

Regard sur le droit de rétention après les réformes du 15 septembre 2021

Par F. Macorig-Venier, Professeure Université Toulouse 1 Capitole, Directrice du Centre de droit des affaires (EA 780)

Forme de justice privée reconnue par le droit, car fondée sur l'équité¹, le droit de rétention a connu un fabuleux destin depuis que le professeur Tomasin, dédicataire de ces quelques lignes, en avait fait état pour illustrer les principes généraux du droit privé dans son cours d'introduction au droit auquel j'avais eu le privilège d'assister à mon entrée à l'Université en 1980. Dégagé par la jurisprudence² à partir de dispositions légales éparses en reconnaissant le bénéfice à certains créanciers, il devait être intégré bien des années plus tard dans la loi, à l'instar de bon nombre de principes généraux du droit privé³ : une disposition générale lui a été consacrée par la première grande réforme des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

Auparavant, ce sont surtout les dispositions du droit des entreprises en difficulté issues de la loi du 25 janvier 1985 et reprises par les réformes ultérieures qui, en réservant au droit de rétention un sort étonnamment favorable, avaient exacerbé l'attrait de cet inclassable mécanisme sur lequel la doctrine n'a cessé depuis de se pencher⁴. Il est devenu plus difficile encore à cerner depuis que la loi de modernisation de l'économie de 2008 en a institué un nouveau « variant », le droit de rétention fictif, afin de renforcer l'efficacité du nouveau gage sans dépossession, le droit de rétention existant, en effet, soit en complément d'une sûreté existante, soit de manière autonome

Alors que le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté ont fait l'objet d'importantes réformes adoptées par voie d'ordonnance le 15 septembre 2021, il est permis de s'interroger sur le sort réservé par ces réformes au droit de rétention. On ne peut manquer d'être frappé par le faible nombre de dispositions des deux ordonnances concernant le droit de rétention auquel, au demeurant, aucun article de doctrine n'a été consacré de manière spécifique depuis ces réformes. Pour autant, à y regarder de plus près, ces dispositions éparses ne sont pas dépourvues d'intérêt et invitent à porter un nouveau regard sur celui-ci.

Il convient en premier lieu de relever que la réforme du droit des sûretés n'emporte nullement suppression du droit de rétention, alors que celle-ci avait été appelée de ses vœux par une partie de la doctrine en raison des forts effets perturbateurs produits par le droit de rétention en la matière. Le professeur Dominique Legeais⁵ avait en particulier préconisé en 2014 cette suppression qu'il jugeait source de simplification de notre droit et facteur de cohérence, mais qui devait à son sens s'accompagner de la mise à plat totale du classement des sûretés et de la suppression de l'ensemble des sûretés fondées sur l'exclusivité, c'est-à-dire également de la propriété sûreté. Cette ambitieuse proposition allait de pair avec celle

¹ G. Marty, P. Raynaud, P. Jestaz, Les sûretés, La publicité foncière, Sirey, 2^e éd. 1987, n° 16 bis. On y voit un « correcteur d'injustice » : K Luciano, Analyse juridique du droit de rétention : Rev. proc. coll. 2012, étude 29, n° 35.

² Le phénomène était ancien. La Cour de cassation visait ainsi les « principes applicables au droit de rétention » (cf. par ex., Cass. Civ.1 17 juin 1969, Bull. n° 233, JCP 1970, II, 16162, N Catala : la Cour ajoute « attendu que les créancier rétenteur a le droit, sauf disposition législative contraire, de refuser de se dessaisir des objets ou documents légitimement détenus, jusqu'à complet paiement de sa créance »). Voir Cabrillac, Mouly, S Cabrillac et P. Pétel, Droit des sûretés, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 627 ; Ch. Albigez et M-P. Dumont, Droit des sûretés, HyperCours, Dalloz, 7^e éd., 2019, n° 369.

³ Ph. Malinvaud et N. Balat, Introduction à l'étude du droit, LexisNexis, 21^e éd., 2021, n° 193

⁴ A. Aynès, Le droit de rétention, unité ou pluralité, sous la dir. de Ch. Larroumet, Economica 2005. – K Luciano, Analyse juridique du droit de rétention, précit..

⁵ D. Legeais, Quel avenir pour le droit de rétention ?, Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2014, dossier 42.

d'une unification de la plupart des sûretés réelles dans un modèle unique, à l'instar des choix effectués dans différents Etats, comme le Québec⁶.

Ces souhaits sont restés lettre morte. La réforme du droit des sûretés, opérée le 15 septembre 2021, loin de rompre avec la précédente réforme, la parachève⁷. Si un sérieux toilettage des sûretés réelles est opéré, il n'est pas fait table rase de la diversité des catégories qu'elles comportent et le droit de rétention demeure dans le giron du livre IV du code civil. Le projet de réforme de la commission de l'association Capitant présenté à l'automne 2017 s'était borné à déplacer les dispositions fondant le droit de rétention des dispositions liminaires du livre VI du code civil aux dispositions liminaires du titre 2 sur les sûretés réelles. L'article 60 de la loi PACTE du 22 mai 2019 habilitant le Gouvernement à réformer le droit de sûretés n'évoquait en aucun point le droit de rétention. L'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés et les propositions de rédaction des dispositions d'articulation du droit des sûretés avec le livre VI du code de commerce soumis à consultation contenaient quelques mesures relatives au droit de rétention. Avec quelques différences, elles ont été reprises par les deux ordonnances de réforme et très brièvement mentionnées par les rapports au Président de la République relatifs à ces deux ordonnances⁸.

Par petites touches éparses, les deux réformes, qui introduisent des nouvelles règles, apportent des éclairages indirects sur le droit de rétention sans dissiper toutes les zones d'ombres qui l'entourent, en dessinant même de nouvelles.

Ces jeux d'ombre et de lumière qui concernent la qualification et surtout le domaine du droit de rétention (I) ne vont pas sans susciter des interrogations, tandis que le régime du droit de rétention apparaît plus contrasté qu'il n'était déjà (II).

I. Ombre et lumière sur la qualification et le domaine du droit de rétention

Les deux ordonnances du 15 septembre 2021 contribuent à éclairer quelque peu la qualification du droit de rétention (A), tandis que l'une d'elle suscite la perplexité s'agissant de son domaine sur lequel s'observent ombres et lumières (B).

A. Faible lumière sur la qualification du droit de rétention

Sans indiquer directement la qualification du droit de rétention, les réformes de l'automne 2021 paraissent néanmoins confirmer l'exclusion de la qualification de sûreté, entérinant la position de la jurisprudence.

Discutée en doctrine avant l'adoption de l'ordonnance du 23 mars 2006, la qualification du droit de rétention est demeurée sujette à discussion après cette ordonnance, l'article 2286 du code civil, qui en constitue depuis le fondement juridique, s'étant limité à préciser les cas dans lesquels peut être reconnu un droit de rétention, sans le définir, ni en préciser la qualification. Or cette disposition était placée en tête du livre IV du code civil et le droit de rétention n'était énuméré ni dans la liste des sûretés personnelles, ni dans la liste des sûretés réelles, alors que ces dernières sont en nombre limité. Quant à la jurisprudence, elle a repris la solution adoptée sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance de 2006⁹ et écarté la

⁶ Ch. Juillet, Les sûretés réelles en quête de droit commun, Rapport introductif, Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2014, dossier 33. Voir aussi du même auteur : La sûreté hypothécaire unique en droit français, Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2016, dossier 12

⁷ M. Grimaldi, Présentation de la réforme, Recueil Dalloz 2022 p.226, n° 5.

⁸ Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme des sûretés évoque le droit de rétention à propos du nantissement de bien incorporel (autre que des créances) et du nantissement de créance ; quant au rapport relatif à l'ordonnance portant réforme du livre VI du code de commerce, il mentionne le droit de rétention conventionnel.

⁹ Com 20 mai 1997, Guérin/SA Carrosserie Lahitte : R.T.D.Civ. 1997, p.707, obs. P. Crocq ; D. 1998, Som. Com. p. 102, S. Piédelièvre.

qualification de sûreté¹⁰, considérant toutefois qu'il s'agissait d'un droit réel en raison de son opposabilité à tous¹¹.

L'ordonnance n° 2021-1192 portant réforme du droit des sûretés n'apporte aucun changement aux règles de l'article 2286 issues de l'ordonnance de 2006 et à leur situation dans le livre IV du code civil.

La définition qu'elle donne par ailleurs pour la première fois de la sûreté réelle comme « l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présent ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif d'une créance »¹² n'est pas très éclairante. Il semble que l'affectation visée est une affectation en valeur, mais cela n'est pas expressément précisé et M. Grimaldi lui-même, dans sa présentation de l'ordonnance, s'est référé au droit de rétention pour illustrer l'affectation exclusive¹³. Pourtant, l'affectation en valeur est considérée de longue date par une partie de la doctrine comme « l'élément le plus original du concept de sûretés réelle »¹⁴ ou comme une des « caractéristiques spécifiques des sûretés réelles »¹⁵. L'avant-projet d'ordonnance soumis à consultation ne visait en marge de la définition de la sûreté réelle que les propriétés sûretés pour illustrer l'affectation exclusive. L'affectation comprise comme une affectation en valeur excluait à notre sens le droit de rétention, lequel peut porter sur des choses dépourvues de valeur, peu important que l'on puisse le considérer comme un accessoire d'une créance¹⁶.

Quant à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, elle vise à plusieurs reprises le droit de rétention conventionnel aux côtés des sûretés réelles conventionnelles, pour le soumettre au même régime que celles-ci. Sa portée interroge. Elle pourrait paraître, à première vue, conforter la non qualification de sûreté du droit de rétention, y compris lorsqu'il s'agit d'un droit de rétention conventionnel, alors qu'il constitue dans cette hypothèse une sorte de « diminutif » du gage avec dépossession, amputé de tout droit de préférence. Toutefois, il est également permis de considérer que l'ordonnance 2021-1193 prend plutôt acte du maintien du *statu quo ante* résultant de l'ordonnance « sûreté » s'agissant de la qualification du droit de rétention.

Force est en tout cas alors de constater le rapprochement du droit de rétention conventionnel et des sûretés conventionnelles, ce qui confirme la pluralité du droit de rétention défendue en doctrine¹⁷.

A l'éclairage en trompe l'œil de la qualification du droit de rétention, s'ajoute des jeux d'ombres et de lumières sur le domaine du droit de rétention.

¹⁰ Cass. Com. 16 juin 2015, n° 13-27536, D.

¹¹ Cass. Civ.1 7 janvier 1992, JCP 1992, E, I, 143, n° 16, Ph. Delebecque - Cass. Com. 3 mai 2006, Bull. Civ. IV n° 106 ; JCP 2006, I, 195, Ph. Delebecque ; RD bancaire et fin. 2006, comm. 201, note D. Legeais ; RTD civ. 2006, p. 584, obs. T. Revet - Cass. Civ.1 24 sept. 2009, 08-10152, F-S+P+B+I, D. 2009, 302, N. Borga - Cass. 1re civ., 20 déc. 2017, n° 16-24.029, D : RD bancaire et fin. 2018/2, comm. 32, D. Legeais - Cass. civ.1, 16 mai 2018, n° 17-16.842 : JCP N 2019, 1007, n° 21, Ph. Delebecque - CA Douai, 2e ch., 1re sect., 25 juin 2020, n° 19/00970 : JurisData n° 2020-008901 ; JCP G 2020, 1081, note C. Gohlen.

¹² C. Civ., art. 2323.

¹³ M. Grimaldi, précit., n°5.

¹⁴ Cf. M. Cabrillac et C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, Manuel, LexisNexis, 10^e éd. 2015, n° 582.

¹⁵ M. Bourassin et V. Brémond, Droit des sûretés, Sirey, 7^e éd. 2020, n° 710.

¹⁶ L. Bourgerol-Prud'homme, Exclusivité et garanties de paiement, préface P Crocq, LGDJ-Lextenso, Bibliothèque de droit privé, Tome 538, n° 83.

¹⁷ Déjà F. Pérochon soulignait la nécessité d'une approche duale du droit de rétention, distinguant le droit de rétention d'origine purement légale, insusceptible d'être considéré comme un accessoire de la créance et le droit de rétention conventionnel, véritable accessoire de la créance : in Le droit de rétention, accessoire de la créance, Mélanges M. Cabrillac, Dalloz- Litec 1999, p. 379 et s. La pluralité du droit de rétention, selon la nature du lien de connexité qui en constitue le fondement a ensuite été défendue par A. Aynès dans sa thèse de doctorat : Le droit de rétention, unité ou pluralité ?, Economica 2005.

B. Lumières et ombres sur le domaine du droit de rétention

L'ordonnance n° 1192 du 15 septembre 2021 paraît se livrer à un grand écart en choisissant à la fois d'exclure le droit de rétention fictif pour les meubles incorporels et de reconnaître un droit de rétention au créancier nanti sur créance, suscitant sinon la critique, du moins la perplexité de certains auteurs. Les éclairages ainsi apportés créent par ailleurs dans le même temps des zones d'ombres.

Exclusion du droit de rétention fictif pour les meubles incorporels. En écartant tout renvoi au droit de rétention fictif de l'article 2286 4° du code civil, à l'alinéa 5 de l'article 2355 du code civil précisant le régime du nantissement de biens incorporels autres que des créances, les rédacteurs de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 ont entendu, ainsi que le précise le rapport au Président de la République, consacrer, une nouvelle fois, une solution jurisprudentielle. La solution résultait en la matière d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 26 novembre 2013¹⁸. Cet arrêt, curieusement non publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, affirmait clairement que « l'article 2286-4° du Code civil issu de la loi du 4 août 2008 n'est applicable qu'aux biens corporels ». Désormais l'article 2355 dispose en son alinéa 5 : « celui (le nantissement) qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, sauf dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, à l'exclusion du 4° de l'article 2286 ».

L'exclusion franche du droit de rétention fictif attaché au gage sans dépossession en matière de nantissement de biens incorporels autres que des créances, répond aux attentes d'une très large partie de la doctrine hostile à ce droit de rétention fictif¹⁹. Elle impressionne *a priori* et il pourrait être tentant de considérer qu'elle manifeste l'incompatibilité du droit de rétention et de l'incorporel. Elle est en réalité circonscrite et, par conséquent, à nuancer.

A y regarder de plus près en effet, l'exclusion ne concerne que le droit de rétention fictif attaché au gage sans dépossession et les nantissements non régis par des dispositions spéciales soumis aux règles du gage sans dépossession ; les nantissements de biens incorporels soumis à des dispositions spéciales peuvent parfaitement conférer aux créanciers qui en sont titulaires un droit de rétention en vertu de ces dispositions spéciales. Tel est précisément le cas en matière de nantissement de compte-titres régi par les dispositions du code monétaire et financier, dispositions certes modifiées par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, mais non abrogées. L'article L. 211-2 IV lui reconnaît, après comme avant l'ordonnance de 2021, un droit de rétention²⁰. C'est même le concernant que fut pour la première fois admise par la loi²¹ une exception au principe selon lequel le droit de rétention suppose la détention d'un bien corporel²². Quant au nantissement de fonds de commerce, en cause dans l'arrêt du 26 novembre 2013, il survit également à la réforme, sous réserve de certaines modifications²³, mais il ne se voit précisément pas doté par celle-ci d'un droit de rétention, à l'inverse du nantissement de créance « ordinaire ».

¹⁸ Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-27390, F-D : LEDB févr. 2014, n° EDBA-814004-81402, p. 3, M. Mignot ; Gaz. Pal. 20 mars 2014, n° 169x7, M-P Dumont ; BJE mai 2014, n° 111e0, p. 156, F. Macorig-Venier

¹⁹ Une « dénaturation du droit de rétention » est ainsi dénoncée : M. Bourassin et V. Brémond, précit., n° 831. Voir aussi D. Legeais, Quel avenir pour le droit de rétention ?, précit. n° 5, considérant que « le droit de rétention devient le droit de l'arbitraire » et K. Luciano, précit. n° 27 estimant que la LME a bouleversé le « bel ordonnancement » qui résultait jusque-là de l'article 2286 du code civil.

²⁰ Selon cette disposition, « Le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti »

²¹ Il s'agissait de la Loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières qui avait institué le nantissement de compte d'instruments financiers. Cf. D. Legeais, L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles, Mélanges M. Cabrillac, Dalloz- Litec 1999, p. 365 et s.

²² L. Aynès, P. Crocq, A. Aynès, Droit des sûretés, LGDJ-Lextenso, 15^e éd. 2021, n° 289. Toutefois, selon un auteur, ces actifs, du fait de leur inscription, avaient une certaine corporalité : D R. Martin, Du gage d'actifs scripturaux, D. 1996, p. Chr. 263.

²³ F. Vauvillé, Le notaire face à la réforme des sûretés réelles spéciales grevant le fonds de commerce, DEF 24 mars 2022, n° DEF206u9, p. 30.

L'ordonnance du 15 septembre reconnaît un droit de rétention au créancier nanti sur créance par souci de renforcement de l'efficacité du nantissement de créance ordinaire régi par les dispositions du code civil. L'article 2363 dispose en son alinéa 1^{er} : « après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts ». Certains auteurs considèrent que les textes antérieurs, bien que ne mentionnant pas l'existence d'un droit de rétention, pouvaient être interprétés en ce sens²⁴, invoquant par ailleurs un arrêt de la Cour de cassation rendu sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2006 faisant produire plein effet au nantissement d'une créance de loyers signifié au locataire, arrêt et dont le titrage mentionnait le droit de rétention²⁵. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés évoque pourtant une jurisprudence rendue en matière de nantissement spécial d'assurance vie, par laquelle la Cour de cassation avait reconnu au créancier un droit exclusif à paiement²⁶. Les rédacteurs du projet d'ordonnance soumis à consultation faisaient état d'une hésitation entre un droit exclusif et un droit de rétention. C'est finalement un droit de rétention qui a été reconnu au créancier nanti ayant notifié son nantissement.

La solution est généralement approuvée car elle est cohérente avec le pouvoir de blocage résultant de la notification, pouvoir empêchant le créancier de la créance nantie de recevoir valablement paiement et considéré par tout un courant de doctrine comme caractéristique du droit de rétention²⁷. L'existence d'un tel pouvoir justifierait la reconnaissance de ce droit y compris sur des biens incorporels. Le droit de rétention n'est alors pas fictif même s'il est dématérialisé.

La doctrine n'est toutefois pas unanime et d'autres auteurs émettent des réserves quant à la reconnaissance d'un tel droit, le blocage n'impliquant selon eux en rien l'exclusivité²⁸, exclusivité qu'ils auraient préférée voir reconnaître par l'ordonnance²⁹. D'autres encore regrettent cette reconnaissance considérant que la main mise exercée est trop éloignée de la situation de fait qui résulte d'une rétention matérielle³⁰.

Au-delà de l'ombre doctrinale projetée sur le droit de rétention attaché au nantissement de créance, force est par ailleurs de constater que l'obscurité entoure sa reconnaissance au profit du créancier nanti sur un compte. Deux opinions doctrinales contraires s'affrontent.

²⁴ M. Bourassin et V. Brémond, précit., n° 996 ; L. Aynès, P. Crocq, A. Aynès, Droit des sûretés, précit., n° 289.

²⁵ Cass. Com.26 mai 2010, n° n°09-13388, Rev. Proc. 2010/5, Comm. 176, F. Pérochon ; RTDCiv. 2010, p. 597, P. Crocq ; BJE mars-avril 2011, p. 28, C. Houin-Bressand ; D. 2020, 1940, note J-D Pellier.

²⁶ Civ. 2^e, 2 juill. 2020, n°s 19-11.417 et 19-13.636, D. 2020. 1452 ; Rev. prat. rec. 2020. 7, obs. D. Cholet et O. Salati ; RTD Civ. 2020 p.666, Ch. Gijssbers ; RDBF 2020, Comm. 131, note D. Legeais ; RDBF 2020, Comm. 132, N. Leblond

²⁷ D. Legeais, Les garanties conventionnelles sur créances, préf. Ph. Rémy, Economica, 1986, n° 127, p. 79 s ; voir aussi A. Aynès, Le droit de rétention, unité ou pluralité, sous la dir. de Ch. Larroumet, Economica 2005, n° 87 à 99, n° 391 ; L. Bougerol, Exclusivité et garanties de paiement, LGDJ, 2012, n°s 169 s. ; L. Aynès, P. Crocq, A. Aynès, Droit des sûretés, précit., n° 287 à 289

²⁸ M. Julienne, Réforme des sûretés : le nantissement de créance après l'ordonnance du 15 septembre 2021, JCP N 2021, 1533, n° 5 à 7. Selon cet auteur l'ajout de la précision selon laquelle le créancier nanti a seul le droit au paiement de la créance atteste de l'absence de lien entre blocage et exclusivité.

²⁹ M. Julienne, précit.

³⁰ Ch. Gijssbers, Le gage et les sûretés sur créances, RDC déc. 2021, n° 200j0, p. 96, n° 20.

Pour un auteur ce droit de rétention devrait bénéficier au créancier nanti sur compte et conforter sa situation³¹ dans la mesure où il est soumis aux règles du nantissement de créance, alors que la jurisprudence l'avait bien malmené³².

Pour un autre, le droit de rétention (et le pouvoir de blocage) font défaut en matière de nantissement de compte dans la mesure où le constituant peut continuer à faire fonctionner le compte³³.

Un dernier concède qu'il serait difficile de ne pas lui reconnaître ce droit de rétention, tout en observant que le rapport au Président de la République a entendu pérenniser la jurisprudence rigoureuse qui le concernait³⁴.

L'enjeu est de taille compte tenu des effets attachés au droit de rétention. On glisse ainsi insensiblement du domaine au régime. En la matière, les jeux d'ombres et lumières sont source de contrastes.

II. Contrastes dans le régime du droit de rétention

Non déterminé par l'article 2286 du code civil qui énonce les différentes hypothèses dans lesquelles est reconnu un droit de rétention, le régime du droit de rétention demeure précisé par la jurisprudence, mais également par les dispositions du droit des entreprises en difficulté. L'ordonnance 2021-1193 du 15 septembre ajoute de nouveaux contrastes dans le régime du droit de rétention en soumettant le droit de rétention conventionnel à des règles qui participent de la discipline collective. Quant à l'ordonnance 2021-1192 du 15 septembre 2021, elle conduit à revisiter des distinctions antérieures. Ces disparités de traitement revisitées ou nouvelles affaiblissant le droit de rétention ou plutôt certains droits de rétention (A) ne doivent pas masquer la réaffirmation de son efficacité dans la liquidation judiciaire (B)

A. Disparités de traitement revisitées ou nouvelles dans le régime du droit de rétention

S'il existait déjà avant les ordonnances du 15 septembre 2021 des contrastes dans le régime applicable au droit de rétention, spécialement dans les procédures de sauvegarde et redressement judiciaire, ces ordonnances conduisent à la fois à en revisiter le contenu et ajouter de nouvelles disparités dans le régime applicable au droit de rétention en soumettant le droit de rétention conventionnel à la discipline collective.

Une paralysie revisitée de certains droits de rétention dans la sauvegarde et la procédure de redressement judiciaire.

Tandis que le droit de rétention matériel permettait au créancier rétenteur d'obtenir le paiement de sa créance sur autorisation du juge-commissaire lorsque le retrait du bien retenu était justifié par la poursuite de l'activité, le droit de rétention fictif de l'article 2286 4° du code civil reconnu au gagiste sans dépossession était inopposable à la procédure. Seul ce droit de rétention fictif était toutefois paralysé à l'exclusion des droits de rétention fictifs spéciaux, tels que celui reconnu au gagiste sur véhicule automobile, au créancier titulaire d'un warrant agricole ou encore du créancier nanti sur compte titre, mais le concernant le caractère fictif du droit de rétention était discuté. Ces derniers créanciers ne pouvaient en aucun cas échapper à l'interdiction des paiements et subissaient en cas de vente du bien grevé le « système de la quote-part » prévu par l'article L. 622-8 du code de commerce consistant à verser à la Caisse des dépôts et consignations une quote-part du prix correspondant au créances garanties par des sûretés spéciales et à les payer ensuite sur celle-ci en fonction de la solution adoptée par

³¹ R. Dalmau, Nouvelles mesures et articulation avec la réforme des sûretés, in Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté, Actes du colloque de bordeaux 20-21 oct. 2021, dir. L. Sauton-Laguionie, JCP E 2021, 1535, n° 12.

³² Com. 22 janv. 2020, n° 18-21.647, D. 2020. 212 ; *ibid.* 1685, point de vue R. Dammann et A. Alle ; RTD civ. 2020. 164, obs. Ch. Gijssbers

³³ M. Julienne, précit. n°7.

³⁴ Ch. Gijssbers, précit., n° 21.

le tribunal, après paiement des créances préférables en rang, aucune affectation en leur faveur ne résultant du versement effectué.

Cette disparité de traitement entre les droits de rétention fictifs, bien que source d'incohérence et dénoncée, n'a pas été remise en question par les réformes de l'automne 2021. La suppression du régime spécial du gage automobile par l'ordonnance 2021-1192 du 15 septembre, au plus tard à compter du 1^{er} janvier 2023, va toutefois en atténuer l'incidence. Elle modifiera ainsi sensiblement le sort de ce créancier. A l'inverse, le créancier nanti sur créance investi par la loi d'un droit de rétention par l'article 2363 du code civil ne pourra souffrir de l'inopposabilité de son droit de rétention³⁵, soit qu'on ne le considère pas comme un droit de rétention fictif³⁶, soit qu'on retienne son fondement spécial.

La soumission du droit de rétention conventionnel à la discipline collective constitue par ailleurs une innovation remarquable apportée au régime du droit de rétention³⁷.

Pour la première fois, le régime du droit de rétention est aligné sur celui des sûretés réelles conventionnelles, cet alignement ne concernant toutefois que le droit de rétention conventionnel. Deux règles lui sont ainsi appliquées : d'une part, les règles classiques des nullités de la période suspecte et, d'autre part, la règle nouvelle du non accroissement de l'assiette de la sûreté.

L'article L. 632-1 I qui énumère les actes tombant sous le coup des nullités de droit de la période suspecte a connu des modifications lors de la dernière réforme du livre VI du code de commerce. Le 6^o relatif aux sûretés a, en particulier, été réécrit. Tandis qu'il visait « toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire, ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gages constitués sur les biens du débiteur », il vise désormais « toute sûreté réelle conventionnelle ou tout droit de rétention conventionnel constitués sur les dettes du débiteur pour dettes antérieurement contractées (...) », le 7^o visant toute hypothèque légale attachée au jugement de condamnation constituée sur les biens du débiteur pour dette antérieurement contractée ». Le droit de rétention conventionnel est toutefois potentiellement concerné par une des limites énoncées ensuite par le même texte : l'ordonnance a en effet consacré une exception jurisprudentielle admise en cas de remplacement de la sûreté par une sûreté d'une nature ou d'une assiette équivalente à la sûreté remplacée et en tout état de cause pas d'une valeur supérieure. Cela implique que le droit de rétention conventionnel ait pour assiette un bien dans le commerce juridique et qu'il en aille de même pour le bien qui le remplace ou bien que l'assiette du droit de rétention soit dans les deux cas sans valeur marchande.

L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 vise par ailleurs le droit de rétention conventionnel dans la nouvelle règle qu'elle édicte de non accroissement de l'assiette d'une sûreté. Un paragraphe IV a été ajouté à l'article L. 622-21 du code de commerce. Il dispose : « le même jugement interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, qu'elle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment ... »³⁸.

La soumission du droit de rétention conventionnel à ces deux règles de la discipline collective, si remarquable soit elle, ne doit toutefois pas masquer la réaffirmation de son efficacité dans la procédure de liquidation judiciaire.

³⁵ R. Delmau, précit.

³⁶ Cf. supra.

³⁷ Cf. F. Macorig-Venier, Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés (Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce, Lexbase, Hebdo édition affaires n° 691 du 7 oct. 2021, N° Lexbase : L8998L7E.

³⁸ On notera au passage que la règle écorne l'efficacité du nantissement de créance portant sur des créances futures sauf s'il s'agit d'une cession « Dailly » et si celle-ci est intervenue an application d'un contrat-cadre conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure. La loi réserve également les cas de dérogation expresse à son application prévue par le livre VI du code de commerce ou le code monétaire et financier.

B. Efficacité réaffirmée du droit de rétention dans la liquidation judiciaire

Le nouvel article L. 643-8 du code de commerce, réécrit par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 pour donner une vision plus complète qu'auparavant du classement des créanciers dans la procédure de liquidation judiciaire et permettre ainsi l'appréciation du critère du meilleur intérêt des créanciers impliqué dans le système d'adoption du plan par des classes de parties affectées, réaffirme avec force l'innocuité de ce classement pour le créancier titulaire d'un droit de rétention. Selon le I de cette disposition : « *sans préjudice du droit de propriété ou de rétention opposables à la procédure collective et des dispositions des articles L. 622-17 et L. 641-13, le montant de l'actif disponible est réparti dans l'ordre suivant : ...* ».

Est ici reprise la solution précédemment exprimée pour le droit de rétention par l'article L. 641-13 II du code de commerce. La précision avait été apportée par l'ordonnance du 12 mars 2014. Elle ne faisait que consacrer une solution unanimement admise. Le droit de rétention échappe en effet à toute logique de classement. Il fait l'objet dans la liquidation de règles spéciales très favorables, inchangées par la réforme du 15 septembre 2021 : il s'agit soit de la règle du retrait contre paiement de la créance restant due au rétenteur sur autorisation du juge-commissaire fondée sur l'article L. 641-3 al. 2 du code de commerce, soit du report du droit de rétention sur le prix du bien retenu fondé sur l'article L. 642-20-1 alinéa 3 du code de commerce, étant par ailleurs précisé que l'article L. 642-12 du code comme déterminant le sort des créanciers titulaires de sûretés en cas de plan de cession, dispose dans son dernier alinéa que ses dispositions « n'affectent pas le droit de rétention, acquis par un créancier sur un bien compris dans la cession »³⁹.

Ces règles favorables au rétenteur dans la procédure de liquidation judiciaire s'appliquent à tous les droits de rétention⁴⁰, y compris aux droits de rétention fictifs, aucune distinction n'étant faite entre les différents droits de rétention, ni par ces derniers textes – non modifiés par l'ordonnance –, ni par le nouvel article L. 643-8 du code de commerce. La solution avait précédemment été admise par la Cour de cassation en présence du droit de rétention fictif du gagiste automobile⁴¹. Elle doit également s'imposer en cas de plan de cession, et ce d'autant que le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 précise que les dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 5, du Code de commerce, « ont notamment vocation à s'appliquer au créancier titulaire d'un gage sans dépossession prévu à l'article 2286 (4°) du Code civil ». Les effets perturbateurs dénoncés par la doctrine et les praticiens⁴² n'ont pas conduit le législateur à écarter l'opposabilité des droits de rétention fictifs, mais ils seront désormais quelque peu atténués par la limitation du domaine du droit de rétention fictif de l'article 2286 4°.

³⁹ O. Buisine, L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession, Rev. Proc. Coll. 2011/6, étude 31.

⁴⁰ La jurisprudence a admis leur application au droit de rétention exercé sur un immeuble : Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-22.223, F-P+B : Act. Proc. Coll. 2019/7, Alerte 47, P. Cagnoli ; LEDEN mars 2019, n° 112h4, p. 4, N. Borga ; BJE mai 2019, n° 116w7, p. 44, F. Macorig-Venier ; RDC 2019, n° 116c2, p. 78, F. Danos ; Gaz. Pal. 16 avril 2019, n° 350w4, p. 73, M. Guastella ; Rev. Proc. Coll., Ch. Gijssbers.2019/3, .

⁴¹ Cass. Com. 15 oct. 1991, n° 90-10.784, Bull. Civ. IV n° 288 ; JCP E 1992, I, 138, n° 25, M. Cabrillac et P. Pétel ; RTDCom. 1992, p. 464, A. Martin-Serf. Etait en cause ici le report du droit de rétention sur le prix de vente, lequel a été admis au profit du gagiste automobile nonobstant l'existence de créances superprivilégiées. La même solution a été appliquée au créancier titulaire d'un warrant agricole (Cass. Com. 26 janv. 2010, n° 08-21340 : BJE 2011/1, p. 32, N. Borga ; Droit rural, mai 2010, n° 383, Comm. 63, J-J. Barbieri ; Gaz. Pal. 17 avr. 2010, n° 107, P. Roussel Galle ; Rev. Lamy dr. contrats mars 2010, p. 31, note J. J. Ansault), lequel n'a pas été abrogé par l'ordonnance n° 2021-1192 portant réforme du droit des sûretés, contrairement à de nombreux gages spéciaux, cette ordonnance ayant cependant opéré diverses modifications des règles lui étant applicables, afin, notamment, de simplifier et harmoniser les règles de publicité avec celles des autres sûretés mobilières et de mieux respecter la distinction des normes législatives et réglementaires (Art 31 VII Ord.).

⁴² O. Buisine, précit.

Il apparaît ainsi que le droit de rétention n'échappe pas à l'exercice d'équilibrisme délicat et subtil sur lequel reposent les ordonnances du 15 septembre 2021⁴³, les mesures le concernant balançant entre efficacité pour le créancier et protection du débiteur...

Toulouse, 15 avril 2022.

⁴³ Ph. Pétel, Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce, Rev. Proc. Coll. 2021/6, Dossier 10, n° 2 ; D. Robine, L'articulation du droit des sûretés avec le livre VI du Code de commerce : un exercice d'équilibrisme, RLDA, Suppl. au n° 175, nov. 2021, 7333, p. 52. ; F. Macorig-Venier, précit. ; R. Dalmau, précit.