



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

*LES APPORTS DE LA RÉFORME DU 18 DÉCEMBRE 2008 EN MATIÈRE DE
SÛRETÉS*

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : Droit et Patrimoine, N° 188, 1er janvier 2010

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LES APPORTS DE LA RÉFORME DU 18 DÉCEMBRE 2008 EN MATIÈRE DE SÛRETÉS

I - LES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LE DÉBITEUR : AFFAIBLISSEMENT DANS LES PROCÉDURES DE SAUVETAGE MAIS EFFICACITÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE A - L'affaiblissement des sûretés dans les procédures de sauvetage de l'entreprise 1° La fiducie-sûreté : une sûreté en sommeil a) La mise en sommeil de la fiducie en cas d'utilité des biens pour la poursuite de l'activité

I - LES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LE DÉBITEUR : AFFAIBLISSEMENT DANS LES PROCÉDURES DE SAUVETAGE MAIS EFFICACITÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE A - L'affaiblissement des sûretés dans les procédures de sauvetage de l'entreprise 1° La fiducie-sûreté : une sûreté en sommeil b) La fiducie : une flamme en veilleuse susceptible d'être ravivée

I - LES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LE DÉBITEUR : AFFAIBLISSEMENT DANS LES PROCÉDURES DE SAUVETAGE MAIS EFFICACITÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE A - L'affaiblissement des sûretés dans les procédures de sauvetage de l'entreprise 2° Le gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif : une sûreté étouffée

I - LES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LE DÉBITEUR : AFFAIBLISSEMENT DANS LES PROCÉDURES DE SAUVETAGE MAIS EFFICACITÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE B - Le triomphe des sûretés dans la liquidation judiciaire 1° Le rayonnement de la fiducie

I - LES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LE DÉBITEUR : AFFAIBLISSEMENT DANS LES PROCÉDURES DE SAUVETAGE MAIS EFFICACITÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE B - Le triomphe des sûretés dans la liquidation judiciaire 2° Le gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif : une flamme quelque peu vacillante ? a) En cas de plan de cession

I - LES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LE DÉBITEUR : AFFAIBLISSEMENT DANS LES PROCÉDURES DE SAUVETAGE MAIS EFFICACITÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE B - Le triomphe des sûretés dans la liquidation judiciaire 2° Le gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif : une flamme quelque peu vacillante ? b) En l'absence de plan de cession

II - LE SORT DES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LES TIERS : UNE EFFICACITÉ BRIDÉE EN CAS D'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS, MAIS RETROUVÉE DANS LA LIQUIDATION A - Le naufrage des sûretés consenties par des tiers en cas de sauvetage 1° Les sûretés pour autrui dans la tornade du sauvetage de l'entreprise

II - LE SORT DES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LES TIERS : UNE EFFICACITÉ BRIDÉE EN CAS D'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS, MAIS RETROUVÉE DANS LA LIQUIDATION A - Le

naufage des sûretés consenties par des tiers en cas de sauvetage 2°/ Le naufrage des sûretés pour autrui en cas de sauvetage anticipé a) Un naufrage total en cas de conciliation

II - LE SORT DES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LES TIERS : UNE EFFICACITÉ BRIDÉE EN CAS D'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS, MAIS RETROUVÉE DANS LA LIQUIDATION A - Le naufrage des sûretés consenties par des tiers en cas de sauvetage 2°/ Le naufrage des sûretés pour autrui en cas de sauvetage anticipé b) Un naufrage partiel des sûretés pour autrui en cas de sauvegarde

II - LE SORT DES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LES TIERS : UNE EFFICACITÉ BRIDÉE EN CAS D'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS, MAIS RETROUVÉE DANS LA LIQUIDATION A - Le naufrage des sûretés consenties par des tiers en cas de sauvetage 3°/ Une « immersion » provisoire des sûretés en cas de sauvetage tardif (redressement judiciaire)

II - LE SORT DES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LES TIERS : UNE EFFICACITÉ BRIDÉE EN CAS D'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS, MAIS RETROUVÉE DANS LA LIQUIDATION B - Le rayonnement des sûretés pour autrui en cas de liquidation judiciaire

LES APPORTS DE LA RÉFORME DU 18 DÉCEMBRE 2008 EN MATIÈRE DE SÛRETÉS

Traiter du droit des entreprises en difficulté et du droit des sûretés, c'est évoquer le mariage de l'eau et du feu, mariage des opposés, des contraires, qui sont toujours complémentaires. La question est délicate. Sous la plume de scientifiques ne lit-on pas, en effet : « L'eau est réputée efficace pour éteindre le feu. En milieu confiné, elle peut cependant entraîner un effet inverse et catastrophique » (1)

(1)

J.-M. Courty et E. Kierlik, Pour la Science, sept. 2005, n° 335.

. Conscients de cette difficile alchimie, les auteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 viennent de renouveler la question, d'où le thème de cette intervention. « Encore ! » pourrait-on dire. Jamais sans doute les liens n'ont été aussi étroits et la confrontation si rapprochée entre le droit des entreprises en difficulté et les sûretés, qu'elles aient été octroyées par le débiteur ou un tiers en garantie des dettes de celui-ci.

Les réformes respectivement intervenues dans l'un ou l'autre de ces deux domaines sont récentes et ont affecté l'autre matière, de manière plus ou moins accentuée et plus ou moins directe.

Rappelons que l'ordonnance du 23 mars 2006 ayant opéré une réforme du droit des sûretés ne s'était guère intéressée au droit des entreprises en difficulté, sous réserve, néanmoins, de l'insertion dans le Code civil d'une disposition régissant pour la première fois les rapports respectifs du droit des sûretés et du droit des entreprises en difficulté (art. 2286) et de l'adjonction d'un alinéa à une disposition du Livre VI du Code de commerce (art. L. 622-7) venant paralyser le pacte commissaire dans les procédures collectives (2) .

De son côté, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 avait peu touché aux sûretés, si ce n'est en agissant sur certaines garanties consenties par des tiers, notamment par le dirigeant, afin de servir l'objectif d'anticipation des difficultés, garanties dès lors fortement instrumentalisées (3) .

Aujourd'hui, l'ordonnance du 18 décembre 2008 se penche de très près sur les sûretés, ou du moins plus particulièrement sur certaines d'entre elles (4) . Entre-temps, en effet, une nouvelle sûreté est apparue dans le paysage des sûretés : la fiducie (5) , parée de toutes les vertus et dont les dangers pour la procédure

ont été rapidement mis en lumière (6) et accentués par l'élargissement sensible du domaine de la fiducie par la loi dite de « *modernisation de l'économie* » (LME) du 4 août 2008 (7) . En outre, le nouveau gage sans dépossession institué par l'ordonnance de 2006 a été doté par ce même texte d'un droit de rétention fictif (8) . Or chacun sait que l'attrait du droit de rétention réside dans son « *invincibilité* » (9) dans la procédure collective. Là encore, le risque était grand pour la poursuite de l'activité.

L'ordonnance de 2008 entend conjurer ce risque, sans compromettre totalement l'efficacité de ces sûretés. Elle tente de trouver un équilibre entre le souci de sauvetage des entreprises et la sécurité du crédit et fait œuvre de compromis, ce qui transparaît clairement dans les propos liminaires du rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance : « *Des dispositions spécifiques ont été introduites afin d'organiser les effets en procédure collective de la fiducie et du gage sans dépossession, ce dernier étant assorti d'un droit de rétention depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie. Afin de préserver les chances de sauvetage de l'entreprise, ces effets ont été encadrés en sauvegarde comme en redressement judiciaire. Au contraire, ils ont été amplifiés en liquidation judiciaire, ce qui permettra d'assurer la pleine efficacité de ces sûretés et ainsi de favoriser le crédit aux entreprises* ».

Il s'agit là, concernant les sûretés consenties par le débiteur, de l'objectif essentiel et donc de l'apport essentiel de l'ordonnance du 18 décembre 2008. Le traitement ainsi réservé à ces sûretés constituera le premier point de notre démarche.

Au-delà, l'ordonnance s'intéresse toujours et encore aux sûretés constituées par des tiers, instruments utiles au succès des solutions de sauvetage et plus particulièrement d'anticipation, spécialement lorsque le tiers en question est un dirigeant de la personne morale en difficulté ou un parent du chef d'entreprise. Il s'agit de ne pas dissuader le dirigeant ou le chef d'entreprise de s'engager dans un tel processus. Le rapport au Président de la République le rappelle à propos des modifications opérées dans la procédure de sauvegarde : « *L'article 166 étend les catégories de garants du débiteur pouvant se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts de la suspension des poursuites et des dispositions du plan de sauvegarde. Ainsi, dans un plus grand nombre de cas, le dirigeant qui s'est porté garant du débiteur ou a obtenu une garantie de ses proches n'aura pas à craindre les répercussions de l'ouverture de la procédure sur sa situation personnelle* ». L'ordonnance se situe ainsi dans le prolongement de la loi de sauvegarde des entreprises, dont elle corrige certaines insuffisances. On remarque que, concernant les sûretés consenties par des tiers, le clivage quant à leur sort est légèrement différent de celui observé pour les sûretés portant sur des biens affectés par le débiteur ou transférés par le débiteur en garantie du paiement de ses créances : la prime à l'anticipation des difficultés conduit à distinguer, pour l'essentiel, entre les procédures d'anticipation et les autres, le redressement judiciaire plaçant les créanciers et les tiers qui leur ont octroyé des sûretés dans une situation intermédiaire. C'est le traitement des sûretés consenties par des tiers qui sera envisagé dans un deuxième point.

Indiquons préalablement que certaines des modifications apportées participent également du souci, plus général, de préciser et clarifier certaines règles, de réparer des omissions, des erreurs de renvoi, voire d'opérer une simplification. Il est impossible de les indiquer toutes dans le temps imparti, même si elles constituent une part non négligeable du « travail législatif » réalisé. Qui plus est, ces modifications ne s'inscrivent pas toutes dans l'axe principal de la réforme qui retient notre attention aujourd'hui. Évoquons brièvement quelques-unes d'entre elles. Tout d'abord, les quelques changements procédant de la volonté de tirer les conséquences de la réforme des sûretés non encore prises en compte, telles que, notamment, la distinction du gage et du nantissement. Dans plusieurs dispositions légales, le terme de « gage » a été ajouté. D'autres modifications sont destinées à remédier simplement à la rédaction défectueuse de certaines dispositions légales. Tel est le cas de la rédaction de l'article L. 611-11 fondant le nouveau privilège de la conciliation, dit aussi privilège de la « *new money* », privilège qui demeure limité à la seule hypothèse où l'accord a été homologué.

Notons encore que l'ordonnance revient en partie sur certaines innovations de la loi de sauvegarde des entreprises ayant abouti à une trop grande complexité du régime des créances. Ainsi, certaines créances qui étaient sorties du périmètre du privilège de la procédure (les créances constituant la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur sans rapport avec son activité) en réintègrent la sphère. Les articles L. 622-17 et L. 641-13, constituant le fondement du privilège de la procédure, voient leur rédaction remaniée en ce sens (10).

Enfin, avant de préciser le sort des sûretés consenties par le débiteur, puis celui des sûretés consenties par les tiers, deux questions transversales doivent être évoquées, manifestant tant une volonté d'apaisement du législateur que de fermeté, révélant le souci d'équilibre qui l'anime. Apaisement à travers la modification de l'article L. 650-1 du Code de commerce concernant toutes les garanties, dans un sens favorable à celles-ci puisque leur nullité, prévue à titre de sanction automatique et systématique jusqu'à présent en cas de responsabilité pour soutien abusif (11), peut désormais être écartée, une simple réduction des sûretés pouvant lui être préférée par le juge (12). Cette règle, qui était comprise comme une menace grave portée par le droit des entreprises en difficulté à la validité des sûretés (13), disparaît. L'apaisement à l'égard des titulaires de sûretés n'exclut pas la fermeté. Les créanciers titulaires de sûretés, comme tous les autres créanciers, doivent jouer le jeu de la procédure et déclarer leur créance à peine d'être ignorés, leur créance étant alors frappée d'inopposabilité tant pendant le déroulement de la procédure que tout au long de l'exécution du plan (art. L. 622-26, al. 2).

Ces précisions formulées, observons comment s'opère le mariage de l'eau et du feu, concernant tout d'abord les sûretés consenties par le débiteur (I), puis les sûretés consenties par les tiers (II).

I - LES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LE DÉBITEUR : AFFAIBLISSEMENT DANS LES PROCÉDURES DE SAUVETAGE MAIS EFFICACITÉ DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

Le clivage essentiel qui se dessine quant au traitement de ces sûretés est celui qui sépare les procédures permettant le sauvetage de l'entreprise, sauvegarde et redressement, d'une part, et, d'autre part, la procédure de liquidation judiciaire, procédure liquidative orientée vers le désintéressement des créanciers. Ce clivage apparaît nettement pour les deux sûretés « vedettes » sur lesquelles l'accent sera mis ici : la fiducie et le gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif, sûretés censées procurer à leurs titulaires une situation particulièrement avantageuse. Le parti pris des rédacteurs de l'ordonnance, après des hésitations, est d'imposer aux créanciers titulaires de ces sûretés de contribuer aussi à l'effort de sauvetage de l'entreprise (14).

Ce mouvement n'est toutefois pas complètement nouveau. Il a été amorcé en 1994, date depuis laquelle le rang des créanciers antérieurs titulaires de sûretés diffère dans la procédure de redressement judiciaire, où il est moins intéressant, et dans la procédure de liquidation judiciaire, où il est meilleur (15). Corrélativement, le rang des créanciers ayant contribué au financement de la poursuite de l'activité varie dans ces deux hypothèses. Le rang des créanciers dotés du privilège de la conciliation est, en revanche, identique quel que soit le cas de figure. C'est leur contribution première au sauvetage de l'entreprise qui justifie la solution.

Observons, enfin, qu'en dépit de cette tendance générale, des distinguos plus subtils apparaissent. Il s'avère que tous les créanciers ne subissent pas de la même manière la logique du sauvetage et les efforts de certains sont à l'examen très largement (ré) compensés. Ces précautions prises (impossible de faire simple !), envisageons successivement le sort des sûretés en cas de sauvetage de l'entreprise, puis en cas de liquidation. Dans le premier cas, le mariage de l'eau et du feu tourne à l'avantage de l'eau, le feu des sûretés étant largement éteint ou en tout cas bien circonscrit (A). Dans le second cas, le feu l'emporte, les sûretés triomphent (B).

A - L'affaiblissement des sûretés dans les procédures de sauvetage de l'entreprise

Le sauvetage de l'entreprise commande de faire passer au second plan les sûretés consenties par le débiteur. L'observation est tout particulièrement vraie lorsque ces biens sont utiles à la poursuite de l'activité. La fiducie et le nouveau gage sans dépossession doté d'un droit de rétention fictif n'échappent pas non plus à cette logique : la fiducie est mise en sommeil tout en couvant sous la cendre (1°), le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession est étouffé (2°).

1^o/ La fiducie-sûreté : une sûreté en sommeil

Si l'ordonnance paralyse très largement les effets de la fiducie lorsque le ou les biens ou droits qui en sont l'objet sont utiles à la poursuite de l'activité (a), cette paralysie s'accompagne parfois de compensations fort intéressantes et, par ailleurs, le créancier bénéficie d'une situation avantageuse en cas de plan, pouvant aller jusqu'à raviver la flamme de sa sûreté si le plan de sauvegarde échoue. La fiducie demeure en veilleuse seulement et est susceptible d'être ravivée (b).

a) La mise en sommeil de la fiducie en cas d'utilité des biens pour la poursuite de l'activité

Plusieurs dispositions nouvelles concourent à la paralysie de la fiducie-sûreté en sauvegarde ou redressement.

Il s'agit en premier lieu et surtout de l'article L. 622-23-1 du Code de commerce, dont l'application suppose que le bien objet de la fiducie-sûreté ait été laissé à la disposition du débiteur par le biais d'une convention de mise à disposition. Une telle convention, évoquée désormais par les dispositions de l'article 2818-2 du Code civil, laisse en effet à penser que le bien est utile au débiteur. L'article L. 622-23-1 entend paralyser la réalisation de la fiducie-sûreté, de même qu'est paralysée la « réalisation » du pacte commissaire pour les sûretés dites « classiques » reposant sur l'affectation d'un bien en garantie d'une dette.

Selon l'article L. 622-23-1, « *lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou de ces droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». Cette disposition paraissait *a priori* curieuse, car, par hypothèse, le transfert de propriété a bien eu lieu au profit du fiduciaire. C'est le propre de la fiducie que de reposer sur un tel transfert. Toutefois, le droit de propriété que reçoit le fiduciaire n'est pas celui de l'article 544 du Code civil. Il est amputé du droit de disposer. C'est ce qui est plus clairement apparu à la lecture des articles 2372-8 et 2388-3 issus de l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la fiducie, venue préciser le régime de la fiducie-sûreté, et notamment celui de sa réalisation (16) (ce régime, initialement circonscrit à la fiducie consentie par des personnes physiques, a été étendu en très large partie aux fiducies-sûretés consenties par des personnes morales par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009). C'est au moment de la réalisation de la sûreté que le créancier (s'il est fiduciaire) acquiert la libre disposition du bien. C'est sans

doute alors l'acquisition de la libre disposition que l'article L. 622-23-1 entend empêcher, libre disposition s'accompagnant de la remise du bien, laquelle remise permettrait au créancier de vendre le bien.

Par ailleurs, le créancier n'étant pas toujours à la fois fiduciaire et bénéficiaire, mais pouvant être seulement bénéficiaire, sa vocation au transfert de la propriété du bien en cas de défaillance du débiteur et la remise corrélative du bien à son profit sont également contrariées par l'article L. 622-23-1.

L'article L. 622-23-1 du Code de commerce est complété par d'autres dispositions qui confortent la volonté de paralyser la fiducie-sûreté lorsque le bien concerné est utile pour la poursuite de l'activité et donc pour le succès de la solution de sauvetage de l'entreprise.

Ainsi, l'article L. 621-13, VI, permet la continuation forcée de la convention de mise à disposition grâce à laquelle le débiteur constituant a été laissé en possession du bien dont la propriété a été transférée à titre de garantie au créancier ou à un fiduciaire. Une telle décision fait obstacle à la restitution du bien revendiqué par le créancier titulaire de la sûreté (tout comme pour le crédit-bailleur), créancier dont le droit (et l'obligation) de revendication est consacré (17).

L'article L. 622-7, II, vient également au secours de la poursuite de l'activité si le bien cédé à titre de garantie n'a pas fait l'objet d'une convention de mise à disposition au profit du constituant et a donc été remis au fiduciaire. Rien ne paraissait *a priori* faire obstacle à ce que ce dernier acquière la libre disposition du bien et réalise ainsi sa sûreté. Cependant, la loi vient y faire obstacle si le bien peut en définitive être utile à la poursuite de l'activité. L'article L. 622-7, II, permet au débiteur seul dans la procédure de sauvegarde (à l'administrateur également dans la procédure de redressement) de demander au juge-commissaire l'autorisation de payer le créancier pour obtenir le retour dans l'entreprise des biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire. Sans doute le créancier n'acquiert-il pas la libre disposition du bien, mais il est ici rempli de ses droits, sa créance étant payée, ce qui, en définitive, est une compensation fort avantageuse (18).

Si le sauvetage de l'entreprise implique la mise en sommeil de la fiducie, celle-ci demeure simplement en veilleuse et sa flamme est susceptible d'être ravivée.

b) La fiducie : une flamme en veilleuse susceptible d'être ravivée

En dépit des restrictions subies par la fiducie lorsque le bien est utile à la poursuite de l'activité, un régime de faveur s'applique aux créances garanties par la fiducie-sûreté en matière de plan. Les créanciers, dans la perspective d'un plan de sauvegarde (ou de redressement), ne font pas partie des comités de créanciers. Ils n'ont pas à subir la loi de la majorité, laquelle peut conduire à imposer des remises et pas seulement des délais de paiement, seule mesure à laquelle peut conduire la négociation individuelle menée en l'absence de

comité ou pour les créanciers non membres de ces comités. Rappelons encore que les comités peuvent décider d'un traitement différencié des créances de leurs membres.

Mais, surtout, la flamme de la fiducie-sûreté sera ravivée en cas d'échec du plan de sauvegarde (hypothèse envisagée par l'alinéa 4 de l'article L. 631-14), c'est-à-dire si la cessation des paiements survient au cours de l'exécution du plan et est suivie de sa résolution et de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, désormais possible : ici, le législateur écarte à la fois l'application de l'article L. 622-23-1 et celle de l'article L. 622-13. Ainsi, il apparaît que la fiducie-sûreté ne peut être paralysée qu'une seule fois : paralysie sur paralysie ne vaut ! La succession de deux solutions de sauvetage risque de s'avérer plus délicate, la réussite du redressement plus hypothétique.

L'objectif de sauvetage conduit pareillement à annihiler l'efficacité du gage sans dépossession doté d'un droit de rétention fictif.

2^o/ Le gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif : une sûreté étouffée

L'ordonnance du 18 décembre 2008 vient neutraliser le « monstre » créé par la « LME » : le droit de rétention fictif attaché au nouveau gage sans dépossession institué par l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, lequel, semble-t-il, connaissait jusque-là un faible succès en pratique. La « LME », pour « doper » ce nouveau gage, est venue compléter l'article 2286 du Code civil relatif au droit de rétention d'un 4^o. Ainsi, selon ce texte, bénéficie d'un droit de rétention « *celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* ». Le procédé a été critiqué en la forme et au fond (19) .

L'incendie qu'un tel droit était de nature à allumer dans la procédure de sauvegarde comme dans la procédure de redressement a donc été éteint quelques mois plus tard à peine : l'article L. 622-7, I, dans son alinéa 2, dispose : « *De même, il (le jugement d'ouverture) emporte de plein droit, 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* » (20) .

Il existe bien une limite à l'inopposabilité de ce droit de rétention si le bien est compris dans une cession partielle (c'est alors le régime de liquidation qui s'applique), car la cession, depuis la loi de sauvegarde des entreprises, est conçue comme une opération liquidative (21) .

Revenons à cette inopposabilité. Son sens, tout d'abord : malgré l'absence de précision, cette inopposabilité joue à l'égard « de la procédure » et du débiteur. L'inopposabilité, c'est la privation des effets attachés au droit de rétention : aucun paiement ne pourra être obtenu par le créancier, privé de la possibilité d'invoquer en sa faveur le mécanisme du retrait contre paiement, si prisé par les rétenteurs, gagistes ou non.

La justification avancée par le rapport au président de la République est qu'il s'agit de permettre au débiteur de « *continuer à faire usage du bien grevé* » afin de « *favoriser le maintien de l'exploitation* ». On peut être surpris car, précisément, dans la mesure où ce gage est un gage sans dépossession, le bien est entre les mains du débiteur !

Quelle est la portée de la neutralisation souhaitée ? À quel gage sans dépossession s'applique-t-elle ? À tout gage sans dépossession, sauf ceux pour lesquels une disposition spéciale a reconnu un droit de rétention fictif : la loi ne prévoit l'inopposabilité que « *du droit de rétention conféré par le 4^o de l'article 2286 du Code civil* », ce que confirme le rapport au Président de la République. L'ordonnance vient ainsi conforter les droits de rétention fictifs « spéciaux » alors même que la question de l'application des dispositions favorables à leur égard dans la période d'observation était discutée (22) . Le droit de rétention dont est assorti le gage sur véhicule automobile voit son efficacité affirmée.

La paralysie du droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession joue non seulement pendant la période d'observation, mais également pendant l'exécution du plan et joue tant dans la procédure de redressement (renvoi de C. com., art. L. 631-14, al. 1^{er}) que dans la procédure de sauvegarde. Elle ne concerne toutefois que les procédures ouvertes depuis le 15 février 2009, ce qui devrait conduire à admettre l'opposabilité du droit de rétention fictif dans les procédures ouvertes auparavant pour les créanciers bénéficiant de ce droit. Il restera toutefois à préciser lesquels en sont bénéficiaires. S'agit-il seulement des créanciers dont le gage a été constitué à compter de l'entrée en vigueur de la « LME » ou bien également de ceux dont le droit est né auparavant ? Si les effets du contrat sont en principe régis par la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat (23) , ce principe ne connaît-il toutefois pas des exceptions lorsque la loi nouvelle vient faire produire au contrat un effet légal (24) ?

Observons enfin, que la paralysie opérée ne concerne que le droit de rétention fictif et non les prérogatives attachées au gage dont bénéficie toujours le créancier en tant que gagiste : ainsi, en cas de vente du bien grevé, il sera nécessaire de procéder à la consignation de la quote-part correspondant aux créances garanties, sauf substitution de garanties ordonnée par le juge-commissaire, substitution qui peut précisément être ordonnée en raison de l'inefficacité du droit de rétention fictif.

Si dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, les sûretés sont largement paralysées, elles retrouvent de la vigueur dans la liquidation. Cette fois, c'est le feu qui l'emporte.

B - Le triomphe des sûretés dans la liquidation judiciaire

Dans la liquidation judiciaire, le parti pris est clair : donner pleine efficacité aux « nouvelles » sûretés afin de favoriser le crédit aux entreprises. L'objectif du législateur semble atteint du côté de la fiducie, tandis

que l'hésitation est permise pour le gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif. La première flamme d'une flamme intense (1°) tandis que la flamme du second paraît quelque peu vacillante (2°).

1°/ Le rayonnement de la fiducie

Observons préalablement que la fiducie-sûreté profite ici, comme dans le redressement judiciaire, d'être plus souvent à l'abri des nullités de la période suspecte, grâce à l'alignement de son sort sur le régime des sûretés classiques (25) .

Surtout, les entraves au rayonnement de la fiducie imaginées dans la sauvegarde et dans le redressement sont ici absentes, quand bien même la cession de l'entreprise serait envisagée (26) .

Rien ne fait obstacle à ce que le créancier fiduciaire en possession acquière la libre disposition du bien en cas de défaillance du débiteur (supposant néanmoins l'exigibilité de la créance qui ne résulte plus toujours du prononcé de la liquidation judiciaire (27)). Si le créancier est simplement bénéficiaire, le transfert du bien s'opère à son profit et il pourra en obtenir la remise (ou, si la convention l'a prévu, il pourra en demander la vente et obtenir paiement). Que la vente soit effectuée par le créancier lui-même ou que le bien soit vendu par le fiduciaire, conformément aux stipulations du contrat de fiducie, elle aura lieu en dehors de la procédure collective et sans passer par des enchères publiques (28) . Le créancier recevra paiement sans avoir à subir les règles de concours de la procédure (29) .

Si le débiteur avait été laissé en possession grâce à la conclusion d'une convention de mise à disposition du bien, sa situation n'est pas moins bonne, car, outre le fait qu'aucune disposition semblable à l'article L. 622-23-1 n'existe, cette convention de mise à disposition ne peut faire l'objet ni d'une continuation forcée (art. L. 641-11-1, VI), ni d'une cession forcée dans le cadre du plan de cession (art. L. 642-7, al. 4), peu important l'utilité du bien pour l'entreprise.

Dans ce cas, le créancier qui souhaite récupérer son bien pourra et devra revendiquer, ce qui suppose, semble-t-il, que le bien existe en nature, la loi n'ayant pas prévu ici la possibilité de revendication des biens fongibles. Il lui faudra, par ailleurs, respecter le délai de revendication. Précisément, cela nous conduit à nous interroger sur le point de savoir si une dispense de revendication est envisageable au profit d'une simple action en restitution, pouvant être exercée sans restriction de temps. Si en matière immobilière une réponse positive s'impose en raison de l'accomplissement des formalités de la publicité foncière, il en va en revanche différemment en matière mobilière en l'absence de registre de publicité destiné à l'opposabilité aux tiers. Le registre national des fiducies, dont ce n'était pas l'objet, n'a de toute façon pas encore été créé. Quant à l'enregistrement requis *ad validitatem*, il semble difficile d'admettre qu'il puisse constituer une publicité (30) .

Une autre question se pose : celle de l'obligation de déclaration du créancier fiduciaire. Faut-il aligner sa situation sur celle du créancier titulaire d'une réserve de propriété que la jurisprudence a admis à agir en revendication en dépit du défaut de déclaration et de l'extinction, à l'époque, de sa créance, ou bien faut-il

l'aligner sur celle des autres créanciers titulaires de sûreté ? Les avis sont partagés et, par prudence, dans l'attente de la position de la jurisprudence, il est recommandé aux créanciers de procéder à une telle déclaration, même si la sanction du défaut de déclaration n'est plus l'extinction de la créance mais son inopposabilité « au débiteur », dont certains doutent, au demeurant, qu'elle joue dans la liquidation judiciaire (31) .

Sous réserve de ces quelques interrogations, la fiducie rayonne dans la liquidation, particulièrement si on la rapproche des sûretés classiques. La comparaison avec ces dernières, telles que l'hypothèque ou le nantissement, tourne incontestablement à l'avantage de la fiducie : la paralysie du pacte commissaire joue toujours dans la liquidation judiciaire. L'attribution judiciaire y accuse un recul par rapport au domaine qui était le sien depuis la loi de sauvegarde des entreprises, probablement en raison d'une erreur d'inadvertance commise par le législateur. Elle ne devrait désormais plus pouvoir être invoquée tant qu'un plan de cession est envisageable, les dispositions régissant l'attribution judiciaire ayant été déplacées de la section 3 relative aux dispositions communes à toute cession à la section 2 relative aux cessions d'actifs isolés où elle est régie par un nouvel article L. 624-20-1. L'attribution judiciaire fait figure d'alternative aux seules cessions isolées d'actifs du débiteur.

On comprend dès lors, pour les gagistes tout l'intérêt de bénéficier d'un droit de rétention, ce qui nous ramène au gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif.

2^o/ Le gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif : une flamme quelque peu vacillante ?

L'opposabilité du droit de rétention fictif est fondée sur la non-application de l'article L. 622-7, I, alinéa 2, dans la liquidation judiciaire - l'article L. 641-3, alinéa 1^{er}, ne renvoyant, en effet, qu'aux alinéas 1^{er} et 3 du I de cette disposition. L'opposabilité du droit de rétention fictif joue tant en cas d'adoption d'un plan de cession, qu'en son absence. Des voies s'élèvent néanmoins déjà pour en dénier les effets. En outre, le droit de rétention fictif dont est doté le gage sans dépossession pourrait ne pas être la panacée espérée. Qu'en est-il respectivement en cas de plan de cession (a) et en son absence (b) ?

a) En cas de plan de cession

L'opposabilité du droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession est ici également fondée sur le nouvel alinéa 5 ajouté à l'article L. 642-12 par l'article 115 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 : cette

disposition est relative aux conséquences de la cession d'un bien grevé dans le cadre du plan de cession sur les droits des créanciers titulaires de sûreté. La jurisprudence avait considéré que le droit de rétention était opposable au cessionnaire et que le créancier gagiste rétenteur n'avait pas à se contenter d'un paiement sur la quote-part du prix (32). C'est cette jurisprudence qui se trouve consacrée dans ce nouvel alinéa 5 selon lequel « les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur les biens compris dans la cession ». Sans doute le droit de rétention fictif n'est-il pas directement visé, mais précisément en l'absence de distinction et compte tenu de l'absence de renvoi à l'alinéa 2 de l'article L. 622-7, I, il y a lieu de considérer que le droit de rétention fictif est également concerné.

Force est néanmoins de constater la maladresse du législateur qui modifie le même article, et ajoute à son alinéa 1^{er} le terme de « gage » à ceux de « privilège spécial », « nantissement » et d'« hypothèque » (33), ce qui est fâcheux, car c'est précisément cet alinéa 1^{er} qui institue le système de la quote-part ! Cet ajout est néanmoins le fruit d'une disposition ultérieure de l'ordonnance, l'article 165. Cet article, de manière quasi mécanique, afin de tenir compte des modifications apportées par l'ordonnance de 2006 au droit des sûretés réelles mobilières, plus exactement à la nouvelle distinction du gage et du nantissement, est venu ajouter ce terme aux dispositions ne visant que le nantissement, terme qui, avant cette ordonnance, désignait à la fois le gage et l'antichrèse (34). Il ne s'agit là que d'une inadvertance qui ne devrait pas prêter à conséquence et faire obstacle à la vigueur du droit de rétention fictif. Certains auteurs cependant en doutent (35). Ceux-là mêmes qui doutent également de sa force en l'absence de plan de cession.

b) En l'absence de plan de cession

En l'absence de plan de cession, pourtant, la situation du gagiste sans dépossession paraît *a priori* également confortable. Du moins a-t-elle été souhaitée telle par les rédacteurs de l'ordonnance. Cette situation confortable tient en premier lieu à l'exercice, sur autorisation du juge-commissaire, de la faculté de retrait contre paiement par le liquidateur, ou, à défaut, en second lieu, au report du droit de rétention sur le prix de vente, en cas de vente du bien gagé. Rappelons que ce créancier, en sa qualité de gagiste (à l'inverse du simple rétenteur), peut demander l'attribution judiciaire du bien.

Le retrait du bien retenu en contrepartie du paiement de la créance due est désormais fondé sur l'article L. 641-3, alinéa 2, substitué à l'article L. 624-25, alinéa 2, abrogé, dont il reprend l'essentiel des dispositions.

C'est ce retrait que certains considèrent inapplicable au créancier gagiste titulaire d'un droit de rétention fictif, faute de pouvoir de blocage. Il est vrai que l'application de la faculté de retrait, en l'absence d'un tel pouvoir, n'est pas aisément concevable. Mais n'est-ce pas précisément le propre de la fiction légale que de conduire à une solution heurtant le sens commun (36) ? Qui plus est, il est fait observer que le créancier

pourrait s'opposer au moins à la radiation de l'inscription de sa sûreté, ce qui pourrait être considéré comme une manifestation d'un pouvoir de blocage, fût-il réduit (37) .

Ajoutons, toutefois, que, dans l'éventualité où le bien serait grevé de plusieurs gages sans dépossession assortis chacun du droit de rétention fictif, le liquidateur ne devrait guère mettre en œuvre cette faculté qui le contraindrait à payer le solde des créances dues aux différents créanciers. Il préférera alors procéder à la vente du bien, laquelle donne lieu au report du droit de rétention sur le prix, lequel prix limitera nécessairement le montant des paiements à effectuer.

Quant au report du droit de rétention sur le prix de vente, régi par l'article L. 642-20-1, reprenant en partie les dispositions de l'article L. 624-5, rappelons que la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 mars 1991 (38) , l'a déclaré applicable au gagiste automobile, titulaire d'un droit de rétention fictif.

Pourtant, là encore, des auteurs sont hostiles à l'application de ce mécanisme au profit de titulaires de droits de rétention fictifs, faisant valoir qu'il a été imaginé pour briser la résistance du créancier rétenteur doté d'un véritable pouvoir de blocage, en l'absence de fonds permettant de désintéresser le créancier afin d'obtenir le retrait du bien. Il serait donc exclu d'en faire application en faveur du créancier doté d'un droit de rétention fictif dépourvu de pouvoir de blocage.

À supposer toutefois que l'on admette, comme la Cour de cassation, le bénéfice du report du droit de rétention fictif sur le prix, des difficultés surgissent. Force est d'admettre que l'intérêt d'un tel report risque d'être faible en présence d'une pluralité de créanciers dans la même situation, du moins pour certains d'entre eux. Le conflit qui existera entre eux devrait être résolu en fonction de la date d'inscription de leur sûreté. Quant au conflit entre un créancier titulaire d'un droit de rétention matériel et un créancier titulaire d'un droit de rétention fictif, faut-il le trancher, comme l'avait admis la jurisprudence, en faveur du premier, ou ici étendre par voie de raison la règle de conflit entre gage sans dépossession et gage avec dépossession édictée par l'article 2340, alinéa 2, du Code civil, règle selon laquelle l'emporte le créancier gagiste dont le gage a été inscrit avant la mise en possession, sur le gagiste avec dépossession « *nonobstant le droit de rétention de ce dernier* » ? Selon ce texte, le droit de préférence du gagiste antérieurement régulièrement publié est opposable au gagiste postérieur. Conformément à l'article 2287 du Code civil, cette disposition devrait recevoir application, aucune règle de la procédure ne venant en écarter l'application.

La reconnaissance d'un droit de rétention fictif au gagiste sans dépossession est, on le constate, source de difficultés et risque pour certains d'être à l'origine de bien des désillusions.

Il est néanmoins à parier que beaucoup se battront pour en invoquer le bénéfice. La délimitation des titulaires de ce droit devrait être débattue. Quels en sont exactement les bénéficiaires ? Certes tout gagiste sans dépossession. Mais au-delà, les créanciers nantis pourraient-ils y prétendre ? Pour certains nantisements, en effet, en l'absence de réglementation particulière, la loi renvoie au régime du gage (39) . L'argument classique selon lequel les fictions étant de droit étroit, on ne saurait en étendre le champ d'application, n'est pas toujours

évoqué et l'extension du droit de rétention fictif a été défendue (40) . Encore faudra-t-il que ces créanciers aient déclaré leur créance, leur gage et même, pour certains, leur sûreté (41) !

Cette même exigence de déclaration s'impose également largement pour les créanciers qui pourront et voudront mettre en œuvre les sûretés consenties par des tiers, dont le traitement par l'ordonnance varie selon que le sauvetage a été recherché de manière anticipée ou non.

II - LE SORT DES SÛRETÉS CONSENTIES PAR LES TIERS : UNE EFFICACITÉ BRIDÉE EN CAS D'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS, MAIS RETROUVÉE DANS LA LIQUIDATION

La ligne de partage qui se dessine s'agissant des sûretés consenties par des tiers sépare la conciliation et la sauvegarde, d'une part, la liquidation judiciaire, d'autre part. La procédure de redressement judiciaire située à la frontière, place ces sûretés dans une situation « intermédiaire ». Les sûretés consenties par des tiers sont promises au naufrage en cas de sauvetage anticipé et à une immersion prolongée en cas de sauvetage tardif (A). Leur efficacité, compromise dans la liquidation judiciaire par les carences de la loi de sauvegarde des entreprises, est restaurée par l'ordonnance du 18 janvier 2008 (B).

A - Le naufrage des sûretés consenties par des tiers en cas de sauvetage

Il y a lieu de distinguer selon que la solution de sauvetage est mise en œuvre de manière anticipée ou de manière plus tardive. En guise de récompense, le dirigeant voit les garanties consenties au profit des créanciers de la personne morale paralysées. Il en va de même pour le chef d'entreprise individuelle s'agissant des garanties consenties par des proches. Ainsi, plus la réaction du chef d'entreprise est précoce, plus les conséquences négatives pour les créanciers titulaires de sûretés conférées par des tiers sont importantes. Ces sûretés sont promises au naufrage en cas de sauvetage anticipé (2°), à une immersion provisoire en cas de sauvetage tardif (3°).

Quelle que soit l'hypothèse, la particularité à observer, qui constitue l'apport essentiel de l'ordonnance, c'est l'extension de la solution à toutes les sûretés susceptibles d'être consenties par des tiers. Comme une tornade, le sauvetage de l'entreprise les emporte toutes dans sa spirale (1°).

1^o/ Les sûretés pour autrui dans la tornade du sauvetage de l'entreprise

En 1994, le législateur, pour la première fois, était venu réserver un sort favorable à certaines cautions, les cautions personnes physiques, lesquelles bénéficiaient d'une suspension de toute action à leur encontre pendant la période d'observation (L. 25 janv. 1985, art. 55, al. 2). En revanche, la possibilité de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, admise par la jurisprudence, avait été fermée sans distinction à l'ensemble des cautions et aux coobligés (L. 25 janv. 1985, art. 55, al. 1^{er} *in fine*). Cela avait suffi, déjà, pour que certains auteurs affirment : « *Reine très critiquée des sûretés, le cautionnement risque fort de perdre sa couronne sous l'empire de la loi nouvelle du 10 juin 1994* » (42) .

En 2005, la loi de sauvegarde des entreprises marquait un tournant en élargissant le cercle des sûretés consenties par des tiers soumises à des mesures spéciales, en raison du développement d'une autre forme de garantie, la garantie autonome, devenue la principale concurrente du cautionnement. La loi de sauvegarde des entreprises affichait de la manière la plus claire la volonté du législateur d'utiliser ces garanties comme « levier » de la politique d'anticipation. Il ne fallait pas que les créanciers puissent contourner les règles défavorables à leur égard applicables en matière de cautionnement par le choix d'une garantie demeurée à l'abri de telles règles.

C'était sans compter la réforme du droit des sûretés qui allait tout d'abord accueillir dans la maison des sûretés personnelles, outre la garantie autonome, la lettre d'intention, et laisser la porte ouverte à la qualification de sûreté personnelle pour d'autres mécanismes que ceux régis par le titre 1^{er} du nouveau Livre IV, cautionnement, garantie autonome et lettre d'intention. L'article 2287-1 dispose, en effet : « *Les sûretés régies par le présent titre sont [...]* », laissant clairement entendre que d'autres mécanismes pouvaient recevoir la qualification de sûreté personnelle. L'ordonnance de 2006 consacrait ensuite indirectement le mécanisme de la sûreté réelle pour autrui que la Chambre mixte de la Cour de cassation, le 2 décembre 2005, avait retenu, écartant la notion de cautionnement réel.

La brèche dans laquelle auraient pu s'engouffrer les créanciers (sollicitant plutôt l'obtention d'autres sûretés personnelles ou d'une sûreté réelle) vient d'être colmatée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a pris soin de viser dans l'ensemble des dispositions concernées, les personnes (physiques) coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

Toutes les sûretés personnelles sont donc concernées. L'ordonnance du 23 mars 2006 n'en ayant pas donné de définition, mais ayant laissé la porte ouverte à une telle qualification au-delà du cautionnement, de la garantie autonome et de la lettre d'intention expressément visés, la jurisprudence sera sans doute amenée à dégager les critères de la sûreté personnelle. La définition proposée par la commission « Grimaldi » (43) , qui avait réfléchi à une réforme d'ensemble du droit des sûretés, pourrait être utilisée, cette définition rejoignant celle proposée par la majorité des spécialistes de la matière (44) : « *La sûreté personnelle est l'engagement*

pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette ». Deux éléments caractériseraient ainsi la sûreté personnelle : à la fois un engagement, c'est-à-dire un droit de créance ajouté à celui du créancier à l'égard du débiteur principal, et l'absence de contribution à la dette du tiers. Ainsi, en l'absence de l'un ou de l'autre de ces deux critères, ne pourraient être qualifiés de sûreté personnelle le porte-fort de ratification - l'engagement pris a un caractère alternatif -, la délégation de paiement, l'action directe, l'assurance-vie - chacun paie sa dette personnelle sans disposer de recours (45) . Au contraire, ces éléments sont réunis en cas de délégation-sûreté reposant sur une délégation imparfaite ou de porte-fort d'exécution, que la Cour de cassation analyse en un cautionnement (46) .

L'ordonnance de 2008 ne s'est pas contentée de généraliser à l'ensemble des sûretés personnelles le régime particulier adopté, elle a également élargi ce régime aux sûretés réelles consenties par des tiers. Il s'applique ainsi aux sûretés réelles dites « classiques », telles que l'hypothèque, le gage ou le nantissement (reposant sur l'affectation d'un bien à la garantie de la dette d'autrui), cas de figure répandu. ; Mais il a aussi désormais vocation à s'appliquer plus largement au transfert de la propriété d'un bien à la garantie de la dette d'autrui, dont fait partie la fiducie régie par le Code civil, hypothèse quelque peu d'école pour (47) . Les personnes physiques ont en effet depuis la « LME », suivie de l'ordonnance du 30 janvier 2009, la possibilité de recourir à la fiducie-sûreté.

Il est intéressant de constater une uniformisation du régime des sûretés pour autrui dans le droit des entreprises en difficulté. Cela montre qu'il existe sans doute un « terreau commun », un « régime primaire », que ces sûretés soient des sûretés personnelles ou réelles. En dehors du droit des entreprises en difficulté, la Cour de cassation s'attache pourtant à faire régner entre elles une franche séparation (48) .

Si le régime auquel sont soumises ces différentes sûretés pour autrui est unitaire, il diffère ensuite en fonction des solutions adoptées. Ces sûretés sont promises au naufrage en cas de sauvetage anticipé, tandis qu'elles ne subiront qu'une « immersion » provisoire en cas de sauvetage tardif.

2^o/ Le naufrage des sûretés pour autrui en cas de sauvetage anticipé

Afin d'inciter le dirigeant à se tourner tôt vers des procédures permettant de remédier aux difficultés de son entreprise, la loi promet les sûretés consenties par ce dernier ou ses proches au naufrage. Le naufrage est désormais total en cas d'accord de conciliation (a), tandis que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et l'adoption d'un plan de sauvegarde feront quelques rescapés (b).

a) Un naufrage total en cas de conciliation

Tandis que l'ouverture d'une procédure de conciliation n'a pas d'incidence sur les sûretés consenties par des tiers, sûretés que les créanciers ont la possibilité de mettre en œuvre pendant le déroulement de cette procédure, sous réserve que les conditions de droit commun de cette mise en œuvre soient remplies, en revanche, l'adoption d'un accord de conciliation produit des conséquences très importantes, sans que, depuis l'ordonnance de 2008, il y ait lieu de distinguer selon que cet accord est simplement constaté par le président du tribunal ou homologué par le tribunal.

Depuis la loi de sauvegarde des entreprises, et jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, seul un accord homologué permettait aux personnes coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome de se prévaloir des dispositions de l'accord, c'est-à-dire d'invoquer les délais, voire les remises, octroyés par le créancier. Aucune règle particulière n'ayant été prévue pour l'accord constaté, c'est le droit commun qui s'appliquait. Ainsi, la caution pouvait invoquer les délais et remises conventionnellement consentis, contrairement au garant autonome. Cette différence de traitement était généralement critiquée. Elle a été supprimée par l'ordonnance. Un nouvel article L. 611-10-2, dans son alinéa 1^{er}, dispose en effet : « *Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué* ».

Ajoutons qu'en matière de conciliation, aucune distinction n'est faite selon que le garant pour autrui est une personne physique ou une personne morale, contrairement aux solutions qui prévalent dans la sauvegarde où les garanties pour autrui consenties par des personnes morales échappent au naufrage. Le maintien par l'ordonnance de cette solution, qui avait paru pourtant être le fruit d'une inadvertance du législateur, demeure un mystère. La crainte de voir les garants faire échouer l'accord pourrait expliquer cette situation.

b) Un naufrage partiel des sûretés pour autrui en cas de sauvegarde

En matière de sauvegarde, seules les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie de la dette du débiteur vont pouvoir invoquer les règles qui aboutissent au naufrage de ces sûretés. Les personnes morales peuvent, en revanche, sous réserve de l'exigibilité en principe de la dette, être poursuivies.

Les règles affectant les sûretés consenties par des personnes physiques consistent tout d'abord en une suspension de toute action des créanciers à leur encontre pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde (art. L. 622-28, al. 2). Cette même disposition, dans son alinéa 1^{er}, fait bénéficier ensuite ces

mêmes personnes de l'arrêt du cours des intérêts. Enfin, l'article L. 626-11, dans son alinéa 2, leur permet de se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde (remises et/ou délais). L'ordonnance de 2008 s'est contentée de reprendre les textes antérieurs (sous réserve, comme cela a été signalé précédemment, de l'élargissement de leur domaine d'application à toutes les sûretés pour autrui).

L'ordonnance de 2008 innove, en revanche, en précisant le sort de ces sûretés en cas de défaut de déclaration de la créance à la procédure ouverte à l'égard du débiteur. Après avoir indiqué que ces créances sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus, le nouvel alinéa 2 inséré dans l'article L. 622-26 dispose que « *pendant l'exécution du plan, elles (les créances non déclarées) sont inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ». La solution est désormais claire, alors qu'elle était précédemment discutée en raison de l'ambiguïté des dispositions légales issues de la loi de sauvegarde des entreprises.

Les sûretés consenties par des tiers personnes physiques sont ainsi gravement altérées. Vouées au naufrage en cas de sauvegarde, elles ne subissent qu'une immersion provisoire en cas de redressement judiciaire.

3^o/ Une « immersion » provisoire des sûretés en cas de sauvetage tardif (redressement judiciaire)

Pour cause de démarche tardive, le dirigeant garant ou ses proches sont pénalisés dans la procédure de redressement judiciaire. Ils n'y profitent que du répit de la période d'observation, où, comme dans la procédure de sauvegarde, les créanciers subissent la suspension des poursuites à leur encontre. Là encore, le seul changement opéré par l'ordonnance réside dans l'application de cette règle à l'ensemble des sûretés personnelles et des sûretés réelles pour autrui.

Les créanciers voient leur sûreté provisoirement paralysée. Mais ils n'ont pas à subir, en revanche, l'arrêt du cours des intérêts et les dispositions du plan ne leur seront pas opposables (art. L. 631-14, al. 6, réécrit par l'article 80 de l'ordonnance), pas davantage que les garants ne pourront leur opposer le défaut de déclaration de la créance à la procédure (même disposition) (49).

Cette différence de traitement illustre parfaitement l'orientation prise par le droit des entreprises en difficulté en faveur de l'anticipation. *A fortiori*, plus aucun sacrifice des créanciers n'est justifié en cas de liquidation judiciaire, où l'ordonnance vient corriger de grossières erreurs de renvoi opérées par la loi de sauvegarde des entreprises, sans toutefois remédier à toutes les insuffisances légales.

B - Le rayonnement des sûretés pour autrui en cas de liquidation judiciaire

L'ordonnance répare une erreur de renvoi opérée par l'article L. 641-3 du Code de commerce. Cette disposition renvoyait, en effet, dans son entier à l'article L. 622-28 relatif à l'arrêt du cours des intérêts, profitant aux personnes physiques coobligées, cautions ou ayant consenti une garantie autonome, tandis que l'alinéa 2 prévoyait au profit de ces mêmes personnes une suspension des actions jusqu'au jugement arrêtant le plan ou au prononcé de la liquidation.

Cette erreur est désormais corrigée. L'article 97 de l'ordonnance a modifié en ce sens l'article L. 641-3 dont le premier alinéa dispose : « *Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de sauvegarde par (...) la première phrase de l'article L. 622-28* ».

Les personnes ayant garanti la dette du débiteur pourront être poursuivies dès le prononcé de la liquidation judiciaire, sous réserve, pour la caution, que la dette soit devenue exigible, exigibilité que ne provoque plus systématiquement l'ouverture ou le prononcé de la liquidation (50) . La solution diffère pour la garantie autonome car le paiement doit avoir lieu à première demande, si cela est prévu par la convention (51) .

Observons enfin que lorsque la sûreté consentie est un cautionnement, la caution devrait pouvoir invoquer le caractère accessoire de son engagement pour refuser le paiement des intérêts arrêtés de courir au profit du débiteur en s'appuyant sur la solution qu'avait fait prévaloir la Cour de cassation dans un arrêt du 13 novembre 1990 (52) et qu'était venue briser la loi du 10 juin 1994 (53) . Il n'en va évidemment pas de même pour la garantie autonome. Il apparaît ainsi que dans la liquidation les différentes sûretés personnelles retrouvent un régime différencié.

Les rédacteurs de l'ordonnance auraient au demeurant pu en gommer un aspect en modifiant l'article L. 643-11, II, du Code de commerce relatif aux conséquences de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Cette disposition autorise la caution ou le coobligé qui ont payé à exercer à leur tour des poursuites contre le débiteur, par exception au principe d'interdiction des poursuites. Il eût été logique de viser les poursuites exercées par tous les garants des dettes du débiteur (54) .

En dépit de certaines maladresses ou oublis, l'apport de l'ordonnance de 2008 en matière de sûretés est incontestablement important. Il reste désormais à attendre les réactions de la pratique pour éprouver la pertinence de l'équilibre recherché par ses rédacteurs entre le souci de sauvetage des entreprises et les nécessités du crédit.

(1)

La forme orale a pour l'essentiel été conservée. L'article est la retranscription d'une intervention au colloque organisé le 23 avril 2009 par le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 - Capitole, en partenariat avec le Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires, sur le thème « La réforme du droit des entreprises en difficultés : adaptations et nouveautés », dont les autres actes ont été publiés dans le dossier du précédent numéro (Dr. & patr. 2009, n° 187).

(2)

Sur le pacte comissoire dans la procédure collective, v. F. Macorig-Venier, Le pacte comissoire (et les sûretés réelles mobilières), RLDA mars 2007, p. 79 et s., spécialement p. 84 et 85.

(3)

P. Crocq, La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, D. 2006, p. 1306.

(4)

P. Crocq, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, Rev. proc. coll. 2009, p. 75 ; F. Pérochon, Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles, D. 2009, p. 651 ; M. Grimaldi et R. Dammann, La fiducie sur ordonnances, D. 2009, p. 670 ; N. Borga, Regards sur les sûretés dans l'ordonnance de 2008, RD bancaire et fin. 2009, mai 2009, n° 20.

(5)

Ph. Dupichot, Opération fiducie sur le sol français, JCP N 2007, 1130 ; C. Larroumet, La loi du 19 février 2007 sur la fiducie, Propos critiques, D. 2007, p. 1346 ; P. Crocq, Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, D. 2007, p. 1354 ; R. Dammann et G. Podeur, Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, D. 2007, p. 1359.

(6)

F.-X. Lucas et M. Sénéchal, Fiducie vs sauvegarde (fiducie ou sauvegarde, il faut choisir), D. 2008, p. 29. V. aussi, B. Saintourens, F. Deboissy et G. Wicker, La fiducie dans le courant des réformes, Actes prat. ing. sociétairenov-déc. 2008, p. 93 et s.

(7)

R. Damman et G. Podeur, Le nouveau paysage des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession, D. 2008, p. 2300.

(8)

S. Piedelièvre, Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil, D. 2008, p. 2950 ; A. Aynès, L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives, JCP G 2008, Aperçu rapide 300.

(9)

P.-M. Le Corre, L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, D. 2001, p. 2815.

(10)

D'autres modifications dans la rédaction de ces dispositions peuvent être observées. Elles concernent les frais de justice postérieurs utiles à la procédure dont le traitement est amélioré (ils sont désormais officiellement mieux classés, les articles L. 622-17 et L. 641-13 précisant que les créances postérieures sont payées avant toutes les autres, à l'exception des créances garanties par le superprivilège et des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11. L'exercice du privilège est par ailleurs facilité quand les créances n'ont pas été payées à l'échéance : l'information n'a plus à être effectuée à la fois au mandataire judiciaire et à l'administrateur, mais à l'administrateur seulement ou, à défaut, au mandataire judiciaire, ou, s'ils ont cessé leurs fonctions, au commissaire à l'exécution du plan ou au liquidateur. V. sur la question, F. Reille, Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus, Gaz. Pal. 2009, n° 66, p. 38.

(11)

D. Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, JCP E 2005, p. 1747 ; R. Routier, Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, Gaz. Pal. 2005, n° 253, p. 33 ; F. Macorig-Venier, Le soutien abusif, RLDA 2008, p. 119 et s., spécialement p. 123 et 124.

(12)

P. Crocq, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, précité, n° 19 ; F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, p. 65 et s., n° 51.

(13)

Ph. Pétel, La réforme collatérale : les incidences de la modification du droit des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005, in Le Droit des sûretés à l'épreuve des réformes (sous la dir. d'Y. Picod et P. Crocq), Éditions juridiques et techniques, 2006, p. 31 et s., n° 46.

(14)

V. Ph. Dupichot, Paralysie circonstanciée de la fiducie-sûreté et du droit de rétention, Dr. & patr. 2009, n° 180, p. 130.

(15)

V. F. Macorig-Venier, L'évolution chaotique de la situation des créanciers titulaires de sûretés, in La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme, Actes colloque Toulouse, 20 et 21 janv. 2005, RLDA 2005/80, p. 114 et s., spécialement p. 121 et 122.

(16)

Ph. Dupichot, La fiducie-sûreté en pleine lumière - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, JCP G 2009, I, 132 ; F. Barrière, La fiducie-sûreté, JCP E 2009, 1808.

(17)

V. C. com., art. L. 624-16, al. 1^{er}, réécrit par l'ordonnance.

(18)

La situation du créancier titulaire d'une fiducie-sûreté peut être rapprochée de celle du crédit-bailleur que l'on peut empêcher de récupérer son bien lorsque survient le terme du contrat en levant l'option, levée de l'option qui implique un paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien et suppose l'utilité du bien pour la continuation de l'activité.

(19)

V. A. Aynès, L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives, précité.

(20)

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° aux créanciers gagistes sans dépossession, JCP E 2009, 1204.

(21)

V. infra.

(22)

F. Pérochon, Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles, précité, n° 19.

(23)

Ainsi, selon Monsieur Delebecque, le droit de rétention fictif ne peut bénéficier aux gagistes sans dépossession dont le droit est né avant l'entrée en vigueur de la « LME », car ce texte ne concerne que des intérêts privés, v. Ph. Delebecque, JCP E 2008, 2493, n° 22 ; dans le même sens, v. R. Dammann et G. Podeur, Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession, D. 2008, p. 587.

(24)

V. dernièrement, Cass. 3^e civ., 18 févr. 2009, n° 08-13.143, Bull. civ. III, n° 40, D. 2009, p. 1450, note Y. Rouquet. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir fait application de la loi « Murcef » du 11 décembre 2001 à un contrat conclu avant son entrée en vigueur en ces termes : « ayant constaté que la société Nobody avait introduit sa demande en révision du loyer les 4 et 15 décembre 2003, relevé que le juge des loyers commerciaux avait à bon droit dit que la loi « Murcef » du 11 décembre 2001, ayant modifié l'article L. 145-38, alinéa 3, du Code de commerce, devait s'appliquer, l'instance ayant été introduite après l'entrée en

vigueur de cette loi et que les effets légaux d'un contrat étaient régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisaient [...] ».

(25)

Cependant, une petite différence en sa défaveur peut être notée : la convention de rechargement tombe sous le coup de la nullité de droit, alors que rien n'est précisé pour la convention de rechargement d'une sûreté classique.

(26)

V. F. Pérochon, À propos de la réforme de la liquidation judiciaire, *Gaz. Pal.* 2009, n° 69, p. 3, n° 40.

(27)

En cas de décision de maintien de l'activité en vue de la cession, la déchéance du terme est retardée jusqu'au jugement statuant sur la cession ou, à défaut, à la date à laquelle le maintien de l'activité prend fin (C. com., art. L. 643-1 modifié par l'article 122 de l'ordonnance).

(28)

En ce sens aussi, soulignant que la solution vaut y compris lorsque la fiducie porte sur la résidence principale du débiteur, Ph. Dupichot, *La fiducie-sûreté en pleine lumière - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, précité, n° 13.

(29)

Pour autant, cela ne signifie pas qu'il échappera à tout concours. En effet, il y aura lieu de respecter les droits que des créanciers auraient régulièrement acquis avant la constitution de la fiducie et les droits des créanciers dont la créance est née pour la conservation ou la gestion des biens transférés à titre de fiducie. La solution découle de l'alinéa 1er de l'article 2025 du Code civil, selon lequel : « Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine ». Aucune purge des sûretés n'est organisée à l'occasion du transfert de propriété à titre de garantie (au demeurant, pas davantage que lors de l'attribution de la propriété du bien grevé au profit d'un créancier titulaire d'une sûreté classique en vertu d'un pacte comissoire ou du mécanisme de l'attribution judiciaire). Il convient enfin d'ajouter que dans l'hypothèse où la fiducie constituée est une fiducie rechargeable et où la faculté de rechargement a été utilisée, un rang sera établi entre les différents créanciers ayant bénéficié du rechargement en fonction de la date d'enregistrement de la convention de rechargement (C. civ., art. 2372-5, al. 3) ou, en matière immobilière, de la date de publication (C. civ., art. 2488-5, al. 3).

(30)

La jurisprudence a considéré que la publicité du contrat de location-gérance organisée par la loi était suffisante pour dispenser le propriétaire du fonds d'avoir à agir en revendication, v. *Cass. com.*, 15 mars 2005,

n° 00-18.550, Bull. civ. IV, n° 60, D. 2005, p. 890, note A. L., Actualité proc. coll. 2005, n° 102, obs. F. Pérochon. Sur le terrain de l'obligation de déclaration, la signification du nantissement de parts sociales n'a pas été considérée comme une publication permettant au créancier d'être averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance, v. Cass. com., 16 mai 2006, n° 05-12.400, D. 2006, p. 1528, note A. L., JCP E 2006, n° 35, p. 1449, obs. J. Vallansan, RD bancaire et fin. 2006, n° 163, note F.-X. Lucas, RTD com. 2006, p. 912, note A. Martin-Serf.

(31)

P. Crocq, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, précité, n° 15.

(32)

Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, LPA 1999, n° 77, p. 10, note F. Derrida.

(33)

« Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence ».

(34)

Observons que le terme d'« antichrèse » a été à son tour supprimé pour être remplacé par l'expression de « gage immobilier » par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. En dépit des critiques justement formulées à cet égard, ce changement est pour le titulaire d'un tel droit susceptible d'emporter des conséquences positives dans les procédures collectives. Désormais, il pourra invoquer le bénéfice des dispositions réservant un traitement de faveur au rétenteur et au gagiste, alors que jusqu'à présent la Cour de cassation l'avait exclu pour le créancier exerçant un droit de rétention sur un immeuble (sur cette jurisprudence, v. F. Macorig-Venier, Immeuble et droit de rétention, in Mélanges R. Saint-Alary, Éditions législatives, PU Toulouse, 2006, p. 333 et s., spécialement p. 349 à 353).

(35)

A. Aynès, Colloque Dijon, mars 2009, à paraître.

(36)

V. Vocabulaire juridique Capitant, PUF, coll. « Quadrige », V° Fiction : « artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain) ; « mensonge de la loi » consistant à supposer une fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire des effets de droit ».

(37)

F. Pérochon, À propos de la réforme de la liquidation judiciaire, précité, n° 30.

(38)

Cass. com., 15 oct. 1991, n° 90-10.784, Bull. civ. IV, n° 288, JCP E 1992, I, 138, n° 25, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel.

(39)

Cela concerne notamment le nantissement de parts sociales de sociétés commerciales.

(40)

F. Pérochon, À propos de la réforme de la liquidation judiciaire, précité, nos 34 à 37.

(41)

Sur la nécessité de déclarer le droit de rétention fictif, F. Pérochon, Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles, précité.

(42)

J. Devèze, Le cautionnement des entreprises en difficulté, brèves observations, LPA oct. 1994, n° 122.

(43)

V. F. Macorig-Venier, La modernisation du droit des sûretés, Les propositions de la commission Grimaldi, in La modernisation du droit des affaires (sous la dir. de G. Jazottes), Litec, 2007, p. 45 et s., spécialement p. 56.

(44)

M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, Litec, 8e éd., 2007, nos 23 et s. V. aussi dans le même sens, Y. Picod, Droit des sûretés, PUF, coll. « Thémis », 2008, n° 20 ; L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 3e éd., 2008, n° 100 ; M.-N. Jobard-Bachelier, M. Bourassin et V. Brémond, Droit des sûretés, Sirey, 2007, nos 58 et 59. Réservés sur cette approche « dogmatique », v. Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 5e éd., 2009, n° 9.

(45)

Voir notamment, Ph. Pétel, Les sûretés personnelles dans le nouveau droit des entreprises en difficulté, Cah. Dr. Entr. juill. 2009, Dossier 20.

(46)

Cass. com., 18 déc. 2007, n° 05-14.328, JCP G 2008, I, 152, obs. Ph. Simler.

(47)

Le transfert de propriété à titre de garantie est ici visé de manière générale, alors que les dispositions régissant les sûretés consenties par le débiteur procèdent d'une démarche plus restrictive, la fiducie étant seule visée.

(48)

Après avoir exclu l'obligation d'information prescrite par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, elle vient d'écarter le devoir de mise en garde à l'endroit des garants : Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034, JCP E 2009, 1399, obs. D. Legeais.

(49)

C. com., art. L. 631-14, al. 6 : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 ».

(50)

En cas de décision de maintien de l'activité, l'exigibilité anticipée est retardée jusqu'à la décision statuant sur la cession ou, à défaut, jusqu'à la date où le maintien de l'activité prend fin (C. com., art. L. 643-1, al. 1er).

(51)

V. C. civ., art. 2321, al. 1er : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».

(52)

Cass. com., 13 nov. 1990, n° 88-17.734, Bull. civ. IV, n° 277, D. 1991, somm., p. 112, note F. Derrida, JCP E 1991, II, 114, obs. Ph. Pétel.

(53)

J. Devèze, Le cautionnement des entreprises en difficulté, brèves observations, précité.

(54)

En ce sens, M. Farge et O. Gout, L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés, RLDC 2009/58, p. 25, n° 17.