

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*L'EXCLUSIVITÉ*

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : LPA 11 févr. 2011, n° PA201103011, p. 59

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## L'EXCLUSIVITÉ

Il m'échoit de traiter de l'exclusivité. Ainsi nous passons — sans transition — du droit de suite, à l'exclusivité. Vous aurez remarqué, comme moi, que le droit de préférence, en tant que tel, n'a pas les « honneurs » d'une communication. Sans doute en a-t-il été question dans l'intervention de Françoise Pérochon sur les sûretés immobilières car l'ordonnance de 2008, qui constitue encore l'actualité du thème de cette journée, n'est pas sans incidence sur le classement des sûretés. Il est toutefois fort révélateur que, dans le programme savamment concocté par les organisateurs de ce colloque, aucune intervention ne lui ait été spécifiquement consacrée.

Le droit de préférence est aujourd'hui dans l'ombre de l'exclusivité. Cela peut paraître singulier car il est classiquement présenté comme la prérogative essentielle caractéristique des sûretés réelles, impliquant, pour la plupart des auteurs, l'établissement d'un ordre, d'un classement *1*. Pourtant, notre droit des sûretés a bien changé *2* et les sûretés conférant un simple droit de préférence ne sont plus les seules sûretés réelles. Le Code civil lui-même a, en 2006, accueilli la propriété sûreté, la propriété réservée alors *3*. Puis, ce fut le tour de la propriété cédée à titre de garantie, introduite dans le Code civil dans le « moule » général de la fiducie par la loi du 19 février 2007 *4*. Des développements lui ont enfin été consacrés dans le livre IV du Code civil relatif aux sûretés par l'ordonnance du 30 janvier 2009. La fiducie-sûreté, dont il sera essentiellement question ici, est la vedette incontestée des sûretés.

Bien avant l'ordonnance de 2006, certains des ouvrages consacrés aux sûretés réelles faisaient déjà une place aux situations d'exclusivité, que l'on n'osait alors toujours pas qualifier de sûreté *5*. La distinction des sûretés fondées sur un droit de préférence et des sûretés fondées sur un droit exclusif, est souvent retenue aujourd'hui par ces ouvrages. Ce droit exclusif peut résulter non seulement de la propriété, mais également de la détention ; il n'en sera pas ici question, car c'est le professeur Pierre-Michel Le Corre qui en a conservé l'exclusivité ! L'exclusivité *6*, caractéristique de la propriété sûreté (comme de la propriété elle-même) *7*, dont chacun s'accorde à dire qu'elle consiste à placer le créancier bénéficiaire hors concours, et donc à faire échapper son titulaire tout à la fois au risque de la procédure collective *8* et à la contrainte de la réalisation forcée *9*, attire, fascine autant qu'elle effraie. Elle attire, en effet. Dans un monde où la compétition est exacerbée, le rêve caressé n'est plus seulement d'être le premier, ou même seulement parmi les premiers, mais d'être hors concours. La course à la première place est épuisante et incertaine, et ce tout particulièrement lorsqu'une procédure collective est ouverte car, non seulement elle concentre toutes les préférences, mais en crée de nouvelles.

Comment le droit des entreprises en difficulté perçoit-il ces sûretés, lui qui poursuit l'objectif de sauver des entreprises et qui, pour cette raison, a entamé les prérogatives des titulaires de sûretés classiques ? Il est précisément à l'origine de l'émergence des situations d'exclusivité en raison de l'altération de ces dernières *10*, mais il semble s'être fait quelque peu dépasser par des mécanismes non identifiés comme des sûretés *11*, ce qui a conduit au refus de les assimiler aux autres. Le débat doctrinal sur la reconnaissance de la propriété sûreté n'a, il est vrai, pas encouragé le législateur dans la voie d'une

assimilation des unes aux autres, malgré les vœux d'une doctrine éclairée *12*. La propriété sûreté est longtemps restée une sûreté qui ne disait pas son nom *13*. Dès lors, seules les sûretés réelles portant sur des biens appartenant au débiteur sont demeurées concernées par les règles restrictives contenues dans le droit des procédures collectives. Le créancier propriétaire y a été autrement appréhendé : sous une double casquette, celle de créancier et celle de propriétaire, jouant indépendamment l'une de l'autre, la propriété masquant complètement le droit de créance qu'elle vient garantir.

Par ailleurs, une autre raison, tenant à la procédure collective, a contribué à réserver aux créanciers propriétaires un traitement particulier. Elle tient au fait que la procédure collective s'applique à une personne, et, par « ricochet », à l'ensemble de ses biens qui en sont le prolongement. Les biens du débiteur sont la cour à l'intérieur de laquelle s'applique le droit des entreprises en difficultés. Il n'a pas vocation à s'étendre au-delà. Tous les créanciers ne jouent pas dans la même « cour », particulièrement les créanciers titulaires de sûretés réelles. Certains « jouent » dans la cour du débiteur : ceux qui ont une sûreté grevant un bien qui est, dès la naissance de la sûreté, dans le patrimoine du débiteur et y demeure ensuite. D'autres sont en dehors : ceux qui ont une sûreté qui porte sur un bien resté ou entré dans leur patrimoine, voire dans le patrimoine d'un tiers.

Cette « posture » du droit des entreprises en difficulté est toujours largement de mise, malgré le développement très important de mécanismes de garantie reposant sur la propriété (réserve de propriété, crédit-bail, mais également cession Dailly à titre de garantie *14*, et divers mécanismes en matière financière et boursière) et la qualification de sûreté aujourd'hui reconnue par la loi à ces mécanismes, et ce alors même que l'objectif de sauvetage des entreprises est toujours d'actualité. C'est là un paradoxe du droit des entreprises en difficulté, voire l'incohérence majeure de celui-ci.

Cela n'a toutefois pas exclu un encadrement des prérogatives de certains créanciers propriétaires en matière mobilière, sans néanmoins que l'efficacité de leur garantie ne soit compromise, bien au contraire même *15*.

Cependant aujourd'hui, avec l'accentuation de la menace que porte en elle, la fiducie (son domaine a été sensiblement étendu par la LME, son assiette est susceptible d'être fort large ; elle peut garantir des créances présentes et futures, même non déterminées et non déterminables à la date de sa constitution *16*, et être également, le cas échéant, constituée sans dépossession du constituant) *17*, la réaction du droit des entreprises en difficulté s'est faite plus vive. Sans priver complètement ce mécanisme de ses vertus, de l'efficacité attendue, il a fallu en juguler les effets pour préserver les chances de sauvetage de l'entreprise. Entre fiducie et sauvegarde, il a fallu choisir *18*! Certains choix ont ainsi été effectués par l'ordonnance de 2008, mais sans qu'une approche d'ensemble de l'exclusivité découlant d'une propriété sûreté ait pour autant été retenue.

À cet égard, force est de souligner que le droit des entreprises en difficulté ne réserve pas un sort identique aux créanciers ayant un droit exclusif, une propriété sûreté, de notables différences existant quant au sort qui leur est réservé. Le créancier réservataire, le cessionnaire Dailly, le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté ne sont pas soumis à des règles uniformes. Le sort des deux premiers est indifférent à la nature des procédures ouvertes, tandis que celui de la fiducie-sûreté dépend aujourd'hui très fortement

de la procédure ouverte et de l'utilité des biens pour l'activité. Quant aux créanciers titulaires de contrats de garantie financière 19, ils échappent complètement aux règles de la procédure : l'impératif de sécurité — mais également celui de rapidité — a prévalu. Le législateur énonce même à plusieurs reprises cette exclusion. L'article L. 211-40 du Code monétaire et financier figurant parmi les règles communes applicables aux opérations sur instruments financiers dispose « Les dispositions du livre VI du Code de commerce, ou celles régissant toutes procédures judiciaires ou amiables équivalentes ouvertes sur le fondement de droits étrangers, ne font pas obstacle à l'application des dispositions de la présente section » 20. Nous laisserons de côté ces électrons libres.

Malgré cela, il est encore difficile d'appréhender de manière globale la question de l'exclusivité dans le droit des entreprises en difficulté. Seules des tendances générales peuvent être esquissées, et encore doivent-elles être nuancées. En choisissant une approche qui tienne également compte de la pratique du droit des entreprises en difficulté, il apparaît que l'exclusivité, c'est-à-dire la propriété sûreté, est largement préservée, préservation que nous mettrons en lumière dans un premier temps, même si elle vient d'être récemment et symboliquement altérée, altération sur laquelle nous nous pencherons dans un second temps.

## **I. L'EXCLUSIVITE ENCORE LARGEMENT PRESERVEE DANS LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

En dépit des réformes récentes, les créanciers propriétaires bénéficient d'une situation globalement avantageuse dans les procédures collectives où ils échappent encore largement à la discipline collective caractéristique de ces procédures destinée à faire régner le principe de l'égalité des créanciers, discipline à laquelle ont été soumis, il y a quelques années déjà les créanciers titulaires de sûretés classiques conférant un droit de préférence. Cette discipline se traduit, pour l'essentiel, par deux séries de règles : d'une part, des règles contraignantes pour les créanciers (tendant à faire obstacle à toute poursuite de leur part), d'autre part, des règles restrictives de leur droit à paiement en général, et à paiement préférentiel en particulier (leur paiement est ainsi longuement interdit — tout au long de la procédure en principe — et est significativement amoindri lorsqu'il est enfin permis).

La situation d'exclusivité dont jouissent les créanciers propriétaires est, au contraire, préservée en ce qu'ils échappent en grande partie aux unes et aux autres. Leur qualité de propriétaire occulte celle de créancier. Ils ne sont pas perçus comme des créanciers et, a fortiori, comme des créanciers titulaires de sûretés. Pour certains d'entre eux, la qualité de propriétaire est un rempart qui joue même quelle que soit la procédure applicable, sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation. Pour d'autres, spécialement la fiducie-sûreté, elle ne constitue plus un rempart efficace que dans la liquidation judiciaire. Néanmoins, il convient de ne pas perdre de vue que, pour l'heure (et sans doute pour un certain temps encore), la liquidation judiciaire représente l'immense majorité des procédures ouvertes.

## ***A. L'exclusivité préservée par l'exclusion des règles contraignantes de la procédure à l'égard des créanciers***

Le législateur, soucieux tout à la fois d'identifier le passif à apurer et, à l'origine, de permettre un règlement ordonné de celui-ci, ainsi que depuis 1985 un répit pour l'entreprise, impose aux créanciers, y compris aux créanciers titulaires de sûretés, une obligation de déclarer leur créance à la procédure et les contraint à renoncer à toute poursuite à l'encontre du débiteur pendant la procédure ou à interrompre celles qu'ils auraient entreprises avant l'ouverture de la procédure. Ces règles ne sont pas appliquées aux créanciers propriétaires, lesquels peuvent, selon les cas, ou bien revendiquer leurs biens (en cas de vente sous réserve de propriété ou de crédit-bail) ou se faire payer par un tiers (en cas de cession de créance Dailly), sans avoir, jusqu'à présent tout du moins, à justifier de la déclaration de leur créance. Ce sont ces règles et leur innocuité pour les créanciers titulaires de propriété sûreté soumis à un autre régime qui nous retiendrons.

L'innocuité des règles de suspension des poursuites et de déclaration des créances est presque totale pour les créanciers propriétaires.

La règle de l'arrêt des poursuites, règle traditionnelle dans le droit des procédures collectives édictée aujourd'hui par l'article L. 622-21, vise plus exactement les actions en paiement de somme d'argent émanant de créanciers dont la créance est une créance antérieure ou une créance postérieure ne bénéficiant pas du privilège de la procédure car non utile à celle-ci. Sont également visées les actions en résolution pour défaut de paiement de sommes d'argent, les voies d'exécution et procédures de distribution.

La règle de l'arrêt des poursuites, interprétée restrictivement en raison de son caractère dérogatoire au droit commun, ne concerne pas les actions en revendication ou simplement les actions en restitution, actions qui peuvent et doivent être exercées par le propriétaire sollicitant la restitution du bien laissé entre les mains du débiteur.

Destinée à paralyser les poursuites contre le débiteur uniquement, la suspension des poursuites ne concerne pas non plus les actions dirigées contre des tiers (sous réserve, dans les procédures de sauvegarde et redressement du cas des personnes physiques garants des dettes du débiteur). L'interdiction des poursuites contre le débiteur n'empêche pas le créancier d'agir en paiement contre les tiers, tels que le débiteur cédé dans la cession de créance Dailly ou le sous-acquéreur du bien grevé de la clause de réserve de propriété 21.

Quant à l'obligation de déclaration, traditionnellement corrélée à l'arrêt des poursuites 22, elle se substitue à toute action en paiement ou voie d'exécution tendant à obtenir ce paiement et manifestant la volonté du créancier d'être payé de sa créance dans le cadre de la procédure.

Si elle s'impose certes à tout créancier, y compris, depuis 1967 23, à tout créancier titulaire de sûreté spéciale, elle ne s'impose pas en revanche à celui qui demande à voir reconnaître son droit de propriété afin d'obtenir la restitution de son bien. La déclaration peut présenter un intérêt, si l'exercice de l'action en revendication ne permet pas de remplir le créancier de ses droits, mais elle n'est pas nécessaire

à la revendication elle-même. La Cour de cassation a même considéré que le défaut de déclaration de la créance et l'extinction corrélative qui en résultait jusqu'en 2005 n'avait pas pour effet d'emporter l'extinction du droit de propriété du créancier 24 pourtant considéré comme un accessoire de la créance par cette même formation bien des années plus tôt 25 et même de sûreté 26 avant que le législateur lui-même ne consacre cette qualification. C'est là une solution qui a valu à la réserve de propriété d'être considérée comme la reine des sûretés, « résultat dépassant le raisonnable » pour bien des auteurs 27 et contraire au règlement européen 28.

La déclaration de créance à la procédure ouverte à l'égard du débiteur principal ne s'impose pas non plus à celui qui entend obtenir paiement d'un tiers : le cessionnaire Dailly peut demander paiement au débiteur cédé sans avoir déclaré sa créance à la procédure à laquelle le cédant est soumis 29. Une telle déclaration ne présente pour le cessionnaire d'intérêt que s'il n'est pas rempli de ses droits par le paiement effectué par le débiteur cédé et s'il souhaite obtenir paiement du montant restant dû par le cédant 30. Le cas échéant toutefois, une déclaration pourra s'imposer si ce tiers est lui-même soumis à une procédure 31.

Par analogie avec la situation du vendeur sous réserve de propriété, il a été soutenu que la déclaration de la créance par le créancier titulaire de fiducie-sûreté ne s'imposerait pas. L'analyse faite de la déclaration comme une demande en justice 32 tendant au paiement d'une créance au sens strict du terme 33, analyse retenue en jurisprudence et encore largement en doctrine 34, pourrait constituer un argument au profit de l'exclusion de la déclaration du créancier propriétaire qui ne demande pas paiement de sa créance dans le cadre de la procédure. La question est, il vrai, discutée. De même que la nécessité de mentionner cette sûreté dans la déclaration 35, la mention de la sûreté ayant pour objet de permettre le classement du créancier sur le prix de vente du bien, classement étranger au créancier bénéficiant d'un droit exclusif 36. Les arguments opposés, favorables à la déclaration de la créance et de la fiducie, seront exposés au titre des menaces pesant sur celle-ci. La question en elle-même atteste de cette menace.

Au lieu et place d'une action en paiement — paralysée — contre le débiteur, le créancier propriétaire dont le bien est demeuré entre les mains de ce dernier peut agir en revendication à l'encontre de ce dernier dès après l'ouverture de la procédure, et ce quelle que soit la procédure ouverte, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire. L'article L. 624-16 régissant la revendication des meubles, concernant notamment les biens vendus sous réserve de propriété vise désormais, dans son premier alinéa, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage et la jouissance en qualité de constituant ». Afin de clarifier rapidement la situation patrimoniale du débiteur, le législateur est venu quelque peu encadrer l'action en revendication, en la soumettant à un délai d'exercice bref.

Surtout, les créanciers ayant publié leur contrat avant l'ouverture de la procédure sont dispensés d'avoir à revendiquer et peuvent agir en restitution sans contrainte de délai. Encore faut-il pour cela que la publicité ait été effectuée avant le jugement d'ouverture. En l'absence de régime de publicité obligatoire, le propriétaire a la faculté de faire publier le contrat sur le registre mentionné à l'article R. 624-15, alinéa 2, prévu en matière de crédit-bail mobilier. Cela concerne la réserve de propriété et

pourrait aussi concerner la fiducie-sûreté portant sur un bien mobilier dès lors que l'aliénation de ce bien n'est soumise à aucun régime de publicité, le registre tout récemment créé <sup>37</sup> n'étant pas destiné à l'opposabilité aux tiers (et l'enregistrement de la fiducie, requis ad validitatem, ne constituant pas non plus une mesure de publicité) <sup>38</sup>.

Pour ceux dont le bien a quitté les mains et le patrimoine du débiteur pour intégrer les mains et le patrimoine d'un tiers (cession Dailly) ou un patrimoine fiduciaire dont eux-mêmes (ou un tiers) sont titulaires, il n'est pas même besoin de revendiquer. La réalisation de la sûreté va se produire en dehors de la procédure. La solution vaut encore largement, y compris pour la fiducie-sûreté, puisque aucune règle n'empêche cet effet dans la liquidation judiciaire où son efficacité est totale. Au-delà de la mise hors jeu des règles forgées pour soumettre les créanciers titulaires de sûretés à la discipline collective, l'exclusivité dont jouissent les créanciers propriétaires est en effet préservée par l'exclusion des règles restreignant les droits des créanciers titulaires de sûretés au paiement de leur créance.

### ***B. L'exclusivité préservée par l'exclusion des règles restrictives de paiement dans le cadre de la procédure***

Les créanciers propriétaires jouissent d'une situation favorable car ils peuvent espérer un paiement rapide, sans souffrir, par ailleurs, des règles de concours. Ils sont à l'abri des règles de la procédure restreignant le droit à paiement des créanciers, y compris ceux qui jouissent d'un droit de préférence.

Complémentaire de l'interdiction des poursuites à l'égard des créanciers, la règle de l'interdiction des paiements constitue une règle traditionnelle des procédures collectives. Elle commande que le débiteur ne puisse désintéresser les créanciers antérieurs et désormais également certains créanciers postérieurs pendant la procédure, le paiement ne pouvant en principe intervenir qu'à l'issue de la procédure et en fonction des solutions arrêtées par le tribunal. Les créanciers titulaires de sûretés réelles classiques conférant un droit de préférence sont soumis à l'interdiction des paiements et lorsque leur droit de préférence est appelé à s'exercer, en subissent une altération sensible. En effet, il ne leur offre que de faibles chances de paiement, compte tenu tout particulièrement de la primauté du superprivilège, des frais de justice postérieurs à l'ouverture de la procédure, du privilège de la conciliation le cas échéant, et, en redressement ou liquidation judiciaires, du privilège de la procédure (leur droit ne s'exerçant parfois que sur une quote-part du prix de vente du bien ou une quote-part du prix de cession de l'entreprise affectée par le tribunal au bien grevé). En dépit des améliorations apportées à leur sort, celui-ci demeure bien moins enviable que celui des créanciers propriétaires qui peuvent espérer un paiement effectué indépendamment de tout ordre, hors concours, ce paiement intervenant parfois dans la procédure sous une forme monétaire, ou étant assuré indirectement par la mise en œuvre de leur sûreté, et la consolidation des droits du créancier propriétaire.

Observons tout d'abord que l'interdiction des paiements connaît des exceptions ou tempéraments qui jouent majoritairement au profit de créanciers bénéficiaires d'une situation d'exclusivité, créanciers

rétenteurs (dont le professeur Pierre-Michel Le Corre parlera ensuite) ou propriétaires. Ces créanciers vont pouvoir recevoir paiement. D'autres exceptions ou tempéraments à cette règle résultent par ailleurs d'autres dispositions légales que l'article L. 622-7 (dont certaines ne s'accompagnent pas d'un paiement effectué dans le cadre de la procédure).

S'agissant de l'article L. 622-7 du Code de commerce, outre l'exception édictée au profit du rétenteur, deux créanciers propriétaires peuvent recevoir paiement de leur créance, sur autorisation du juge-commissaire : le crédit-bailleur en paiement des créances antérieures pour permettre la levée de l'option d'achat si celle-ci est justifiée par la poursuite de l'activité (et sous réserve que le paiement ne soit pas supérieur à la valeur vénale du bien) ; le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté avec dépossession, pour obtenir le retour des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire lorsque ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Seule l'exception nouvellement établie au profit du crédit-bailleur joue également dans la liquidation judiciaire, mais sans qu'une exigence relative à la poursuite de l'activité n'ait à être satisfaite. Le retour du bien ne peut être imposé au créancier titulaire d'une fiducie-sûreté dans la liquidation judiciaire (il sera donc payé par la mise en œuvre de sa sûreté).

Quant à l'article L. 624-16 du Code de commerce, s'il permet de faire échec à la revendication régulièrement exercée par le vendeur sous réserve de propriété, c'est à la condition de payer immédiatement le créancier (sauf acceptation par ce dernier de délais de paiement). Ajoutons qu'en cas de revente du bien vendu sous réserve de propriété, lorsque le vendeur a revendiqué le prix de revente, il est prévu que les sommes payées par le sous-acquéreur entre les mains de l'administrateur ou du débiteur doivent être versées entre celles du liquidateur pour être remises ensuite au créancier revendiquant à concurrence de sa créance <sup>39</sup>.

Rappelons enfin que l'interdiction des paiements ne peut concerner le cessionnaire Dailly qui peut recevoir paiement du débiteur cédé, les chances d'obtenir un tel paiement ayant même été renforcées lorsque la cession porte sur les créances résultant d'un contrat à exécution successive.

Quelle que soit l'hypothèse, ces différents paiements interviennent sans que l'on ait à prendre en considération l'existence de créanciers superprivilégiés ou de tout autre créancier doté d'un droit de préférence.

Il en va a fortiori de même lorsque la satisfaction du créancier intervient en quelque sorte indirectement, sans versement d'une somme d'argent, par la reprise du bien et/ou par la consolidation du droit de propriété du créancier sur le bien. Le paiement se produit alors par compensation entre le droit de disposer que retrouve le créancier ayant cédé son bien sous réserve de propriété et sa créance <sup>40</sup>, la valeur du bien repris étant imputée à titre de paiement sur le solde de la créance garantie. Dans la cession Dailly à titre de garantie, s'opère également une compensation entre le montant de la créance garantie et la créance cédée. En matière de fiducie-sûreté se produit aussi une compensation entre la créance garantie et la valeur du bien conservé par le créancier, valeur estimée par expert ou résultant de la vente du bien. Le législateur est venu donner des précisions sur la réalisation de la fiducie par une ordonnance du 30 janvier 2009. Si le créancier est le fiduciaire, il acquiert en principe, à défaut de paiement de la dette garantie, la libre disposition du bien <sup>41</sup> et doit, le cas échéant, verser au constituant la somme excédant la créance

garantie après paiement des créanciers dont la dette est née de la conservation ou gestion des biens transmis dans le patrimoine fiduciaire. Si le fiduciaire n'est pas le créancier, le créancier pourra lui demander la remise du bien dont la propriété lui est transférée dans les mêmes conditions ou lui demander de procéder à la vente du bien et se faire remettre, à hauteur de la créance restant due, le prix de vente (dont le solde est restitué au débiteur après paiement des créanciers dont la créance est née pour la conservation ou la gestion des biens transmis dans le patrimoine fiduciaire).

Aucune disposition du titre 4 du livre VI n'empêche, dans la liquidation judiciaire, la mise en œuvre de ces règles. Or la liquidation judiciaire représente toujours et encore l'immense majorité des procédures ouvertes. La solution est la même dans la procédure de redressement judiciaire ouverte consécutivement à l'échec d'un plan de sauvegarde. La loi vient dans ces deux cas de figure paralyser les règles de la procédure qui auraient pu entraver ou retarder la réalisation de la fiducie-sûreté.

Dès lors que sa créance est exigible, la réalisation de la fiducie-sûreté est en effet inéluctable, même si les biens ont été laissés à la disposition du débiteur et même si la cession de l'entreprise est envisagée. La loi écarte l'application des règles relatives à la continuation des contrats en cours à la convention de mise à disposition 42 et exclut toute cession forcée de cette même convention dans le cadre d'un plan de cession 43. La réalisation de la fiducie-sûreté et le paiement du créancier qui en est titulaire ne peuvent être retardés. Le paiement ne peut en outre être compromis par l'existence de créances superprivilégiées, des frais de justice ou de toute autre créance garantie par un privilège portant sur un bien figurant dans le patrimoine du débiteur. Il n'y a pas en effet entre eux de concurrence possible 44. Le bien dont la propriété a été transférée à un fiduciaire, est en effet sorti du patrimoine du débiteur. La réalisation s'opèrera en dehors de la procédure, sans le recours aux procédures d'exécution et sans qu puissent s'appliquer les privilèges s'exerçant sur les biens du débiteur. Lorsque l'on connaît le poids des privilèges jouant dans le cadre des procédures, on mesure tout l'intérêt d'échapper à un tel concours 45...

La force de l'exclusivité apparaît nettement. Elle n'est pourtant pas totale. Récemment le législateur a ouvert des brèches dans le droit des entreprises en difficulté, mais également dans le droit des sûretés lui-même.

## **II. L'EXCLUSIVITE RECEMMENT ALTEREE**

Le législateur s'emploie tout à la fois à favoriser l'essor de la fiducie-sûreté et à juguler ses effets dévastateurs pour le sauvetage des entreprises, attitude quelque peu schizophrénique transparaissant dans deux ordonnances adoptées à moins de deux mois d'intervalle : l'ordonnance du 18 décembre 2008, réformant le droit des entreprises en difficulté, qui paralyse la fiducie-sûreté (sans dépossession) dans les procédures de sauvegarde et redressement, ouvrant ainsi peut-être la voie à une généralisation des solutions aux propriétés sûretés et l'ordonnance du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie. Cette ordonnance s'efforce de combler les lacunes dans le régime de la fiducie-sûreté et de remédier aux critiques dénonçant le caractère antiéconomique de la fiducie-sûreté. Elle organise le

rechargement de la fiducie, ce qui permet d'utiliser les biens transférés à la garantie de dettes qui viendront à naître ultérieurement, y compris à l'égard de nouveaux créanciers, engendrant une situation de concours...

L'exclusivité paraît ainsi sous une double menace, une menace de paralysie, notamment dans les procédures de sauvegarde et redressement, et une menace d'atteinte à l'exclusivité elle-même en dehors de ces procédures.

### *A. L'exclusivité paralysée*

C'est tout particulièrement en sauvegarde et redressement que la fiducie, spécialement la fiducie sans dépossession, voit sa réalisation paralysée, paralysie provisoire certes, mais susceptible de durer assez longtemps. En redressement, tout comme en liquidation, des causes de paralysie définitive peuvent jouer, mais accidentellement. Dans la plupart de ces hypothèses, la fiducie est visée par des dispositions spécifiques, ce qui montre que le législateur continue à la fois à appréhender la propriété sûreté de manière singulière par rapport aux sûretés conférant un droit de préférence et qu'il appréhende également de manière distincte les différentes propriétés sûretés. Toutefois, certains risques de paralysie susceptibles de se produire quelle que soit la procédure pourraient avoir une portée plus large : ainsi en cas de défaut de déclaration de la créance ou de soutien abusif.

#### *1. La paralysie « provisoire » de la fiducie en faveur du sauvetage de l'entreprise*

Soucieux de ne pas compromettre les chances de sauvetage de l'entreprise, le législateur fait échec à la réalisation de la fiducie-sûreté portant sur des biens laissés entre les mains du chef d'entreprise par le biais d'une convention de mise à disposition, convention qui fait présumer l'utilité que présente le bien pour l'exercice de l'activité et, par voie de conséquence, le sauvetage de l'entreprise. La paralysie joue pendant la période d'observation et, si un plan de sauvegarde ou redressement est adopté, pendant l'exécution du plan. La mesure est spectaculaire. Le législateur en atténue toutefois la rigueur pour le créancier, pas exactement placé dans la même situation que les autres créanciers.

Pour parvenir à la paralysie de la fiducie-sûreté, l'ordonnance a adopté une disposition équivalente à la règle de la suspension des poursuites qui « suit » de très près la règle de l'interdiction des poursuites édictée par l'article L. 622-21. Il s'agit de l'article L. 622-23-1 empêchant la consolidation des droits du créancier titulaire de la fiducie de se produire <sup>46</sup>. Une seconde disposition vient compléter ce texte : l'article L. 622-13 définissant le sort des contrats en cours. Ce texte soumet expressément la convention de mise à disposition consentie au débiteur constituant aux règles de l'article L. 622-13, c'est-à-dire au régime général de la continuation des contrats en cours. Si le débiteur opte pour la continuation forcée de la convention, cela diffèrera d'autant la restitution des biens objets de la convention de mise à disposition

entre les mains du créancier revendiquant (ou exerçant l'action en restitution). Le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté est à cet égard placé dans la même situation que le crédit-bailleur.

Notons, au demeurant que du fait du choix du législateur de soumettre cette convention au régime général de la continuation des contrats en cours et non aux règles particulières édictées par le législateur pour le bail des locaux affectés à l'activité de l'entreprise 47, quand bien même les parties auraient choisi de soumettre leurs relations aux statuts des baux commerciaux 48, il y aura lieu à résiliation de plein droit de la convention en cas de défaut de réponse à la mise en demeure adressée au débiteur par le titulaire du patrimoine fiduciaire dans lequel le bien a été transféré ou encore en cas de défaut de paiement de l'indemnité d'occupation convenue ou encore en cas de défaut d'occupation si une clause a été insérée à cet effet dans la convention. Le débiteur devra alors restituer le bien au fiduciaire et la réalisation de la fiducie-sûreté pourra s'opérer.

Néanmoins, le créancier réservataire apparaît mieux traité car, pour faire échec à la revendication, il est nécessaire que le prix de vente restant dû soit payé au créancier 49. Ce dernier échappe ainsi également aux délais du plan 50, contrairement au créancier titulaire de la fiducie-sûreté, et ce même si le législateur ne l'a pas soumis au même sort que les autres créanciers.

En effet, la rigueur liée à la paralysie de la fiducie est quelque peu contrebalancée par le traitement de faveur réservé au créancier titulaire de la fiducie-sûreté dans le cadre du plan. Le créancier, pour la part de sa créance garantie par la fiducie, n'a pas à participer aux comités de créanciers 51. Il n'a donc pas à subir la loi de la majorité dont les pouvoirs sont étendus puisqu'elle peut imposer outre des délais, des remises et des mesures différenciées pour les créanciers, pour autant que les différences de situation le justifient 52.

Même en cas de liquidation judiciaire le créancier n'est pas toujours assuré de bénéficier de l'exclusivité attendue. La fiducie-sûreté peut en effet tomber sous le coup des nullités de la période suspecte, ce qui est également le cas en redressement judiciaire.

## *2. La paralysie définitive de la fiducie constituée ou rechargée en période suspecte*

Dans les mêmes termes que les sûretés conférant un droit de préférence, la fiducie-sûreté lorsqu'elle a été consentie en garantie d'une dette antérieurement contractée, est visée par l'article L. 632-1, I, 9o du Code de commerce. L'ordonnance a corrigé la malfaçon de la loi de 2007 qui, ne distinguant pas entre fiducie-gestion et fiducie-sûreté, aboutissait au prononcé de la nullité de toute fiducie-sûreté constituée en période suspecte. A été ajouté un cas de nullité de droit visant les conventions de rechargement conclues en garantie d'une dette antérieure à la convention de rechargement. Aucune disposition semblable n'existe en matière hypothécaire lorsqu'il est recouru à une convention de rechargement.

Il est à noter que, comme pour la « suspension des poursuites », un texte spécifique à la fiducie-sûreté a été adopté. Le principe d'interprétation stricte des nullités qui avait conduit la jurisprudence à

écarter l'application du 60 à la cession Dailly à titre de garantie, devrait conduire à écarter encore toute nullité de droit à leur encontre, seuls des biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire étant visés par le 90. Cela participe de l'approche « différenciée » des sûretés conférant un droit de préférence et des sûretés conférant un droit exclusif ainsi que de ces dernières sûretés entre elles. D'autres dispositions en raison de leur rédaction large emportent un risque de paralysie de la fiducie-sûreté quelle que soit la procédure en cause.

### *3. Les risques de paralysie susceptibles de jouer quelle que soit la procédure*

Ces risques résident pour l'essentiel dans le défaut de déclaration de la créance et dans l'application des sanctions de l'article L. 650-1 du Code de commerce en cas de soutien abusif.

S'agissant de la question de la déclaration, contrairement à l'opinion exprimée par certains auteurs, beaucoup soutiennent que l'obligation de déclaration de la créance s'impose au créancier titulaire d'une fiducie-sûreté <sup>53</sup>. La loi <sup>54</sup> ne soumet-elle pas à déclaration tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, visant par ailleurs, pour leur réserver un régime de faveur, les « créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié » ? Un autre argument tiré de la « suspension des poursuites » imposée au créancier titulaire de la fiducie-sûreté est avancé. Inspiré sans doute de la corrélation faite autrefois par la Cour de cassation entre obligation de production et suspension des poursuites, mais dans le sens inverse, il ne paraît toutefois pas pertinent car la suspension ne vaut que dans certaines procédures, tandis que l'obligation de déclaration est générale.

Dans la logique de la reconnaissance de l'obligation de déclaration de la créance à l'égard du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, la mention de la sûreté elle-même dans la déclaration semble s'imposer. La lettre de la loi fournit des arguments en ce sens, de même que la qualification de sûreté du mécanisme. Toutefois, certains auteurs font valoir que cette mention n'a d'intérêt que pour permettre le classement des créanciers sur le produit de vente des actifs du débiteur en vue de leur répartition <sup>55</sup>. Or le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté n'est pas concerné par ce classement auquel il échappe.

Il restera enfin à déterminer, à supposer admise l'obligation de déclaration, si le créancier est titulaire d'une sûreté publiée lui permettant d'être averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance. L'enregistrement, formalité prescrite à peine de nullité, et concernant toutes les fiducies sûretés, peut-il être assimilé à la publicité visée par le texte ? Cela paraît douteux. Quant aux informations portées sur le registre national des fiducies tout nouvellement institué <sup>56</sup>, elles ne sauraient être considérées comme une publicité dès lors qu'elles ne peuvent être consultées que par les agents de la direction générale des finances publiques spécialement habilités <sup>57</sup> et qu'elles sont transmises à un nombre limité de personnes chargées de la lutte contre le blanchiment <sup>58</sup>. Seule la publicité prescrite par ailleurs pour toute opération de cession du bien pourra être prise en compte (publicité à la conservation des hypothèques en matière immobilière, dans un JAL et au BODACC pour le transfert de propriété du fonds de commerce <sup>59</sup>, ou en matière mobilière, publicité sur le registre prévu pour le crédit-bail).

Enfin, la fiducie, comme toute garantie, est susceptible d'être remise en question sur le fondement de l'article L. 650-1 en cas de soutien abusif. La disproportion des garanties par rapport aux concours consentis constitue l'un des trois cas permettant de retenir le soutien abusif et de déboucher sur la nullité des garanties ou leur réduction. La constitution d'une fiducie sur un bien dont la valeur excédait notablement celle de la créance garantie pouvait permettre de retenir la disproportion. Toutefois, la stipulation du caractère rechargeable de la fiducie permet de la mettre à l'abri. Une telle stipulation n'est pas elle-même sans risque, si des rechargements sont effectués. L'exclusivité conférée par la fiducie paraît en effet dans ce cas de figure dépassée.

### ***B. L'exclusivité dépassée ?***

L'exclusivité entendue comme l'éviction des règles du concours est mise à mal. Rappelons que l'exclusivité ne faisait déjà pas échapper les créanciers propriétaires à tout conflit. Il existait des situations, nombreuses, en raison du caractère occulte de la plupart des propriétés sûretés, dans lesquelles l'exclusivité était purement et simplement perdue. Dans ce type de conflit, s'apparentant à un véritable duel, il n'y a pas à proprement parler concours, classement, mais exclusion d'un créancier par un autre grâce à l'application de la règle *prior tempore, potior jure* 60 ou encore, s'agissant des meubles corporels en raison de l'application de la règle « En fait de meubles possession vaut titre » 61.

Le législateur a par ailleurs ouvert la porte à certains conflits en permettant la revendication de biens fongibles sans en donner la solution. Un conflit peut naître entre les différents vendeurs de ces mêmes biens les revendiquant simultanément ou successivement : certains préconisant qu'il soit tranché en faveur de celui qui exercerait le premier l'action 62 tandis que d'autres recommandent de procéder à une répartition proportionnelle prenant en compte les quantités vendues par chacun 63, ou les sommes restant dues 64, les intéressés devenant propriétaires indivis de ces biens.

Désormais, au-delà de ces situations de conflit, l'exclusivité n'écarte pas tout concours. L'exclusivité offerte par la fiducie-sûreté permet certes d'éviter les règles du concours de et dans la procédure collective. Elle n'empêche toutefois pas toute situation de concurrence sur le bien objet de la fiducie et donc en dehors de la procédure. L'exclusivité paraît ainsi sinon quelque peu dépassée, du moins relative. Ce sont ici les dispositions du droit commun de la fiducie, ou les dispositions nouvelles propres à la fiducie-sûreté qui conduisent à tempérer l'exclusivité affirmée.

Le créancier titulaire de la fiducie-sûreté devra en effet respecter les droits antérieurement et régulièrement consentis à des tiers : l'article 2025 du Code civil préserve les créanciers titulaires d'un droit de suite sur le bien ultérieurement cédé à titre de garantie. La cession du bien à titre de garantie ne purge pas les inscriptions (pas davantage que ne s'opère une telle purge en cas d'attribution en propriété opérée en vertu d'un pacte commissaire ou sur autorisation judiciaire) 65.

Entre créanciers titulaires d'une fiducie sur un même bien, ce que permet la constitution d'une fiducie rechargeable et son rechargement ultérieur (dans la limite de la valeur du bien), un rang doit être établi en fonction de la date d'enregistrement de chacune des conventions de rechargement.

L'exclusivité offerte par la propriété sûreté (et spécialement par la fiducie) n'est plus tout à fait le jardin d'Eden dont rêvait les créanciers. Toutefois, elle compte encore parmi les plus beaux bourgeons du droit des sûretés même s'ils ne peuvent véritablement éclore que dans la tempête de la liquidation judiciaire. Encore faudra-t-il néanmoins que poussent les arbrisseaux de la fiducie : ce sera peut-être plus facile ici sur la Riviera que sur les berges de la Garonne où l'espèce est encore inconnue.

1 –

(1) Contra M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 8e éd. 2007, no 1057 évoquant la revendication parmi les modes indirects d'exercice du droit de préférence.

2 –

(2) Sur l'aspect singulier de cette situation en droit français : D. Legeais, *Rapport français, La propriété sûreté*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 419 et s.

3 –

(3) Le droit des entreprises en difficulté a servi de modèle aux dispositions insérées «à droit — quasi — constant» dans le Code civil, conformément à l'habilitation donnée par le Parlement au Gouvernement, et avait précédemment, permis l'essor de ce mécanisme (grâce à la loi Dubanchet du 12 mai 1980).

4 –

(4) Il existait auparavant des applications ponctuelles de la fiducie-sûreté dont la cession Dailly à titre de garantie, introduite en 1984, est la plus connue.

5 –

(5) P. Théry dès 1988, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 1re éd. ; P. Ancel en 1998, *Droit des sûretés*, Litec, *Objectif Droit*. Sur l'origine de l'expression «situation d'exclusivité», cf. P. Crocq, *Propriété et garantie*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, t. 248, p. 252, note 6.

6 –

(6) Exclusivité, dér. de exclusif. Exclusif du latin médiéval *exclusivius*, du verbe *excludere* : exclure.

7 –

(7) L'exclusivité, pouvoir d'exclure autrui, est en effet considérée comme un des caractères fondamentaux du droit de propriété (contra cependant, C. Larroumet considérant qu'il s'agit d'un caractère douteux : *Les biens, Droits réels principaux*, t. 2, 4e éd. 2004, *Économica*, nos 196 et 197). La reconnaissance au profit du fiduciaire d'un véritable droit de propriété est discutée par certains car la propriété transférée à son profit n'est pas une propriété libre, le fiduciaire étant soumis à la volonté d'un tiers (B. Mallet-Bricout, *Le fiduciaire propriétaire ?* : JCP E 2010, 1191, nos 8 à 10 et *Fiducie et propriété*, *Liber amicorum C. Larroumet*, *Économica* 2010, p. 297, no 16). D'autres auteurs considèrent au contraire, que la propriété affectée n'est pas incompatible avec le droit de propriété (F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd. 2008, no 237, p. 386) pour autant que les restrictions apportées aux prérogatives du fiduciaire ne sont pas trop importantes ; à défaut de quoi une requalification de l'opération, en mandat notamment, serait envisageable (F. Zénati-Castaing et T. Revet, préc., no 271, p. 430 ; dans le même sens, P. Puig, « Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007 » : *Dr. et patr.*, juin 2008, no 171, soulignant que la requalification ne s'impose pas en revanche en cas de fiducie-sûreté. Il est vrai que s'agissant de la fiducie-sûreté où le créancier est le

fiduciaire, les interrogations posées par la propriété fiduciaire ne se posent pas avec la même acuité (B. Mallet-Bricout, *Fiducie et propriété*, no 22, note 87).

8 –

(8) *La propriété*, Rapport de synthèse, par J.-P. Decorps, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 1 et s., spéc. p. 12.

9 –

(9) L. Aynès, *Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances*, Procédures, août 2008, dossier 12.

10 –

(10) *L'affection pour la propriété sûreté est assez largement partagée* (P. Crocq, *Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de propriétés-sûreté*, Mélanges Foyer, *Économica* 2008, p. 257, no 3).

11 –

(11) *Le droit français n'est pas isolé. Beaucoup de pays en 2003 étaient dans la même situation* (Japon, Panama, Suisse, Turquie, Vietnam France, Italie, Belgique), Journées vietnamiennes des travaux de l'Association Henri Capitant consacrés à la propriété : cf. M. Bussani, *Rapport général, La propriété sûreté*, p. 305., no 15). Il en allait différemment alors au Brésil et au Lyban.

12 –

(12) C. Mouly, *Procédures collectives : assainir le régime des sûretés*, Mélanges Roblot, LGDJ 1984.

13 –

(13) D. Legeais, *Rapport français, La propriété sûreté*, in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p. 419, spéc. p. 421.

14 –

(14) *Sur le succès de ces mécanismes*, D. Legeais, *Réserve de propriété et cession Dailly : bilan contrasté de la propriété-garantie*, Mélanges, D. Schmidt, Éd. Joly, 2005.

15 –

(15) Elle a été accrue. Cf. F. Pérochon, *La revendication favorisée* : D. 2004, chron., 251 ; D. Legeais observait en 2003 l'existence d'une certaine «résistance du droit des procédures collectives à la toute puissance du droit de propriété», tout en constatant que «les intérêts du propriétaire sont alors préservés», *Rapport français, La propriété sûreté*, préc., p. 437.

16 –

(16) *Tel n'est pas le cas de la réserve de propriété qui ne peut garantir que la créance résultant du contrat translatif de propriété correspondant au prix du bien vendu ou de la prestation fournie. Le droit français n'a pas consacré, contrairement au droit allemand qui lui a servi de modèle, la clause de réserve de propriété «étendue».* Quant à la cession Dailly, compte tenu des exigences posées par la loi (C. mon. fin., art. L. 313-33 4° : mentions manuscrites requises ad validitatem, parmi lesquelles figurent les indications permettant l'individualisation des créances), la possibilité de céder en garantie des créances

futures est discutée, seules des créances présentes (mais en grand nombre) pourraient faire l'objet d'une telle cession : D. Legeais, préc., p. 426. Contra cependant : Y. Picod, Droit des sûretés, Thémis Droit, PUF 2008, p. 471.

17 –

(17) Par le biais d'une convention de mise à disposition de l'usage ou de la jouissance du bien objet de la fiducie.

18 –

(18) F.-X. Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie vs sauvegarde (fiducie ou sauvegarde, il faut choisir) » : D. 2008, p. 29.

19 –

(19) Il existe d'autres applications de la fiducie-sûreté en matière financière et boursière : opérations de pension, opérations de prêts de titres, couvertures sur les marchés réglementés (sur lesquelles cf. notamment, D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 7e éd. 2009, nos 738 à 744). Le droit des marchés financiers a été « précurseur » à cet égard. Cf. D. Legeais, L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles, Mélanges M. Cabrillac, p. 365.

20 –

(20) L'article L. 211-38 du même code écartait déjà, s'agissant de la réalisation des sûretés consenties sur des instruments financiers, les dispositions du livre VI du Code de commerce notamment.

21 –

(21) Sous réserve d'une procédure ouverte à l'égard du débiteur cédé ou du sous-acquéreur (la Cour de cassation a jugé, en effet que l'action en paiement à l'encontre du sous-acquéreur était une action personnelle soumise aux contraintes de la procédure : Cass. com., 6 oct. 2009, no 08-15048).

22 –

(22) Sous l'empire de la loi de 1967, la jurisprudence soumit tous les créanciers titulaires de sûretés à la suspension des poursuites malgré l'absence de précision légale en ce sens, parce que la loi leur imposait de déclarer leurs créances à la procédure : Cass. Ass. plén., 13 févr. 1976 : D. 1976, p. 237, F. Derrida et A. Honorat.

23 –

(23) L. 13 juill. 1967, art. 40, al. 1.

24 –

(24) Cass. com., 9 janv. 1996 : D. 1996, jur., p. 184, F. Derrida ; JCP G 1996, I, 3935, no 19, M. Cabrillac ; RTD civ. 1996, 436, P. Crocq ; Dr. et Patr., 1996, no 38, p. 85, M.-H. Monsérié-Bon. Adde : C. Larroumet, Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective de l'acheteur ? : D. Aff. 1996, no 20, p. 603. La solution est constante. Un arrêt du 1er avril 2008 a ainsi considéré que le solde du prix restant dû « devait s'entendre de la fraction du prix convenu entre les parties demeurée impayée, indépendamment d'une déclaration de créance y correspondant totalement ou partiellement » pour en déduire en l'espèce que dès lors que la valeur du bien restitué n'excédait pas le solde ainsi entendu, aucune somme n'était due par le vendeur

(Cass. com., 1er avr. 2008, no 07-11726 : Bull. civ. 2008, IV no 74 ; Defrénois, nov. 2009, no 19, p. 2086, P. Théry).

25 –

(25) Cass. com., 15 mars 1988 : D. 1988, 330, F. Pérochon.

26 –

(26) Cass. com., 9 mai 1995 : RTD civ. 1996, 441, P. Crocq ; plus nettement : Cass. com., 23 janv. 2001 : D. 2001, 702, A. Lienhard ; JCP E 2001, 755, no 13, M. Cabrillac ; RTD civ. 2001, 398, P. Crocq.

27 –

(27) F. Pérochon, La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ?, Cah. dr. entr. juill. 2009, Dossier 22.

28 –

(28) L'article 41 du règlement CE no 1346/2000 obligeant le créancier à mentionner l'existence de la réserve de propriété dans sa production.

29 –

(29) Cass. com., 7 déc. 2004 : RD bancaire et fin., mai 2005. À moins que ce tiers ne fasse à son tour l'objet d'une procédure.

30 –

(30) La Cour de cassation a jugé que le cédant restait tenu à titre de débiteur principal et que le défaut de déclaration de la créance à la procédure ouverte à l'égard du débiteur cédé ne faisait pas obstacle à l'action en paiement contre le cédant : Cass. com., 20 oct. 2009, no 08-18.233 : RD bancaire et fin., janv. 2010, comm. 9, A. Cerles.

31 –

(31) Cela a été jugé à propos de l'action en paiement formée par le revendiquant à l'encontre du sous-acquéreur qui n'a pas au jour du jugement d'ouverture payé le prix de revente, l'action du créancier ayant revendiqué la créance du prix de revente formée contre le sous-acquéreur étant, selon la Cour de cassation, une action personnelle : Cass. com., 6 oct. 2009, no 08-15048 : Gaz. proc. coll., nov. 2009, nos 305 à 307, p. 42, F. Pérochon.

32 –

(32) Cass. com., 15 oct. 1991 : JCP E 1992, I, 136, no 11, M. Cabrillac et P. Pétel ; Banque 1992, 1098, obs. J.-L. Rives-Lange.

33 –

(33) J. Vallansan, J-Cl. Comm., fasc. 2352, no 7 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, no 527 ; P. Pétel, no 375 présentant l'analyse de la déclaration faite par la jurisprudence comme la demande par laquelle le créancier sollicite du juge-commissaire la reconnaissance de ses droits en vue de participer aux opérations d'apurement du passif». Or le créancier titulaire de fiducie-sûreté ne participera pas aux opérations d'apurement du passif, sa sûreté lui procurant satisfaction en dehors de la procédure (du moins s'il s'agit de liquidation judiciaire).

34 –

(34) Mais remise en question par P.-M. Le Corre notamment, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile » : LPA 28 nov. 2008, p. 72. Adde, J.-L. Vallens, « La déclaration n'est pas une demande en justice » : RTD com. 2009, 214, no 9.

35 –

(35) N. Borga, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 » : RD bancaire et fin., mai 2009, Étude 20.

36 –

(36) P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2010/2011, no 666-42, p. 1695.

37 –

(37) D. no 2010-219, 2 mars 2010 : JO 4 mars 2010 ; JCP E 2010, act. 159.

38 –

(38) Notons qu'en principe, aucune publicité des droits des créanciers propriétaires n'est imposée pour l'opposabilité aux tiers, de telle sorte que l'interdiction des inscriptions des sûretés posée dans la procédure est également étrangère à ces créanciers. En cas de transfert de propriété à titre de garantie, ce sont ici les règles « ordinaires » d'opposabilité de la cession du bien qui s'appliquent. Or la loi interdit la publication des actes translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins cependant qu'ils n'aient acquis date certaine avant le jugement d'ouverture (art. L. 622-30, al. 1er). Ainsi, la fiducie régulièrement constituée et enregistrée (ce qui lui donne date certaine) semble à première vue pouvoir être inscrite après le jugement d'ouverture. Cependant en matière immobilière, la formalité de la publicité foncière étant fusionnée avec l'enregistrement, lui-même requis ad validitatem, la possibilité d'effectuer la formalité fusionnée après le jugement d'ouverture paraît bien incertaine.

39 –

(39) C. com., art. R. 624-16. Toutefois, la Cour de cassation a précisé qu'il appartenait au créancier revendiquant le prix de prouver que les paiements ont été effectués après l'ouverture de la procédure : Cass. com., 2 mars 2010, no 08-22003.

40 –

(40) Cass. com., 5 mars 1996, no 93-12818 : Bull. civ. 1996, IV, no 72 ; JCP G 1996, I, 3960, no 11, M. Cabrillac ; RTD civ. 1996, p. 443, P. Crocq. La solution a été consacrée par l'article 2371 du Code civil.

41 –

(41) Art. 2372-3.

42 –

(42) C. com., art. L. 641-11-1, VI.

43 –

(43) C. com., art. L. 642-7, al. 4.

44 –

(44) Pour ceux qui peuvent dans la liquidation judiciaire demander l'attribution judiciaire d'un bien figurant jusque-là dans le patrimoine du débiteur, la Cour de cassation a jugé que «le droit d'attribution est indépendant de l'ordre dans lequel s'exercent sur le prix les divers privilèges en cas de vente du bien nanti» : Cass. com., 12 févr. 1979, no 77-12887 : Bull. civ. 1979, IV no 58 ; D. 1979, p. 354, F. Derrida. La solution a été affirmée en présence de créances garanties par le superprivilège (Cass. com., 4 mai 1981, no 79-16061 : Bull. civ. 1981, IV, no 199 ; D. 1981, I, jur., p. 489, F. Derrida) ou de créances de l'article 40 (Cass. com., 6 mars 1990, no 88-14433, G. Amlon, « L'attribution judiciaire du gage en cas de procédure collective » : JCP G 1990, II, 15815).

45 –

(45) En matière de fiducie-sûreté, la constitution d'un patrimoine d'affectation, isolé du patrimoine du fiduciaire protège en outre les créanciers du constituant de tout concours avec ceux du fiduciaire. En l'absence de patrimoine fiduciaire, une telle protection ne peut bénéficier au cessionnaire Dailly.

46 –

(46) Ou encore le transfert de droit du patrimoine du fiduciaire non créancier vers le patrimoine du créancier.

47 –

(47) C. com., art. L. 622-14.

48 –

(48) La loi est venue écarter cette soumission automatique, de même que l'application des règles de la location-gérance du fonds de commerce lorsque la convention de mise à disposition a pour objet un fonds de commerce ou un fonds artisanal (art. 2018-1), mais elle permet de prévoir une stipulation expresse en ce sens.

49 –

(49) C. com., art. L. 624-16.

50 –

(50) F. Pérochon et R. Bonhomme, préc., no 552-2.

51 –

(51) C. com., art. L. 626-30-2, al. 4.

52 –

(52) C. com., art. L. 626-30-2, al. 2.

53 –

(53) N. Rontchvesky, « Sûretés personnelles, fiducie et gage sans dépossession dans la réforme du droit des entreprises en difficulté » : RLDA, juin 2009, no 39, no 26.

54 –

(54) C. com., art. L. 622-24, al. 1er.

55 –

(55) P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2010/2011, no 666-42, p. 1695.

56 –

(56) Par D. no 2010-219, 2 mars 2010.

57 –

(57) Art 4. D.

58 –

(58) Art. 5 D.

59 –

(59) La publicité est prescrite selon l'article L. 141-12 du Code de commerce pour « toute vente ou toute cession de fonds de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat ». Toutefois, les dispositions du chapitre I du titre IV du Code de commerce relatif à la vente du fonds de commerce sont inadaptées à la cession du fonds de commerce à titre de garantie : cf. F. Auque, « L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce » : *Gaz. Pal.* 4 juin 2009, p. 64.

60 –

(60) En matière de cession Dailly : entre deux cessionnaires de la même créance, l'établissement de crédit bénéficiant de la première cession en date a été préféré (Cass. com., 12 janv. 1999, no 96-13723 : *Bull. civ.* 1999, IV, no 8, *RTD com.* 1999, p. 479, M. Cabrillac). Le conflit a été résolu en faveur du vendeur sous réserve de propriété lorsque la créance du prix de vente a fait l'objet d'une cession Dailly : Cass. com., 20 juin 1989 : *D.* 1989, 431, F. Pérochon. A également été préféré le sous-traitant exerçant l'action directe dans le conflit avec le cessionnaire Dailly, sans que les dates respectives de la cession de la créance et de la mise en œuvre de l'action directe soient prises en considération, la jurisprudence considérant que la cession par hypothèse irrégulière de la créance — l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 l'interdit en principe — lui étant systématiquement inopposable (Cass. com., 22 nov. 1988 : *D.* 1989, 212, A. Bénabent), sous réserve du défaut d'acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage et de l'antériorité de la cession par rapport au sous-traité. Cf. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, Manuel, 8e éd., 2009, no 777.

61 –

(61) Récemment, la Cour de cassation a rappelé que le privilège du bailleur d'immeuble pouvait s'exercer sur les bien garnissant les lieux loués vendus avec une clause de réserve de propriété, sauf à établir que le bailleur connaissait l'existence de la clause (Cass. 3e civ., 24 juin 2009, no 08-14357 : *RD bancaire et fin.*, sept. 2009, comm. 161, D. Legeais ; dans le même sens : Cass. 1re civ., 12 mai 1969 : *D.* 1970, jur., p. 43). Sur le conflit entre ce privilège et le crédit-bailleur : G. Ansaloni et E. Billet, « Remarques sur le conflit entre le privilège du bailleur d'immeuble et le leasing des biens d'équipement » : *RD bancaire et fin.*, nov. 2009, Étude 35.

62 –

(62) B. Soinne, *RPC* 1994, 471, no 7.

63 –

(63) F. Pérochon, « La revendication des biens fongibles par le vendeur » : LPA 14 sept. 1994, p. 82 ; M.-J. Campana, « Les revendications après la réforme du 10 juin 1994 » : D. 1995, p. 197, no 23 ; P. Crocq, RTD civ. 1998, 711 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, LGDJ, Manuel, 8e éd., 2009.

64 –

(64) P. Crocq, préc.

65 –

(65) F. Macorig-Venier, « Le pacte comissoire (et les sûretés réelles mobilières) » : RLDA, mars 2007, p. 79 et s.

66 –

(\*) La forme orale a, en partie, été conservée.