son droit de rétention et il sera contraint de se dessaisir du bien sans avoir été payé.

Sous réserve de la déclaration et de l'utilité du bien, le créancier rétenteur ou gagiste rétenteur dispose grâce à son droit de rétention matériel d'une arme efficace lui permettant de résister à la procédure. La situation du créancier doté d'un droit de rétention fictif est plus contrastée.

⁹ C. Com. Art. L. 622-7 II al. 2.

¹⁰ L'article L. 622-8 concerne la vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque et prévoit que la quote-part du prix de vente correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte à la Caisse de dépôts et consignations, les créanciers ne pouvant être payés qu'une fois prise la décision sur le sort de l'entreprise selon les règles applicables dans chaque cas de figure.

¹¹ Pour éviter d'avoir à geler une quote-part du prix, l'article L. 622-8 permet au débiteur de proposer aux créanciers une substitution de garantie, le juge-commissaire pouvant imposer cette substitution de garantie à défaut d'accord. La Cour de cassation a affirmé l'exclusion de l'application de la substitution de garantie au créancier gagiste avec droit de rétention : Cass. com., 4 juill. 2000, n° 98-11.803 ; Bull. civ. 2000, IV, n° 136 ; D. 2000, p. 361, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2000/14, n° 176, note D. Legeais ; JCP E 2001, chron. 174, n° 1-C-3, obs. M. Cabrillac ; LPA 8 juin 2001, n° 114, p. 20, note H. Narayan-Fourment ; RTD com. 2000, p. 1009, note A. Martin-Serf

¹² Pour le créancier gagiste : la déclaration doit préciser le montant de la créance et la sûreté, faute de quoi il perdra son droit de rétention et pourra être contraint au retrait sans paiement. Pour le simple rétenteur, la déclaration de la créance suffit, le droit de rétention autonome n'étant pas une sûreté n'a pas à être mentionné : Cass Com. 16 juin 2015, n°13-27736.

¹³ En l'absence de publicité du gage avec dépossession, ce créancier n'a pas à être averti par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de son obligation d'avoir à déclarer sa créance.

¹⁴ Cass. Com. 3 mai 2011, n° 10-16758, PB. La compensation de dettes connexes constitue une autre exception à l'interdiction des paiements. Elle joue de plein droit, sans autorisation du juge-commissaire, mais sous réserve de la déclaration de sa créance par le créancier qui l'invoque.

2. Efficacité contrastée des droits de rétention fictifs

L'article L. 622-7 I alinéa 1^{er} du Code de commerce qui énonce le principe d'interdiction de paiement des créances antérieures (et de certaines créances postérieures) dispose dans son alinéa 2 « de même il (le jugement d'ouverture de la procédure) emporte, de plein, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4^o de l'article 2286 du Code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1 ».

Par cette disposition introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁵, le créancier gagiste sans dépossession, à peine doté du droit de rétention fictif s'est vu privé de la possibilité de s'en prévaloir dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et même au-delà, pendant la durée d'exécution du plan. Le créancier gagiste sans dépossession ne peut bénéficier du mécanisme du retrait contre paiement de la créance. L'inopposabilité du droit de rétention n'a pas en revanche d'incidence sur le droit de gage lui-même et si le bien grevé est vendu pendant la période d'observation, une quote-part correspondant aux créances garanties par le gage doit être consignée à la caisse des dépôts et consignations dans l'attente de la décision du tribunal se prononçant sur le sort de l'entreprise. Une substitution de garantie peut lui être proposée ou, à défaut d'accord, imposée¹⁶. Pareillement, si le bien est vendu en vertu du plan ou pendant son exécution conformément aux dispositions de l'article L. 626-22, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par le gage est versée à la caisse des dépôts et consignations et le créancier reçoit un paiement anticipé sur le prix en fonction de son rang. Ce paiement viendra en déduction des dividendes qu'il doit recevoir dans le cadre du plan.

En revanche, si le bien objet du gage sans dépossession est compris dans une cession d'activité, c'est-à-dire en cas de cession partielle, le droit de rétention fictif du créancier gagiste est opposable.

Faute d'être visés par la même disposition, les droits de rétention fictifs spéciaux prévus par des textes particuliers au profit de certains créanciers gagistes, créancier gagiste sur véhicule automobile et créancier titulaire d'un warrant agricole, demeurent opposables à la procédure. Une partie de la doctrine estime que les dispositions relatives au retrait contre paiement doivent leur être appliquées si bien qu'ils doivent être payés car « Tout se passe comme si le créancier gagiste avait entre les mains le bien gagé »¹⁷. Certains auteurs ont exprimé un certain scepticisme quant à l'application de cette solution en raison de l'absence de véritable pouvoir de blocage du créancier¹⁸. Il n'en reste pas moins que, comme l'avait fait observer le professeur Françoise Pérochon, le créancier pourrait en s'opposant à la radiation de l'inscription de sa sûreté exercer un pouvoir de blocage¹⁹. Par ailleurs, il paraît difficile d'éluder l'application de la loi qui n'a pas visé ces droits de rétention.

¹⁵ F. Macorig-Venier, Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés, *Droit et Patrimoine* janv. 2010, p. 26.

¹⁶ En ce sens aussi : P-M. Le Corre, La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives - L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4^o du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession, *JCP E* 2009, 1204.

¹⁷ P-M. Le Corre, La vente de biens grevés en période d'observation, *Gaz. Pal.* 12 avril 2016, n° 262f8, p. 80 et s., n° 8.

¹⁸ Ces réserves, qui sont formulées à propos de l'application de la règle du retrait contre paiement prévues dans la liquidation judiciaire, valent également pour l'application du mécanisme de retrait contre paiement prévu dans la période d'observation. Voir par exemple : Ph. Pétel, Le nouveau droit des entreprises en difficulté : Acte II, *JCP* 2009, 2009, 1049, n° 52 ; A. Aynès, précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective, *JCP G* 2009, I, 119, n° 5P. Crocq, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, *Rev. Proc. Coll.* 2009/1, p. 75 et s., spéc. n° 42.

¹⁹ F. Pérochon, A propos de la réforme de la liquidation judiciaire, *Gaz. Pal.* Mars 2009, n° 69, p. 3, n° 30.

Les mêmes discussions concernent le sort du droit de rétention du gagiste sans dépossession dans la liquidation judiciaire où aucune règle ne vient le brider.

B. Efficacité générale du droit de rétention en liquidation judiciaire et en cas de cession

Dans la procédure de liquidation judiciaire, le droit de rétention est pleinement efficace qu'il soit fictif ou matériel, mais toujours sous réserve de la déclaration de la créance (et le cas échéant de la sûreté) à la procédure. Le simple rétenteur et le gagiste rétenteur avec ou sans dépossession bénéficient ainsi du retrait du gage ou de la chose légitimement retenue ou du report du droit de rétention sur le prix de vente du bien grevé vendu isolément. Leur droit de rétention est enfin applicable au cessionnaire en cas de plan de cession.

1. Le retrait de la chose retenue

En liquidation judiciaire, le retrait du gage ou de la chose légitimement retenue est prévu par l'alinéa 2 de l'article L. 641-3 du Code de commerce.

Théoriquement tous les gagistes, avec ou sans dépossession peuvent en bénéficier, y compris ceux dont le droit de rétention fictif est fondé sur l'article 2286 4° du Code civil. L'article L. 641-3 al. 1^{er} ne renvoie, en effet, qu'aux alinéas 1 et 3 du I de l'article L. 622-7 I et non à son alinéa 2 qui édicte l'inopposabilité du droit de rétention fictif.

Une autorisation du juge-commissaire demandée par le liquidateur, ou l'administrateur s'il en a été désigné, est nécessaire pour permettre le retrait subordonné au paiement de la créance antérieure. On observera que la loi n'impose pas que le retrait soit justifié par la poursuite de l'activité. La procédure de liquidation judiciaire est en effet en principe sans poursuite d'activité. Le retrait sera demandé sans doute plus souvent en cas de poursuite d'activité, mais également quand la ou les créances à payer sont peu nombreuses et d'un faible montant. Dans le cas contraire, qui concernera plus particulièrement l'hypothèse où une pluralité de gages sans dépossession avec droit de rétention fictif a été consentie, le liquidateur préférera probablement demander à être autorisé à vendre le bien pour que joue le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix de vente.

2. Le report du droit de rétention sur le prix de vente du bien retenu

A défaut de retrait du gage ou de la chose légitimement retenue, l'article L. 642-20-1 du code de commerce prévoit en son alinéa premier que le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de réaliser le bien. Selon l'alinéa 3 de ce texte, « le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur ».

Le report du droit de rétention sur le prix de vente ainsi prévu, généralement analysé en un mécanisme de subrogation réelle, s'avère particulièrement intéressant pour ses bénéficiaires. Le droit de rétention s'exerce en effet sur le prix comme il s'exerçait sur la chose : de manière exclusive, sans partage, en dehors de tout concours. La solution a été très clairement affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 octobre 1991 alors que des créances superprivilégiées étaient demeurées impayées. Elle énonce que « peu importa(n)it l'existence de créances superprivilégiées de salaires qui ne pouvaient faire échec au report du droit de rétention sur le prix »²⁰. Elle refuse de suivre l'argumentation du pourvoi qui estimait qu'un classement devait être effectué sur le prix et que les créances superprivilégiées l'emportaient. On peut observer que cette solution, que personne ne contestait plus, a néanmoins, à l'occasion de la réforme du 12 mars 2014, été expressément consacrée dans la loi. L'article L. 641-13 II du code de commerce, qui indique le rang de classement des créanciers, a été complété par la précision que ce classement s'appliquait « sans préjudice des droits de rétention opposables à la procédure collective ».

La décision rendue en 1991 présentait un autre intérêt important. Elle avait en effet imposé l'application du mécanisme du report au profit du créancier gagiste automobile dont le droit de rétention était un droit de rétention fictif. En l'espèce, le créancier avait refusé de donner main levée de l'inscription de son gage en invoquant son droit de rétention et en

²⁰ Cass. Com. 15 oct. 1991, n° 90-10784, PB.

sollicitant le report de celui-ci sur le prix de vente du véhicule. Il a obtenu gain de cause. La même solution a été appliquée plus récemment à un créancier titulaire d'un warrant agricole²¹. Aujourd'hui, l'application du mécanisme à tous les droits de rétention fictifs doit naturellement être admise. On comprend qu'elle suscite des velléités de la part de créanciers qui prétendent bénéficier d'un tel droit. Des discussions existent en doctrine à ce sujet. Déjà des créanciers nantis sur des droits incorporels l'ont invoqué, un créancier nanti sur des marques et un créancier nanti sur fonds de commerce. Ils ont tenté de tirer argument du fait que le législateur renvoie pour le nantissement des biens meubles incorporels autres que les créances au régime du gage de meuble corporel en l'absence de régime spécial. Le premier s'est heurté à l'application de la loi dans le temps, la Cour d'appel de Versailles²² ayant considéré que le droit de rétention fictif ne pouvait être attaché à un nantissement constitué antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008 ayant doté le gage sans dépossession de cette prérogative. L'autre s'est vu opposer par la chambre commerciale de la Cour de cassation²³, d'une part, l'existence d'un régime complet du nantissement de fonds de commerce ne permettant pas d'y transposer les règles relatives au gage de meuble corporel et, d'autre part, le caractère incorporel du fonds de commerce, lequel fait obstacle selon la Cour de cassation à la reconnaissance du droit de rétention fictif de l'article 2286 4° du Code civil²⁴.

Le même débat concernera assurément l'application des règles relatives au plan de cession.

3. L'opposabilité du droit de rétention au cessionnaire de l'entreprise

Selon les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 642-12 du code de commerce qui précisent la situation des créanciers lorsqu'un bien grevé est compris dans un plan de cession, « les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession ». L'alinéa ainsi ajouté à l'article 642-12 par l'ordonnance du 18 décembre 2008 vise à affirmer l'efficacité du droit de rétention, qu'il soit un droit de rétention matériel ou un droit de rétention fictif et ce, quel que soit son fondement. Bien que le texte ne l'indique pas expressément, il convient de comprendre que le paiement du créancier rétenteur s'impose si l'on souhaite inclure le bien dans le plan de cession²⁵.

On relèvera néanmoins une bévue commise par les rédacteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 susceptible d'avoir des conséquences négatives sur les gagistes. Ils ont en effet modifié également la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 642-12 qui précise le mécanisme en principe applicable en cas d'inclusion de biens grevés de sûretés dans un plan de cession et les sûretés très exactement concernées. Le mécanisme consiste dans l'affectation par le tribunal d'une quote-part du prix aux biens grevés pour l'exercice de leur droit de préférence, étant précisé que sur cette quote-part l'ordre de paiement prévu par l'article 622-17 II ou L 641-13 II selon le cas. Les biens grevés sont ceux qui sont grevés d'un « privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque ». Le gage a malencontreusement été ajouté à la liste alors qu'il n'y figurait pas auparavant. Cet ajout résulte d'une disposition séparée de celle qui a procédé à l'ajout du nouvel alinéa 5 sur le droit de rétention, l'article 165 de l'ordonnance de 2008. Cette disposition, de manière quasi mécanique, a introduit cet ajout dans les textes ne visant que le nantissement afin de tenir compte des modifications apportées par l'ordonnance de 2006 au droit des sûretés réelles mobilières, notamment de la nouvelle distinction du gage et du nantissement²⁶. Cette

²¹ Cass. Com. 26 janv. 2010, n° 08-21340, PB.

²² CA Versailles, 20 janv. 2011 : LEDEN fév. 2011, n° 2, p. 6, F-X Lucas ; BJE 2011, n° 4, p. 120, F. Macorig-Venier.

²³ Cass. Com. 26 nov. 2013, n° 12-27390, D : BJE 2014/3, p. 156, F. Macorig-Venier ; Gaz. Pal. 20 mars 2014, n° 79, p. 22, M-P Dumont-Lefrand ; JCP E 2014, 1325, n° 20, Ph. Delebecque.

²⁴ On ajoutera que l'application du report du droit de rétention sur le prix a été exclu pour les immeubles – Cass. Civ.3 23 oct. 2002,° 98-18109, Bull. Civ. III ; n° 209 : JCP E 2003, 194, n° 7, M. Cabrillac.

²⁵ F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ-Lextenso, Manuel, 10^e éd., n° 1284.

²⁶ Il est intéressant de constater que si avant cette ordonnance, le terme de nantissement désignait à la fois le gage et l'antichrèse, une évolution sémantique sourde s'était produite, le terme de nantissement ayant été utilisé pour les sûretés mobilières sans dépossession spéciales créées,

inadvertance du législateur ne devrait pas faire obstacle à la vigueur du droit de rétention. Certains auteurs en ont cependant douté, ce qui était susceptible d'alimenter le contentieux et ce d'autant qu'aucune rectification n'a été opérée par la suite. La jurisprudence n'a pourtant pas été amenée encore à se prononcer sur ce point. Il est vrai que les gagistes sont dotés d'une autre arme *a priori* efficace, l'attribution judiciaire en propriété, même si la portée en est plus limitée.

II. L'attribution en propriété, une arme de résistance au profit du seul créancier gagiste

Dès l'adoption de la loi de 1985, a été offerte au gagiste la possibilité de demander l'attribution judiciaire du bien gagé tant que sa réalisation n'est pas intervenue. Le créancier gagiste disposait alors seul en droit commun de cette faculté d'attribution judiciaire, tandis que les autres sûretés se dénouaient par la vente forcée du bien et l'exercice du droit de préférence sur le prix de celui-ci²⁷. L'attribution judiciaire aboutissait, sur décision d'un juge, au transfert de la propriété du bien au profit du créancier gagiste, à due concurrence, c'est-à-dire à concurrence du montant lui restant dû, la différence entre ce montant et la valeur du bien estimée par expert donnant lieu à restitution.

Les dispositions de la loi de 1985 consacrant ainsi l'exercice de la faculté d'attribution judiciaire au profit du créancier gagiste sont demeurées quasiment inchangées, et ce, malgré les réformes opérées tant en droit des entreprises en difficulté qu'en droit des sûretés et alors que l'engouement des créanciers pour l'attribution judiciaire en propriété n'a cessé de croître.

Or, en droit des sûretés, l'ordonnance du 23 mars 2006 a étendu non seulement le bénéfice de cette faculté, notamment aux créanciers hypothécaires et plus largement aux créanciers titulaires des sûretés réelles classiques conventionnelles, mais a également permis l'attribution conventionnelle en propriété par la stipulation d'un pacte comissoire. Ces importants changements n'ont eu aucune répercussion sur le terrain du droit des entreprises en difficulté, l'ordonnance du 18 décembre 2008 ayant prohibé seulement la mise en œuvre du pacte comissoire. Si les mesures contenues dans l'avant-projet Capitant de réforme du droit des sûretés sont retenues, la prochaine réforme des sûretés devrait apporter de notables changements en droit des entreprises en difficulté en élargissant sensiblement le domaine de l'attribution en propriété et renforçant par là-même *a priori* l'efficacité des sûretés.

Il convient de préciser le domaine actuel – limité- de l'attribution en propriété et ses perspectives d'évolution pour en indiquer ensuite les modalités de mise en œuvre et l'efficacité.

A. Domaine limité de l'attribution en propriété

L'attribution en propriété est actuellement en droit des entreprises en difficulté limitée à certains bénéficiaires, applicable seulement dans certaines procédures et sous la seule forme de l'attribution judiciaire.

lesquelles portaient le plus souvent sur des meubles incorporels. Il était ainsi devenu synonyme de sûreté conventionnelle mobilière sans dépossession. Il avait été remarqué de manière pertinente par certains auteurs au lendemain de loi du 25 janvier 1985 que le terme de gage avait été employé par toutes les dispositions relatives au droit de rétention, autonome ou accessoire, tandis celui de nantissement figurait systématiquement aux côtés de celui d'hypothèque, modèle des sûretés sans dépossession D.R Martin, L'article 34, alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ?. D. 1986, p. 325 ; M-J Campana, La situation générale des créanciers dans la procédure, LPA juill. 1991, n° 88, p. 26. Cf. a aussi F. Macorig-Venier, Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Thèse Toulouse 1992, Dir. C. Saint-Alary Houin, n° 26.

²⁷ La justification n'est pas aisée, mais il semble qu'à l'origine elle avait vocation à occuper un domaine restreint et n'avait pas de portée véritable. Elle aurait été conçue pour tenir compte de la faible valeur de biens gagés et éviter les frais et la complexité de la vente judiciaire – Cabrillac et Mouly n° 947-. A l'époque seul le gage avec dépossession existait et, en raison du faible nombre de privilèges, l'attribution judiciaire était dépourvue de véritable intérêt

1. Les bénéficiaires de la faculté d'attribution : apanage des seuls créanciers gagistes et nantis

L'attribution judiciaire est réservée par l'article L 642-20-1 au créancier gagiste. La rédaction des dispositions légales est à cet égard restée inchangée. La Cour de cassation en a ainsi exclu le bénéficiaire au profit du simple rétenteur²⁸.

Si la loi depuis 1985 ne se réfère qu'au gage, la jurisprudence avait néanmoins admis un créancier nanti, dès lors qu'aucune exclusion légale expresse n'était posée, puisse invoquer cette faculté. Tel fut le cas pour le nantissement de l'outillage et du matériel, peu important selon la jurisprudence que la sûreté emporte ou non droit de rétention au profit de son titulaire²⁹. Toutefois l'ordonnance de 2006 réformant les sûretés a institué une séparation franche entre gage et nantissement et l'on pouvait dès lors s'interroger sur le maintien de cette jurisprudence. Qui plus est, en 2008 bien que le législateur se soit efforcée de prendre en compte les modifications apportées par la réforme de 2006 au droit des sûretés et, ait notamment ajouté le terme de gage lorsque le nantissement seul était visé. Il n'a pas modifié à l'inverse l'article L 642-20-1 pour ajouter celui de nantissement. Le maintien de la solution antérieure consistant à permettre au créancier nanti de demander l'attribution judiciaire du bien nanti ne nous paraît pas faire de doute, à condition que les dispositions de droit commun ne privent pas le créancier concerné de cette faculté³⁰. L'opinion contraire a toutefois été soutenue³¹.

La référence au gage doit permettre l'application au gagiste immobilier, ex antichrésiste privé jusqu'alors de cette faculté³².

En revanche, le créancier hypothécaire auquel cette faculté est reconnue par l'article 2458 du code civil depuis 2006 n'en bénéficie toujours pas dans le droit des entreprises en difficulté. La lettre étroite de la loi ne le permet clairement pas. La Cour de cassation a précisé en effet que la faculté d'attribution judiciaire dérogeant au principe d'interdiction des poursuites des créanciers, une exception expresse était nécessaire pour en admettre le jeu dans la liquidation judiciaire, une telle exception n'étant prévue que pour le gage et faisant défaut pour l'hypothèque³³.

Le projet Capitant préconise un changement de rédaction en visant de la manière la plus large les créanciers titulaires de sûretés réelles

2. Un champ d'application restreint quant aux procédures

Réservée à certains créanciers, l'attribution en propriété est par ailleurs restreinte à la procédure de liquidation judiciaire. Si aucune disposition expresse n'en écarte l'application dans les procédures de redressement judiciaire et désormais de sauvegarde, aucune disposition, n'en réglementait l'exercice dans ces procédures à l'inverse de la liquidation judiciaire.

La jurisprudence avait considéré que son exercice était exclu en redressement. L'arrêt du 28 juin 2017³⁴ conforte cette solution en lui donnant un fondement clair, la règle de

²⁸ Com. 9 juin 1998, n° 96-12.719, Bull. civ. IV, n° 181; D. 1999. Somm. 300, obs. S. Piedelièvre ; D. Affaires 1998, 1323, obs. A. Lienhard

²⁹ Cass. Com. 6 janv. 1998, n° 95-17.39, Bull. civ. IV, n° 9; D. Affaires 1998, 157, obs. A. Lienhard. Cette jurisprudence consacre ainsi l'opinion selon laquelle l'attribution judiciaire est autonome par rapport au droit de rétention, écartant par là-même l'opinion contraire soutenant que la faculté d'attribution judiciaire est fondée sur le droit de rétention, car il en constitue le prolongement naturel.

³⁰ Ainsi le créancier nanti sur l'outillage et du matériel doit pouvoir invoquer l'attribution judiciaire, contrairement au créancier nanti sur le fonds de commerce privé de cette faculté par l'article L. 142-1 al. 1^{er} du code de commerce.

³¹ M. Mignot, Droit des sûretés, Cours LMD, Montchrestien, 2010, n° 1349.

³² F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ, 9^{ème} éd., n° 1142 ; F. Macorig-Venier, Rép. Com. Dalloz, Entreprises en difficulté, Les créanciers, n° 502.

³³ Cass. Com. 28 juin 2017, n° 16-10591, PBI : Rev. Proc. Coll. 2017/5, Comm. 102, F. Macorig-Venier

³⁴ Précit.

l'interdiction des poursuites et plus exactement des actions en paiement, car elle estime que l'attribution aboutit à un paiement de somme d'argent.

Cantonnée à la procédure de liquidation judiciaire, la faculté d'attribution judiciaire du gage semble ne devoir s'exercer que comme une alternative à la cession isolée du meuble grevé du gage et être exclue lorsque la cession d'entreprise est envisagée. Sa réglementation dans la section relative à la vente des actifs de manière isolée le laisse entendre. Toutefois, certains auteurs défendent une opinion contraire.

Le projet Capitant lève toute ambiguïté et prévoit le jeu de l'attribution dès le prononcé de la liquidation

3. Une voie restreinte à la seule attribution judiciaire

Seule l'attribution judiciaire est possible en liquidation judiciaire à l'exclusion de l'attribution conventionnelle en vertu d'un pacte comissoire que les créanciers sont depuis la réforme du droit des sûretés 2006 autorisés à conclure pour bénéficier automatiquement de l'attribution ne propriété, sans avoir à obtenir une décision du juge.

Actuellement, la réalisation du pacte comissoire est interdite quelle que soit la procédure ouverte. Le seul espoir pour le créancier est que le pacte stipulé ait produit ses effets avant le jugement d'ouverture de la procédure. Cela dépendra en grande partie de l'automatisme ou pas du transfert de propriété à défaut de paiement à l'échéance. Une partie des auteurs³⁵ considère que cette automatisme doit être admise en l'absence de prescription particulière contenue dans les dispositions légales du code civil régissant le pacte comissoire³⁶ et si le pacte ne contient lui-même aucune précision³⁷. D'autres estiment qu'en l'absence de précision dans le pacte, la date de la défaillance pourra être celle d'une mise en demeure non suivie d'exécution³⁸.

Cette prohibition sera levée dans la procédure de liquidation judiciaire si est adopté en l'état le projet Capitant. Mais précisément des voix se sont élevées pour souligner les risques emportés par l'adoption de telles mesures, risques d'autant plus grands que les modalités de l'attribution en propriété sont simples et ses effets énergiques.

B. Conditions et effets de l'attribution en propriété

Les conditions prescrites par l'article L. 642-20-1 s'avèrent peu contraignantes tandis que l'effet produit semble énergique et radical.

1. Des conditions peu contraignantes

La demande d'attribution judiciaire est seulement enfermée dans une limite de temps et subordonnée à la déclaration de sa créance par le créancier.

La demande d'attribution judiciaire que le créancier doit former auprès du juge-commissaire doit l'être avant la réalisation du bien grevé de la sûreté. La jurisprudence a précisé que cette demande devait être effectuée avant que l'ordonnance autorisant la vente soit passée en force jugée (solution logique puisque l'ordonnance du juge rend la vente parfaite sous condition de passer en force de chose jugée)³⁹. A cette date, la vente est parfaite même si l'accomplissement d'un acte ultérieur s'impose⁴⁰. Les créanciers inscrits (auxquels cette ordonnance n'est pas notifiée⁴¹), peuvent faire tierce opposition à l'encontre de cette

³⁵ L. Aynès et P. Crocq, Droit des sûretés, LGDJ-Lextenso, 12^e éd., n°515, p. 318.

³⁶ Il s'agit en matière de gage de l'article 2348 du code civil.

³⁷ Il est conseillé aux parties d'aménager de manière précise dans le pacte les conditions de sa mise en œuvre car l'automatisme de celui-ci le priverait de toute option pour la vente forcée : en ce sens L. Aynès et P. Crocq, précit.

³⁸ En ce sens : F. Macorig-Venier, Le pacte comissoire et les sûretés mobilières, Rev. Lamy Affaires, mars 2007, p. 79 ; M. Mignot, Droit des sûretés et de la publicité foncière, LGDJ-Lextenso, collection Cours, 3^e éd., n° 868.

³⁹ Cass. Com. 16 avr. 1996, n° 93-20886, Bull. Civ. IV n° JCP E 1996, I, , 584, n° 16, M. Cabrillac.

⁴⁰ Cass. Com. 7 sept. 2010, n° 09-66284

⁴¹ L'art. R. 642-37-3 n'impose la notification de l'ordonnance qu'au débiteur et prévoit sa communication aux contrôleurs contrairement à l'ordonnance qui ordonne la vente des immeubles par

ordonnance⁴² et solliciter l'attribution. Il convient par ailleurs d'ajouter que si le créancier a effectué une demande avant le jugement d'ouverture, une nouvelle demande devra être formée devant le juge-commissaire⁴³.

La demande d'attribution judiciaire suppose que le créancier ait procédé à la déclaration de sa créance et de sa sûreté⁴⁴, ou, désormais, que le débiteur ait porté cette créance et la sûreté à la connaissance des organes de la procédure dans le délai de déclaration. La loi permet en effet l'exercice de cette faculté avant l'admission de la créance et de la sûreté et envisage l'hypothèse d'un rejet total ou partiel de la créance. Dans cette hypothèse, il est prévu que le créancier doit restituer au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve, le cas échéant, du montant admis de sa créance.

2. Un effet *a priori* énergétique et radical

Bien que reposant sur le droit de préférence du créancier qui en invoque l'application, l'attribution judiciaire a pour principal attrait de faire échapper celui qui en bénéficie à tout classement et concours avec des créanciers privilégiés après lesquels il serait passé si le bien grevé avait fait l'objet d'une vente forcée. C'est la solution affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt qui mettait aux prises un créancier nanti et un créancier super-privilégié⁴⁵.

Si l'attribution permet ainsi de court-circuiter le rang de préférence meilleur de créanciers titulaires de privilèges généraux, son intérêt est néanmoins à relativiser quelque peu. En effet, elle ne permet pas à son bénéficiaire d'exclure les créanciers inscrits dont le rang lui est préférable et dont le droit de suite lui est opposable. Lorsque l'attribution a été consentie à un créancier postérieur en rang, ce qui selon un arrêt ancien de la Cour de cassation est possible⁴⁶, l'attribution n'ayant pas pour effet de purger le bien des inscriptions, le droit de gage d'un créancier inscrit antérieurement lui demeure opposable. Ce risque est de nature de réduire l'attrait de l'attribution judiciaire selon le nombre de créanciers préalablement inscrits et le montant des créances restant dû. On observera cependant que ni le droit commun, ni les dispositions du droit des entreprises en difficulté n'envisagent cette situation⁴⁷. Elle est pourtant désormais plus fortement susceptible de se produire avec la possibilité d'inscrire plusieurs gages ou nantissements sur un même bien. Le projet Capitant ne contient aucune précision.

Par ailleurs et enfin, sous l'angle de l'entreprise, l'attribution de la propriété du bien au créancier produit un effet radical, le bien grevé sortant du patrimoine du débiteur pour entrer dans celui du créancier bénéficiaire. Elle participe ainsi de l'érosion des actifs du débiteur par le droit des sûretés et de la réduction du gage général des créanciers. Par l'ampleur que l'attribution en propriété est susceptible d'avoir si les propositions de réforme de l'association Henri Capitant sont adoptées, elle est porteuse d'une menace de l'équilibre du droit des

adjudication amiable ou judiciaire (Art. R. 642-23 al. 1^{er}) ou à l'ordonnance autorisant la vente de gré à gré (Art. R. 642-36 al. 2 renvoyant à R. 642-23 al. 1^{er}).

⁴² La possibilité de faire appel - qui est la voie de recours prévue contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en matière de cession d'actifs depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 - a été écartée pour les créanciers par CA Paris, pôle 5, 9e ch., 21 juin 2011, RG n° 11/11484. Voir sur la question P-M. Le Corre, J-CI Proc. Coll., fasc. 2709, n° 19.

⁴³ Cass. Com. 14 oct. 1997, n° 95-10423, Bull. Civ. IV n° 265.

⁴⁴ Cass. Com. 1^{er} févr. 2000, n° 97-17.772.

⁴⁵ Com. 6 janv. 1998, n° 95-17399, Bull. Civ. IV n° 9 ; D. Aff. 1998, 157, A. Lienhard. Pour rejeter le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt d'appel qui avait admis le jeu de l'attribution judiciaire au profit d'un créancier malgré la présence de créances de salaires superprivilégiées, celle-ci affirme : « *la cour d'appel a exactement retenu que tout créancier nanti peut demander l'attribution judiciaire du gage même non assorti d'un droit de rétention et que le superprivilège des salaires ne peut faire obstacle à cette attribution* ».

⁴⁶ Cass. Com. 3 juin 2008, n° 07-12017, Bull. Civ. IV n° 114, RDBF juill. 2008, Comm. 113, D. Legeais ; R.T.D.Civ. 2008, p. 701, P. Crocq. ; Revue des Contrats, Janv. 2009 n° 1, p. 209, A. Aynès.

⁴⁷ L'alinéa 3 de l'article 2348 du code civil prévoit seulement que « Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée »

entreprises en difficulté. C'est ainsi avec impatience et non sans crainte que nous attendons de connaître les choix qui seront faits par notre législateur.