

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

LES CRÉANCES GARANTIES

FRANCINE MACORIG-VENIER, CHRISTIAN CAVIGLIOLI

Référence de publication : BJE janv. 2017, n° 114d8, p. 63

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

LES CRÉANCES GARANTIES

Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Le traitement des créances : pratique et actualités - » du Bulletin Joly Entreprises en difficulté.

Si l'actualité, essentiellement jurisprudentielle révèle que les créances garanties connaissent généralement un traitement plus favorable malgré de fortes disparités, la pratique met en évidence le rôle croissant de certaines garanties dans le traitement des difficultés des entreprises.

Il aura fallu attendre la septième journée de l'AJDE pour que soit consacrée une manifestation entière aux créances et, indirectement, aux créanciers. D'aucuns y verront la marque de l'évolution du droit des entreprises en difficulté, plus soucieux de la survie de l'entreprise, du sort des salariés ou de celui du débiteur, surtout personne physique – thèmes traités au cours des précédentes journées. Le paiement des créances, plus exactement l'apurement du passif, ne vient qu'au troisième rang de la « trilogie » des objectifs des procédures de sauvegarde et redressement. Les créances garanties, elles, n'y sont pas même évoquées. Pour autant, elles continuent à retenir l'attention du législateur, lequel en a d'abord contrecarré les effets – supposés délétères –, du moins pour certaines d'entre elles, avant d'atténuer quelque peu le lissage des prérogatives qu'elles confèrent afin de préserver le crédit fait aux entreprises.

De plus l'actualité, jurisprudentielle notamment, laisse entrevoir qu'une certaine faveur entoure le traitement des créances garanties, confirmant un retour en grâce des créanciers. En outre, la pratique met en évidence un autre aspect, surprenant, de la question : le traitement des créances par le droit des entreprises en difficulté s'accompagne inversement d'un traitement des difficultés par certaines garanties. Seront ainsi envisagés les points d'actualité du traitement des créances garanties (I), puis le traitement des difficultés grâce à certaines garanties (II), étant exclues les créances sociales, fiscales, postérieures et le traitement des créances dans les plans, traitées dans d'autres interventions.

I – LE TRAITEMENT DES CREANCES GARANTIES DANS LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE : POINTS D'ACTUALITE

L'actualité montre que bénéficient plutôt d'un traitement favorable les créances garanties par une sûreté personnelle, spécialement un cautionnement, et par certaines sûretés réelles, plutôt des sûretés réelles dites exclusives, tandis que les sûretés classiques ne profitent pas en principe de la même faveur.

A – Un traitement plus favorable à l'égard de certaines garanties

Sont concernées aussi bien les créances garanties par des sûretés personnelles que réelles.

1 – Les créances garanties par des sûretés personnelles

En matière de cautionnement, des décisions récentes énoncent des solutions favorables aux créanciers, peut-être pour rééquilibrer des règles légales parfois très protectrices des cautions.

Elles concernent l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Si la caution personne physique est, dans ces deux procédures, à l'abri des poursuites des créanciers pendant la période d'observation, en sauvegarde, elle bénéficie également des mesures du plan, tandis qu'elle ne peut se prévaloir des délais et remises prévues dans le plan de redressement. Dès la période d'observation, le créancier peut prendre des mesures conservatoires – inscription provisoire d'hypothèque le plus souvent –, suivies, à peine de caducité, d'une inscription définitive, elle-même subordonnée à l'obtention d'un titre exécutoire.

Dans un arrêt du 2 juin 2015¹, la chambre commerciale rappelle que le créancier d'un débiteur soumis à un plan de sauvegarde et ayant obtenu l'autorisation de prendre une inscription provisoire sur un immeuble de la caution, peut, et même doit, agir contre la caution afin d'obtenir à son encontre un titre exécutoire et ajoute « que l'exécution forcée de celui-ci ne peut être mise en œuvre tant que le plan de sauvegarde est respecté » mais sans avoir à attendre la résolution du plan, ce qu'un précédent arrêt de mai 2014 avait laissé entendre.

Selon un arrêt du 1er mars 2016², un titre exécutoire peut être obtenu contre la caution d'un débiteur ayant bénéficié d'un plan de redressement, alors même que la créance n'était pas encore exigible à son encontre, le créancier ayant pareillement pu inscrire une hypothèque judiciaire conservatoire sur les immeubles de la caution pendant la période d'observation. Si l'exécution est retardée à la survenance de l'échéance initiale³, la situation du créancier est néanmoins préservée.

Une troisième décision favorable au créancier s'observe dans le cas d'un plan de cession : selon un arrêt du 9 février 2016⁴, en cas de reprise par le cessionnaire d'une créance de prêt garanti par un cautionnement, l'engagement de la caution est maintenu pour la totalité du prêt. Bien que la reprise de la créance ait été volontaire, la Cour de cassation estime en effet qu'aucune novation n'a eu lieu et applique la même solution que celle retenue en cas de reprise forcée (C. com., art. L. 642-12, al. 4).

2 – Les créances garanties par des sûretés réelles

La jurisprudence réserve un traitement favorable aux créances garanties par des sûretés exclusives, réserve de propriété et droit de rétention autonome.

S'agissant des créances garanties par une réserve de propriété, on se rappelle que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que l'effacement de la créance laisse subsister la propriété réservée du vendeur⁵, seul le paiement de la créance pouvant entraîner le transfert de propriété. La solution rendue en matière de rétablissement personnel, intéresse les « faillitistes » en raison des effets identiques du rétablissement professionnel⁶.

S'agissant des simples rétenteurs, selon un arrêt clair, mais non publié, du 16 juin 20157, le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle et n'a donc pas à être mentionné dans la déclaration de la créance. La solution était attendue depuis l'adoption de l'ordonnance du 23 mars 2006 ayant ravivé la controverse sur la qualification du droit de rétention autonome.

B – Les limites au traitement de faveur des créances garanties

Quelques décisions affectent certains créanciers garantis par des sûretés classiques, créancier nanti ou créancier hypothécaire. Le législateur contribue également, de manière plus générale, à éroder les prérogatives de ces créanciers.

1 – L'érosion générale des sûretés classiques

Deux mesures y participent. Une mesure d'insaisissabilité est édictée par l'article 218 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages afin d'éviter que les garanties financières constituées lors de la mise en activité d'installations polluantes soient utilisées pour payer les créanciers de l'entreprise défaillante. Selon un nouvel alinéa de l'article L. 516-1 du Code de l'environnement, un « décret fixe les conditions dans lesquelles les sommes versées au titre des garanties financières sont insaisissables, au sens de l'article L. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution, par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil, et les conditions de leur utilisation en cas d'ouverture d'une procédure collective ». Le but est « de sécuriser ces sommes lorsqu'elles sont consignées auprès de la Caisse des dépôts et consignation en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise ».

La deuxième mesure, adoptée par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016, consiste en la création d'un nouveau privilège général en faveur des producteurs agricoles ayant livré des produits à un acheteur dans les quatre-vingt-dix jours précédant l'ouverture de la procédure. Le nouvel article 2332-4 du Code civil permettra au producteur d'être payé juste après le superprivilège des salaires !

2 – Limites particulières aux créances garanties par des sûretés classiques

On sait depuis un arrêt très clair du 26 novembre 2013 que les créances garanties par un nantissement ne bénéficient pas du droit de rétention fictif de l'article 2286-4° du Code civil. Les créances garanties par une hypothèque conventionnelle ne connaissent pas a priori un sort bien meilleur. Un jugement du tribunal mixte de Saint-Pierre du 1er mars 2016, le premier en la matière, refuse au

créancier hypothécaire l'attribution judiciaire de l'immeuble en cas de liquidation judiciaire⁸. Il est vrai que la lettre de la loi autorisant l'attribution judiciaire en liquidation judiciaire ne vise que le gage et n'a pas été modifiée alors que le livre VI du Code de commerce l'a été en 2008 pour prendre en compte les modifications opérées par la réforme du droit de sûretés (parmi lesquelles l'extension de l'attribution en propriété au créancier hypothécaire).

Toutefois, le créancier inscrit sur un immeuble appartenant à un débiteur personne physique soumis à une mesure légale ou volontaire d'insaisissabilité peut, dès lors que la mesure d'insaisissabilité ne lui est pas opposable, être payé par la vente forcée de l'immeuble qu'il peut entreprendre sans avoir à solliciter l'autorisation du juge-commissaire, en se conformant aux seules règles du CPCE⁹.

La pratique enfin, en la personne de Me Christian Caviglioli, permet de mettre en lumière le rôle de certaines garanties dans le traitement des difficultés.

II – LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES PAR LE RECOURS A CERTAINES GARANTIES : RETOUR DE LA PRATIQUE

Il en est ainsi en particulier du privilège de new money et de la fiducie.

A – Le privilège de New Money

Les conditions en ont été assouplies et le traitement amélioré.

Les créances garanties par l'article L. 611-11 du Code de commerce, sont celles qui résultent de nouveaux apports en trésorerie ou de la fourniture d'un bien ou d'un service en vue d'assurer la poursuite d'activité et la pérennité de l'entreprise¹⁰. En sont exclus les apports en capital faits par les associés, mais non les apports en compte courant. Depuis l'ordonnance de 2014, ces créances peuvent être nées pendant la procédure aussi bien que dans le cadre de l'accord homologué par le tribunal.

Le traitement de ces créances a été amélioré : outre un bon classement (ce privilège prime les créances postérieures « utiles »), l'article L. 626-20-1 du Code de commerce énonce que « (...) ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais, qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers (...) les créances garanties par le privilège établi au premier alinéa de l'article L. 611-11 ». Toutefois, il était possible d'imaginer de contourner cette règle en invitant le créancier titulaire à faire partie d'un comité des créanciers. Il pouvait alors subir la loi de la majorité et voir ainsi son privilège nettement affaibli. Le législateur s'est emparé de la question, controversée en doctrine¹¹, et la loi du 18 novembre 2016 déjoue cette pratique, l'article L. 626-30-2 exigeant désormais une acceptation expresse des remises et délais.

N'est pas prévu en revanche qu'ils soient payés à l'échéance, d'où l'intérêt d'une sûreté telle la fiducie, de plus en plus utilisée par la pratique dans la mise en place de solutions visant au sauvetage des entreprises.

B – La fiducie

Régie par les articles 2011 à 2030, 2488-1 à 2488-5 et 2372-1 à 2272-5 du Code civil, elle met en scène trois acteurs : le constituant, propriétaire du bien donné en garantie, le bénéficiaire, créancier prêteur de deniers, ou au bénéfice duquel est mise en place la fiducie (fiducie sociale), et le fiduciaire, gérant le bien mis en fiducie. Le régime en sera évoqué après la présentation d'exemples d'utilisation du mécanisme de la fiducie, sûreté ou gestion.

1 – Les exemples de recours à la fiducie

Une fiducie sûreté peut classiquement garantir la fourniture de fonds. L'entreprise transfère au fiduciaire des biens, par exemple des immeubles, dont la valeur garantit le remboursement de la créance, comme dans l'affaire FRAM.

Autre cas, la fiducie « sociale » à l'appui d'un plan de restructuration de l'emploi actuel ou à venir, pour garantir aux salariés le financement des mesures prévues. Les salariés ont deux craintes : la procédure collective, la vente à un repreneur ne pouvant maintenir les emplois repris. Une solution peut être la création d'une fiducie dans laquelle la mère apporte des fonds destinés à financer le PSE de sa filiale afin qu'un repreneur n'ait pas à prendre en charge un tel plan.

Autre exemple : l'utilisation de la fiducie pour mettre un terme anticipé au plan d'apurement, modification non acceptée par les créanciers. La société a constitué une fiducie dans laquelle elle a versé la totalité des fonds représentant le plan et a chargé le fiduciaire de verser chaque année entre les mains du CEP les sommes correspondantes. Puis elle a présenté au tribunal une requête pour constater la bonne exécution du plan par anticipation. Le tribunal a accepté ce mécanisme et constaté la bonne exécution du plan, décision devenue définitive.

Le principal avantage pour les créanciers de la fiducie sûreté est que le bien, sorti du patrimoine de la société, ne peut être appréhendé par d'autres créanciers. Elle a également un effet positif pour le constituant : en effet, puisqu'elle abrite les engagements envers les salariés, le dirigeant peut mieux négocier son entreprise sans se voir imposer des diminutions de prix pour un risque social.

2 – Le régime de la fiducie en procédure collective

Les risques : la validité de la fiducie est menacée par les nullités de la période suspecte et par l'article L. 650-1 du Code de commerce.

La fiducie sûreté doit avoir été consentie concomitamment à la naissance de la créance garantie : consentie en période suspecte, elle est nulle de droit si elle garantit une créance antérieure, comme la fiducie gestion.

Ce risque de nullité sera jugulé si la fiducie est consentie dans le cadre d'une procédure de conciliation aboutissant à un accord homologué car la date de cessation des paiements ne peut être fixée en amont du jugement d'homologation de l'accord (C. com., art. L. 631-8, al. 2).

Par ailleurs, la fiducie peut être annulée sur le fondement de l'article L. 650 si la responsabilité du créancier pour soutien abusif est retenue, en cas de disproportion de la garantie et du concours consenti. Les garanties peuvent être annulées ou réduites... Rendre la fiducie rechargeable suffit à écarter ce risque.

Hors ces risques : En période d'observation, le fiduciaire ne peut réaliser le bien qui est nécessaire à l'exploitation (C. com., art. L. 622-23-1) et a fait l'objet d'une convention de mise à disposition, laquelle peut être continuée de manière forcée (C. com., art. L. 621-13 VI). Le créancier n'est appelé ni dans les comités de créanciers, ni à l'assemblée des obligataires (C. com., art. L. 626-30, al. 4 et C. com., art. L. 626-30-2, al. 4).

Si la procédure bascule en liquidation judiciaire, le fiduciaire retrouve le droit d'exécuter sa garantie.

Véritable outil de restructuration, la fiducie permet, dans les procédures de prévention, la mise en place de solutions à l'épreuve ultérieure d'une procédure collective.

Notes de bas de page

1 –

Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-10673, PB.

2 –

Cass. com., 1er mars 2016, n° 14-20553, PB : Act. proc. coll. 2016, n° 7, comm. 91, Cagnoli P.

3 –

Le juge prononcera une condamnation à compter de l'échéance initiale : v. Cagnoli P., préc.

4 –

Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-23219, F-PB : D. 2016, p. 423, obs. Lienhard A.

5 –

Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10981, PB.

6 –

C. com., art. L. 645-11.

7 –

Cass. com., 16 juin 2015, n° 13-27736, D.

8 –

T. mixte Saint-Pierre, 1er mars 2016 : Rev. proc. coll. 2016, n° 3, comm. 120.

9 –

Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-24640, PB.

10 –

Solution enfin étendue aux exploitants agricoles par la loi du 18 novembre 2018.

11 –

V. « Créanciers de la new money, le retour », entretien Pérochon F. et Lucas F-X, BJE mai 2015, n° 112f6, p. 192.