

Baron Clémence

Université Paris II Panthéon Assas

**Le sort des créanciers munis de sûretés  
après la réforme des procédures collectives  
et la réforme du droit des sûretés.**

Sous la direction de  
Monsieur le Professeur Pierre Crocq

Magistère de juriste d'affaires. DESS. DJCE.  
Mai 2006

« L'université Panthéon Assas (Paris II) Droit - Economie - Sciences sociales, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de fin d'études ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs. »

Je tiens à remercier Monsieur A. Gourio et Maître A. Provansal pour avoir accepté de répondre à mes questions dans le cadre de la réalisation de ce mémoire. Je remercie également Monsieur le Professeur P. Crocq pour son aide et ses conseils.

# SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	6
PREMIERE PARTIE : FORTE INFLUENCE DE LA LOI DE SAUVEGARDE SUR LES CREANCIERS MUNIS DE SURETES .....	13
Section 1 : Incidences sur les garanties personnelles.....	13
I. Une approche nouvelle du cautionnement.....	13
A) Caractère accessoire et volonté de redresser l'entreprise.....	14
B) Une efficacité fonction de la procédure .....	15
1. La conciliation.....	15
2. La sauvegarde.....	16
3. Le redressement.....	16
4. La liquidation judiciaire .....	17
II. Vers une nouvelle utilisation des garanties non accessoires.....	18
A) L'atteinte portée à la notion de garantie autonome .....	18
1. L'impact de la loi du 26 juillet 2005 .....	18
2. Une loi en contradiction avec le nouveau droit des sûretés .....	20
B) Les autres voies offertes aux créanciers .....	21
1. Consécration de la lettre d'intention .....	21
2. La promesse de porte-fort .....	22
3. La délégation imparfaite.....	23
Section 2 : Incidences sur les garanties réelles .....	24
I. Création du privilège dit de « new money » .....	24
A) Conditions d'existence du privilège de conciliation .....	25
1. Un accord homologué .....	25
2. Un nouvel apport effectué à l'entreprise .....	26
B) Un privilège général doté d'un excellent rang .....	27
1. Les conséquences de la qualification de privilège .....	27
2. Un rang très attractif.....	29
II. Modification du champ du privilège de procédure .....	30
A) Les conditions d'existence du privilège de procédure.....	30
1. Les créanciers méritants .....	30
2. La déclaration des créances postérieures.....	32
B) Le privilège de procédure.....	33
1. Les conséquences liées à la qualification de privilège.....	33
2. Un rang relativement intéressant.....	34
Section 3. Incidences sur l'ensemble des garanties.....	36
I. La déclaration des créances antérieures .....	36
A) Les modalités de la déclaration .....	36
1. Les créanciers soumis à l'obligation de déclaration.....	37
2. Les délais de déclaration .....	38
B) Une sanction plus favorable du défaut de déclaration.....	38
1. Les nouvelles règles en matière de forclusion .....	39
2. L'inopposabilité de la créance à la procédure .....	39
II. L'encadrement de la responsabilité des créanciers .....	41
A) Un principe général de non responsabilité .....	42

B)	Des exceptions dangereuses .....	43
C)	Une sanction originale.....	45
DEUXIEME PARTIE : FAIBLE IMPACT DE LA REFORME DES SURETES SUR LES PROCEDURES COLLECTIVES .....		47
Section 1. L'accroissement limité de l'efficacité des sûretés.....		48
I.	L'attribution judiciaire .....	48
A)	Une faculté jusqu'à présent encadrée.....	49
1.	Une reconnaissance élargie mais non générale .....	49
2.	Les modalités d'exercice.....	50
B)	Une volonté d'élargissement remise en cause.....	52
1.	Les objectifs du projet .....	52
2.	Les dangers de l'ordonnance.....	53
II.	Le pacte comissoire.....	54
A)	La prohibition antérieure.....	54
1.	Un principe d'interdiction .....	55
2.	L'assouplissement jurisprudentiel.....	55
B)	Une admission probablement inefficace .....	57
1.	La volonté de consécration du pacte comissoire.....	57
2.	Les interrogations soulevées par l'ordonnance .....	58
Section 2 La consécration purement symbolique des garanties fondées sur l'exclusivité..		60
I.	La réserve de propriété : une ordonnance bien en-deça des espérances .....	60
A)	L'efficacité de la clause de réserve de propriété .....	60
1.	Nature et conditions d'existence .....	60
2.	Opposabilité de la réserve de propriété à la procédure collective.....	61
B)	Une consécration purement formelle .....	62
1.	Un régime qui aurait pu être innovant.....	62
2.	Une consécration très limitée .....	64
II.	Une constatation de principe du droit de rétention .....	65
A)	La place du droit de rétention dans la législation antérieure.....	65
1.	Nature et caractérisation du droit de rétention .....	65
2.	Une efficacité maximale en cas de procédure collective .....	66
B)	Une insertion de principe .....	68
CONCLUSION.....		70
BIBLIOGRAPHIE .....		72
ANNEXE .....		76

## INTRODUCTION

Lorsque l'on parle crédit, financement d'une entreprise par un tiers, on se doit de penser immédiatement à l'éventuelle défaillance de son débiteur. Et lorsque le débiteur en question est une entreprise il convient pour le créancier d'avoir en tête quelques chiffres...

S'agissant de l'année 2005 le nombre de liquidations judiciaires immédiates prononcées par les tribunaux de commerce français se chiffrait à 27 248 contre 14 222 redressements judiciaires, sachant que seulement 102 plans de cession et 355 plans de continuation ont été adoptés<sup>1</sup>.

Pour être encore plus clair il est possible de dire que plus de 90% des procédures collectives ouvertes à l'encontre d'un débiteur se soldent par une liquidation judiciaire. C'est dire l'importance donnée à l'efficacité d'une garantie prise par le créancier<sup>2</sup>.

Pourtant, en matière de procédures collectives, un des principes majeurs reste celui de l'égalité des créanciers car, selon l'article 2085 du code civil, le prix des biens communs du débiteur se distribue entre les créanciers par contribution « à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Le débiteur n'ayant par hypothèse plus de quoi payer ses créanciers il convient de faire subir à tous les créanciers le poids des pertes.

La Cour de Cassation a très tôt reconnu que cette disposition était une disposition d'ordre publique. Elle n'est cependant pas consacrée formellement par la législation sur les procédures collectives et, les magistrats eux-mêmes, reconnaissent qu'une application trop stricte nuirait à l'équité nécessaire en la matière. Ainsi le principe sera parfois invoqué au soutien de certaines dispositions du droit des procédures collectives (déclaration de créances, suspension des poursuites individuelles, interdiction de paiement des créances antérieures...) et parfois écarté aux vues des finalités de la procédure (privilèges des créanciers postérieurs, clause de réserve de propriété...)<sup>3</sup>.

La validité des causes de préférences et des garanties est donc parfaitement admise. Mais reste à savoir ce que l'on entend par privilège, garantie ou encore sûreté.

Le vocable de garantie est utilisé pour englober tous les procédés permettant au créancier de garantir l'exécution d'une obligation (y compris la compensation par exemple) et, parmi ces

---

<sup>1</sup> Selon les statistiques établies par les greffes des tribunaux de commerce. [www.infogreffe.fr](http://www.infogreffe.fr)

<sup>2</sup> Pour les trois premiers mois de l'année 2006 info-greffe comptabilise 650 redressements judiciaires, 3625 liquidations judiciaires immédiates, 21 désignations de conciliateur et 22 désignations de mandataire ad'hoc.

<sup>3</sup> P. Delmotte *l'égalité des créanciers dans les procédures collectives* Rapport de la cour de cassation 2003.

garanties, il y a les sûretés dont un auteur a proposé une définition généralement retenue « une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans pour autant être source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »<sup>4</sup>. Il faut donc en retenir le caractère accessoire, intentionnel, et la conséquence qui est d'éteindre la créance.

Quant au privilège il s'agit d'une sûreté légale<sup>5</sup>.

Mais avant de cerner leur place et leur efficacité lors de la défaillance du débiteur il convient de comprendre quelle a été l'évolution des législations régissant les garanties et les procédures collectives.

En matière de procédures collectives la première avancée notable a été faite par la loi du 13 juillet 1967 dont l'objectif était de distinguer l'entreprise de ses dirigeants et par conséquent d'envisager un sauvetage de l'entreprise. Elle a mis en place, lorsque le redressement était possible, le concordat qui était établi et voté par la masse des créanciers, symbole de leur égalité. Mais dans les années qui suivirent les liquidations d'entreprise se sont multipliées et le paiement des créanciers, même privilégiés, était très rare du fait du poids des privilèges généraux des salaires, du Trésor Public et de la sécurité sociale.

Ainsi sur la base d'un rapport dit rapport SUDREAU de 1975 une importante réforme a été adoptée et s'est traduite par l'adoption de quatre textes dont la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative « à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises » et la loi du 25 janvier 1985 relative « au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises ».

L'objectif de cette réforme était de favoriser au maximum la détection en amont des difficultés de l'entreprise afin d'augmenter les chances de son redressement. Pour ce faire, a notamment été instituée la procédure dite de règlement amiable ayant une nature mixte, contractuelle et judiciaire, où le débiteur avec l'aide d'un conciliateur concluait un accord avec ses créanciers pour l'obtention de remises ou délais.

Une procédure judiciaire unique a également été mise en place, intitulée redressement judiciaire, débutant par une période d'observation (avec suspension des poursuites pour les

---

<sup>4</sup> L. Aynes, P. Crocq *les sûretés la publicité foncière* 2004 Defrénois

<sup>5</sup> Pour une définition détaillée cf p28

créanciers et interdiction des paiements) et débouchant sur un plan de continuation, de cession ou sur une liquidation judiciaire. La finalité de la procédure de redressement était exposée à l'article L620-1 du code de commerce qui prévoyait en premier lieu la sauvegarde de l'entreprise. Le deuxième objectif était le maintien de l'activité et de l'emploi et enfin en troisième et dernière position se trouvait l'apurement du passif.

D'une participation active au sort de l'entreprise, les créanciers passaient donc au dernier rang dans les objectifs du législateur et les termes mêmes d'apurement du passif illustraient tout à fait le fait qu'ils ne pourraient être entièrement payés. Et dans cette optique la réforme a choisi de faire disparaître la masse.<sup>6</sup>

La modification du sort des créanciers s'est également traduite par la création du célèbre « article 40 » devenu L621-32 du code de commerce accordant aux créanciers ayant financé la période d'observation le droit d'être payés prioritairement à tous les autres créanciers même privilégiés sauf ceux ayant des créances de salaire garanties par le super privilège des salaires et ceux dont les créances correspondent à des frais de justice.

La célébrité de cet article est cependant en partie liée aux nombreuses critiques dont il a fait l'objet et ce sont, entre autres, ses conséquences qui ont conduit à une nouvelle modification du droit des procédures collectives quelques années plus tard.<sup>7</sup>

En effet les créanciers munis de sûretés comme une hypothèque ou un gage se voyaient non seulement primés par les privilèges généraux mais également par les créanciers de l'article 40. Beaucoup y ont vu des « sûretés laminées ».

Une nouvelle réforme a donc été enclenchée avec la loi du 10 juin 1994 avec quatre objectifs : moraliser les plans de cession, améliorer la prévention, faciliter les procédures en créant notamment la liquidation judiciaire immédiate, et surtout rétablir les droits des créanciers munis de privilèges ou de sûretés. Désormais si les créanciers postérieurs conservent leur position en cas de redressement judiciaire, en cas de liquidation judiciaire, ils seront primés par les créances garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement.<sup>8</sup> Malgré cette avancée la position des créanciers munis de sûretés restait très délicate notamment parce que la plupart des actifs de l'entreprise étaient réservés aux privilèges généraux. A cela il faut ajouter des modifications dans l'ordre communautaire avec le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce dernier

---

<sup>6</sup> M. Jeantin et P. Le Cannu *instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés* Dalloz 6<sup>ème</sup> édition

<sup>7</sup> Voir notamment F. Derrida *le financement de l'entreprise* RTD com 1986 n° spécial

<sup>8</sup> Cabrillac et Petel : *juin 1994, le printemps des sûretés réelles ?* D. 1994 chron. 244

visé principalement à harmoniser les chefs de compétence en admettant sous certaines conditions l'ouverture de plusieurs procédures dans différents Etats membres. Il édicte cependant quelques règles matérielles au profit des créanciers concernant leur information, la production des créances et le devenir de leur droit réel.<sup>9</sup>

La combinaison de ces difficultés et modifications et le besoin d'améliorer encore le sauvetage des entreprises a conduit le législateur à envisager de nouvelles réformes. Après un « document de travail préparatoire » réalisé en octobre 2000 par le ministère de la justice puis abandonné, ce que l'on connaît sous le nom de projet « Perben » a vu le jour et a abouti à la promulgation de la loi de sauvegarde des entreprises le 26 juillet 2005 suivie d'un décret en date du 28 décembre 2005. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

Le but de cette loi est encore un fois de maximiser la prévention. A ce titre elle conserve ce que l'on connaissait sous le nom de règlement amiable mais cela devient la « conciliation ». Elle instaure également une procédure dite de sauvegarde qui pourra être ouverte sur la seule demande du débiteur et à la condition qu'il ne soit pas en état de cessation des paiements. Viennent ensuite le redressement judiciaire où le débiteur est en cessation des paiements et la liquidation, phase à laquelle a été intégrée la cession comme cela était le cas sous l'empire de la loi de 1967.

S'agissant des créanciers, leur sort est revalorisé tant au niveau individuel, notamment par la création d'un nouveau privilège et une future diminution des créances postérieures, que collectif, avec, entre autres, l'instauration des comités de créanciers qui seront consultés sur l'élaboration du plan (sorte de retour à la masse), ou encore les contrôleurs qui deviennent de véritables organes de la procédure.<sup>10</sup>

Il faut noter qu'au cours de cette évolution la législation sur les procédures collectives a pris de plus en plus d'importance car son champ d'application n'a cessé de s'élargir. La loi de 1967 concernait les commerçants ; celle de 1985 en a fait bénéficier les artisans. En 1988, c'était au tour des exploitations agricoles d'être incluses dans le champ et enfin la loi de 2005 procède à une extension au profit des professions libérales.

Mais on ne peut prendre pleinement conscience de l'évolution de la législation sur les procédures collectives sans observer celle propre à la législation sur les sûretés. En effet les textes en la matière dataient de 1804 et nombreux sont ceux qui plaident pour une refonte

---

<sup>9</sup> Sur les conséquences de ce règlement pour les banques voir Reinhard Damman *le droit européen des faillites : source d'incertitudes et d'opportunités pour les banques* banque et droit n°101 mai 2005

<sup>10</sup> Sur les pouvoirs des comités et contrôleurs C. Légevaques *le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègement des devoirs ?* LPA, 17 février 2006 n°35 p 63

des dispositions de façon à remédier aux difficultés actuelles et ainsi offrir aux législations étrangères une approche plus aisée de notre droit.

S'agissant des difficultés, un auteur en distinguait, il y a 10 ans déjà, trois principales : les incertitudes de la politique des sûretés (entre protection du débiteur et développement du crédit), l'inflation des sûretés réelles (multiplication des gages et de la sûreté propriété) et le fort pouvoir des volontés individuelles contournant les interdictions légales. Après avoir démontré que les créanciers aspiraient à la simplicité et à l'efficacité de leur garantie, il concluait en disant « au point de son évolution, notre droit des sûretés réelles est sans doute mur pour une réforme ».<sup>11</sup>

A cela s'ajoutaient une transformation progressive de la composition des patrimoines avec le développement des meubles incorporels et surtout la soumission de plus en plus forte des sûretés à la législation des procédures collectives.

Ces facteurs associés à la célébration du bicentenaire du code civil ont permis de prendre conscience de la nécessité d'une réforme. Ainsi en juillet 2003 un groupe de travail a été mis en place sous la présidence du Professeur Grimaldi.<sup>12</sup> Ses propositions de réforme ont été remises au garde des sceaux le 31 mars 2005. L'objectif annoncé était de rendre à cette matière une lisibilité et une accessibilité conditions de la sécurité juridique et donc du développement du crédit<sup>13</sup>. Il s'agissait également de moderniser les textes en ayant à l'esprit leur future exportation au niveau européen et international<sup>14</sup>. Et par une loi en date du 26 juillet 2005 « pour la confiance et la modernisation de l'économie » le parlement a habilité le gouvernement à légiférer par ordonnance en la matière. Le processus a donc été extrêmement rapide. Précisons cependant que la propriété cédée à titre de garantie n'est pas concernée par cette réforme car la chancellerie a institué un autre groupe de travail en la matière (le groupe de travail sur la fiducie). De plus l'habilitation excluait plusieurs points sensibles de la réforme envisagée à commencer par le cautionnement dont la modification revient par conséquent au Parlement (la numérotation est seule modifiée). Elle excluait également le nantissement d'instruments financiers et celui de monnaie scripturale, le projet proposant d'introduire le premier dans le code civil (ce à quoi les représentants des banques s'étaient

---

<sup>11</sup> M. Grimaldi *problèmes actuels des sûretés réelles* LPA 26 juin 1996 n°77

<sup>12</sup> Le groupe était également composé des Professeurs L Aynes, P Crocq, P Simler et H Synvet ainsi que de A. Bac représentant la fédération bancaire française, D. Dos-Reis conseiller à la cour d'appel de paris, E. Frémeaux notaire, A. Gourio BNP-Paribas et A. Provansal avocat au barreau de Marseille

<sup>13</sup> Objectif repris dans le rapport au président de la république du 24 mars 2006

<sup>14</sup> Dossier *Rapport grimaldi : pour une réforme globale des sûretés* où les trois buts cités par le Professeur Grimaldi étaient la clarification du droit des sûretés, la protection du débiteur et l'efficacité de la sûreté. Droit et patrimoine n°140 septembre 2005

fortement opposés)<sup>15</sup> et de créer le second. De même, bien que les projets envisagés l'aient retenue, le conseil d'Etat a estimé que l'habilitation ne comprenait pas la proposition faite pour ramener les privilèges immobiliers au rang d'hypothèques légales.

Elle comprenait en fait l'introduction de dispositions pour permettre le nantissement de stocks ainsi que pour « simplifier la constitution des sûretés réelles mobilières et leurs effets et étendre leur assiette ». Le gouvernement était aussi habilité à améliorer le fonctionnement de l'antichrèse, à permettre le crédit hypothécaire rechargeable et le prêt viager hypothécaire et à simplifier la mainlevée hypothécaire et diminuer son coût. Enfin il devait codifier à droit constant les dispositions sur la réserve de propriété ainsi que donner une base légale à la garantie autonome, à la lettre d'intention et au droit de rétention.<sup>16</sup>

L'ordonnance a été approuvée en conseil des ministres le 22 mars 2006, publiée au journal officiel le 24 mars 2006 et selon la chancellerie elle est applicable à 80% dès sa parution. Seuls cinq décrets devront encore être publiés.<sup>17</sup>

L'innovation la plus visible est la création d'un livre IV dans le code civil consacré aux sûretés. Ce livre devait selon le projet commencer par l'énumération d'une série de principes directeurs comme l'affirmation que la sûreté ne peut être une source d'enrichissement pour le créancier mais là encore cela n'a pas été repris par l'ordonnance.

Si, s'agissant des particuliers les dispositions phares étaient le crédit hypothécaire rechargeable et le prêt viager hypothécaire<sup>18</sup>, pour les entreprises parmi les innovations les plus commentées, il faut retenir le gage sans dépossession ou encore l'autorisation du pacte comissoire, mesures que nous commenterons ultérieurement.

Il ne faut cependant pas voir dans ce nouveau livre un complet bouleversement du droit des sûretés. En effet selon les membres du groupe de travail cette réforme a été conçue comme un simple prolongement des avancées légales ou jurisprudentielles.<sup>19</sup>

Ainsi les procédures collectives et les sûretés sont fortes de deux modifications majeures et extrêmement récentes. Et l'étude de leur impact est nécessairement très importante car ces deux matières sont des fondamentaux de notre économie.

---

<sup>15</sup> A. Bac *la position de la fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés* Droit et patrimoine septembre 2005 n° 140

<sup>16</sup> P. Simler *la réforme du droit des sûretés* JCP G 29 mars 2006 n°13

<sup>17</sup> A Provansal a précisé les décrets d'application attendus : gage sur stocks, publicité foncière, registre pour le gage sans dépossession, tarif des notaires et tarifs des conservateurs des hypothèques. Ceux -ci ne sont pas attendus avant la loi de ratification devant être déposée avant le 23 juin 2006 et dont la date du vote sera fonction du calendrier parlementaire. Entretien du 4 mai 2006

<sup>18</sup> Discours de T. Breton Ministre de l'économie et de P. Clément Garde des Sceaux du 22 mars 2006, site du ministère de la justice

<sup>19</sup> Entretiens avec Messieurs A. Gourio et A. Provansal des 21 avril et 4 mai 2006

L'éternel problème sous jacent est en effet l'équilibre entre la protection des intérêts du créancier et celle des intérêts du débiteur. Il ne faut pas oublier que la sûreté se caractérise par sa fonction qui est de payer le créancier. Elle a donc vocation à démontrer toute son utilité lors de la défaillance du débiteur.

A trop vouloir préserver l'entreprise au détriment des créanciers on risque de décourager le crédit en général ; inversement le sauvetage d'une entreprise nécessitera des efforts de la part des créanciers au risque pour eux de tout perdre en définitif, et trop favoriser les créanciers risquerait de décourager l'initiative individuelle. Or l'histoire des évolutions législatives n'est constituée que de ce conflit, la balance penchant d'un côté ou de l'autre au fur et à mesure des réformes. Un auteur a pu dire que l'on constate constamment « entre les sûretés et les procédures collectives quelques chose de la vieille rivalité entre le canon et la muraille. Chaque fois qu'un édifice est levé...les créanciers cherchent un moyen de contourner l'obstacle ou d'y pénétrer. »<sup>20</sup>

Et on ne peut pas nier en effet que si ces matières ne peuvent se lire l'une sans l'autre, cette imbrication déforme également certains de leurs principes : le droit des sûretés vient mettre à mal le principe de l'égalité des créanciers et la finalité du droit des procédures collectives justifie le détournement de certaines notions comme le caractère accessoire du cautionnement ou la modification de l'ordre des paiements. Mais comme un autre auteur n'a pas manqué de le faire remarquer il y a également un enrichissement réciproque des deux matières.<sup>21</sup> Par exemple la législation des procédures collectives permet de s'interroger sur la nature ou le régime d'une sûreté.

S'agissant des deux réformes le problème est que la première n'a pas tenu compte des travaux réalisés par le groupe de travail sur la seconde ce qui explique certaines incohérences que nous rencontrerons.

Et pour mesurer les conséquences concrètes de ces évolutions sur les créanciers munis de sûretés, les imbrications entre elles et les réelles avancées, il nous faut étudier l'impact de la réforme des procédures collectives sur le droit des sûretés (PREMIERE PARTIE) puis l'impact de la réforme du droit des sûretés sur la législation en matière de procédures collectives (DEUXIEME PARTIE).

---

<sup>20</sup> Jean-Luc Vallens *publicité et information en matière de sûretés* LPA 20 septembre 2000 n°18

<sup>21</sup> C Saint-Alary-Houin synthèse du dossier LPA 20 septembre 2000 n°188

## PREMIERE PARTIE : FORTE INFLUENCE DE LA LOI DE SAUVEGARDE SUR LES CREANCIERS MUNIS DE SURETES

En regardant l'évolution législative en matière de procédures collectives on ne peut que constater la volonté politique, depuis 1994, de redonner un peu de poids aux créanciers antérieurs munis de sûretés. En effet, le bilan de la loi de 1985 démontrait que la place peu satisfaisante qui leur était laissée décourageait le crédit notamment du fait du rang défiant toute concurrence des créanciers postérieurs.

Si, comme nous allons le voir, un des objectifs de la loi de sauvegarde a été de rééquilibrer quelque peu les choses elle conserve néanmoins les priorités précédentes, l'apurement du passif restant en dernière position.<sup>22</sup>

Afin de mesurer clairement les impacts de la réforme nous suivrons la distinction traditionnelle en matière de sûretés. Aussi verrons nous l'incidence de la réforme tout d'abord sur les garanties personnelles (section 1) puis sur les garanties réelles (section 2). Enfin il conviendra d'étudier les dispositions communes aux deux types de garanties qui ont profondément modifié la situation des créanciers titulaires de sûretés (section 3).

### Section 1 : Incidences sur les garanties personnelles

Le cautionnement détient une place très importante dans le crédit car, par ce biais, le créancier bénéficie d'un second patrimoine ce qui augmente ses chances de paiement.

Mais là encore les objectifs de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 avec, en premier lieu, la prévention des difficultés de l'entreprise, ont interféré dans le fonctionnement de cette sûreté (I) ce qui a conduit les créanciers à privilégier d'autres types de garanties personnelles à leur tour rattrapées par la réforme des procédures collectives (II).

#### I. Une approche nouvelle du cautionnement.

Afin de saisir le devenir de cette sûreté lors de la défaillance du débiteur il convient de toujours garder à l'esprit le conflit entre les principes régissant le cautionnement et les intérêts en jeu (A). Celui-ci explique en effet pourquoi l'efficacité de cette sûreté varie selon le type de procédure (B).

---

<sup>22</sup> Article L620-1 et L631-1 du code de commerce

### A) Caractère accessoire et volonté de redresser l'entreprise.

Le caractère accessoire du cautionnement, en ce sens que l'obligation de la caution porte sur la dette d'autrui, est tiré des articles 2290 et 2313 du code civil. Selon le premier le cautionnement « ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ». Quant au second il autorise la caution à « opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette ». Ainsi, si l'on s'en tient à une lecture stricte de la règle « *accessorium sequitur principale* », lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur il s'agit d'une exception qui lui est purement personnelle et non d'une exception inhérente à la dette, par conséquent la caution ne devrait pas pouvoir l'opposer au créancier. Dans cette hypothèse le jeu de la théorie de l'accessoire traduirait selon un auteur « la faiblesse congénitale de la garantie personnelle qu'elle délivre, et [deviendrait] cause de pathologie du cautionnement ».<sup>23</sup>

Et lorsque l'on observe ce qui est fait en pratique cette acception de la règle se révèle être dangereuse pour l'objectif poursuivi par le législateur. En effet, très fréquemment c'est le dirigeant qui s'est porté caution pour son entreprise or, si le but des réformes successives est de favoriser une action le plus en amont possible, il convient de tout faire pour encourager le dirigeant à mettre en œuvre cette action. Pour cela il faut empêcher que celui-ci puisse craindre la poursuite d'un créancier immédiatement après le dépôt de bilan. Et même si la caution n'était pas le dirigeant de l'entreprise il faut éviter que le plan de redressement ne soit mis en cause ultérieurement par un recours après paiement de la caution.

Les premières démarches pour justifier des entorses nécessaires au caractère accessoire se sont appuyées sur l'article 1287 du code civil qui dispose que la remise conventionnelle accordée au débiteur principal libère la caution. Mais, comme l'a souligné un auteur, même si les remises ont un caractère volontaire, par exemple dans le cadre de la conciliation, ce ne sont pas des remises de dette au sens de l'article 1287 du fait de la finalité du plan qui est d'abord et avant tout le redressement de l'entreprise.<sup>24</sup>

Ce même auteur a donc proposé une autre analyse en rattachant plus directement ce caractère accessoire à la volonté même des parties, ce qui explique qu'il pourra être ultérieurement modifié par le législateur : la caution s'est, par hypothèse, engagée à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de ce dernier. C'est la volonté même des parties qui viendrait limiter le

---

<sup>23</sup> D. grimaud *le caractère accessoire du cautionnement* Thèse Université d'Aix Marseille 2001

<sup>24</sup> RTD civ 2004 p534 obs P Crocq Com 5 mai 2004

caractère accessoire.<sup>25</sup> L'ouverture d'une procédure collective ne devrait donc pas avoir de conséquence pour la caution qui s'est engagée à payer, hors le cas où la volonté contractuelle fait obstacle à l'accomplissement de l'objectif prévu par la loi, à savoir le redressement de l'entreprise. Ainsi les dispositions accordant à la caution le bénéfice de la suspension des poursuites par exemple, ne doivent pas être vues comme une atteinte à la finalité du cautionnement mais, simplement, comme le fruit de la suprématie de la loi sur la volonté contractuelle. L'objectif du redressement justifie le modelage du cautionnement. Il n'y a donc là aucune pathologie du cautionnement.

Cependant l'auteur ajoute aussitôt que cette modification est limitée par un impératif découlant du caractère accessoire de la caution, et qui exige que celle-ci ait un recours contre le débiteur. L'atteinte au caractère accessoire ne sera donc possible que dans la limite où la possibilité de recours de la caution est préservée.

Cette utilisation du caractère accessoire a été présente tout au long des réformes mais, selon de nombreux auteurs, c'est avec la loi de sauvegarde qu'elle est la plus respectueuse des principes que l'on vient de voir.<sup>26</sup>

## B) Une efficacité fonction de la procédure

Afin de cerner très clairement la mise en œuvre du caractère accessoire et donc la force du cautionnement en cas de procédure collective, il convient d'établir des distinctions selon les différentes procédures pouvant être ouvertes.

### 1. La conciliation

En cas de conciliation, la loi de sauvegarde prévoit que la caution peut se prévaloir des dispositions de l'accord homologué<sup>27</sup> ce qui n'est qu'une consécration de la jurisprudence antérieure jugeant que « les délais et remises accordés par le créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution »<sup>28</sup>. A défaut d'exclusion, il s'agit des cautions personnes physiques comme des cautions personnes morales. Mais l'article subordonne ce bénéfice à l'existence d'un accord homologué. Faut-il alors y voir un refus délibéré du législateur d'en faire de même pour un accord simplement constaté (ce qui serait pour le

---

<sup>25</sup> P Crocq *Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement* in Mélanges Malauri 2005

<sup>26</sup> Pour une réflexion sur le caractère accessoire et la législation issue de la loi de 1985 PM Le Corre *Cautions, coobligés et garants dans les procédures collectives d'aujourd'hui et de demain* Revue des procédures collectives septembre 2004 n°3

<sup>27</sup> Article L611-10 du code de commerce

<sup>28</sup> Com 5 mai 2004 RTD com 2004 p584 D Legeais

moins injustifié) ? Il est plus juste nous semble-t-il d'y voir un oubli et ce car, comme il a été vu précédemment, le caractère accessoire est modelé par les objectifs du législateur.<sup>29</sup>

## 2. La sauvegarde

L'article L626-11 du code de commerce dispose qu'à l'exception des personnes morales, les cautions peuvent se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. Les cautions personnes morales, qui sont très souvent des établissements bancaires, ne pourront donc pas se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde ce qui s'inscrit dans l'évolution législative actuelle qui consiste à protéger au maximum la caution physique à l'opposé de la personne morale, présumée avoir une pleine conscience de l'importance de ses engagements, ce que l'on a vu avec la loi dite « Dutreil » du 1<sup>er</sup> août 2003. Mais cela correspond également à l'idée de départ qui est de ne pas dissuader le dirigeant de mettre en œuvre une action pour redresser son entreprise, dirigeant qui sera rarement une personne morale. En excluant cette dernière du bénéfice des dispositions on favorise le maintien de l'efficacité du cautionnement nécessaire au crédit, lui-même accordé par des établissements de crédit (et la boucle est bouclée).<sup>30</sup>

De plus, au terme de l'article L622-28 les poursuites sont suspendues jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation mais les créanciers sont autorisés pendant ce délai à prendre des mesures conservatoires. L'article vise désormais les créanciers bénéficiant de « ces garanties » et non plus uniquement de ces « cautions » car comme nous le verrons les cautions ne sont plus les seules garanties concernées par ces dispositions.

L'article prévoit également que les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts en cas de procédure de sauvegarde.

## 3. Le redressement

Au terme des dispositions régissant le redressement « les personnes ayant consenti un cautionnement...ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ». L'ancien article L621-65 disposait, lui, que les cautions solidaires ne pouvaient se prévaloir des dispositions du plan ce qui avait conduit la chambre commerciale, dans un arrêt rendu le 23 novembre 2004 à juger qu'à contrario les cautions simples pouvaient s'en prévaloir<sup>31</sup>. Avec la nouvelle disposition il n'y a donc plus de distinction. Elle s'inscrit à nouveau tout à fait dans l'objectif du législateur puisqu'elle incite les créanciers à participer à la conciliation comme à la sauvegarde qui se situent plus amont et facilitent donc le sauvetage. A l'inverse une fois le redressement ouvert,

---

<sup>29</sup> Pour une justification basée sur la nature contractuelle de l'accord, N. Rontchevsky *Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises* Banque et droit n°105 février 2006

<sup>30</sup> On peut alors s'interroger à l'instar du professeur P Crocq sur l'opportunité de ne pas avoir opté pour l'exclusion des personnes morales lors de la conciliation. *Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés* Droit et patrimoine n°146 mars 2006

<sup>31</sup> JCP G 2005 I n°147, n°5 M. Cabrillac, D 2004 p 3320 A. Lienhard

le débiteur est en cessation des paiements, la prévention n'est donc plus possible et la protection de la caution se justifie beaucoup moins.

Dès lors on peut s'interroger sur les conséquences de la conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement lorsque les conditions en sont réunies. Il est probable que la caution ne puisse pas continuer à bénéficier des dispositions du plan si l'on se fie au rapport de X. Roux qui invoque deux arguments contre ce maintien. D'une part, l'ouverture de la procédure de sauvegarde sera, le plus souvent dans ce cas, le fruit d'une erreur d'appréciation et non le début d'une véritable évolution dans la situation du débiteur. Et d'autre part, accorder un tel bénéfice au dirigeant caution le conduirait à demander systématiquement l'ouverture d'une procédure de sauvegarde malgré une cessation des paiements avérée<sup>32</sup>.

La caution bénéficiera cependant des dispositions de L 622-28 régissant le sort des cautions en cas de sauvegarde, à l'exception des dispositions sur l'arrêt du cours des intérêts, grâce à un renvoi opéré par l'article L631-14.

Cet affaiblissement de l'efficacité de la caution est néanmoins compensé par la nouvelle sanction du défaut de déclaration de la créance et ses conséquences sur la caution que nous étudierons ultérieurement<sup>33</sup>.

#### 4. La liquidation judiciaire

Concernant la liquidation judiciaire, l'article L 641-3 renvoie aux dispositions de l'article L622-28 ce qui semble très discutable. La caution ne peut en effet bénéficier de la suspension des poursuites qui prend fin avec la liquidation et on peut s'interroger sur l'opportunité de lui permettre de bénéficier de l'arrêt du cours des intérêts alors que par définition aucun sauvetage de l'entreprise n'est envisageable. Dans ce cas l'objectif du législateur n'est plus en jeu et l'on se doit de revenir à la volonté contractuelle des parties, à savoir, la mise en œuvre du cautionnement souscrit pour faire face à la défaillance du débiteur. En ce sens un auteur suggère de revenir à la jurisprudence antérieure ; la chambre commerciale dans un arrêt rendu le 3 avril 1990 avait en effet jugé que la liquidation des biens du débiteur ne pouvait avoir pour effet de suspendre les poursuites dirigées contre les cautions<sup>34</sup>.

Il convient à présent d'établir une passerelle avec la réforme des sûretés car le projet établi par le groupe de travail dit groupe « Grimaldi » avait adopté une position de principe en contradiction avec ce que l'on vient d'étudier. En effet l'article 2038 proposé, après avoir

---

<sup>32</sup> Rapport X Roux n°2095 11 février 2005 sauvegarde des entreprises, assemblée nationale

<sup>33</sup> Cf section 3 I

<sup>34</sup> Stéphane Prigent *Cautions, coobligés, garants autonomes....* LPA 9 janvier 2006 n°6

rappelé dans un alinéa 1<sup>er</sup> le caractère accessoire du cautionnement, disposait dans son alinéa 2, que la caution ne pouvait se prévaloir ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'une procédure d'insolvabilité sauf disposition contraire<sup>35</sup>. Le parlement a finalement refusé d'habiliter le gouvernement sur ce point mais cette question est vouée à réapparaître lors des discussions parlementaires. Le problème n'est donc pas réglé et il illustre le manque de coordination entre les deux réformes.

Le cautionnement n'étant pas la seule garantie personnelle offerte aux créanciers, il convient à présent d'examiner le sort réservé aux garanties non accessoires par la réforme des procédures collectives.

## II. Vers une nouvelle utilisation des garanties non accessoires.

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 vise expressément un autre type de garantie personnelle connue sous le nom de garantie autonome. Et si le régime de celle-ci s'en trouve réellement affecté (A) il n'en demeure pas moins qu'il existe d'autres possibilités offertes aux créanciers (B).

### A) L'atteinte portée à la notion de garantie autonome

Au vu des réformes dans ce domaine on peut voir une double atteinte, atteinte faite tout d'abord à la notion par la loi de sauvegarde des entreprises (1) mais également atteinte portée à la sécurité juridique du fait de la contradiction avec le droit des sûretés (2).

#### 1. L'impact de la loi du 26 juillet 2005

Jusqu'au mois de mars la garantie autonome n'était régie par aucun texte. Issue de la pratique bancaire internationale elle a progressivement été utilisée dans les rapports internes jusqu'à ce que la Cour de Cassation en consacre la spécificité<sup>36</sup>. Son objectif est de conférer une sorte de « super-garantie » au créancier en lui sécurisant un paiement sans qu'il puisse se voir opposer d'exceptions.

La garantie autonome est généralement définie comme « un engagement de payer une certaine somme, pris en contemplation d'un contrat de base et à titre de garantie de son exécution,

---

<sup>35</sup> Rapport du groupe de travail déposé le 31 mars 2005 au Garde des Sceaux article 2308

<sup>36</sup> Deux arrêts rendus par la chambre commerciale le 20 décembre 1982, D 1983. 365 Vasseur

mais constitutif d'une obligation indépendante et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat »<sup>37</sup>.

A l'instar du cautionnement il s'agit donc d'un engagement personnel pris par un tiers, mais la similitude entre ces deux garanties n'ira pas plus loin. En effet dans le cas de la garantie autonome le garant ne s'engage pas à payer la dette du débiteur. Il prend un engagement qualifié d'abstrait et toute référence à ce que doit le débiteur, dans la détermination de l'obligation conduira invariablement à la requalification en cautionnement<sup>38</sup>. La conséquence directe de cette autonomie réside dans l'inopposabilité des exceptions relatives au contrat principal, les seules exceptions opposables étant la fraude ou l'abus manifeste du bénéficiaire selon la jurisprudence<sup>39</sup>. De plus, la garantie autonome n'étant pas un cautionnement, elle échappe en principe à toutes les règles de protection de la caution s'agissant, entre autres, de l'obligation d'information du créancier ou encore des exigences de proportionnalité.

La loi de sauvegarde des entreprises est cependant venue remettre en cause ces affirmations.

Dans le cadre de la conciliation tout d'abord l'article L611-10 permet à tous les garants autonomes de se prévaloir des dispositions de l'accord, sans distinguer les personnes physiques des personnes morales. Les garants autonomes personnes physiques pourront également se prévaloir du plan de sauvegarde (L626-11), et suivent le même régime que les cautions s'agissant de la suspension des poursuites individuelles et de l'arrêt du cours des intérêts (L622-28, L631-14 et L641-3<sup>40</sup>). Il y a là, sans nul doute, une absurdité juridique : la garantie étant par définition autonome elle ne devrait pas pouvoir bénéficier des mesures applicables au débiteur. Aucune exception ne devrait pouvoir être opposée au créancier. Le paiement y est conçu comme automatique et les contestations ne pourront intervenir qu'ultérieurement.

Cependant cet alignement du sort du garant autonome sur celui de la caution trouve, selon le législateur, sa justification en pratique. Constatant en effet une nette recrudescence de ce type de garantie afin d'éviter la législation très protectrice sur le cautionnement, le législateur a voulu mettre un coup d'arrêt à ce détournement<sup>41</sup>. La négation de la notion procède donc d'une volonté politique.

L'atteinte aura cependant une portée relative en pratique puisqu'en règle générale ces garanties sont accordées par des banques, notamment dans un contexte international, et que la

---

<sup>37</sup> P. Simler et P. Delebecque : *les sûretés et la publicité foncière* Dalloz 4<sup>ième</sup> édition

<sup>38</sup> Com 13 décembre 1994, Bull. civ. IV n° 375

<sup>39</sup> Com 7 juin 1994, Bull. civ. IV n°203

<sup>40</sup> Avec les objections que l'on a pu étudier chap 1 section 1 I

<sup>41</sup> Rapport X Roux précité et rapport de JJ Hyest devant le Sénat en date du 11 mai 2005 n°335

législation sur les procédures collectives vise principalement les personnes physiques (hors le cas des dispositions de l'accord de conciliation qui constituent donc un réel frein à la souscription de garanties autonomes).

Enfin, il faut noter que l'article L643-11 II qui dispose que la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers leur droit de poursuite individuel, accorde une exception « à la caution ou au coobligé » qui a payé au lieu et place du débiteur. Le garant autonome qui aurait payé n'est donc pas visé. A l'instar d'un auteur nous pensons qu'il s'agit là d'un oubli de la part du législateur, à moins d'y voir une nouvelle fois la volonté de porter atteinte au régime de la garantie autonome qui, de manière constante, offre une possibilité de recours au garant contre le débiteur car, en rendant service à ce dernier, il s'est corrélativement appauvri<sup>42</sup>.

L'atteinte portée à la notion par la réforme des procédures collectives est donc bien réelle. Les créanciers risquent d'autant plus d'être méfiants dans leur demande de garantie autonome que la réforme du droit des sûretés vient confirmer le régime jusque là applicable.

## 2. Une loi en contradiction avec le nouveau droit des sûretés

Comme une illustration du manque de cohérence entre les deux législations, à peine un an après la loi de sauvegarde des entreprises, l'ordonnance du 23 mars 2006 insère dans ce qui sera le livre IV du code civil un article 2321 qui dispose que « 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.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

Certains membres du groupe de travail s'étaient opposés à l'introduction d'une telle définition arguant que cela ne pourrait qu'être réducteur par rapport au régime institué par la jurisprudence<sup>43</sup>. Cependant, il semble que ce régime soit consacré dans le respect des deux caractéristiques fondamentales de la garantie : l'autonomie et l'inopposabilité des exceptions.

La contradiction marque certes les esprits mais n'aura pas de conséquences pratiques car comme nous le verrons le livre IV ne sera pas opposable aux procédures collectives.

---

<sup>42</sup> N. Rontchevsky *les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises* Banque et droit n°105 février 2006

<sup>43</sup> A. Bac : *La position de la fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés*, précité

Reste que la nouvelle place conférée aux garanties autonomes dans ces procédures va probablement inciter les créanciers à se tourner vers d'autres garanties.

## B) Les autres voies offertes aux créanciers

Aux vues des dernières avancées législatives et jurisprudentielles trois autres garanties vont s'avérer particulièrement intéressantes pour les créanciers : la lettre d'intention (1), la promesse de porte-fort (2) et la délégation imparfaite (3).

### 1. Consécration de la lettre d'intention

Jusqu'à présent la lettre d'intention était généralement définie comme « un document par lequel un tiers exprime à un créancier son intention de soutenir le débiteur afin de lui permettre de remplir ses engagements<sup>44</sup> ». Au départ la jurisprudence appréhendait ces documents ou, comme de simples engagements moraux ou alors, comme de véritables cautionnements (lorsque le tiers s'engage à payer). Puis elle a admis qu'ils pouvaient constituer un engagement contractuel de faire<sup>45</sup>.

Et, en application de l'article 1142 du code civil, l'inexécution d'un tel engagement se résoudra en dommages et intérêts, le créancier ayant simplement une charge de preuve plus ou moins lourde selon que son obligation est qualifiée de résultat ou de moyen<sup>46</sup>. En cas d'obligation de résultat la garantie sera extrêmement intéressante car, conformément au droit commun de la responsabilité, le tiers ne pourra s'opposer au paiement qu'en cas de force majeure (dans cette hypothèse la lettre d'intention se confond avec la promesse de porte fort d'exécution). A priori donc, il ne peut se prévaloir d'autres exceptions<sup>47</sup>. L'engagement est en quelque sorte autonome.

La lettre d'intention n'en est pas pour autant une sûreté au sens où on la définit car elle est d'abord et avant tout un mécanisme de responsabilité. Mais cette affirmation ne pourra être maintenue avec l'ordonnance réformant les sûretés. Celle-ci introduit un article 2322 qui dispose qu'il s'agit « d'un engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier », introduction faite au sein du livre des sûretés. Un débat est né au sein du groupe de travail sur l'opportunité

---

<sup>44</sup> Simler et Delebecque *les sûretés, la publicité foncière* précité

<sup>45</sup> CC 21 décembre 1987, D 1989. 112, note Brill

<sup>46</sup> Pour une jurisprudence très incertaine sur cette distinction, L. Aynes et P. Crocq *les sûretés, la publicité foncière* précité n°321

<sup>47</sup> Notons cependant que la jurisprudence exige pour les lettres d'intention constitutives d'obligations de résultat l'autorisation du conseil d'administration au terme de l'article L225-35 ce qui n'est pas le cas pour celles constitutives d'obligation de moyen Com 26 janvier 1999, D 1999. 577, Aynes

d'une telle introduction mais l'objectif était de bien distinguer ce mécanisme du cautionnement<sup>48</sup>. La conséquence directe en matière de procédure collective risque d'être l'obligation de déclaration de cette garantie par le créancier conformément à l'article L622-25. De plus cette définition met fin à la distinction élaborée en jurisprudence entre obligation de moyen et obligation de résultat. Mais d'autres garanties non assimilées à des sûretés restent envisageables.

## 2. La promesse de porte-fort

Trois types de porte-fort doivent être distingués. Classiquement il y avait la promesse de ratification par un tiers d'une convention imparfaite ainsi que le porte-fort de conclusion où il s'agissait de promettre au bénéficiaire qu'un tiers allait conclure un contrat avec lui. Puis, sur la base de l'article 1120 du code civil, certains auteurs ont défendu l'idée, reçue en jurisprudence, qu'un autre type de porte-fort était possible : le porte-fort d'exécution<sup>49</sup>. Dans ce cas le promettant se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers.

Et selon l'article 1120, si le tiers ne se conforme pas à son engagement, le porte-fort devra indemniser le créancier ce qui constitue bien une garantie mais ne peut à nouveau être qualifié de sûreté. Seule une éventuelle cause étrangère quant à l'inexécution du débiteur pouvant être invoquée, il y a encore ici inopposabilité des exceptions.

Quant à la question de savoir si la notion de garantie autonome utilisée en droit des procédures collectives doit trouver application ici, la jurisprudence semble pour le moins incertaine. Dans un premier arrêt en date du 25 janvier 2005 la Cour de Cassation a jugé que le porte-fort d'exécution avait un caractère autonome<sup>50</sup>. Mais à peine un an plus tard la chambre commerciale jugeait elle qu'il avait un caractère accessoire<sup>51</sup>. Pourtant ni l'une, ni l'autre des qualifications ne nous convainc : le porte fort ne s'engage pas à payer la dette d'autrui pas plus qu'il ne souscrit d'engagement nouveau et autonome. Nous pensons en effet, à l'instar d'un auteur que le porte fort d'exécution est en fait une garantie indemnitaire (tout comme la lettre d'intention constitutive d'une obligation de résultat) qui devrait donc conserver toute sa valeur en cas de procédure collective<sup>52</sup>.

Face à ces hésitations une dernière garantie doit être envisagée.

---

<sup>48</sup> La fédération bancaire française s'y est cependant opposée pour les mêmes raisons que la garantie autonome

<sup>49</sup> Sur cette évolution I. Riassetto *Le port fort d'exécution une garantie à la recherche de son caractère* Revue lamy droit civil 2006 n°26

<sup>50</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 25 janvier 2005 JCP G I, 185, n°12

<sup>51</sup> Com 13 décembre 2005 Lamy droit civil n°26 précité

<sup>52</sup> N. Rontchevsky Banque et droit février 2006 précité

### 3. La délégation imparfaite

Cette garantie est prévue par l'article 1275 du code civil. C'est une opération par laquelle, un débiteur, le délégant, fournit à son créancier, le délégataire, un autre débiteur, le délégué, qui s'engage envers lui. Pour que l'opération existe, le créancier doit accepter l'engagement. Lorsque celui-ci entraîne une novation, l'opération est qualifiée de délégation parfaite et n'est pas une garantie contrairement à la délégation imparfaite où le débiteur originaire n'est pas déchargé et où le créancier bénéficie donc de deux patrimoines. La délégation dite imparfaite est la plus fréquente car la novation suppose une stipulation expresse en ce sens.

S'agissant de l'opposabilité des exceptions, cette garantie présente un grand intérêt pour le créancier car la jurisprudence juge de façon constante que le délégué ne peut opposer au délégataire une exception qui serait née de son rapport avec le délégant<sup>53</sup>.

Et une solution récente a relancé l'attrait de cette garantie. Jusqu'à présent la jurisprudence estimait que le fait que la créance du délégant sur le délégué subsiste dans son patrimoine justifiait qu'un créancier antérieur du délégant puisse saisir cette créance au détriment du délégataire<sup>54</sup>. Cela revenait à nier l'existence même de la délégation et la volonté implicite du délégant de rendre sa créance indisponible. Mais cela n'est plus le cas depuis un arrêt rendu par la chambre commerciale le 14 février 2006 qui a jugé que « la saisie attribution effectuée entre les mains du délégué par le créancier du délégant ne peut avoir pour effet de priver le délégataire, dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec le créancier saisissant »<sup>55</sup>.

Cette garantie, qui peut être qualifiée de sûreté lorsque le délégué n'a pas de dette préexistante envers le délégant, est donc très efficace en cas de défaillance du débiteur. Elle ne peut, de plus, être analysée comme une garantie autonome car, même s'il y a un nouvel engagement et une inopposabilité des exceptions renforcée avec l'arrêt précité, l'obligation du délégué n'a pas la même force que celle du garant (il pourra par exemple demander des délais de grâce)<sup>56</sup>. Le délégué ne pourra donc bénéficier des dispositions protectrices des cautions et garants autonomes.

Ainsi, hors le cas des garanties autonomes, la réforme introduite par la loi de sauvegarde des entreprises s'est globalement traduite par une amélioration du sort des créanciers titulaires de sûretés personnelles lors de l'ouverture d'une procédure collective. Mais cela reste limité par rapport à la nette revalorisation connue par les sûretés réelles.

---

<sup>53</sup> Com 22 avril 1997, JCP 1998. II. 10050. Lachièze

<sup>54</sup> Com 29 avril 2002, D 2002. 2673, Houtcieff

<sup>55</sup> Commentaire de G. Marraud des Grottes Revue lamy droit civil avril 2006 n°26

<sup>56</sup> Pour un développement sur cette question Simler *Cautionnement et garantie autonome* Litec 2000

## Section 2 : Incidences sur les garanties réelles

L'amélioration de la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles réalisée par la loi de 1994 s'est avérée insuffisante, aussi la loi se sauvegarde des entreprises est-elle à nouveau intervenue dans ce sens. Mais avant d'étudier ses avancées majeures, il convient de faire mention, même rapidement, des modifications plus minimes.

Avec la loi de 1985 était interdite après le jugement d'ouverture l'inscription de tout acte translatif ou constitutif de droit réel<sup>57</sup>. La rédaction avait été modifiée avec la loi de 1994 où l'interdiction visait les hypothèques, nantissements et privilèges mais la loi de sauvegarde des entreprises opère un retour à la formulation antérieure suite aux fraudes commises consistant à antidater les contrats de vente pour pouvoir les opposer à la procédure<sup>58</sup>.

Une réponse est également apportée aux critiques émises envers le décret de 1994 qui avait subordonné la revendication à un second délai sans lui donner d'assise légale. L'article L624-10 dispose désormais que le propriétaire « peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en conseil d'état »<sup>59</sup>.

Enfin, s'agissant du transfert de la charge de la sûreté en cas de cession, le cessionnaire n'a désormais plus la possibilité d'imposer des délais de paiement au créancier<sup>60</sup>. Mais du fait de l'insertion de la cession dans la phase de liquidation judiciaire, les créanciers devront attendre l'expiration du délai de reprise fixé par le tribunal avant de reprendre l'exercice de leur droit de poursuite individuel.<sup>61</sup>

Les nouveautés les plus remarquables restent cependant la création d'un privilège de conciliation (I) et la modification substantielle de l'ancienne priorité de paiement reconnue aux créanciers postérieurs (II).

### I. Création du privilège dit de « new money »

Déjà en 1985, la réforme avait pour but de développer la prévention pour favoriser le redressement, et c'est ce qui avait été à l'origine de la création du règlement amiable. Ce règlement amiable est devenu conciliation avec la loi de 2005 mais le squelette est resté le

---

<sup>57</sup> Sur les causes de la modification opérée en 1994 voir JM Calendini *la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales après la loi du 10 juin 1994* Revue des procédures collectives n°1994-4

<sup>58</sup> Le professeur Crocq voir dans cette modification la fin de la dénaturation du crédit-bail pour justifier l'interdiction de son inscription « le projet de la loi de sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés » droit et patrimoine n°133 janvier 2005

<sup>59</sup> Article L 624-17

<sup>60</sup> Article L 642-12

<sup>61</sup> Article L 643-2

même.<sup>62</sup> Il s'agit d'un accord pré juridictionnel conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers, avec l'aide d'un conciliateur, visant à l'obtention de remises ou délais de paiements.

Malgré les avantages d'une telle procédure elle n'a pas donné jusqu'à présent les résultats escomptés du fait des dangers liés au caractère purement solennel de l'homologation de l'accord réalisé par le tribunal. Aussi la loi de sauvegarde des entreprises a-t-elle décidé de multiplier les incitations à participer à cette procédure en direction des créanciers. Dans cette optique l'innovation essentielle a été la création d'un privilège au profit des créanciers participants (B) privilège soumis à des conditions d'existence (A).

#### A) Conditions d'existence du privilège de conciliation

L'article L611-11 du code de commerce subordonne la reconnaissance du privilège à deux conditions, l'homologation de l'accord conclu (1) et la fourniture d'un nouvel apport en trésorerie ou d'une nouvelle prestation au débiteur (2).

##### 1. Un accord homologué

Au terme de l'article L 611-8, il peut exister deux types d'accords conclus entre le débiteur et ses créanciers : un accord constaté et un accord homologué. Le constat est obtenu sur requête conjointe des parties auprès du président du tribunal et l'avantage de l'accord constaté est, outre d'avoir une force exécutoire, de ne pas être publié, ce qui permettra de ne pas effrayer les autres créanciers de l'entreprise. Cependant ce constat ne permet pas d'obtenir le privilège de l'article L611-11 et surtout il n'offre aucune sécurité juridique aux créanciers. La jurisprudence jugeant que « ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, ni l'ordonnance homologuant l'accord n'ont autorité de chose jugée quant à la date de cessation des paiements »<sup>63</sup> sera toujours applicable puisqu'au terme de la réforme, ce n'est qu'en cas d'accord homologué que la date de cessation des paiements ne pourra être modifiée sauf cas de fraude<sup>64</sup>. L'attestation du débiteur ne liera ni le juge pénal ni le juge civil.<sup>65</sup>

A l'inverse, si l'homologation de l'accord permet de bénéficier du privilège elle entraînera la publicité du jugement ce qui peut présenter un inconvénient pour le débiteur. Et

---

<sup>62</sup> Selon l'article L 611-7 la finalité de la conciliation est identique « favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers... d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise ».

<sup>63</sup> Com 14 mai 2002 JCP G 2002 I n° 174, n°2 P. Petel et D2002 p 1837 A. Lienhard

<sup>64</sup> Article L631-8 pour le redressement et L641-1 IV pour la liquidation judiciaire

<sup>65</sup> Intervention de P Houillon, JOAN séance du 3 mars 2005 p 1609

même si, selon les textes, il est le seul à pouvoir demander l'homologation nul doute que ses créanciers subordonneront leur participation à l'accord à cette demande.

Selon l'article L611-8 l'homologation de l'accord est soumise à trois conditions.

En premier lieu le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements ou l'accord conclu doit y mettre fin ce qui est une avancée notable par rapport à la loi de 1985 qui subordonnait le règlement amiable à l'absence de cessation des paiements. Ici encore se trouve la marque de la volonté du législateur d'éviter au maximum l'ouverture d'un règlement judiciaire qui se solde, rappelons le, presque inévitablement par une liquidation.

En second lieu les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise. Avec cette condition il s'agit d'éviter que les créanciers ne participent à l'accord que dans le but de bénéficier du privilège lors de l'ouverture de la procédure ultérieure. L'accord doit justement servir à empêcher cette ouverture. Mais il s'agit aussi d'éviter que le débiteur s'en serve pour diminuer son passif juste avant de céder les parts de la société à un prix qui s'en trouvera amélioré.<sup>66</sup>

Enfin, l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. Pour ce faire le tribunal devra notamment vérifier que les garanties prises par les créanciers participants ne sont pas disproportionnées<sup>67</sup>. Notons dès à présent que cette vérification permettra certainement d'éviter le danger de l'article L650-1 que nous étudierons plus tard.

Mais l'homologation n'est pas la seule condition pour bénéficier du privilège.

## 2. Un nouvel apport effectué à l'entreprise

L'article L611-11 distingue deux types d'apports.

Il peut tout d'abord s'agir d'un « apport en trésorerie », expression très éloignée de la première version proposée qui, elle, visait « un crédit ou une avance »<sup>68</sup>. Cette différence s'explique par le tollé provoqué par le projet que beaucoup voyaient comme un cadeau fait aux banques. Un simple crédit pouvait suffire or ce que le législateur souhaitait c'était de l'argent « frais » pour être véritablement en mesure d'aider au redressement par de nouvelles disponibilités. Les délais de paiements ne pourront donc bénéficier du privilège tout comme les concours consentis antérieurement à la conciliation de façon directe ou indirecte. Un risque de contentieux se profile cependant pour les ouvertures de crédit en compte ou les

---

<sup>66</sup> PM Le Corre *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises* D 2005 p 2317

<sup>67</sup> Rapport de J J Hyst pré cité

<sup>68</sup> Projet de loi sauvegarde des entreprises, Assemblée nationale n°1596, 24 mai 2004

découverts en compte existant avant la conciliation mais continuant à être activés postérieurement<sup>69</sup>.

Et s'agissant du concours des actionnaires ou associés, le dernier alinéa de l'article précité dispose que les apports qu'ils feraient dans le cadre d'une augmentation de capital ne peuvent bénéficier du privilège. A contrario, et en conformité avec l'objectif de procurer de l'argent frais à l'entreprise, il faut en déduire que les auteurs d'avances en comptes courant pourraient s'en prévaloir.<sup>70</sup>

En second lieu la loi vise de « nouveaux biens ou services » de façon générale. Sont donc concernés tous les nouveaux fournisseurs de l'entreprise.

Cependant dans les deux cas, le nouvel apport doit être consenti ou fournis dans l'accord homologué ce qui signifie que l'accord devra viser expressément ce à quoi l'argent est destiné.

Enfin et surtout, ces participations ne bénéficieront du privilège que si elles sont consenties en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité. Elles doivent donc être en rapport avec l'activité de l'entreprise et ne pas représenter un poids trop important pour elle, ce qui rejoint la condition de pérennité vérifiée par le tribunal lors de l'homologation.

Une fois ces conditions réunies, le privilège dit de new money pourra être accordé au créancier.

## B) Un privilège général doté d'un excellent rang

Selon l'article L611-11 les créanciers seront payés par privilège avant toute créance née antérieurement. Il ne s'agit donc pas là d'une priorité de paiement mais d'un privilège (1) qui prime quasiment tous les autres (2).

### 1. Les conséquences de la qualification de privilège

Les oppositions à l'encontre du privilège de conciliation n'ont pas seulement eu lieu à l'Assemblée car un recours devant le Conseil Constitutionnel a été intenté. Mais les magistrats y ont apporté une réponse similaire à celle qui avait été donnée lors de la contestation du célèbre article 40 de la loi de 1985 « considérant que le principe d'égalité des créanciers ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations

---

<sup>69</sup> Afin d'éviter les contentieux C Légevaques conseille de clôturer les comptes courants bancaires dès l'ouverture de la conciliation *Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises...*LPA 17 février 2006 n°35.

<sup>70</sup> Sur les conséquences de l'incorporation du compte courant au capital juste après l'ouverture de la conciliation voir C Légevaques précité

différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Et en l'espèce le Conseil Constitutionnel a considéré que le privilège a été instauré pour inciter les créanciers à participer à l'accord et qu'en prenant ce risque les nouveaux créanciers se trouvaient dans une situation différente des créanciers antérieurs ; qu'ainsi le principe d'égalité n'a pas été méconnu.<sup>71</sup>

La validité du privilège étant incontestable il convient de préciser sa nature. Le code civil définit le privilège comme un droit de préférence donné par la loi<sup>72</sup>. Il répond en fait à cinq critères : c'est un droit de préférence attaché à la qualité de la créance, il confère la priorité sur les autres créanciers, il est d'origine légale, il s'agit d'une sûreté sans dépossession et enfin il ne suppose pas en principe de publicité.

Il peut être général c'est-à-dire portant sur tous les biens du débiteur, comme dans ce cas, ou spécial. Les conséquences de la qualification de privilège et même de privilège général sont très importantes.

Notons en premier lieu qu'en cas de résolution de l'accord amiable les créanciers participant auront une position très favorable. En effet, au terme de l'article L611-12, cette résolution ne sera pas totalement rétroactive puisqu'ils garderont les sommes reçues mais recouvreront l'intégralité de leur créance et de leur sûreté et surtout, continueront à bénéficier du privilège même en cas d'ouverture d'une seconde procédure.

De même en cas de procédure collective ultérieure, redressement ou liquidation judiciaire, le privilège étant attaché à la créance, les titulaires en conserveront le bénéfice.

Un doute subsiste cependant sur une des conséquences de la qualification. En effet l'article 2105 du code civil<sup>73</sup> pose une règle dite de subsidiarité selon laquelle le privilège général s'exerce prioritairement sur les meubles, et ce n'est qu'à défaut de mobilier suffisant qu'il s'exercera sur les immeubles.

Jusqu'à présent l'on estimait que cette règle était inapplicable aux créanciers bénéficiant de l'article L621-32 pour deux raisons. Le premier motif était que la Cour de Cassation avait qualifié cette disposition de simple priorité de paiement, lui refusant la qualité de privilège et par conséquent l'application des règles qui y sont attachées.<sup>74</sup> Le second motif était, lui, un argument de texte car l'article 2105 évoquait « les créanciers privilégiés énoncés en l'article précédent » ce qui ne comprenait pas les dispositions du code de commerce. Or si le premier

---

<sup>71</sup> Décision du Conseil Constitutionnel du 22 juillet 2005 n°2005-522

<sup>72</sup> Article 2095 du code civil devenu article 2324 suite à l'ordonnance du 23 mars 2006

<sup>73</sup> Devenu article 2376 avec l'ordonnance

<sup>74</sup> Cf Section 2 II

argument tombe de lui-même avec la qualification de privilège conféré par la réforme il n'en est pas de même pour le second car l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés a conservé les termes de l'article. Il semble cependant souhaitable que la Cour de Cassation dépasse cette limite textuelle<sup>75</sup>.

Il convient enfin de préciser que faute de disposition particulière sur ce sujet, les créanciers de la conciliation doivent être considérés comme des créanciers antérieurs et devront de ce fait déclarer leur créance à la procédure ainsi que leur privilège sous peine de ne pas pouvoir en profiter. On regrettera ici un oubli du législateur qui complique la tâche d'un créancier que l'on voulait pourtant récompenser.

Toutefois ce créancier se voit conférer un rang non négligeable dans la procédure.

## 2. Un rang très attractif

Il faut tout d'abord rappeler que ce privilège ne trouvera à s'exercer qu'en cas d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Mais dans un tel cas il bénéficiera d'un rang extrêmement intéressant.

En cas de redressement judiciaire, au terme de l'article L622-17, les créanciers bénéficiant du privilège de conciliation viendront directement après le super privilège des salaires et les frais de justice. Autrement dit, ils primeront les créanciers bénéficiant du privilège de procédure.

De même, en cas de liquidation judiciaire, selon l'article L641-13 le privilège de « new money » vient immédiatement après les frais de justice et prime les créances garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou par un nantissement sur matériel et outillage. Cette disposition marque donc un net recul par rapport à la réforme opérée par la loi du 10 juin 1994 qui avait notamment pour objectif de redonner une certaine efficacité aux sûretés réelles en cas de procédure collective.

Cela dit, il ne faut pas oublier que ce privilège est toujours primé par d'autres autres privilèges extrêmement puissants qui généralement ne laissent que très peu d'actifs aux autres créanciers.

De plus, un auteur n'a pas manqué de souligner que ne bénéficiant pas du droit d'être payés à l'échéance contrairement aux créanciers postérieurs, les créanciers de la conciliation risquent d'avoir des lendemains plutôt difficiles.<sup>76</sup> Et la véracité de cette remarque est toujours d'actualité malgré un très net resserrement du privilège des créanciers postérieurs que nous étudierons.

---

<sup>75</sup> Cf sur cette question L.Aynes, P. Crocq *les sûretés, la publicité foncière précité* p189

<sup>76</sup> P. Crocq *Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés* Droit et patrimoine n°146 mars 2006

S'agissant enfin de l'ordre interne au privilège, la loi n'en ayant pas prévu contrairement au privilège de procédure, il semblerait logique de faire jouer non pas un critère d'ordre chronologique qui serait quelque peu arbitraire mais plutôt les règles de droit commun de classement des créanciers.

## II. Modification du champ du privilège de procédure

Le privilège de procédure a pour objectif, là encore, d'inciter les créanciers à participer au redressement et ce, en leur conférant un rang suffisamment élevé pour garantir leur paiement. Ce bénéfice connu sous le nom de l'article 40 devenu L621-32 du code de commerce est désormais inscrit à l'article L622-17 en matière de sauvegarde<sup>77</sup> et L641-13 en matière de liquidation judiciaire qui subordonnent sa reconnaissance à certaines conditions (A) mais qui en font un véritable privilège (B).

### A) Les conditions d'existence du privilège de procédure.

L'augmentation incessante du passif postérieur suite à la réforme de 1985 a conduit le législateur à durcir les conditions d'octroi de ce privilège. Il ne sera en effet reconnu qu'aux créanciers méritants (1) à condition pour eux d'avoir déclaré dans les temps (2).

#### 1. Les créanciers méritants

Pour pouvoir être qualifié de créancier méritant il faut que la créance réponde aux trois conditions posées par l'article L622-17.

Elle doit tout d'abord être née après le jugement d'ouverture. Ce critère était déjà présent dans l'article L621-32 et constituait d'ailleurs l'unique condition, ce qui renforçait l'automaticité du privilège et aboutissait à le reconnaître à des créanciers qui n'avaient pas contribué au redressement et qui ne méritaient donc absolument pas de primer les créanciers antérieurs.

Est également reprise de la législation antérieure la condition selon laquelle la créance doit être régulière. La créance doit en fait être née conformément à la répartition des pouvoirs opérée par le jugement entre le débiteur et les organes de la procédure. Il convient de rechercher si l'auteur de la créance avait le pouvoir d'engager l'entreprise. Et en matière délictuelle la jurisprudence jugeait une créance régulière dès lors qu'elle était née lors d'une activité autorisée.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Pour le redressement L622-17 est aussi applicable par renvoi de L631-14

<sup>78</sup> En ce sens com 31 mars 1992 RJDA 1992, 617 et com 25 janvier 1994 RJDA 1994, 562

Si l'analyse de la répartition des pouvoirs doit être reprise il n'en sera vraisemblablement pas de même pour les solutions en matière de créance délictuelle. En effet la loi de sauvegarde des entreprises a ajouté un troisième critère qu'un auteur a qualifié de téléologique.<sup>79</sup>

Selon l'article L622-17 les créances doivent être nées « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période ». Au critère temporel est donc ajouté une finalité : même postérieure la créance ne sera privilégiée que si elle correspond à un besoin du débiteur, si elle va dans le sens du redressement de l'entreprise.

Le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale a précisé ces critères. Les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation recouvriraient les frais de justice, les honoraires et les frais liés à l'exécution des contrats en cours alors que le critère de la prestation fournie pour l'activité professionnelle engloberait les livraisons de biens ou services et la mise à disposition d'une somme d'argent.<sup>80</sup>

Bien que commentés ces critères apparaissent plutôt flous. Pourquoi par exemple avoir précisé que le premier recouvrait les contrats en cours alors qu'ils sont également englobés dans le second, puisqu'il s'agit bien d'une prestation fournie au débiteur.

De même, nombreuses sont les interrogations s'agissant des contrats de prêt conclus avant l'ouverture de la procédure mais dont la somme a été remise après. Il s'agit bien d'une mise à disposition de somme d'argent et donc a priori d'une créance postérieure, pourtant la Cour de Cassation a récemment jugé que c'était une créance antérieure.<sup>81</sup>

Quant aux créances délictuelles ou pénalités, on peut se demander de quelle façon les appréhender. Elles ne peuvent certes pas être analysées comme nécessaires au déroulement de la période d'observation mais qu'advient-il si elles naissent au cours d'une activité qui, elle, est nécessaire à cette période, par exemple au cas où l'entreprise tire profit d'une activité ou d'un bien en causant un préjudice à un tiers ? La question revient en fait à se demander si la jurisprudence optera pour une lecture stricte du critère de l'utilité : le dilemme est toujours le même, qui du créancier ou du débiteur doit-on favoriser ? Et la même question se posera au sujet des créances fiscales ou sociales...<sup>82</sup>

Mais dans tous les cas, le créancier ne bénéficiera de ce privilège que s'il déclare dans les temps.

---

<sup>79</sup> F. Pérochon *les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* Gazette du palais 8 septembre 2005 n°251 p57

<sup>80</sup> Rapport de X Roux précité

<sup>81</sup> Com 11 février 2004 Bull Civ IV n°30 p 29

<sup>82</sup> Cf F. Pérochon qui en propose une prise en compte prorata temporis ce qui est théoriquement intéressant mais qui risque de poser de gros problèmes pratiques, article précité

## 2. La déclaration des créances postérieures

Une autre difficulté créée par la législation antérieure était le manque de visibilité des créances privilégiées. C'est pourquoi la réforme du 26 juillet 2005 a instauré un système de déclaration des créances postérieures aux organes de la procédure. Elle avait également pour but l'accélération des procédures<sup>83</sup>.

L'article L622-17 dispose en effet que les créances perdent le privilège si elles n'ont pas été portées à la connaissance du mandataire judiciaire, de l'administrateur, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur selon les cas, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation en cas de sauvegarde ou redressement judiciaire et dans le délai de six mois à compter du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation ou à défaut, dans le délai d'un an du jugement arrêtant le plan de cession.<sup>84</sup>

Il s'agit donc de modalités de déclarations différentes de celles des créances antérieures ce qui est parfaitement logique puisque la plupart des créances ne sont pas nées dans le délai requis. Ici ne doivent être déclarées que les créances qui n'ont pas été payées à l'échéance.

Mais là encore des difficultés de mise en œuvre apparaissent s'agissant notamment de la sanction. Les créances non déclarées perdent leur privilège et la règle joue comme une péremption selon le rapporteur de la commission des lois<sup>85</sup>. Cela signifie-t-il pour autant que la créance doive être traitée comme une créance antérieure à l'instar des créanciers postérieurs non méritants ?

Prenons l'exemple de dépenses engagées pour les besoins de la liquidation mais après l'expiration du délai posé pour la déclaration, le créancier postérieur a-t-il perdu toute préférence alors même que le défaut de déclaration n'est pas de son fait ? Un auteur estime que le droit de poursuite du créancier ne saurait être affecté par cette absence de déclaration et que le mandataire qui a engagé la créance doit la payer sous sa responsabilité<sup>86</sup>. A l'inverse, un autre auteur, s'attachant aux travaux parlementaires soutient que la créance doit être traitée en créance antérieure et, n'ayant pas été déclarée, le créancier ne pourra l'opposer à la procédure<sup>87</sup>. Nous pensons pour notre part que, même si l'objectif du législateur est de réduire la masse des créanciers postérieurs, il n'en demeure pas moins que le critère à prendre en compte dans tous les cas est la participation aux besoins de l'entreprise. Et cela nous semble être une sanction beaucoup trop sévère pour le créancier que de requalifier sa créance en

---

<sup>83</sup> Rapport de X Roux précité

<sup>84</sup> Article L641-13 du code de commerce

<sup>85</sup> Rapport de JJ Hyest précité

<sup>86</sup> F. Pérochon article précité

<sup>87</sup> PM Le Corre *les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* Gazette du palais 10 septembre 2005 n°253

créance antérieure même si la sanction de son défaut de déclaration est nettement plus favorable qu'auparavant<sup>88</sup>. Une telle requalification sera de nature à dissuader n'importe quel créancier de concourir aux frais nécessaires.

Une fois la créance méritante et déclarée elle bénéficie cependant d'un véritable privilège.

## B) Le privilège de procédure

Selon l'article L622-17 les créances postérieures méritantes sont payées par privilège sur les autres créances. Il s'agit à nouveau ici d'un privilège général (1) dont l'efficacité dans la procédure reste intéressante (2).

### 1. Les conséquences liées à la qualification de privilège

L'ancien article L621-32 disposait que les créances postérieures étaient payées « par priorité » aux autres créances ce qui avaient conduit bon nombre d'auteurs à s'interroger sur la nature réelle de cette préférence légale. S'agissait-il d'une simple priorité ou d'un véritable privilège ? La Cour de Cassation a fini par trancher dans un arrêt en date du 5 février 2002 « la priorité de paiement instituée par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction initiale applicable à la cause, qui ne dépend pas de la qualité de la créance, ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du code civil »<sup>89</sup>. La solution a été généralement approuvée car juridiquement justifiée<sup>90</sup>. En effet, sous l'empire de cette loi la seule condition exigée pour bénéficier du privilège était que la créance soit née postérieurement au jugement d'ouverture. Or si l'on revient aux critères tirés de l'article 2095 du code civil pour définir le privilège général, on remarque qu'il doit s'agir d'une préférence attachée à la qualité de la créance ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

La loi de sauvegarde des entreprises a mis fin à cette jurisprudence en précisant tout d'abord explicitement qu'il s'agissait d'un privilège mais également, en le subordonnant à la preuve d'une utilité à l'entreprise par le biais d'un critère « téléologique » ce qui en fait bien une préférence attachée à la qualité d'une créance.

A nouveau il s'agit donc d'un privilège général et par conséquent à nouveau se pose la question de l'application de la règle de subsidiarité que nous avons déjà développée.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Cf section 3 I

<sup>89</sup> Com 5 février 2002 JCP G 2002 I n°144, n°15 M Cabrillac et P Petel, RTD civ 2002 p337 P Crocq

<sup>90</sup> Voir cependant pour les conséquences néfastes en pratique d'une telle solution car créant une insécurité juridique pour les créanciers C Saint-Alary-Houin Revue des procédures collectives 1995. 297

<sup>91</sup> Cf section 2 I B)

De plus, cette qualification va selon toute vraisemblance mettre fin à la jurisprudence selon laquelle, en cas de résolution d'un plan de continuation et d'ouverture d'une seconde procédure collective par la suite, les créanciers postérieurs de la première procédure perdraient le droit de priorité qui leur avait été conféré<sup>92</sup>. Si la solution pouvait se justifier du fait du caractère interne à la procédure d'un ordre de paiement cela ne pourra plus être le cas avec la qualification de privilège qui, lui, est attaché à la créance et ne pourra donc être supprimé<sup>93</sup>.

Outre les bénéficiaires liés à la qualification de privilège il faut souligner que le rang offert par la nouvelle législation est plutôt intéressant.

## 2. Un rang relativement intéressant.

Nous avons eu l'occasion de préciser précédemment que le rang des créanciers postérieurs variait selon le type de procédure en cause.

En cas de redressement judiciaire, l'article L622-17 les fait venir juste après les créanciers de la conciliation en les faisant donc primer sur toutes les créances antérieures. Cependant, en cas de liquidation judiciaire les choses sont moins favorables pour les créanciers méritants car depuis la réforme du 10 juin 1994 ils sont primés par certains créanciers titulaires de sûretés réelles. Leur situation s'est même dégradée car la loi de sauvegarde des entreprises a introduit le plan de cession dans la liquidation<sup>94</sup> ce qui conduit dans ce cas à appliquer aux créanciers méritant le rang prévu à l'article L641-13 alors qu'auparavant ils bénéficiaient du rang prévu en cas de redressement judiciaire. Par conséquent et à l'inverse, les créanciers titulaires de sûretés réelles voient eux leur sort amélioré conformément à la démarche entamée en 1994.

S'est alors posé le problème de savoir quel rang serait applicable dans le cas où la cession prendrait place lors du redressement judiciaire comme le permet l'article L631-22. On pouvait estimer qu'étant donné que cet article n'opère un renvoi qu'à la section 1 du chapitre II sur la liquidation, il exclut de ce fait le classement prévu par l'article L641-13<sup>95</sup>. On pouvait aussi soutenir, comme le faisait un auteur, que ce renvoi partiel n'est qu'un oubli car la réalisation des actifs non compris dans la cession ainsi que la répartition du prix de cession supposent nécessairement l'utilisation d'un corps de règles, corps de règles existant en cas de liquidation. Dans ce sens l'auteur citait l'article L642-21 mais ce dernier n'opérait un renvoi aux dispositions sur la liquidation judiciaire qu'au cas où un plan de redressement n'avait pu

---

<sup>92</sup> Com 12 juillet 1994 D 1995 som p9 F Derrida

<sup>93</sup> En ce sens rapport de JJ Hiest devant le Sénat précité

<sup>94</sup> Article L640-1 du code de commerce

<sup>95</sup> F Pérochon article précité

être arrêté après avoir appliqué L631-22<sup>96</sup>. Le décret du 28 décembre 2005 est venu trancher la question en précisant dans son article 209 que lorsque la cession totale ou partielle de l'entreprise avait été ordonnée sur le fondement de l'article L631-22, la procédure de redressement judiciaire est poursuivie aux fins d'arrêter un plan de redressement ou de liquidation judiciaire. La cession peut donc être ordonnée avant l'ouverture d'une liquidation judiciaire ce qui entraînera, dans un tel cas, l'application du classement lié au redressement et ne contribuera donc pas à redonner plus de poids dans les procédures collectives aux créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles.

Un dernier point à soulever en matière de classement externe est celui de l'éventuel conflit entre les créances postérieures d'une première procédure, qui conservent leur privilège, et celles d'une seconde procédure. Pour certains il faudrait considérer les créanciers comme étant tous en concours et les régler au sein de chaque rang au marc le franc<sup>97</sup>.

Dans tous les cas un privilège supplémentaire viendra les primer, celui de la conciliation. Mais la réforme du 26 juillet 2005 a gardé comme règle de principe que les créanciers méritants ont un droit de poursuite individuel à l'échéance de leur créance, contrairement à ceux de la conciliation, qui viendra certainement bouleverser le classement.

Notons enfin que dans l'ordre interne deux modifications attendues ont été apportées. La première concerne le troisième rang qui vise désormais simplement « les prêts consentis » avec abrogation de la mention « établissements de crédit » ce qui permettra d'englober les prêts dits amicaux ou familiaux. De même, auparavant, l'article L621-32 excluait de ce troisième rang les indemnités et pénalités de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi et, ce, pour ne pas dissuader l'administrateur de continuer ce type de contrat. Cependant l'article disposait « sont exclus du bénéfice de la présente disposition » ce qui avait suscité un contentieux sur le point de savoir si ces indemnités ne pouvaient pas alors bénéficier des autres rangs comme le cinquième. La loi de sauvegarde des entreprises règle donc la question en remplaçant l'expression par « du présent article ».

Cette dichotomie traditionnelle entre sûretés réelles et sûretés personnelles trouve parfois ses limites au sein de dispositions communes. En ce sens, la réforme du 26 juillet 2005, avec toujours la volonté de trouver cet équilibre entre protection des intérêts du créancier et

---

<sup>96</sup> R. Dammann *la situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises* Banque et droit septembre 2005 n°103

<sup>97</sup> PM Le Corre *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises*, précité p2313

protection des intérêts du débiteur, a voulu apporter des améliorations communes au sort de tous les créanciers mais celles-ci se révèlent parfois source de nombreuses interrogations.

### Section 3. Incidences sur l'ensemble des garanties

Avant d'étudier les règles ayant vocation à améliorer le sort des créanciers il convient de rappeler les modifications apportées par la réforme aux dispositions gouvernant les nullités de la période suspecte.

A tout d'abord été ajouté un cas de nullité de droit à l'article L632-1 : les levées, autorisations et reventes d'options et ce, afin d'éviter de la part des dirigeants ce que l'on appelle des opérations d'initiés. Peut également être annulé « tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition » effectué après la date de cessation des paiements par un créancier qui en avait connaissance, ajout opéré pour faire obstacle aux prélèvements réalisés par le fisc<sup>98</sup>.

Les améliorations concernant la place du créancier dans la procédure collective portent, elles, sur deux points essentiels. Il s'agit pour les créanciers antérieurs ou assimilés de la déclaration de créances (I) et pour tous les créanciers, des conditions d'engagement de leur responsabilité pour les crédits apportés à l'entreprise (II).

#### I. La déclaration des créances antérieures

Le principe d'égalité des créanciers conduit à deux règles majeures en cas de procédure collective : la suspension des poursuites et l'interdiction de paiement des créances antérieures. Et afin de pouvoir régler ces créances ultérieurement elles doivent être déclarées à la procédure selon certaines modalités (A), modalités dont la nouvelle sanction fait preuve d'une faveur envers les créanciers (B).

##### A) Les modalités de la déclaration

Pour déterminer les modalités de déclaration, deux points sont à examiner : qui doit déclarer ? (1) et dans quels délais ? (2)

---

<sup>98</sup> Sur la question voir PM Le Corre *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises*, précité p 2314 et C. Laguevaques *le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises...* LPA 2006 précité, qui soulève le problème de la détermination de la date de la saisie attribution

## 1. Les créanciers soumis à l'obligation de déclaration

Au terme de l'article L622-24, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, sont tenus de déclarer. Le critère à prendre en compte est donc la naissance de la créance, critère en cohérence avec les dispositions concernant les créances postérieures<sup>99</sup>. Cette cohérence est cependant toute nouvelle puisque les dispositions antérieures visaient les créanciers dont la créance « a son origine antérieurement au jugement »<sup>100</sup>.

A première vue cette modification semble sans incidence puisque la jurisprudence avait tendance à confondre les deux termes<sup>101</sup>. Elle émane cependant d'une volonté clairement exprimée du gouvernement<sup>102</sup>. Pourquoi vouloir changer les choses s'il n'y avait aucune raison de le faire ? On peut en fait considérer que l'expression « a son origine » engloberait les créances se situant plus en amont que l'expression « est née ».

L'incidence concrète de ce changement peut se mesurer si l'on prend l'exemple d'une jurisprudence de la Cour de Cassation considérant que la créance née de la garantie d'un vice caché a son origine au jour de la conclusion de la vente et non, au jour de la révélation du vice<sup>103</sup>. Le vice ayant été révélé bien après le délai laissé pour la déclaration, le créancier se trouvait forclos. La solution était cependant justifiée sur le plan juridique car la créance a son origine à la conclusion du contrat, l'obligation de garantie des vices cachés étant une obligation contractuelle. Pourtant elle semblait tout à fait injuste en pratique, le créancier n'ayant pas les moyens de s'en rendre compte.

Avec la nouvelle rédaction, il sera peut être possible de voir dans le contrat l'origine de la créance née du vice et dans la révélation sa naissance...

Doivent également être déclarées, selon l'article L622-24, les créances postérieures non méritantes c'est-à-dire ne bénéficiant pas du privilège de procédure et les créances alimentaires. Ainsi, même nées après le jugement d'ouverture, ces créances, parce qu'elles ne sont pas utiles à l'entreprise, seront désormais assimilées à des créances antérieures sauf pour le délai qui ne pourrait par hypothèse être respecté. L'assimilation ne concernera également pas le paiement des créances alimentaires car, par dérogation à l'interdiction de principe pour les créances antérieures, elles pourront être payées<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> L'article L622-17 du code de commerce emploie également le terme « est née »

<sup>100</sup> Ancien article L621-43 du code de commerce

<sup>101</sup> F. Pérochon, R. Bonhomme *entreprises en difficultés instruments de crédit et de paiement* LGDJ 6<sup>ième</sup> édition

<sup>102</sup> Rapport de X Roux précité

<sup>103</sup> Com 8 juin 1999 JCP E 2000 n°4 p131 obs Cabrillac

<sup>104</sup> L'article L622-7 consacre là une jurisprudence rendue en matière de prestation compensatoire Com 8 octobre 2003 JCP E 2004, 202 p 227 obs M Cabrillac et P Petel

Précisons enfin que la loi de sauvegarde a dispensé de déclaration les créanciers admis au passif d'une première procédure lorsque le plan a été résolu et qu'une nouvelle procédure a été ouverte<sup>105</sup> (ces créances, selon la nouvelle disposition seront en effet admises de plein droit ce qui laisse supposer qu'une contestation ultérieure sera difficile).

## 2. Les délais de déclaration

Les délais de déclaration, ou plutôt les points de départ du délai de déclaration qui reste fixé à deux mois, varient selon les créanciers concernés. Quatre cas doivent être distingués.

Pour les créanciers de droit commun, le délai court à compter de la publication du jugement d'ouverture.

Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou d'un contrat publié bénéficient, eux, d'un régime beaucoup plus favorable puisqu'ils sont personnellement avertis de la nécessité de déclarer leur créance et que le délai de déclaration ne commence à courir qu'avec la notification de cet avertissement. La loi de sauvegarde des entreprises a ici apporté une modification bienvenue car auparavant la législation visait uniquement les sûretés et contrats de crédit-bail publiés. Or, pour que le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété puisse être averti, on qualifiait faussement cette réserve de propriété de sûreté.<sup>106</sup> Cette dénaturation reste cependant d'actualité du fait de l'insertion de la réserve de propriété dans le livre régissant les sûretés, opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>107</sup>.

S'agissant des créanciers postérieurs non méritants, le délai de déclaration commencera à courir à compter de l'exigibilité de leur créance.

Restent enfin les créances nées d'une infraction pénale pour lesquelles le délai court à compter de la date de la décision définitive qui en fixe le montant.

Le problème est que bien souvent les créanciers, faute de connaissance de l'ouverture d'une procédure collective, ne respectent pas le délai de déclaration. Mais sur ce point la loi du 26 juillet 2005 s'est montrée très favorable envers eux.

### B) Une sanction plus favorable du défaut de déclaration

Lorsqu'une créance n'a pas été déclarée dans les délais, les créanciers vont être forclos (1) mais cette forclusion ne se traduira plus par l'extinction de leur créance (2).

---

<sup>105</sup> Article L626-27 du code de commerce

<sup>106</sup> P. Crocq *Le projet de la loi sur la sauvegarde des entreprises...* Droit et patrimoine n°133 janvier 2005

<sup>107</sup> Cf Chap II Section 2

## 1. Les nouvelles règles en matière de forclusion

A défaut de déclaration dans les délais les créanciers ne pourront participer aux distributions et dividendes hors le cas où ils obtiennent du juge commissaire un relevé de forclusion<sup>108</sup>. Jusqu'à présent la seule possibilité pour eux d'obtenir ce relevé était de démontrer que leur défaillance n'était pas de leur fait. Mais la réforme a introduit deux nouvelles possibilités en ce sens.

En premier lieu elle prévoit un cas qu'on peut qualifier d'automatique puisqu'il suffira au créancier de démontrer que le débiteur a volontairement omis de le mentionner sur le relevé des créances<sup>109</sup>. Il s'agissait de mettre fin à une jurisprudence contradictoire qui ne reconnaissait pas toujours dans un tel cas que la défaillance n'était pas du fait du créancier<sup>110</sup>. La difficulté pour lui restera cependant de prouver le caractère volontaire de l'omission.

La loi prévoit également que, pour les créanciers devant être avertis, le délai de l'action en relevé de forclusion ne court qu'à compter de la réception de l'avertissement. Or, selon l'article L622-24 précité le délai offert à ces créanciers pour déclarer leur créance ne court que lorsqu'ils en ont été avertis. N'ayant pas été avertis, ils ne peuvent donc pas être forclos...

De plus, les délais de l'action en relevé de forclusion ont été modifiés. Elle ne peut en effet être exercée que dans les six mois contrairement à la législation antérieure qui prévoyait un délai d'un an<sup>111</sup>. Et ce délai est porté à un an pour les créanciers qui n'ont pas pu connaître l'existence de leur créance en temps utile. On peut voir dans cette disposition une nouvelle possibilité de faire échec à la jurisprudence précitée en matière de vice caché dans le cas où l'on considérerait que la créance est née lors de la conclusion du contrat<sup>112</sup>.

Mais la plus grande nouveauté réside dans la fin de l'extinction de la créance pour défaut de déclaration.

## 2. L'inopposabilité de la créance à la procédure

L'ancien article L621-46 disposait que les créances n'ayant pas été déclarées dans les temps et n'ayant pas donné lieu à un relevé de forclusion étaient « éteintes ». Or une telle disposition a disparu avec la loi du 26 juillet 2005. Il n'y a à présent qu'une interdiction d'être admis dans les répartitions et dividendes.

---

<sup>108</sup> Article L622-26 du code de commerce

<sup>109</sup> Sur l'importance du caractère automatique aux vues de la jurisprudence constante jugeant que lorsque la défaillance provient d'un défaut d'information du créancier, il n'a pas pour autant prouvé que cela ne provenait pas de son fait PM Le Corre *les nouvelles règles de fixation du passif* précité

<sup>110</sup> Voir par exemple Com 23 juin 1998 RTD com 2000 p172 obs A Martin-Serf

<sup>111</sup> Ancien article L621-46 du code de commerce

<sup>112</sup> Cf Section 3 I

La principale raison de cette disparition se trouve en droit communautaire. L'article 5 du règlement du 29 mai 2000 dispose en effet que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas les droits réels des créanciers sur les biens qui se trouvent sur un autre Etat membre. Il devenait donc difficile d'expliquer comment un tel créancier pouvait encore exercer ses droits dans un autre Etat membre alors que, dans le cas d'une procédure ouverte en France, la créance était parallèlement considérée comme éteinte faute de déclaration<sup>113</sup>.

De plus, cette extinction conduisait à des solutions absurdes comme par exemple, la jurisprudence jugeant que la réserve de propriété survivait à l'extinction de la créance malgré son caractère accessoire<sup>114</sup>.

S'agissant des conséquences internes à la procédure collective il faut noter tout d'abord que si la créance survit au défaut de déclaration, l'opposabilité à la procédure de sûretés réelles comme le gage ou l'hypothèque dépend encore de leur déclaration.

La situation est différente pour le droit de rétention car il n'a pas à être déclaré à la procédure. La question est donc de savoir si l'inopposabilité de la créance aux distributions et dividendes conduit à l'inefficacité du droit de rétention. On peut d'un côté avancer que, comme le liquidateur représente les créanciers, ce droit ne peut lui être opposé par un non créancier<sup>115</sup>. D'un autre côté, on peut soutenir que l'inopposabilité étant limitée aux distributions et dividendes, le droit de rétention gardera son efficacité à l'égard de la procédure<sup>116</sup>.

Se pose également le problème de la levée de l'option d'achat du crédit-bail par le débiteur alors qu'il resterait des loyers antérieurs au jugement d'ouverture à payer. Etant donné que, selon la jurisprudence, l'interdiction de paiement suite au jugement d'ouverture ne vaut pas dispense de paiement, le créancier pourra probablement contraindre le débiteur à payer<sup>117</sup>.

La situation est différente s'agissant des garanties personnelles.

Comme la créance survit, le créancier pourra poursuivre la caution ou le garant autonome en paiement sous réserve de la possibilité pour la caution de lui opposer l'article 2314 du code civil dans le cas où le fait de ne pas avoir déclaré de créance et donc de sûreté lui a fait perdre la possibilité d'obtenir un paiement. Ainsi, un créancier qui n'aurait pas déclaré son gage fait perdre à la caution la possibilité de bénéficier de l'attribution judiciaire et donc de supplanter

---

<sup>113</sup> Pour une volonté de retour à l'extinction de la créance dans les procédures de sauvegarde et de redressement F. Derrida et JP Sortais *la situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives* LPA 22 mars 2006 n°58

<sup>114</sup> Com 9 janvier 1996

<sup>115</sup> PM Le Corre *les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* précité

<sup>116</sup> P. Crocq *réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés*, précité

<sup>117</sup> En ce sens rapport X Roux précité

les autres créanciers. Notons cependant qu'il sera nécessaire de combiner cette action à l'encontre de la caution avec la règle de la suspension des poursuites dont elle bénéficie<sup>118</sup>.

Soulignons enfin que du fait de l'absence d'extinction, le créancier pourra, à la clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif reprendre ses poursuites.

En cas de clôture pour insuffisance d'actifs, permettre au créancier de reprendre de telles poursuites risquerait d'encourager le développement des stratégies. En effet quel serait alors l'intérêt de déclarer sa créance sachant qu'elle sera soumise aux délais et remises des plans et qu'en cas de liquidation elle ne sera jamais intégralement remboursée ?

On peut donc estimer que le défaut de déclaration conduit seulement à l'inopposabilité des distributions et dividendes et non à l'inapplicabilité des autres règles de la procédure. Par conséquent le créancier ne devrait pas pouvoir reprendre ses poursuites hors les cas prévus par l'article L643-11.

En revanche, en cas de résolution d'un plan de continuation ou de sauvegarde, la créance, n'étant pas éteinte, pourra être opposée à la seconde procédure.

Notons cependant que dans tous les cas, le créancier ne pourra se prévaloir de l'interruption de la prescription liée à la déclaration de créance ce qui risque d'amoinrir fortement ses possibilités de poursuite quand on connaît la durée que peut avoir une procédure collective.

Cette nouveauté introduite par la réforme contribue néanmoins à une amélioration réelle du sort des créanciers. C'est également dans cette optique que le législateur a choisi d'insérer ce qu'il souhaitait être une limitation de la responsabilité des créanciers.

## II. L'encadrement de la responsabilité des créanciers

Qualifié par certains de « cadeau » fait aux établissements de crédit<sup>119</sup>, le nouvel article L650-1 du code de commerce conçu pour limiter la responsabilité des créanciers par l'édiction d'un principe général de non responsabilité (A), se révèle du fait de l'imprécision de ses exceptions (B) et de la sévérité de leur sanction (C) un privilège réservé aux seuls « créanciers méritants »<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Cette solution met fin à une jurisprudence très critiquée jugeant que la caution pouvait se prévaloir de l'extinction de la créance alors même qu'elle aurait été condamnée à payer le créancier par un jugement passé en force de chose jugée Com 5 décembre 1995

<sup>119</sup> A. Montebourg JOAN séance du 3 mars 2005

<sup>120</sup> P. Crocq *Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés*, précité

## A) Un principe général de non responsabilité

Au vu de la jurisprudence antérieure l'action en responsabilité à l'encontre des créanciers était fondée sur le droit commun. Les juges devaient donc sur le fondement de l'article 1382 du code civil caractériser une faute, un lien de causalité et un préjudice.

La faute avait trois illustrations : la rupture abusive du crédit ayant conduit à la défaillance du débiteur, la politique de crédit ruineux pour l'entreprise conduisant nécessairement à une augmentation continue des charges et le soutien artificiel d'une entreprise en situation critique qui avait pour conséquence de lui donner une apparence de solvabilité vis-à-vis des tiers<sup>121</sup> (sachant que dans ce cas la jurisprudence se contentait du maintien d'un crédit existant sans exiger de nouvelles participations). Les juges prenaient également en compte la connaissance par l'établissement de crédit de la situation du débiteur.

Le préjudice résidait dans l'augmentation du passif ou la perte de chance de prolonger l'activité.

Face aux risques de multiplication des mises en jeu de la responsabilité des banques le législateur a introduit en 1984 une disposition visant à encadrer les conditions de rupture d'un crédit<sup>122</sup>. Et ce n'est que lorsque ces conditions ne sont pas respectées que la responsabilité de la banque pourra être engagée. Mais cela ne réglait pas le problème du soutien abusif et les établissements de crédit se prévalaient régulièrement de ces risques de responsabilité pour ne pas accorder de crédit aux entreprises.

Dans son objectif de prévention des difficultés et d'aide au redressement de l'entreprise, le législateur a donc décidé d'introduire une nouvelle disposition visant à ne plus décourager les créanciers à octroyer du crédit<sup>123</sup>. Ainsi, le nouvel article L650-1 du code de commerce pose un principe général d'irresponsabilité au profit des créanciers « les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis ». Cette irresponsabilité était au départ cantonnée aux personnes intervenues au stade de la conciliation en cas d'accord homologué<sup>124</sup>. Mais le législateur a décidé de l'étendre en l'introduisant dans le titre V du code de commerce « des responsabilités et des sanctions », ce qui en fait un principe au champ d'application très large. L'article vise d'ailleurs tous les créanciers, sans distinction. Si les établissements de crédit seront sans nul doute les principaux

---

<sup>121</sup> Deux hypothèses récemment illustrées par un arrêt Com 22 mars 2005 Bull Joly Soc 1<sup>ier</sup> novembre 2005 n°11 obs FX Lucas

<sup>122</sup> Article L313-12 du CMF

<sup>123</sup> Rapport X Roux Ass Nationale 3<sup>ième</sup> séance du 8 mars 2005

<sup>124</sup> Projet de loi de sauvegarde du 26 janvier 2004

bénéficiaires de cette disposition, elle concernera également tous les fournisseurs voire même l'Etat ou bien encore les associés pour avoir créé une apparence de solvabilité.

De même, le terme de concours devrait-il être interprété plutôt largement aux vues de la jurisprudence antérieure se contentant du maintien d'un crédit.

On peut cependant considérer que la disposition ne jouera qu'en cas de procédure collective, du fait de sa place dans le code de commerce mais également de la volonté du législateur d'inciter à la participation au redressement de l'entreprise.

Quant aux personnes qui perdraient là une possibilité d'agir en responsabilité contre les créanciers, il s'agit bien sûr du débiteur et donc des organes de la procédure mais cela pourrait aussi concerner selon un auteur la caution qui ne pourrait plus reprocher au créancier d'avoir abusivement soutenu un débiteur<sup>125</sup>.

Précisons enfin que cette disposition a été validée par le Conseil Constitutionnel qui, face aux critiques sur l'atteinte portée au droit au recours et au principe de responsabilité, a considéré que le législateur n'a pas supprimé la responsabilité des créanciers car il a prévu les cas où celle-ci pouvait encore être engagée et que cette restriction était justifiée par un objectif d'intérêt général qui est de faciliter l'octroi d'apport financier « nécessaire à la pérennité des entreprises en difficulté ». Il a également estimé qu'aucune atteinte n'était portée au droit au recours car les personnes intéressées avaient toujours la possibilité d'exercer un recours effectif devant les juridictions<sup>126</sup>.

Malgré une affirmation aussi claire et validée d'un principe d'irresponsabilité, le législateur l'a aussitôt encadré de trois exceptions qui ont déjà fait couler beaucoup d'encre...

## B) Des exceptions dangereuses

Si le projet de loi se limitait à deux exceptions qui étaient la fraude et le comportement manifestement abusif, le texte définitif en énonce trois : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la disproportion des garanties prises en contrepartie des concours. Notons que le Sénat a rejeté un quatrième cas qui était la connaissance de la situation irrémédiablement compromise ce qui conduira inéluctablement à l'abandon de la jurisprudence antérieure et donc de la responsabilité des créanciers sur ce point.

La définition de ces critères ne semble pas a priori poser de difficulté. Par fraude il faut entendre les comportements relevant du droit pénal comme les effets de cavalerie ou

---

<sup>125</sup> D. Robine *l'article L650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?* D 2006 n°1 p69

<sup>126</sup> Conseil Constitutionnel 22 juillet 2005

l'escompte d'effets de complaisance<sup>127</sup>. Et dans l'expression immixtion caractérisée il faut voir une gestion de fait fautive du créancier, une qualification de dirigeant de fait.

La troisième exception est, elle, sujette à beaucoup plus de réserves. La notion de disproportion est certes une notion connue en droit des sûretés, principalement en matière de cautionnement où la jurisprudence et la législation ont créé des hypothèses d'engagement de la responsabilité du créancier dans un tel cas<sup>128</sup>. Toutefois elle n'est pas identique à celle introduite par la loi de sauvegarde puisque, ici, il s'agit d'une disproportion entre les garanties et les concours alors que dans le cas du cautionnement c'est une disproportion entre l'engagement et les biens et revenus. Pourtant la généralité du terme « garantie » laisse penser que la disposition vise aussi bien les sûretés réelles que les sûretés personnelles ce qui est en contradiction avec le caractère accessoire de la caution en vertu duquel elle ne peut pas être tenue à plus que ce que doit le débiteur, et ne peut donc être accepté. Une solution inverse aboutirait à créer un nouveau cas de responsabilité pour le créancier. Il serait alors responsable en cas de disproportion de l'engagement de la caution par rapport à ses revenus ainsi qu'en cas de disproportion du cautionnement par rapport au concours accordé.

De plus, rien n'est dit quant au moment où cette proportion doit être appréciée ou selon quelle modalité elle doit l'être. Faudra-t-il analyser la disproportion lors de la souscription de la garantie ou lors de sa mise en œuvre ? Doit-on prendre en compte l'évolution de la valeur de la garantie ? Et surtout à partir de quel seuil doit-on considérer qu'il y a disproportion ?

En premier lieu il faut préciser que doivent seules être proportionnées les garanties prises en contrepartie des concours, ce qui laisse penser que celles prises ultérieurement ne sont pas visées par la disposition.

En outre, on pourrait imaginer une solution s'inspirant de l'exemple du cautionnement qui sanctionne la disproportion au moment de la conclusion sauf si, lors de l'appel de la garantie, la caution est en mesure d'y faire face. Un tel raisonnement transposé dans ce cas conduirait à dire que la disproportion s'apprécie lors de la souscription de la garantie mais qu'il ne pourrait y avoir de sanction si, lors de la mise en œuvre de cette garantie, elle n'est plus disproportionnée. Cette approche éviterait aux créanciers d'être sanctionnés lorsque, par exemple, ils ont accepté en garantie des valeurs mobilières (hors contrat de garantie financière) d'un montant originaire très élevé mais d'une valeur de réalisation beaucoup plus faible.

---

<sup>127</sup> Rapport JJ Hyst précité

<sup>128</sup> Article L313-10 du code de la consommation ou CC 17 juin 1997 arrêt Macron et CC 17 décembre 2003 pour les cautions non dirigeantes.

En pratique se poseront également des problèmes techniques notamment dans les cas où plusieurs garanties de différentes natures auront été souscrites. Comment par exemple additionner une hypothèque et un gage ? Ou encore comment estimer la valeur d'une réserve de propriété ou d'un droit de rétention ? Sachant que ces deux dernières garanties confèrent un droit extrêmement fort en cas de procédure collective et qu'elles empêchent la mobilisation du bien pour d'autres garanties, n'y a-t-il pas là un gâchis de garantie et par la même une disproportion qui y serait inhérente ?

S'agissant du seuil de la disproportion un auteur fait remarquer qu'il n'est pas exigé de disproportion manifeste. Une simple disproportion objective suffira<sup>129</sup>. Et même si la jurisprudence parvenait à fixer un tel seuil, celui-ci sera nécessairement variable puisque dépendant de la solvabilité du débiteur ou du projet financé. On n'exigera pas les mêmes garanties d'un débiteur dont la situation est désespérée que d'un débiteur susceptible de se redresser. On peut également se demander ce qu'il adviendra des usages validés par la jurisprudence et consistant notamment en matière de cession Dailly à demander des garanties d'une valeur supérieure au montant des crédits accordés.

Les conditions d'un contentieux abondant semblent toutes réunies...

Précisons cependant que l'article L650-1 n'étant qu'un encadrement de la responsabilité de droit commun il conviendra toujours pour le débiteur, ou l'organe agissant, de démontrer en plus, le préjudice et le lien de causalité. S'il y parvient, la sanction qui sera appliquée sera pour le moins originale

### C) Une sanction originale

Selon l'alinéa 2 de l'article L650-1, en cas de responsabilité du créancier, les garanties « sont nulles ». Il s'agit là d'un nouveau type de sanction en la matière. En effet dans le cadre du cautionnement la disproportion est sanctionnée ou bien par des dommages et intérêts ou bien par une déchéance pour le créancier de la possibilité de se prévaloir du cautionnement<sup>130</sup>. De même, en matière d'hypothèque les articles 2444 et 2445 du code civil autorisent la réduction des inscriptions excessives.

La nullité prévue par cet article empêche de facto toute modulation par le juge de la sanction d'autant plus qu'elle semble automatique. Et si elle peut avoir un effet plus dissuasif qu'une simple réduction il n'empêche que cela semble excessif et en contradiction avec la sécurité du

---

<sup>129</sup>R. Dammann *la situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises*, précité

<sup>130</sup> Article 341-4 du code de la consommation

crédit recherché. De plus elle n'est pas exclusive de l'attribution de dommages et intérêts<sup>131</sup>. Les dommages et intérêts seront accordés à celui qui a intenté l'action, illustrant la fonction réparatrice du droit de la responsabilité, et la nullité libérera celui qui aura fourni la garantie. Il pourra cependant s'agir des mêmes personnes.

Cette nullité présente un danger très important pour les créanciers car, comme l'a rappelé un auteur, son caractère rétroactif, contrairement à la déchéance en cas de cautionnement, entraînera la restitution de toute somme reçue en vertu de la garantie par le créancier<sup>132</sup>.

Les incertitudes de cette disposition ne peuvent cependant pas remettre en cause les avancées certaines réalisées par la loi de sauvegarde des entreprises s'agissant du sort des créanciers. Cette réforme, comme nous l'avons vu, a privilégié les sûretés réelles par rapport aux sûretés personnelles. L'atteinte portée aux garanties autonomes relativise en effet de façon importante les améliorations apportées à l'utilisation du caractère accessoire du cautionnement. Tandis que la revalorisation du sort des sûretés réelles par la création de nouveaux privilèges et l'efficacité qui leur ait reconnue mais, aussi, par l'abrogation de la règle de l'extinction de la créance pour défaut de déclaration, fait que la réforme du 26 juillet 2005 s'inscrit dans le chemin tracé par la loi du 10 juin 1994.

Malgré cette évolution, le sort des créanciers munis de sûretés réelles reste beaucoup trop dépendant de la législation régissant les procédures collectives ce qui ne contribue pas à leur sécurité juridique. Qui plus est, hormis peut être l'hypothèse de la liquidation judiciaire, le rang qui leur est conféré ne leur permet quasiment jamais d'obtenir un paiement. Ces deux raisons expliquent que l'on ait vu se multiplier les garanties fondées sur la propriété qui, elles, sont parfaitement opposables à la procédure collective et dont l'efficacité assure un paiement quasi automatique.

Avec de nombreux autres objectifs les instigateurs de la réforme du droit des sûretés avaient la volonté de restaurer l'efficacité des sûretés réelles tout en recadrant ces garanties basées sur la propriété. Il fallait favoriser le développement du crédit et pour cela la condition nécessaire et préalable est de permettre aux créanciers d'assurer leur sécurité et leur droit. Cette volonté, on va le voir, n'a cependant pas été écoutée.

---

<sup>131</sup> Observations du gouvernement JO n°73 du 27 juillet 2005 p12231

<sup>132</sup> R. Dammann article précité

## DEUXIEME PARTIE : FAIBLE IMPACT DE LA REFORME DES SURETES SUR LES PROCEDURES COLLECTIVES

On l'a dit, il n'est pas pensable à l'heure actuelle de vouloir déterminer précisément les droits d'un créancier en étudiant le droit des procédures collectives séparément du droit des sûretés. Ces deux branches s'influencent de manière réciproque. Et c'est en ayant cette évidence à l'esprit que les membres du groupe « Grimaldi » ont décidé de débiter leur proposition par une disposition fondamentale dans l'articulation des deux législations. Un article prévoyait en effet que le livre IV resterait applicable en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité hors le cas où la loi de cette procédure y dérogerait expressément<sup>133</sup>.

Mais lorsque l'on regarde la disposition retenue finalement par l'ordonnance, on comprend immédiatement que l'esprit de la réforme a été biaisé. En effet selon le nouvel article 2287 du code civil « les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire... »<sup>134</sup>. Or pour que les innovations de la réforme concernant l'amélioration des titulaires de sûretés réelles puissent avoir un sens, il aurait fallu qu'elles soient réellement efficaces en cas de procédure collective. La valeur d'une sûreté ne peut s'apprécier qu'au regard de son efficacité en cas de défaillance du débiteur.

Si l'on peut regretter cette modification il ne faut cependant pas penser que la réforme sera sans conséquence aucune.

L'efficacité des nouveautés qu'elle introduit dépendra en fait de l'interprétation qu'adoptera la Cour de Cassation à la lecture combinée des différentes dispositions. Aussi y a-t-il encore un réel intérêt à étudier les innovations introduites. En effet celles-ci pourront d'une part s'appuyer sur les quelques articles les concernant dans la législation des procédures collectives et d'autre part, il n'est pas vain de penser que la jurisprudence ne remettra pas elle-même en cause ses avancées par l'adoption d'une lecture trop restrictive des dispositions.

Avant de débiter cette étude il convient de faire une présentation succincte de quelques innovations nous concernant, présentation nécessaire à la compréhension des futurs développements.

---

<sup>133</sup> Article 2290 du projet

<sup>134</sup> Cf texte intégral de l'ordonnance en annexe

En premier lieu l'ordonnance clarifie les termes de gage et de nantissement souvent utilisés l'un pour l'autre. Le premier sera réservé à l'affectation en garantie de biens corporels et le second concernera l'affectation en garantie de biens incorporels<sup>135</sup>.

S'agissant tout d'abord du gage, celui-ci n'est plus considéré comme un contrat réel puisqu'il peut maintenant être constitué sans dépossession. Son assiette a également été modifiée car il peut porter sur des choses futures ou sur un ensemble de biens. Il est créé un gage sur stocks sans dépossession uniquement réservé aux établissements de crédit et le gage automobile est inséré dans le code civil dont il suivra désormais les dispositions<sup>136</sup>.

Quant au nantissement de créance, il est également modifié dans sa constitution ainsi que dans son opposabilité : il est opposable aux tiers à la date de l'acte et au débiteur, par simple notification et non plus signification<sup>137</sup>.

Avec la réforme l'hypothèque, par exception, pourra être constituée sur des biens futurs mais également pour garantir une ou plusieurs créances futures<sup>138</sup>.

Mais les innovations qui intéressent directement les procédures collectives ne se situent pas là. Elles concernent en effet le mode de réalisation de ces sûretés et auraient pu accroître de manière exceptionnelle leur efficacité dans la procédure (section 1).

La réforme introduit également la réserve de propriété dans le code civil et donne valeur de principe au droit de rétention mais il ne s'agit là que de dispositions symboliques (section 2)

## Section 1. L'accroissement limité de l'efficacité des sûretés

L'amélioration de l'efficacité des sûretés passait pour le groupe de travail par la simplification de leur réalisation, simplification qui aurait pu les conduire à primer tous les autres créanciers en cas de procédure collective que ce soit par l'utilisation de la faculté d'attribution judiciaire (A) ou par l'insertion dans les conventions d'un pacte comissoire (B).

### I. L'attribution judiciaire

La possibilité de demander l'attribution judiciaire, bien que de plus en plus souvent accordée restait limitée (A). Et si le projet avait pour objectif d'en poursuivre l'extension, cet objectif a été remis en cause par l'ordonnance (B).

---

<sup>135</sup> Articles 2333 et 2355 du code civil

<sup>136</sup> Articles 2333 à 2353 du code civil

<sup>137</sup> Articles 2361 et 2362 du code civil

<sup>138</sup> Articles 2420 et 2421 du code civil

## A) Une faculté jusqu'à présent encadrée

Malgré l'extension opérée par la jurisprudence quant aux bénéficiaires la reconnaissance de l'attribution judiciaire restait limitée (1) et ses modalités d'exercice étroitement encadrées (2).

### 1. Une reconnaissance élargie mais non générale

La disposition de référence en matière d'attribution judiciaire était, jusqu'au 23 mars 2006, l'article 2078 du code civil stipulant que le gagiste, outre la possibilité de vendre le bien aux enchères, peut demander en justice qu'il lui soit attribué après estimation faite par expert. Le titulaire d'un gage civil pouvait donc se le faire attribuer directement en paiement à condition de passer par le juge. Cette modalité de réalisation était présentée comme plus rapide et moins coûteuse pour le créancier que la vente aux enchères.

Elle était cependant circonscrite au gage civil car pour le gage commercial, l'article L521-3 du code de commerce n'autorisait que la vente publique du bien. Et comme il s'agissait de gage sur biens corporels avec droit de rétention la question s'est posée de savoir si attribution judiciaire et droit de rétention étaient irrémédiablement liés.

Notons en premier lieu que la jurisprudence a étendu la possibilité de demander l'attribution judiciaire au créancier titulaire d'un gage commercial malgré le silence des textes et conformément à la position de certains auteurs de l'époque comme Aubry et Rau<sup>139</sup>.

Mais surtout, l'Assemblée Plénière dans un arrêt rendu le 26 octobre 1984 a détaché la faculté d'attribution judiciaire de l'existence d'un droit de rétention, l'accordant en matière de nantissement de l'outillage industriel ou commercial ce qui a suscité de nombreuses réactions car, pour certains, ces deux notions ne pouvaient être séparées. Dans ce sens on citait l'article 2076 du code civil qui subordonnait le maintien du privilège sur le gage à la possession physique par le créancier mais également l'article 1<sup>ier</sup> de la loi du 18 janvier 1951 qui faisait un renvoi aux dispositions sur le nantissement de fonds de commerce. Il était également soutenu que l'attribution judiciaire n'était accordée que pour faire face à l'inaction du débiteur sachant que le créancier ne pouvait pas éternellement garder la chose. Et en matière de procédures collectives un auteur estimait que cela allait encourager le démembrement de l'actif du débiteur<sup>140</sup>.

On peut, au contraire, dire que l'attribution judiciaire n'est pas liée au droit de rétention car si cela était le cas elle serait reconnue dans des hypothèses de droit de rétention purement conventionnelles, sans qu'il y ait de gage. De plus, il ne faut pas s'en tenir aux dispositions de

---

<sup>139</sup> Com 31 mars 1960 JCP G 60 II 11676 Nectoux

<sup>140</sup> Derrida DS 1985, 33

1804 car les rédacteurs du code ne connaissaient pas le gage sans dépossession. Enfin, si le législateur a pris la peine par la suite de l'interdire dans certains cas spécifiques, à défaut de stipulation en ce sens, l'attribution doit être autorisée. Il convient donc d'approuver la solution de la Cour de Cassation.

Le problème est que l'arrêt énonçait sa solution en commençant par dire « à défaut d'une disposition contraire... l'attribution judiciaire est offerte ». Dès lors se posait la question de savoir qu'elle était la portée réelle de cette solution. Pourtant la Cour de Cassation ne l'a pas étendue à tous les cas où la législation ne l'interdisait pas formellement.

Elle l'a certes reconnue au créancier en cas de nantissement de créance<sup>141</sup> mais elle l'a refusée aux créanciers nantis d'un marché public<sup>142</sup>. A défaut de précision du législateur il fallait donc attendre la jurisprudence ce qui bien évidemment n'allait pas dans le sens de la prévisibilité du droit. De plus, l'attribution judiciaire n'était pas autorisée en matière immobilière et certains textes l'interdisaient formellement comme l'article L142-1 du code de commerce en matière de nantissement sur fonds de commerce. Et cette restriction quant aux bénéficiaires se couplait d'un encadrement des modalités d'exercice.

## 2. Les modalités d'exercice

Avant de déterminer les conditions d'exercice de cette faculté dans la procédure collective, il convient de s'attarder sur l'analyse des effets de l'attribution.

L'attribution judiciaire est généralement analysée comme « un paiement de la créance garantie sous la forme d'une dation imposée au débiteur »<sup>143</sup>. Ce qui explique que la jurisprudence décidait qu'en cas d'excédent de la valeur du bien sur la créance, le créancier devait reverser la différence au débiteur. De plus l'attribution judiciaire était une faculté pour le créancier et non une obligation. Un arrêt récent a, certes, jugé que la caution pouvait se prévaloir de l'article 2037<sup>144</sup> du code civil lorsque le créancier renonçait à l'attribution judiciaire en donnant mainlevée de son gage mais il ne s'agit pas là d'une évolution car du fait même de la main levée l'article 2037 était invocable<sup>145</sup>.

La jurisprudence a également fini par reconnaître ce que beaucoup demandaient en admettant la détermination de la valeur du bien non par un expert, mais par la volonté commune des parties<sup>146</sup>. Les auteurs reconnaissaient en effet que l'expertise n'ayant pour but que de protéger le débiteur contre une éventuelle spoliation réalisée par le créancier, elle ne devait

---

<sup>141</sup> Com 6 janvier 1998

<sup>142</sup> Com 4 mai 1981 D 81.489 F. Derrida

<sup>143</sup> Cabrillac et Mouly *Droit des sûretés* Litec 2004

<sup>144</sup> Devenu article 2314

<sup>145</sup> Cass. Ch. Mixte 10 juin 2005 D 2005 som p 1773 X Delpech

<sup>146</sup> Com 15 novembre 2005 *Droit et patrimoine* février 2006 P. Dupichot

pas être obligatoire lorsque l'estimation de la valeur du bien était possible par le biais d'une cotation officielle ou qu'elle résultait de la volonté des parties.

Cette assimilation de l'attribution judiciaire à une dation en paiement a des conséquences en matière de procédure collective. En effet, pour savoir quand le créancier peut mettre en œuvre cette faculté, il faut déterminer si elle est concernée par l'article L622-21 du code de commerce prévoyant que le jugement d'ouverture suspend les poursuites tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, et interdisant les voies d'exécution. Si l'attribution judiciaire ne conduit pas a priori au paiement d'une somme d'argent, son exercice lors de la période d'observation serait contraire à la volonté du législateur de tout faire pour redresser l'entreprise avec la nécessité que cela implique de conserver le matériel utile. De plus, son assimilation à une dation en paiement conduit bien à l'extinction de la créance ce qui est contraire à l'interdiction du paiement des créances antérieures. L'acquisition de la propriété comme sanction d'un défaut de paiement est nécessairement une voie d'exécution.

S'agissant du plan de continuation, l'attribution judiciaire semble à nouveau être impossible car le créancier sera soumis aux délais du plan.

La jurisprudence a d'ailleurs confirmé le raisonnement en jugeant que le créancier gagiste « dispose à nouveau de cette faculté après le jugement prononçant la liquidation judiciaire<sup>147</sup>», ce qui signifie a contrario qu'il n'en dispose pas auparavant. De même, le nouvel article L642-25 offre au créancier gagiste, en cas de liquidation judiciaire, la possibilité de la demander sans attendre l'échéance du délai laissé au liquidateur pour la réalisation.

L'intérêt de cette faculté en cas de procédure collective a été révélé notamment par la jurisprudence précitée : le créancier qui en est titulaire pourra, par le biais de son exercice, primer les créances bénéficiant du privilège de procédure. La Cour de Cassation a même reconnu par la suite qu'il primait le super privilège des salaires<sup>148</sup>. L'attribution se fera en fait un peu hors concours ce qui garantira un paiement au créancier de la façon la plus absolue qui soit, d'autant plus que l'attribution n'étant pas assimilée à la revendication elle ne sera pas soumise à ses délais<sup>149</sup>. Cette primauté était appréciable au regard de l'autre voie ouverte au créancier, la vente aux enchères, qui ne lui permettait que d'exercer la préférence liée au gage en concours avec les autres créanciers. A défaut de droit de rétention le classement habituel

---

<sup>147</sup> 4 arrêts Com 6 mars 1990 RTD com 1990 n°3 et 4 Martin-Serf

<sup>148</sup> Com 6 janvier 1998, D 1998 n°5 p39

<sup>149</sup> Com 28 janvier 1997 JCP G 1997 n°11 IV n°625 p98

aurait donc eu lieu, reléguant le créancier à une place peu favorable. C'est pour éviter cela et redonner plus de poids aux créanciers titulaires de sûretés réelles que le groupe de travail Grimaldi a entendu développer cette faculté.

## B) Une volonté d'élargissement remise en cause

Si l'objectif du projet était de poursuivre l'évolution entamée par la jurisprudence (1) les dispositions retenues par l'ordonnance risque bien de remettre en cause cette avancée (2).

### 1. Les objectifs du projet

La jurisprudence avait déjà considérablement étendu les cas de reconnaissance de l'attribution judiciaire cependant celle-ci restait limitée au gage. Le groupe de travail a donc voulu tenir compte de tous les créanciers titulaires de sûretés réelles, non seulement en cas de défaillance que l'on pourrait qualifier de classique, mais également en cas d'ouverture d'une procédure collective. Il s'agissait aussi de clarifier le champ d'application jusque là tributaire des évolutions jurisprudentielles.

Cela s'est traduit par la proposition de dispositions en matière de gage, de nantissement de créance et d'hypothèque permettant au créancier de se faire attribuer par le juge le bien ou la créance en cas de défaillance du débiteur sachant que, pour l'hypothèque, cela ne pouvait viser la résidence principale du débiteur. Le projet prévoyait également une estimation par expert, estimation d'ordre public pour le gage sauf si le bien était coté sur un marché (ce qui venait consacrer l'évolution jurisprudentielle). Enfin dans les deux cas, dans l'hypothèse où la valeur du bien excéderait le montant de la créance, le créancier devait reverser la différence au débiteur ou la consigner s'il existait d'autres créanciers gagistes<sup>150</sup>. Les articles se faisaient là l'écho des principes généraux insérés au début du livre IV postulant notamment que la garantie ne pouvait être source d'enrichissement pour le créancier<sup>151</sup>, principe conforme à la jurisprudence antérieure.

Pour les membres du groupe il ne s'agissait que de s'inscrire dans ce mouvement déjà entamé par la jurisprudence de reconnaissance progressive de cette faculté à un nombre de plus en plus grand de créanciers<sup>152</sup>. La consécration en matière de gage et de nantissement était en effet conforme à la jurisprudence qui avait détaché l'attribution judiciaire du droit de rétention. Mais c'est surtout en matière d'hypothèque que cela apportait une réelle

---

<sup>150</sup> Article 2342 pour le gage et article 2465 pour l'hypothèque, propositions du groupe Grimaldi

<sup>151</sup> Article 2287, propositions du groupe Grimaldi

<sup>152</sup> Entretien avec A. Gourio le 21 avril 2006

simplification dans la réalisation de la sûreté, les créanciers devant jusque là passer par la voie de la saisie immobilière et de la vente forcée conformément aux modalités prévues par les procédures civiles d'exécution<sup>153</sup>.

Et en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur, si les arguments s'opposant à l'attribution judiciaire lors de la période d'observation restaient toujours valables, plus rien ne justifiait le cantonnement à l'article L642-25 précité. L'attribution judiciaire aurait pu être exercée lors de la liquidation par tous ses bénéficiaires ce qui aurait conduit à une modification considérable de l'ordre des paiements. Les créanciers gagistes, nantis et hypothécaires auraient eu la faculté de primer tous les autres créanciers y compris ceux titulaires d'un privilège général comme le super privilège des salaires ou le privilège des frais de justice.

Toutes ces conséquences sont cependant présentées au passé du conditionnel car l'ordonnance finalement adoptée ne traduit pas la volonté de départ.

## 2. Les dangers de l'ordonnance

L'ordonnance du 23 mars 2006 reprend en apparence la totalité des propositions du groupe de travail sur ce point. Elle consacre en effet la reconnaissance de l'attribution judiciaire au profit des créanciers gagiste<sup>154</sup>, nanti et hypothécaire achevant la séparation de cette faculté et du droit de rétention. Elle ne pourra cependant avoir lieu au cas où l'hypothèque porte sur la résidence principale du débiteur<sup>155</sup>. Cette dernière précision s'inscrit dans un courant législatif plus large consistant à protéger le débiteur contre des engagements excessifs, on pense notamment à la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 dite loi « Dutreil » prévoyant la possibilité pour lui de rendre insaisissable son habitation principale.

De même, bien que l'énonciation des principes généraux en début de livre ne soit pas reprise, dans les trois cas les dispositions prévoient l'obligation pour le créancier de restituer, le cas échéant, l'excédent au débiteur ou de le consigner au profit d'autres créanciers. Enfin, les dispositions régissant l'attribution judiciaire en matière d'hypothèque prévoient que l'estimation devra être fait par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. L'expert judiciaire n'interviendra donc qu'à défaut d'accord ce qui dans le cas d'une réalisation hors encadrement judiciaire (hypothèse de la clause compromissoire) a suscité, on le verra, de nombreuses objections. Ici ces objections se font moins pressantes dans la mesure où le juge

---

<sup>153</sup> Simplification qui a également été apporté par la consécration de la purge amiable article 2475 nouveau

<sup>154</sup> La reconnaissance de cette faculté pour le gage commercial est également consacrée par la modification de l'article L521-3 du code de commerce qui comprendra le gage sur stocks

<sup>155</sup> Articles 2347, 2365 et 2458

autorise l'attribution et si la Cour de Cassation maintient sa jurisprudence récente, l'estimation devra intervenir avant cette autorisation<sup>156</sup>.

Cependant, la modification de l'article régissant l'opposabilité du livre IV à la procédure collective risque d'avoir des conséquences fâcheuses. Interprété strictement il pourrait conduire la Cour de Cassation à n'autoriser, lors de telles procédures, que ce qui est expressément prévu par les dispositions les organisant. Or, l'attribution judiciaire est seulement évoquée par l'article L642-25 lequel ne vise que « le créancier gagiste ». Et, même si l'ordonnance a modifié l'article L521-3 introduisant la possibilité de l'attribution judiciaire pour le gage commercial, cet article ne régissant pas la procédure collective ne pourra être invoqué. Cela exclurait donc l'opposabilité de l'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué à la procédure. Concernant le nantissement, un doute est également possible puisque le nouveau livre IV le distingue très nettement du gage. Toutefois, la jurisprudence et même le code de commerce avaient tendance jusqu'à présent à confondre les deux termes ce qui peut laisser penser que la Cour de Cassation ne reviendra pas sur sa reconnaissance de l'attribution judiciaire au nantissement.

L'élargissement aux immeubles de cette faculté souhaité par le groupe n'est donc pas réellement consacré. Sa faible efficacité en cas de procédure collective et surtout la lourdeur de sa réalisation encore d'actualité poussaient les créanciers à placer leurs espoirs dans l'autorisation du pacte comissoire. Mais à nouveau l'efficacité ne sera pas au rendez-vous.

## II. Le pacte comissoire

L'une des avancées les plus médiatiques de l'ordonnance a été de mettre fin à la prohibition du pacte comissoire. Ce dernier permet au créancier de s'approprier, par le biais d'une stipulation contractuelle, donc sans autorisation judiciaire, le bien grevé au cas de défaut de paiement. Si la fin de la prohibition semblait s'inscrire dans la droite ligne des avancées jurisprudentielles (A) son admission se révélera probablement inefficace en cas de procédure collective (B).

### A) La prohibition antérieure

Pendant près de deux cent ans la prohibition du pacte comissoire est restée consacrée en droit français (1) et ce, malgré un net assouplissement jurisprudentiel. (2)

---

<sup>156</sup> Com 15 novembre 2005 précité en matière de gage mais qui suit le même raisonnement.

## 1. Un principe d'interdiction

Jusqu'à présent le code civil posait le principe de la prohibition du pacte comissoire à deux occasions. Pour le gage en premier lieu, car selon l'article 2078 du code civil et l'article L521-3 du code de commerce « le créancier ne peut à défaut de paiement disposer du gage » mais également pour l'antichrèse où l'article 2088 dispose que « le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle ». La jurisprudence a également étendu l'interdiction au gage automobile<sup>157</sup>.

La principale raison de cette prohibition était la protection du débiteur. Les rédacteurs du code voulaient en effet empêcher que le créancier puisse profiter de son pouvoir pour inclure une telle clause dans une convention alors que la valeur du bien aurait excédée très nettement celle de la créance. Il fallait protéger le débiteur d'un risque de spoliation.

Et c'est pour les mêmes raisons que le code interdit aussi la clause de voie parée (*via parata*, voie d'exécution préparée à l'avance), clause qui permet au créancier de s'approprier le bien sans respecter les formes légales prévues à cet effet<sup>158</sup>. Le risque était de voir le créancier gagiste vendre le bien à une valeur très inférieure à ce qu'elle aurait du être, pourvu que sa créance soit payée.

Selon les articles précités la sanction est une nullité d'ordre public, nullité de la clause voire du contrat, dans le cas où elle aura été déterminante de l'engagement<sup>159</sup>. La Cour de Cassation avait récemment assoupli cette sanction, et donc la prohibition, en jugeant qu'étant donné qu'elle n'existe que dans l'intérêt du débiteur, elle est sanctionnée « par une nullité d'intérêt privé à laquelle celui-ci peut renoncer »<sup>160</sup>

Cet assouplissement allait dans le sens d'une évolution plus générale de la jurisprudence donnant de moins en moins de poids à la prohibition.

## 2. L'assouplissement jurisprudentiel

Le principe de la prohibition en matière de gage a, au fil du temps, été remis en cause par de nombreux auteurs<sup>161</sup>. La lourdeur et les coûts que représentaient les saisies, ventes aux enchères et même attributions judiciaires faisaient que le pacte était non seulement intéressant pour le créancier mais également pour le débiteur. La réalisation étant plus simple et moins coûteuse pour le premier, il serait probablement plus enclin à octroyer des conditions

---

<sup>157</sup> Civ 1, 8 juillet 1969 JCP 1970 16182

<sup>158</sup> Article 2078 du code civil pour le gage, 2088 pour l'antichrèse et 742 CPC pour l'hypothèque

<sup>159</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 4 décembre 2001

<sup>160</sup> Com 5 octobre 2004 JCP 2004 I 188 n°17 P. Delebecque

<sup>161</sup> G. Wiederkehr *Pacte comissoire et sûretés conventionnelles* Mélanges Jauffret 1974 et M. Storck *L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage* LPA 30 octobre 1987 n°130

intéressantes au débiteur et surtout à lui faire crédit. De plus, lorsque la valeur du bien donné en garantie pouvait être établie de manière objective, sans qu'il y ait de risque d'influence du créancier, plus rien ne s'opposait à reconnaître la validité de tels pactes. C'était le cas par exemple lorsqu'il y avait une cotation officielle.

La jurisprudence a, peu à peu, suivi ce raisonnement. Elle a tout d'abord validé la conclusion de pactes commissaires postérieurement à la constitution de la sûreté, estimant que dans ce cas le créancier ne pouvait plus faire pression sur le débiteur, ce dernier ayant déjà obtenu ce qu'il voulait<sup>162</sup>.

De même l'a-t-elle validé en matière de gage espèce où par hypothèse il ne peut y avoir de risque de spoliation de la part du créancier par sous estimation<sup>163</sup>.

Et plus indirectement, la Cour de Cassation a considéré que ne constituaient pas des pactes commissaires des conventions quelques peu déguisées comme par exemple une promesse de vente unilatérale du bien au créancier en cas de défaut de paiement à l'échéance ou encore, s'agissant des nantissements de créances, un mandat au profit du créancier de recevoir le paiement de la créance avec, en cas de défaillance, la possibilité d'opérer une compensation entre cette dette de restitution du créancier et ce que doit le débiteur<sup>164</sup> (la compensation évite en effet que le créancier ne recouvre plus que sa propre créance).

S'agissant des hypothèques, aucune disposition ne prohibait expressément le pacte commissaire contrairement à la clause de voie parée. Face à ce constat, et s'inscrivant dans le sens de l'évolution déjà entamée, la jurisprudence avait tendance à être souple dans ce domaine et à valider les pactes commissaires<sup>165</sup>.

Parallèlement à cet assouplissement, les choses allaient encore plus vite en matière financière du fait de la transposition de la directive relative aux contrats de garantie financière du 6 juin 2002, par l'ordonnance du 24 février 2005. L'article L431-7 du code monétaire et financier octroi en effet la possibilité au créancier, en matière de garanties souscrites au titre d'obligations financières, de s'approprier ou de vendre les biens remis dès lors que les modalités d'évaluation du bien sont prévues par les parties et sous réserve que la réalisation intervienne à des conditions normales de marché. Cette autorisation se justifie par le fait que les biens donnés en garantie ont ici une valeur de marché. Cela dit, elle a peut être ouvert la voie à une reconnaissance plus générale du pacte commissaire dans les cas où une évaluation objective était possible.

---

<sup>162</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 26 novembre 1961 D 1962 381

<sup>163</sup> Com 9 avril 1996 D 1996, 399, C. Larroumet

<sup>164</sup> Civ 30 juin 1947 S 1947 I 140

<sup>165</sup> Par exemple Civ I 25 mars 1957

## B) Une admission probablement inefficace

Malgré de vives oppositions le projet a validé le pacte comissoire (1), validation qui, bien que reprise par l'ordonnance, risque d'être sans effet en cas de procédure collective (2).

### 1. La volonté de consécration du pacte comissoire

Les membres du groupe de travail voulaient, on l'a vu, développer le crédit en sécurisant les droits du créancier. Et pour cela rien ne vaut l'assurance de pouvoir réaliser rapidement sa sûreté, sans frais et en pouvant opposer cette réalisation à la procédure collective ouverte à l'encontre de son débiteur.

Le pacte comissoire était vu comme la réponse à tous ses objectifs et, encore une fois, les membres du groupe estimaient s'inscrire dans le mouvement contemporain de reconnaissance de plus en plus grande de cette modalité de réalisation<sup>166</sup>. Cela s'est traduit par la proposition de plusieurs nouveaux articles en matière de gage, de nantissement, d'antichrèse et d'hypothèque autorisant le pacte comissoire<sup>167</sup>. Les conditions pour le gage étaient que la valeur du bien puisse être déterminée objectivement, soit par le biais d'une cotation, soit par le biais d'un expert amiable ou judiciaire. Aucune expertise n'était prévue pour le nantissement de créance ce qui apparaît tout à fait logique, celle-ci ayant une valeur nominale. L'antichrèse et l'hypothèque, elles, étaient soumises aux mêmes exigences à savoir l'interdiction du pacte comissoire sur la résidence principale du débiteur (selon une logique identique à l'attribution judiciaire) et l'estimation de la valeur du bien par expert.

Dans tous les cas, conformément au principe de l'interdiction de l'enrichissement du créancier par le biais de la garantie, une disposition l'obligeait à reverser la différence au débiteur ou à la consigner au profit d'autres créanciers.

L'introduction de ces articles ne s'est pourtant pas faite sans opposition. En effet, le représentant des avocats au sein du groupe de travail a manifesté sa désapprobation. Il souligne en premier lieu que la réforme opérée en 1991 des voies d'exécution est une réforme moderne, adaptée aux sûretés actuelles et donc suffisante pour en garantir l'efficacité. Mais surtout que cette validation du pacte comissoire met à mal les droits du débiteur d'une part, en autorisant la nomination d'un expert à l'amiable, expert qui sera vraisemblablement nommé par les établissements de crédit d'autant plus souvent que les contrats d'adhésion seront nombreux, et d'autre part, en ne respectant pas les dispositions de la Convention

---

<sup>166</sup> Entretien avec A. Gaurio précité et L. Aynes *sûretés* : « une réforme plutôt réussie » Droit et patrimoine avril 2006 n°147

<sup>167</sup> Article 2343 pour le gage, 2354 pour le nantissement et 2466 pour l'hypothèque, propositions du groupe Grimaldi

Européenne des droits de l'homme et ce à plusieurs titres. En premier lieu il y aurait là une atteinte au droit de propriété (protocole additionnel n°1) en permettant une sorte d'expropriation pour cause d'intérêt privé et sans indemnité préalable<sup>168</sup>. Mais il y aurait également atteinte à l'article 6 de la convention en ne permettant pas au débiteur de bénéficier d'un juge indépendant et d'une procédure contradictoire dès la conclusion de la convention<sup>169</sup>.

L'introduction du pacte comissoire et son efficacité auraient cependant eu le mérite de redonner une certaine place aux créanciers titulaires de sûretés réelles en cas de procédure collective. Certes, là encore se serait posée la question de savoir si cela était possible lors de la période d'observation et lors du plan de continuation en donnant les mêmes réponses que pour l'attribution judiciaire, car, ici aussi, l'appropriation du bien conduisant à l'extinction de la créance constituait bien une voie d'exécution. Mais cette faculté aurait permis de conférer aux créanciers bénéficiaires la possibilité de primer tous les autres y compris ceux bénéficiant de privilèges généraux.

Cependant l'ordonnance soulève beaucoup de questions sur l'efficacité du pacte comissoire dans une telle hypothèse.

## 2. Les interrogations soulevées par l'ordonnance

L'ordonnance du 23 mars 2006 reprend toutes les dispositions du projet en la matière<sup>170</sup>. Elle interdit le pacte en cas de gage sur stocks et suit également le souhait du groupe de travail de conserver la prohibition de la clause de voie parée<sup>171</sup>. L'expert pourra donc être désigné de façon amiable (comme redouté par le représentant des avocats) ou judiciairement. A noter cependant que ces experts ne seront désignés qu'en l'absence de cotation sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier, ce qui comprend le marché réglementé et les systèmes multilatéraux de négociation, mais non l'internalisation au sens de la directive du 21 avril 2004 relative aux marchés d'instruments financiers. Les défenseurs du pacte comissoire regretteront qu'il ne soit pas possible de fixer la valeur du bien par le biais d'autres cotations objectives (on pense notamment à l'argus) voire par un accord des parties, possibilité reconnue par la jurisprudence en matière d'attribution judiciaire.

L'ordonnance modifie également l'article L622-7 du code de commerce qui dispose que le jugement d'ouverture d'une procédure collective entraîne l'interdiction de payer les créances antérieures. Elle y ajoute la phrase suivante « Il est fait enfin obstacle à la conclusion et à la

---

<sup>168</sup> Les professeurs Simler et Delebecque dans leur manuel arguaient, pour interdire un tel pacte en matière d'hypothèque, du contournement des règles de la saisie immobilière qui serait ainsi réalisé au détriment du débiteur.

<sup>169</sup> Entretien avec Maître Provansal le 4 mai 2006

<sup>170</sup> Articles 2348, 2365, 2459 et 2460

<sup>171</sup> Elle interdit également le pacte comissoire en cas de gage garantissant un crédit à la consommation.

réalisation du pacte comissoire » ce qui coupe court au débat sur la possibilité de réaliser un pacte comissoire pendant la période d'observation. Une stipulation identique en matière d'attribution judiciaire aurait contribué à clarifier les choses.

Mais le danger de l'ordonnance vient encore une fois de la modification de l'article concernant l'opposabilité du livre IV régissant les sûretés, à la procédure collective. Si la Cour de Cassation décide d'adopter une lecture restrictive de la combinaison des dispositions en la matière, le pacte comissoire n'étant envisagé par aucun texte de la législation des procédures collectives, il pourrait en résulter une solution consistant à nier toute efficacité d'un tel pacte pendant cette période.

Et un autre danger existe aussi bien pour l'attribution judiciaire que pour le pacte comissoire en matière d'hypothèque. Le nouvel article 2427 du code civil reprenant les dispositions de l'article 2147 dispose en effet qu'en cas de procédure collective l'inscription des hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du livre VI du code de commerce. Or cet article peut être analysé comme un appui supplémentaire pour la jurisprudence qui souhaiterait renier toute efficacité au livre IV en cas de procédure collective du débiteur.

En sens contraire on peut cependant soutenir que, si l'article L622-7 interdit le pacte comissoire lors de la période d'observation (et que le créancier est nécessairement soumis aux délais du plan de continuation), cela signifie qu'il est toujours possible lors de la liquidation comme pour l'attribution judiciaire. Cette possibilité implicitement consacrée empêchera peut être la Cour de Cassation de refuser son efficacité et à l'extrême de revenir sur ses avancées autorisant la réalisation d'un pacte conclu postérieurement à la remise du bien en garantie.

Le bouleversement annoncé par la réforme doit donc être très nuancé. L'avancée effective pour les créanciers titulaires de sûretés réelles dépendra de la lecture que choisira de faire la jurisprudence.

Nombreux sont ceux qui regrettent le maintien de l'interdiction de la clause de voie parée d'autant plus qu'elle avait été introduite pour les mêmes raisons que l'interdiction du pacte comissoire. En effet, les établissements de crédit n'ont pas vocation à être propriétaire et par conséquent l'attribution judiciaire, comme le pacte comissoire, les obligera à organiser la revente du bien. Cela serait beaucoup plus intéressant pour eux de pouvoir vendre de façon simplifiée quitte à avoir une expertise comme le soulignait un membre du groupe de travail<sup>172</sup>. Ce dernier a même laissé entendre que, bien que ces reconnaissances soient une avancée

---

<sup>172</sup> Entretien avec A. Gourio précité

réelle, l'inefficacité en cas de procédure collective conjuguée au fait que le bien n'intéresse généralement pas les établissements de crédit, les conduirait probablement à en faire un faible usage.

L'efficacité des sûretés réelles traditionnelles ne semble donc pas fondamentalement améliorée et malgré les annonces faites en ce sens s'agissant des garanties fondées sur l'exclusivité, l'ordonnance y amène aussi son lot de déception.

## Section 2 La consécration purement symbolique des garanties fondées sur l'exclusivité

Ayant la volonté de rendre au code civil son caractère de droit commun, les membres du groupe Grimaldi souhaitaient y intégrer les dispositions régissant les garanties fondées sur l'exclusivité en en fixant le régime. Si cette introduction a bien été réalisée (hors le cas de la propriété cédée à titre de garantie qui est laissée à un autre groupe de travail) elle n'est que formelle et cela aussi bien pour la réserve de propriété (I) que pour le droit de rétention (II)

### I. La réserve de propriété : une ordonnance bien en-deça des espérances

La réserve de propriété a toujours eu une place prépondérante en cas de procédure collective ce qui en a fait une garantie très recherchée par les créanciers (A). Le groupe de travail en a proposé un régime innovant auquel l'ordonnance n'a cependant pas donné suite (B)

#### A) L'efficacité de la clause de réserve de propriété

Bien que les caractéristiques de cette clause aient longtemps posé difficulté (1) son opposabilité à la procédure collective l'a toujours rendue attractive (2)

##### 1. Nature et conditions d'existence

La clause de réserve de propriété permet au vendeur de conserver la propriété du bien vendu jusqu'au complet paiement du prix par l'acheteur. Jusqu'à l'ordonnance du 23 mars 2006 cette garantie était quasi exclusivement régie par les dispositions du livre VI du code de commerce.

Il s'agit là d'une exception au transfert de propriété solo consensu admis de longue date par la jurisprudence mais des interrogations ont longtemps subsisté sur sa nature juridique. La Cour de Cassation ne s'est jamais prononcée sur le point de savoir s'il y avait là un terme ou une condition, mais elle a jugé que, sauf clause contraire, le vendeur conservait la charge des

risques<sup>173</sup>. Elle a également souligné qu'il s'agissait là d'une véritable sûreté, ce qui implique par la même la reconnaissance de son caractère accessoire<sup>174</sup>.

S'agissant de ses conditions de constitution, l'article L624-16 exige simplement qu'elle soit convenue entre les parties par écrit au plus tard au moment de la livraison tout en permettant qu'elle soit insérée dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales. L'article ajoutait cependant que la clause prévue par le vendeur était opposable de plein droit à l'acheteur à moins que les deux parties l'aient expressément écartée.

La jurisprudence a par la suite jugé que cette clause pouvait être insérée dans un contrat autre que la vente<sup>175</sup>.

Ses formalités de constitution sont donc extrêmement simples et elle possède une grande efficacité en cas de procédure collective de l'acheteur.

## 2. Opposabilité de la réserve de propriété à la procédure collective

Cette opposabilité a pendant très longtemps été réservée. On arguait en effet qu'il était injuste que les prestataires de service ne puissent bénéficier de ce mécanisme, que la mise en œuvre de cette clause compromettait la continuation de l'activité du débiteur et surtout que son absence de publicité était source d'incertitude pour les autres créanciers car le bien faisait partie de la solvabilité apparente du débiteur. D'un autre côté, ce mécanisme permet d'éviter que la faillite de l'acheteur n'entraîne celle du fournisseur. Il permet également de développer le crédit acheteur ce qui assure une meilleure trésorerie au vendeur.

La loi dite « Dubanchet » du 12 mai 1980 a fini par trancher dans le sens de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la procédure collective. Ceci lui confère une très grande force car elle permet au vendeur de faire valoir son droit de propriété dans la procédure et ainsi de n'être primé par aucun autre créancier.

La loi du 10 juin 1994 a cependant instauré une publicité certes facultative mais qui permet à son auteur de ne pas avoir à revendiquer dans le délai de droit commun, soit trois mois après le jugement d'ouverture et, surtout, d'être averti de l'obligation de déclarer par les organes de la procédure (obligation clarifiée depuis la loi de sauvegarde des entreprises).

S'agissant des conditions de mise en œuvre de cette garantie, l'article L624-16 du code de commerce dispose que les biens vendus peuvent être revendiqués s'ils se retrouvent en nature mais également si, bien qu'incorporés dans un autre bien mobilier, ils peuvent en être retirés sans dommage. De plus, l'article dispose que la revendication peut également s'exercer sur

---

<sup>173</sup> Com 29 novembre 1979, JCP G, 81.II.19615 Ghestin

<sup>174</sup> Com 23 janvier 2001 RTD civ.2001 p399 Crocq

<sup>175</sup> Com 19 novembre 2003 pour la validité de la clause stipulée dans un contrat d'entreprise Bull civ IV n°174

des biens fongibles « lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité ». Et la jurisprudence a eu une approche relativement large de cette disposition puisqu'elle a permis la revendication de biens se trouvant dans le stock du débiteur et n'appartenant pas au vendeur dès lors que ceux-ci étaient de même qualité et de même espèce<sup>176</sup>. Un auteur y a vu l'illustration de l'évolution de la nature juridique de la clause de réserve de propriété, traitée comme une sûreté réelle sur la chose d'autrui et ce afin de lui conférer une efficacité maximale<sup>177</sup> ; évolution également illustrée en matière de revendication du prix de revente. L'article L624-18 du code de commerce précise que la revendication pourra être exercée sur le prix en cas de revente par l'acheteur dès lors qu'il n'aura pas été payé au débiteur initial à la date du jugement d'ouverture. Et la Cour de Cassation a estimé que le prix versé après le jugement d'ouverture mais avant l'action en revendication pouvait lui aussi être revendiqué malgré la confusion de cette somme dans le patrimoine du débiteur<sup>178</sup>.

Enfin, la jurisprudence a précisé qu'en cas de destruction du bien, la revendication s'exercerait sur l'indemnité d'assurance<sup>179</sup>.

On le voit, les arrêts vont constamment dans le sens d'une plus grande efficacité de la réserve de propriété en cas de procédure collective. Les imperfections restent cependant nombreuses et le groupe de travail avait la volonté d'en proposer un régime innovant.

## B) Une consécration purement formelle

Une refonte originale du régime était proposée par le groupe Grimaldi (1) mais l'insertion dans le code de la réserve de propriété s'est révélée purement symbolique (2)

### 1. Un régime qui aurait pu être innovant

Considérant l'importance économique de la réserve de propriété le groupe de travail a estimé qu'il était nécessaire de l'intégrer dans le code civil tout en aménageant son régime du moins pour les aspects qui ne sont pas propres aux procédures collectives<sup>180</sup>. Sa présence au sein du livre IV confirme donc sa qualification de sûreté malgré un débat toujours vif en doctrine.

Cette insertion débutait par un article définissant la réserve de propriété comme « une convention par laquelle les parties suspendent l'effet translatif d'un contrat au complet

---

<sup>176</sup> Com 5 mars 2002 D 2002 p 1139 A. Liénhard

<sup>177</sup> L. Aynes et P. Crocq *les sûretés, la publicité foncière*, précité n°754

<sup>178</sup> Com 3 décembre 2003 Bull civ IV n°191

<sup>179</sup> Com 1<sup>er</sup> octobre 1985 D 1986 p 246. M. Cabrillac

<sup>180</sup> Article 2380 et s, propositions du groupe en annexe

paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie » et reconnaissant son caractère accessoire, ce qui ne faisait que consacrer la jurisprudence antérieure. La définition donnée ne se référait pas à un type de contrat comme la vente ce qui, à nouveau, correspondait à l'évolution jurisprudentielle. Elle interdisait également de fait que la réserve garantisse une autre créance que celle qui en est la contrepartie. Un auteur a pu souligner l'intérêt que cette disposition avait pour la Cour de Cassation qui n'aurait pas à se prononcer sur le caractère excessif de la sûreté<sup>181</sup>. Pourtant l'autorisation de cette réserve de propriété élargie aurait peut être contribué à éviter ce que l'on appelle le gaspillage du crédit.

L'insertion mettait également fin aux dispositions du code de commerce permettant que le vendeur impose la clause à l'acheteur sauf accord contraire des parties. Et selon les dispositions l'écrit ne serait plus une condition d'opposabilité mais de validité. Le groupe avait d'ailleurs prévu que cette convention pourrait, comme le prévoit le code de commerce, être un contrat cadre.

Il avait cependant ajouté, à la différence des dispositions actuelles, qu'au-delà d'une certaine valeur la réserve aurait du faire l'objet d'une publicité dans les mêmes conditions que le gage pour pouvoir être opposable. Cette nouveauté allait dans le sens de l'abandon des sûretés et privilèges occultes pour plus de sécurité juridique. Elle faisait à ce titre écho aux oppositions soulevées lors de l'adoption de la loi dite « Dubanchet ».

Et l'article ajoutait qu'une fois cette publicité effectuée, les tiers seraient dans l'impossibilité de se prévaloir de l'article 2279 à l'égard du vendeur ce qui, selon un membre du groupe, aurait permis de diminuer le contentieux en matière de revendication du prix de revente<sup>182</sup>.

Le projet tendait également à résoudre un certain nombre de problèmes en cas de revendication de biens fongibles. Il apportait notamment une explication juridique à la possibilité qu'a le vendeur de revendiquer des biens qui ne sont pas les siens et ce, par le biais de l'accession mobilière. Le créancier avec ces dispositions peut ainsi percevoir les fruits produits par le bien en les imputant sur la dette restante et revendiquer les biens issus du mélange des biens originaires avec d'autres biens de même espèce et de même qualité. Etaient également réglée l'hypothèse d'un conflit entre deux vendeurs bénéficiaires d'une clause de réserve de propriété sur des biens fongibles.

En outre, un article consacrait la jurisprudence sur la possibilité de revendiquer l'indemnité d'assurance en cas de destruction du bien.

---

<sup>181</sup> P. Crocq *la réserve de propriété* Droit et patrimoine septembre 2005 n°140

<sup>182</sup> P. Crocq, article précité

Enfin, conformément au principe selon lequel la garantie ne peut être source d'enrichissement pour le créancier, une dernière disposition lui faisait obligation, au cas où la valeur du bien excédait la créance, de reverser cet excédent au débiteur.

Le groupe de travail proposait donc un régime qui non seulement consacrait les avancées de la jurisprudence antérieure mais qui en plus en corrigeait les difficultés. Cependant l'ordonnance n'a pas opté pour une reprise de ces propositions.

## 2. Une consécration très limitée

La consécration du projet a été limitée dès le départ puisque la loi du 26 juillet 2005 a seulement habilité le gouvernement à insérer « à droit constant dans le code civil les dispositions relatives à la clause de réserve de propriété ».

Il s'agit des nouveaux articles 2367 à 2372<sup>183</sup>. Ont été conservés la définition, l'exigence d'un écrit mais cette fois comme condition d'opposabilité ainsi que le report de la réserve sur le prix de revente ou l'indemnité d'assurance<sup>184</sup>. L'ordonnance a également repris la disposition selon laquelle en cas de défaillance du débiteur, le créancier pouvait demander la restitution du bien ce qui confirme la différence entre la revendication et la résolution d'un contrat. Il devra le cas échéant reverser l'excédent au débiteur.

Enfin, comme le code de commerce le prévoyait déjà, la revendication peut être exercée sur un meuble incorporé à un autre bien dès lors que le retrait peut être fait sans dommage.

En ce sens les nouvelles dispositions ne font donc que consacrer les dispositions du code de commerce ainsi que quelques avancées jurisprudentielles (l'article prévoyant la possibilité d'une insertion de la réserve de propriété dans un contrat cadre n'est cependant pas repris<sup>185</sup>) et ce à une exception près. L'ordonnance retient en effet la possibilité de réserver la propriété d'un immeuble.

Mais l'avancée principale du projet, à savoir la consécration de l'accession mobilière expliquant la perception des fruits par le créancier ainsi que sa possibilité de revendiquer des biens fongibles dont il n'était pas propriétaire, n'est pas reprise. L'article 2369 dispose seulement que la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer sur des biens de même nature et de même qualité, détenus par le débiteur. La solution prévue par le code de commerce est donc reprise mais sans explication juridiquement satisfaisante. Le créancier

---

<sup>183</sup> Cf dispositions de l'ordonnance en annexe

<sup>184</sup> Les articles L624-16 et L624-18 ont été modifiés par l'ordonnance pour consacrer le report de la réserve sur l'indemnité d'assurance ainsi que pour supprimer l'opposabilité de la clause à l'acheteur hors accord contraire.

<sup>185</sup> Il s'agit là d'une des coquilles de l'ordonnance qui sera rectifiée lors de la loi de ratification ou par le biais d'un projet de loi ultérieur

n'est plus habilité à percevoir les fruits et la solution d'un éventuel conflit entre deux créanciers bénéficiaires d'une clause de réserve de propriété a disparu.

De plus, la publicité de la réserve reste facultative à la lecture de l'ordonnance, ce qui n'a cependant pas empêché le gouvernement d'en consacrer l'opposabilité puisque le nouvel article 2335 dispose que le gage de la chose d'autrui est nul. La réserve de propriété sera opposable au créancier gagiste ce qui est en totale contradiction avec l'article 2279 du code civil<sup>186</sup> et même dangereux en pratique car, cela suppose qu'il doive à chaque fois se renseigner sur les garanties antérieurement prises sur le bien alors que la publicité de la réserve reste elle facultative. Le risque de cette mesure est de décourager les créanciers ce qui est contraire au but initial de développement du crédit. On peut cependant penser que la Cour de Cassation interprétera cela comme en matière de nullité de la vente de la chose d'autrui.

Encore une fois l'ordonnance qui aurait pu apporter un certain nombre de modifications bienvenues se contente de quelques dispositions codifiant plus ou moins la jurisprudence et parvenant même à introduire certaines incohérences. Et cette constatation va de nouveau pouvoir être faite s'agissant du droit de rétention.

## II. Une constatation de principe du droit de rétention

Avant la réforme du droit des sûretés, le droit de rétention possédait déjà une place extrêmement forte dans la procédure collective (A). L'ordonnance n'a finalement fait que l'introduire dans le code civil (B).

### A) La place du droit de rétention dans la législation antérieure.

Bien que le débat sur sa nature et ses conditions d'existence perdure encore (1), il possède une efficacité redoutable en cas de procédure collective (2)

#### 1. Nature et caractérisation du droit de rétention

Le droit de rétention peut se définir comme « la faculté accordée à un créancier qui détient la chose de son débiteur d'en refuser la délivrance jusqu'à complet paiement »<sup>187</sup>. C'est en fait d'abord et avant tout un moyen de pression sur le débiteur, sorte de possibilité de justice privée et par la même une garantie de paiement.

---

<sup>186</sup> La jurisprudence était pourtant en sens contraire Com 3 octobre 1989 JCP G 90.21454

<sup>187</sup> Cabrillac et Mouly *droit des sûretés*, précité

Ce droit n'était, jusqu'à présent, régi par aucune disposition générale. Il en était seulement fait mention dans des dispositions éparées du code civil<sup>188</sup> dont l'article 2082 selon lequel, le débiteur ne peut réclamer la restitution du bien qu'après avoir entièrement payé la dette en garantie de laquelle le gage a été donné. Cet article et la définition précédemment donnée montrent que le droit de rétention est très lié à la possession physique du bien mais cela n'est pas toujours le cas<sup>189</sup>.

C'est surtout la jurisprudence qui a organisé l'institution. Elle reconnaît l'existence d'un droit de rétention, cette fois autonome car non lié à une autre garantie, et ce par le biais de trois critères, l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible, une détention et un lien de connexité juridique ou matérielle entre cette créance et cette détention. La détention étant une condition de l'existence de ce droit, si le créancier venait à se dessaisir volontairement du bien il perdrait son droit par la même occasion<sup>190</sup>.

La force du droit de rétention est liée à son indivisibilité, le créancier pouvant conserver le bien malgré la perception d'un paiement partiel, et à son opposabilité erga omnes sans publicité. Malgré cela, il ne confère ni droit de suite ni droit de préférence donc si le créancier décide de vendre il perdra son droit ce qui alimente un débat quant à la nature juridique du droit de rétention et les théories sont multiples<sup>191</sup>. La Cour de Cassation, quant à elle, a jugé qu'il s'agissait d'un droit réel mais qu'il n'était pas une sûreté et pas assimilable au gage<sup>192</sup>.

Quoiqu'il en soit, la seule façon de mettre fin à la rétention en droit commun est de payer intégralement le créancier. Et ce caractère présente ceci d'intéressant qu'il n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective.

## 2. Une efficacité maximale en cas de procédure collective

Face au déclin progressif des sûretés réelles en cas de procédure collective l'intérêt pour les créanciers, d'une garantie comme le droit de rétention est qu'elle conserve son efficacité. De plus n'étant pas une sûreté, le droit de rétention n'a pas à être déclaré<sup>193</sup>.

Pendant la période d'observation où pourtant le principe est la suspension des poursuites et l'interdiction du paiement des créances antérieures, l'article L622-7 dispose que le débiteur ou l'administrateur peuvent être autorisés à retirer le bien retenu lorsque c'est justifié par la poursuite de l'activité. Il s'agit en fait de la seule voie possible pour débloquer la situation

---

<sup>188</sup> Par exemple article 1612 du code civil pour la vente ou encore article 2280 du même code

<sup>189</sup> Cf gage automobile et gage sur compte d'instruments financiers où le droit de rétention est fictif

<sup>190</sup> A contrario il le conserve en cas de dessaisissement involontaire comme la saisie Req 19 juillet 1904 DP 06.1.9

<sup>191</sup> Pour Simler et Delebecque *Les sûretés* il s'agit d'une véritable sûreté, pour J. Mazeaud et F. Chabas *Leçons de droit civil* il s'agit d'un droit réel inachevé et pour N. Catala-Franjou un droit personnel

<sup>192</sup> Civ 1<sup>ère</sup> 7 janvier 1992 Bull civ I n°4 et com 20 mai 1997 Bull civ IV n°141

<sup>193</sup> Hors le cas où il est lié à une sûreté spéciale Com 8 juin 1999 D 2000 somm p388

face à l'interdiction qu'a le rétenteur de vendre la chose et au dessaisissement du débiteur. Et ce retrait permettra au créancier d'être payé sans être en concours avec les autres créanciers même privilégiés. De même, l'article L622-8 qui prévoit la consignation de la quote part du prix de vente, pendant la période d'observation, d'un bien grevé de sûreté, est-il inapplicable au droit de rétention, le rétenteur ne se dessaisissant du bien qu'au moment où il est intégralement payé « retenir et consigner ne vaut »<sup>194</sup>. Et son alinéa prévoyant la possibilité pour le débiteur ou l'administrateur de substituer aux garanties détenues des garanties équivalentes ne peut lui non plus être appliqué car, d'une part, il n'y a pas de garantie équivalente à un tel droit et d'autre part, le droit de retenir jusqu'à complet paiement ne pourrait être mis en échec par le pouvoir de substitution<sup>195</sup>. Le retrait postule un paiement préalable.

Selon la jurisprudence, l'article L642-12, qui dispose qu'en cas de cession de biens grevés une quote part du prix est affectée à chacun des biens pour l'exercice du droit de préférence, ne peut être opposé au créancier rétenteur car, en l'absence de disposition spécifique en ce sens, c'est le droit commun qui s'applique. Il ne pourra donc être contraint au dessaisissement que par un paiement intégral<sup>196</sup>. Il faut donc considérer que l'opposabilité du droit de rétention est de principe sauf texte contraire.

De plus, les dispositions prévoyant le transfert de la charge de la sûreté au cessionnaire ne peuvent recevoir application car cela reviendrait à permettre au cessionnaire de bénéficier d'un bien sans avoir intégralement payé la créance<sup>197</sup>.

Enfin, s'agissant de la liquidation, les textes prévoient également la possibilité de retirer le bien retenu contre paiement<sup>198</sup>. Le liquidateur ne le fera cependant que quand cela représentera un intérêt pour les autres créanciers c'est-à-dire au cas où la valeur du bien excède celle de la créance du rétenteur. S'il n'y a pas de retrait et de vente du bien par le liquidateur le même article prévoit que le droit de rétention sera reporté sur le prix de vente. Le dessaisissement n'étant pas volontaire, il n'y a pas de perte du droit ce qui constitue la force principale de cette garantie.

L'intérêt que ce droit représente pour les créanciers et la place qu'il a pris dans l'économie ont conduit le groupe de travail à vouloir l'insérer dans les règles de droit commun.

---

<sup>194</sup> PM Le Corre *l'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement* D2001 p2815

<sup>195</sup> Com 4 juillet 2000 JCP E 2001 n°3 M. Cabrillac

<sup>196</sup> Com 20 mai 1997 revue procédures collectives 1998 n°65 B. Soinne

<sup>197</sup> PM. Le Corre article précité sur le droit de rétention

<sup>198</sup> Article L642-25 du code de commerce

## B) Une insertion de principe

Le groupe de travail a eu la volonté de recadrer le droit de rétention en en proposant une sorte de définition de référence mais également en le recentrant sur ses fondements de départ.

L'article 2286 de l'ordonnance du 23 mars 2006 reprend la définition générale prévue par l'avant projet en disposant que le droit de rétention est reconnu au créancier à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance (la remise aura été faite à titre de garantie), au créancier dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à livrer (contrat de prestation de service ou contrat de vente par exemple) et au créancier dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose<sup>199</sup>.

L'article reprend également les solutions antérieures en précisant que le droit de rétention se perd par dessaisissement volontaire. Dans l'avant projet comme dans l'ordonnance le but n'était donc que de clarifier les conditions d'existence reconnues par la jurisprudence. Cependant, aux vues des trois hypothèses énumérées, on s'aperçoit qu'il y a une volonté de recentrer le droit de rétention sur la possession physique.

Il est ainsi reconnu au gage avec dépossession mais pas au gage sans, ce qui a d'ailleurs conduit le secteur bancaire à exiger le maintien du premier pour conserver une garantie efficace en cas de procédure collective<sup>200</sup>. On a aussi voulu le cantonner aux biens corporels d'où son absence en matière de nantissement.

Cependant, malgré son insertion dans le code civil, le gage automobile conserve son droit de rétention fictif fondé sur la délivrance au créancier du reçu de la déclaration<sup>201</sup>.

De même, en consacrant l'antichrèse bail, l'article 2391 reconnaît au créancier un droit de rétention. Il est ici détaché de la possession physique du bien ce qui avait provoqué de nombreux débats sur sa reconnaissance en doctrine<sup>202</sup>. En effet la question se posait de savoir si le droit de rétention conféré par l'article 2071 du code civil était maintenu au cas où le créancier donnait l'immeuble à bail au débiteur. Certains estimaient que « la publicité ne saurait équivaloir à la mise en possession du créancier »<sup>203</sup>. On pouvait également soutenir que c'est dans l'exercice de son droit de jouissance que le créancier avait accordé le bail au débiteur et que donc, ce dernier reconnaissait le droit de rétention et, c'est en ce sens que l'ordonnance a tranché. Si cette nouveauté semble très intéressante au regard des multiples

---

<sup>199</sup> Cf ordonnance en annexe

<sup>200</sup> A. Bac *ce que pense la fédération bancaire française...* précité

<sup>201</sup> Article 2352 de l'ordonnance

<sup>202</sup>F. Lejeune *une sûreté nouvelle l'antichrèse-bail* Journal notarial 1986

<sup>203</sup> Derrida *La dématérialisation du droit de rétention* Mélanges Voirin p178

atteintes dont sont victimes les sûretés réelles en cas de procédure collective, notamment l'hypothèque, un doute reste permis. La jurisprudence avait en effet eu l'occasion de juger que le droit de rétention reconnu par le code civil à l'antichrèse était inopposable au liquidateur<sup>204</sup>. Eu égard à la modification opérée par l'ordonnance sur l'opposabilité du livre IV à la procédure collective, il y a donc un risque de voir perdurer la solution antérieure.

A l'exception de cette hypothèse, la définition et les conditions d'existence sont en fait les mêmes que ceux consacrés auparavant. Certains membres du groupe de travail souhaitaient pourtant une réelle évolution dans l'appréhension de ce droit en consacrant l'idée selon laquelle tant que le créancier n'est pas intégralement payé, lui seul sera en mesure d'exercer les droits sur le bien<sup>205</sup>. Cela aurait permis d'appliquer, sans le déformer, le droit de rétention à des biens incorporels en suivant un peu le schéma développé dans la directive dite garantie financière du 6 juin 2002. On peut d'ailleurs trouver une trace de cette volonté dans l'avant projet sur le nantissement d'instruments financiers ou de monnaie scripturale où il était précisé que ni le constituant, ni un tiers, ni un syndic d'une procédure d'insolvabilité ne pouvait retirer les instruments ou les fonds tant qu'une créance garantie subsistait<sup>206</sup>.

Encore une fois l'innovation n'aura pas été consacrée...

Le bilan de l'impact de la réforme du droit des sûretés sur les procédures collectives est donc extrêmement mitigé. De la volonté de départ qui était redonner de façon indiscutable un rang attractif dans la procédure aux créanciers titulaires de sûretés réelles, il ne reste que quelques espoirs dans l'interprétation que donnera la Cour de Cassation de la combinaison des textes. Se fiant aux objectifs initiaux ainsi qu'à ses avancées antérieures (s'agissant du pacte comissoire ou encore de la clause de réserve de propriété) elle pourrait décider de considérer l'article 2287 comme une simple disposition de principe, comme une règle évidente rappelant que le droit spécial prime sur le droit commun, malgré la volonté clairement affichée de la chancellerie de contrecarrer la volonté du groupe « Grimaldi » sur ce point.

---

<sup>204</sup> Civ 3<sup>ième</sup> 23 octobre 2002 JCP G 2003 I 124 n°13 Delebecque

<sup>205</sup> Entretien avec A. Gourio en date du 21 avril 2006

<sup>206</sup> Article 2362, propositions du groupe

## CONCLUSION

Deux constatations se dégagent des récentes réformes en droit interne. D'un côté, la réforme des procédures collectives du 26 juillet 2005 a contribué de façon relativement importante à redonner une force aux créanciers munis de sûretés en cas de défaillance de leur débiteur. D'un autre côté, l'avancée s'est limitée à cette réforme car celle intervenue en matière de sûretés a pour l'instant des conséquences très incertaines, incertitudes qui ne seront levées qu'avec la jurisprudence ce qui signifie que l'insécurité juridique va perdurer en la matière.

Et, outre les avancées de la Cour de Cassation, les créanciers vont également devoir surveiller celles de la législation européenne et internationale.

La réforme des sûretés a en effet été inspirée de l'international mais elle a aussi pour but de présenter un droit cohérent à l'international dans une volonté de plus en plus présente d'harmonisation.

S'agissant des sources de la réforme il faut mentionner la législation américaine qui dès 1951, au sein du Uniform Commercial Code, a opté pour une sûreté mobilière unique le « security interest » constituée par une inscription. Toutes les sûretés mobilières regroupées sous cette appellation générique, sont ainsi soumises au même régime juridique<sup>207</sup>.

De même, plusieurs organismes internationaux comme la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International ou encore la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement qui mènent des travaux en droit des sûretés, semblent se diriger vers un concept unique de sûreté<sup>208</sup>.

Le groupe de travail, puis l'ordonnance n'ont pas suivi tous les critères donnés par ces organismes comme l'unité des sûretés ou leur efficacité en matière de procédure collective<sup>209</sup>.

La réforme du 23 mars 2006 a, au contraire, choisi d'affirmer les catégories (sûretés personnelles et réelles) les sous catégories (gage et nantissement) et même « les sous sous catégories » (gage avec dépossession et gage sans dépossession). Et la modification de l'article 2287, on l'a vu, ne va pas réellement dans le sens de l'efficacité.

Il faut cependant prendre conscience que les recommandations de ces organismes sont une source importante de pression, qui, si elle ne s'est pas exercée de façon directe sur la législation française, pourrait bien s'introduire par le biais de la législation européenne.

---

<sup>207</sup> R. Dammann *Réflexions sur la réforme du droit des sûretés au regard du droit des procédures collectives...* précité

<sup>208</sup> J. Stoufflet *Apport du guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés* Banque et Droit n°97 octobre 2004

<sup>209</sup> A. Gourio *Le projet de réforme du droit des sûretés à l'épreuve d'une approche internationale* Droit et patrimoine n°140 septembre 2005

Et cette législation européenne c'est ce qui suivra les réformes que l'on vient d'examiner. La question est alors de savoir dans quelle mesure les législations françaises récentes sont susceptibles d'influer le futur droit européen. Une telle influence aurait l'avantage d'éviter de nouveaux changements dans la situation des créanciers, déjà soumis à une certaine instabilité quant à leur statut. Et la question n'est pas anodine car des travaux en ce sens ont déjà été demandés.

Le postulat de départ était de dire que si le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, s'est en majeure partie limité à l'instauration de règles de conflit c'est parce qu'il n'y avait pas encore d'harmonisation du droit des sûretés. De même, la commission européenne dans une de ses communications sur un éventuel code civil européen a constaté que certaines sûretés relatives à des biens meubles disparaissaient lors du franchissement des frontières car elles étaient inconnues de l'autre Etat membre<sup>210</sup>. Elle a également souligné les nombreuses difficultés en matière de propriété réservée et en est arrivée à l'affirmation que « la disparité des sûretés soumet les opérateurs du marché à un risque important ». Une étude a donc été lancée pour examiner ces questions<sup>211</sup>.

Certes, une harmonisation européenne du droit des sûretés n'est pas pour demain mais aux vues de la multiplication des faillites européennes et internationales les différences de législations risquent de devenir réellement problématique.

En ne garantissant pas une réelle efficacité aux sûretés et en ne se conformant pas aux critères recommandés par les différents organismes internationaux, l'ordonnance du 23 mars 2006 ne suffira sans doute pas à inciter la commission à suivre le droit français. Et comme pour la directive dite collatérale le droit anglo-saxon avec son concept de sûreté unique et de forte opposabilité aux procédures risque de primer.

L'harmonisation conflictuelle puis matérielle qui approche risque donc une nouvelle fois de modifier la situation des créanciers titulaires de sûretés en cas de procédure collective.

---

<sup>210</sup> Communication du 12 février 2003 « un droit européen des contrats plus cohérent »

<sup>211</sup> 2002/JOS 154-122573 9 août 2002

## BIBLIOGRAPHIE

### Textes

Propositions de réforme du droit des sûretés remises par le groupe de travail au garde des sceaux le 31 mars 2005

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, en date du 24 mars 2006

Loi du 26 juillet 2005 « pour la confiance et la modernisation de l'économie » n°2005-842 JO n°173 (article 24)

### Discours

Discours de Thierry breton, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relatif à la réforme des sûretés (point presse 22 mars 2006 site du ministère de la justice)

Déclarations de Pascal Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice relatives à la réforme des sûretés (point presse 22 mars 2006 site du ministère de la justice).

### Rapports parlementaires

Rapport de Monsieur Xavier Roux devant l'Assemblée nationale relatif à la loi de sauvegarde des entreprises n°2095 enregistré le 11 février 2005 ([www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr))

Rapport de Monsieur Jean-Jacques Hyst devant le Sénat relatif à la loi de sauvegarde des entreprises n°335 déposé le 11 mai 2005 ([www.senat.fr](http://www.senat.fr))

### Ouvrages

Michel Jeantin et Paul Le Cannu : *instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés* Dalloz 6<sup>ième</sup> édition 2003

Françoise Pérochon et Régine Bonhomme : *entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement* LGDJ 6<sup>ième</sup> édition 2003

Bernard Soinne : *traité théorique et pratique des procédures collectives* Litec 1987

Laurent Aynes et Pierre Crocq : *les sûretés, la publicité foncière* Defrénois 2003

Michel Cabrillac et Christian Mouly : *droit des sûretés* Litec 2004

Philippe Simler et Philippe Delebecque : *les sûretés, la publicité foncière* Dalloz 2004 4<sup>ième</sup> édition

Philippe Simler : *cautionnement et garanties autonomes* Litec 2000

## Thèse

Damien Grimaud : *le caractère accessoire du cautionnement* Université d'Aix Marseille 2001

## Articles et études

Laurent Aynes : *sûretés : une réforme plutôt réussie* Droit et Patrimoine n°147 avril 2006

Laurent Aynes et Pierre Crocq : *le projet de réforme du droit des sûretés* Revue Lamy de droit civil 2006, n°25

Michel Cabrillac et Philippe Pétel : *juin 1994, le printemps des sûretés réelles ?* Dalloz 1994 chron 244

Jean-Michel Calendini : *la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales après la loi du 10 juin 1994*, Revue des procédures collectives 1994 n°4

Jean-Loup Courtier : *position du droit positif sur l'attribution judiciaire du gage et l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985* Revue des huissiers 1998

Pierre Crocq : *le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés* Droit et patrimoine n°133 janvier 2005

Pierre Crocq *réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés* Droit et Patrimoine n°146 mars 2006

Pierre Crocq : *sûretés et procédures collectives : ce qu'il faudra retenir de l'année 2004* Revue Lamy de droit civil

Pierre Crocq : *le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement* Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie Defrénois 2005

Reinhard Dammann : *le droit européen des faillites : source d'incertitudes et d'opportunités pour les banques* Banque et Droit n°101 mai-juin 2005

Reinhard Dammann : *la situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises* Banque et Droit n°103 septembre-octobre 2005

Reinhard Dammann : *réflexion sur la réforme du droit des sûretés au regard du droit des procédures collectives : pour une attractivité retrouvée du gage* Dalloz 2005 n°35 p 2247

Fernand Derrida et Jean-Pierre Sortais : *la situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives* Les Petites Affiches n°58 22 mars 2006

Michel Grimaldi : *problèmes actuels des sûretés réelles* Les Petites Affiches n°77 26 juin 1996

Pierre-Michel Le Corre : *le privilège de conciliation* Gazette du Palais n°251 8 septembre 2005

Pierre-Michel Le Corre : *les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* Gazette du Palais n°253 10 septembre 2005

Pierre-Michel Le Corre : *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises* Dalloz 2005 p2315

Pierre-Michel Le Corre : *l'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement* Dalloz 2001 n°34 p2815

Pierre-Michel Le Corre : *cautions, coobligés et garants dans les procédures collectives d'aujourd'hui et demain* Revue des procédures collectives septembre 2004 n°3

Dominique Legeais et Alain Cerles : *incidences de la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Revue de droit bancaire et financier septembre octobre 2005

Christophe Léguevaques : *le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ?* Les Petites Affiches n°35 17 février 2006

François Lejeune : *une sûreté nouvelle l'antichrèse-bail* Journal notarial 1986 Art 58565

Alain Lienhard : *sauvegarde des entreprises : présentation du décret d'application du 28 décembre 2005*, Dalloz 2006 chroniques p150

Françoise Pérochon : *les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* Gazette du Palais n°251 8 septembre 2005

Stéphane Prigent : *cautions, coobligés, garants autonomes et constituants d'une sûreté pour un débiteur ayant obtenu un accord de conciliation homologué, une sauvegarde ou un redressement judiciaire* Les Petites Affiches n°6 9 janvier 2006

Isabelle Riassetto : *le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère* Revue Lamy de droit civil 2006, n°26

David Robine : *l'article L650-1 du code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?* Dalloz 2006 n°1 p69

Nicolas Rontchevsky : *les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises* Banque et Droit n°105 janvier-février 2006

Richard Routier : *le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif* Gazette du Palais 9 et 10 septembre 2005

Richard Routier : *de l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises* Dalloz 2005 n°22 p1478

Philippe Simler : *la réforme du droit des sûretés* Semaine Juridique Edition Générale n°13, 29 mars 2006

Michel Storck : *l'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation de gage* Les Petites Affiches n°130 30 octobre 1987

Jean Stoufflet : *apport du guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés* Banque et Droit n°97 septembre-octobre 2004

Georges Wiederkehr : *pacte comissoire et sûretés conventionnelles* Mélanges Jauffret 1974 p663

Dossier : *la réforme du droit des sûretés* Dalloz 11 mai 2006 n°19 p 1289

Dossier : *rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale des sûretés* Droit et patrimoine n°140 septembre 2005

Dossier : *sûretés et procédures collectives : morceaux choisis* Les Petites Affiches n°188 20 septembre 2000

Dossier : *commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés* Semaine Juridique édition Générale 18 mai 2006, n°20

# ANNEXE

# Décrets, arrêtés, circulaires

## TEXTES GÉNÉRAUX

### MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006

relative aux sûretés

NOR : JUSX0600032R

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du garde des sceaux, ministre de la justice,

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu le code civil ;

Vu le code des assurances ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code de la consommation ;

Vu le code monétaire et financier ;

Vu le code pénal ;

Vu la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 modifiée mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

Vu la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ;

Vu la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, notamment son article 24 ;

Vu le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, modifié par le décret n° 55-655 du 20 mai 1955 et par la loi n° 57-888 du 2 août 1957 ;

Vu l'avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières en date du 20 février 2006 ;

Le Conseil d'Etat entendu ;

Le conseil des ministres entendu,

Ordonne :

#### TITRE I<sup>er</sup>

#### DISPOSITIONS RELATIVES AU LIVRE IV DU CODE CIVIL

##### Article 1<sup>er</sup>

I. – Le livre IV du code civil devient le livre V. Il comprend les articles 2489 à 2534, qui reprennent respectivement les articles 2284 à 2328.

II. – Le livre IV du code civil est intitulé : « Des sûretés ». Il est rédigé conformément aux dispositions du présent titre.

##### Article 2

Le livre IV comporte :

I. – Les articles 2284 à 2287.

II. – Un titre I<sup>er</sup> intitulé : « Des sûretés personnelles ». Il comprend les articles 2288 à 2322.

III. – Un titre II intitulé : « Des sûretés réelles ». Il comprend les articles 2323 à 2488.

#### CHAPITRE I<sup>er</sup>

#### Dispositions générales

##### Article 3

I. – Les articles 2092 et 2093 deviennent respectivement les articles 2284 et 2285.

II. – L'article 2286 est ainsi rédigé :

« Art. 2286. – Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :

« 1<sup>o</sup> Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;

« 2<sup>o</sup> Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;

« 3<sup>o</sup> Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose.

« Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire. »

III. – L'article 2287 est ainsi rédigé :

« Art. 2287. – Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l’application des règles prévues en cas d’ouverture d’une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d’ouverture d’une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers. »

## CHAPITRE II

### Dispositions relatives aux sûretés personnelles

#### Article 4

Le titre I<sup>er</sup> du livre IV comporte :

I. – L’article 2287-1 ainsi rédigé :

« Art. 2287-1. – Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d’intention. »

II. – Un chapitre I<sup>er</sup> intitulé : « Du cautionnement ». Il comprend quatre sections.

III. – Un chapitre II intitulé : « De la garantie autonome ». Il comprend l’article 2321.

IV. – Un chapitre III intitulé : « De la lettre d’intention ». Il comprend l’article 2322.

Section 1

#### Dispositions relatives au cautionnement

#### Article 5

Dans le chapitre I<sup>er</sup> du titre I<sup>er</sup> du livre IV :

I. – La section 1 est intitulée : « De la nature et de l’étendue du cautionnement ». Elle comprend les articles 2011 à 2020 qui deviennent respectivement les articles 2288 à 2297.

II. – La section 2 est intitulée : « De l’effet du cautionnement ». Elle comporte trois sous-sections :

a) La sous-section 1 est intitulée : « De l’effet du cautionnement entre le créancier et la caution ». Elle comprend les articles 2021 à 2027 qui deviennent respectivement les articles 2298 à 2304 ;

b) La sous-section 2 est intitulée : « De l’effet du cautionnement entre le débiteur et la caution ». Elle comprend les articles 2028 à 2032 qui deviennent respectivement les articles 2305 à 2309 ;

c) La sous-section 3 est intitulée : « De l’effet du cautionnement entre les cofidélus ». Elle comprend l’article 2033 qui devient l’article 2310.

III. – La section 3 est intitulée : « De l’extinction du cautionnement ». Elle comprend les articles 2034 à 2039 qui deviennent respectivement les articles 2311 à 2316.

IV. – La section 4 est intitulée : « De la caution légale et de la caution judiciaire ». Elle comprend les articles 2040 à 2043 qui deviennent respectivement les articles 2317 à 2320.

Section 2

#### Dispositions relatives à la garantie autonome

#### Article 6

L’article 2321 est ainsi rédigé :

« Art. 2321. – 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.

« Le garant n’est pas tenu en cas d’abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d’ordre.

« Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l’obligation garantie.

« Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l’obligation garantie. »

Section 3

#### Dispositions relatives à la lettre d’intention

#### Article 7

L’article 2322 est ainsi rédigé :

« Art. 2322. – La lettre d’intention est l’engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l’exécution de son obligation envers son créancier. »

## CHAPITRE III

### Dispositions relatives aux sûretés réelles

#### Article 8

Le titre II du livre IV comporte :

I. – Un sous-titre I<sup>er</sup> intitulé : « Dispositions générales ». Il comprend les articles 2094 à 2099 qui

deviennent respectivement les articles 2323 à 2328.

II. – Un sous-titre II intitulé : « Des sûretés sur les meubles ». Il comprend les articles 2329 à 2372.

III. – Un sous-titre III intitulé : « Des sûretés sur les immeubles ». Il comprend les articles 2373 à 2488.

Section 1

### **Dispositions relatives aux sûretés sur les meubles**

#### **Article 9**

I. – Le sous-titre II du titre II du livre IV comporte :

a) L'article 2329 ;

b) Un chapitre I<sup>er</sup> intitulé : « Des privilèges mobiliers ». Il comprend l'article 2100 qui devient l'article 2330 et trois sections qui lui font suite ;

– la section 1 est intitulée : « Des privilèges généraux ». Elle comprend l'article 2101 qui devient l'article 2331 ;

– la section 2 est intitulée : « Des privilèges spéciaux ». Elle comprend l'article 2102 qui devient l'article 2332 ;

– la section 3 est intitulée : « Du classement des privilèges ». Elle comprend les articles 2332-1 à 2332-3 ainsi rédigés :

« Art. 2332-1. – Sauf dispositions contraires, les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux.

« Art. 2332-2. – Les privilèges généraux s'exercent dans l'ordre de l'article 2331, à l'exception du privilège du Trésor public, dont le rang est déterminé par les lois qui le concernent, et du privilège des caisses de sécurité sociale, qui vient au même rang que le privilège des salariés.

« Art. 2332-3. – Les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent dans l'ordre qui suit :

« 1<sup>o</sup> Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont postérieurs à la naissance des autres privilèges ;

« 2<sup>o</sup> Le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ;

« 3<sup>o</sup> Le privilège du conservateur, lorsque les frais de conservation sont antérieurs à la naissance des autres privilèges ;

« 4<sup>o</sup> Le privilège du vendeur de meuble ;

« 5<sup>o</sup> Le privilège du bailleur d'immeuble, qui connaissait l'existence des autres privilèges.

« Entre les conservateurs du même meuble, la préférence est donnée au plus récent. Entre les vendeurs du même meuble, elle est donnée au plus ancien.

« Pour l'application des règles ci-dessus, le privilège de l'hôtelier est assimilé au privilège du bailleur d'immeuble ; le privilège de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile l'est au privilège du vendeur de meuble. » ;

c) Un chapitre II intitulé : « Du gage de meubles corporels ». Il comprend trois sections ;

d) Un chapitre III intitulé : « Du nantissement de meubles incorporels ». Il comprend les articles 2355 à 2366 ;

e) Un chapitre IV intitulé : « De la propriété retenue à titre de garantie ». Il comprend les articles 2367 à 2372.

#### **Article 10**

L'article 2329 est ainsi rédigé :

« Art. 2329. – Les sûretés sur les meubles sont :

« 1<sup>o</sup> Les privilèges mobiliers ;

« 2<sup>o</sup> Le gage de meubles corporels ;

« 3<sup>o</sup> Le nantissement de meubles incorporels ;

« 4<sup>o</sup> La propriété retenue à titre de garantie. »

Sous-section 1

Dispositions relatives au gage de meubles corporels

#### **Article 11**

I. – La section 1 du chapitre II du sous-titre II du titre II du livre IV est intitulée : « Du droit commun du gage ». Elle comprend les articles 2333 à 2350 ainsi rédigés :

« Art. 2333. – Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.

« Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables.

« *Art. 2334.* – Le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie.

« *Art. 2335.* – Le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui.

« *Art. 2336.* – Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.

« *Art. 2337.* – Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.

« Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet.

« Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2279.

« *Art. 2338.* – Le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. 2339.* – Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais.

« *Art. 2340.* – Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription.

« Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier.

« *Art. 2341.* – Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344.

« Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes.

« *Art. 2342.* – Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes.

« *Art. 2343.* – Le constituant doit rembourser au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

« *Art. 2344.* – Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage.

« Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage.

« *Art. 2345.* – Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette.

« *Art. 2346.* – A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger.

« *Art. 2347.* – Le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement.

« Lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

« *Art. 2348.* – Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

« La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

« Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

« Art. 2349. – Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier.

« L'héritier du débiteur qui a payé sa portion de dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

« Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de créance, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

« Art. 2350. – Le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et droit de préférence au sens de l'article 2333. »

II. – La section 2 du même chapitre est intitulée : « Du gage portant sur un véhicule automobile ». Elle comprend les articles 2351 à 2353 ainsi rédigés :

« Art. 2351. – Lorsqu'il porte sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés, le gage est opposable aux tiers par la déclaration qui en est faite à l'autorité administrative dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Art. 2352. – Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession.

« Art. 2353. – La réalisation du gage est soumise, quelle que soit la qualité du débiteur, aux règles prévues aux articles 2346 à 2348. »

III. – La section 3 du même chapitre est intitulée : « Dispositions communes ». Elle comprend l'article 2354 ainsi rédigé :

« Art. 2354. – Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle à l'application des règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêt sur gage autorisés. »

#### Sous-section 2

Dispositions relatives au nantissement de meubles incorporels

#### **Article 12**

Les articles 2355 à 2366 sont ainsi rédigés :

« Art. 2355. – Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.

« Il est conventionnel ou judiciaire.

« Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables aux procédures civiles d'exécution.

« Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.

« Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels.

« Art. 2356. – A peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit.

« Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte.

« Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance.

« Art. 2357. – Lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci.

« Art. 2358. – Le nantissement de créance peut être constitué pour un temps déterminé.

« Il peut porter sur une fraction de créance, sauf si celle-ci est indivisible.

« Art. 2359. – Le nantissement s'étend aux accessoires de la créance à moins que les parties n'en conviennent autrement.

« Art. 2360. – Lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution.

« Sous cette même réserve, au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture.

« Art. 2361. – Le nantissement d’une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l’acte.  
« Art. 2362. – Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l’acte.  
« A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance.  
« Art. 2363. – Après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu’en intérêts.  
« Chacun des créanciers, les autres dûment appelés, peut en poursuivre l’exécution.  
« Art. 2364. – Les sommes payées au titre de la créance nantie s’imputent sur la créance garantie lorsqu’elle est échue.  
« Dans le cas contraire, le créancier nanti les conserve à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d’un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l’obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance nantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées.  
« Art. 2365. – En cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s’y rattachent.  
« Il peut également attendre l’échéance de la créance nantie.  
« Art. 2366. – S’il a été payé au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, celui-ci doit la différence au constituant. »

### Sous-section 3

Dispositions relatives à la propriété retenue à titre de garantie

#### **Article 13**

Les articles 2367 à 2372 sont ainsi rédigés :

« Art. 2367. – La propriété d’un bien peut être retenue en garantie par l’effet d’une clause de réserve de propriété qui suspend l’effet translatif d’un contrat jusqu’au complet paiement de l’obligation qui en constitue la contrepartie.  
« La propriété ainsi réservée est l’accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.  
« Art. 2368. – La réserve de propriété est convenue par écrit.  
« Art. 2369. – La propriété réservée d’un bien fongible peut s’exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte.  
« Art. 2370. – L’incorporation d’un meuble faisant l’objet d’une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage.  
« Art. 2371. – A défaut de complet paiement à l’échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d’en disposer.  
« La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie.  
« Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence.  
« Art. 2372. – Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l’égard du sous-acquéreur ou sur l’indemnité d’assurance subrogée au bien. »

### Section 2

**Dispositions relatives aux sûretés sur les immeubles**

#### **Article 14**

Le sous-titre III du titre II du livre IV comporte :

1. L’article 2373 ;

2. Un chapitre I<sup>er</sup> intitulé : « Des privilèges immobiliers ». Il comprend trois sections :

I. – La section 1 est intitulée : « Des privilèges spéciaux ». Elle comprend l’article 2103 qui devient l’article 2374 ;

II. – La section 2 est intitulée : « Des privilèges généraux ». Elle comprend les articles 2104 et 2105 qui deviennent respectivement les articles 2375 et 2376 ;

III. – La section 3 est intitulée : « Des cas où les privilèges doivent être inscrits ». Elle comprend les articles 2106 à 2113 qui deviennent respectivement les articles 2377 à 2386 ;

3. Un chapitre II intitulé : « De l'antichrèse ». Il comprend les articles 2387 à 2392 ;
4. Un chapitre III intitulé : « Des hypothèques ». Il comprend cinq sections :
- I. – La section 1 est intitulée : « Dispositions générales ». Elle comprend les articles 2114 à 2120 qui deviennent respectivement les articles 2393 à 2399 ;
- II. – La section 2 est intitulée : « Des hypothèques légales ». Elle comporte trois sous-sections :
- a) La sous-section 1 est intitulée : « Dispositions générales ». Elle comprend les articles 2121 et 2122 qui deviennent respectivement les articles 2400 et 2401 ;
- b) La sous-section 2 est intitulée : « Des règles particulières à l'hypothèque légale des époux ». Elle comprend les articles 2136 à 2142 qui deviennent respectivement les articles 2402 à 2408 ;
- c) La sous-section 3 est intitulée : « Des règles particulières à l'hypothèque légale des personnes en tutelle ». Elle comprend les articles 2143 à 2145 qui deviennent respectivement les articles 2409 à 2411 ;
- III. – La section 3 est intitulée : « Des hypothèques judiciaires ». Elle comprend l'article 2123 qui devient l'article 2412 ;
- IV. – La section 4 est intitulée : « Des hypothèques conventionnelles ». Elle comprend :
- les articles 2124 à 2129 qui deviennent respectivement les articles 2413 à 2418 ;
- les articles 2419 à 2424 ;
- V. – La section 5 est intitulée : « Du classement des hypothèques ». Elle comprend l'article 2134 qui devient l'article 2425 ;
5. Un chapitre IV intitulé : « De l'inscription des privilèges et des hypothèques ». Il comporte trois sections :
- I. – La section 1 est intitulée : « Du mode d'inscription des privilèges et des hypothèques ». Elle comprend les articles 2146 à 2156 qui deviennent respectivement les articles 2426 à 2439 ;
- II. – La section 2 est intitulée : « De la radiation et de la réduction des inscriptions ». Elle comprend deux sous-sections :
- a) La sous-section 1 est intitulée : « Dispositions générales ». Elle comprend les articles 2157 à 2162 qui deviennent respectivement les articles 2440 à 2445 ;
- b) La sous-section 2 est intitulée : « Dispositions particulières relatives aux hypothèques des époux et des personnes en tutelle ». Elle comprend les articles 2163 à 2165 qui deviennent respectivement les articles 2446 à 2448.
- III. – La section 3 est intitulée : « De la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs ». Elle comprend les articles 2196 à 2203-1 qui deviennent respectivement les articles 2449 à 2457 ;
6. Un chapitre V intitulé : « De l'effet des privilèges et des hypothèques ». Il comporte deux sections :
- I. – La section 1 est intitulée : « Dispositions particulières aux hypothèques conventionnelles ». Elle comprend les articles 2458 à 2460 ;
- II. – La section 2 est intitulée : « Dispositions générales ». Elle comprend les articles 2166 à 2179 qui deviennent respectivement les articles 2461 à 2474 ;
7. Un chapitre VI intitulé : « De la purge des privilèges et des hypothèques ». Il comporte deux sections :
- I. – La section 1 est intitulée : « Dispositions particulières aux hypothèques conventionnelles ». Elle comprend l'article 2475 ;
- II. – La section 2 est intitulée : « Dispositions générales ». Elle comprend les articles 2181 à 2192 qui deviennent respectivement les articles 2476 à 2487.
8. Un chapitre VII intitulé : « De l'extinction des privilèges et des hypothèques ». Il comprend l'article 2180 qui devient l'article 2488.

#### Sous-section 1

#### Disposition générale

#### **Article 15**

L'article 2373 est ainsi rédigé :

« Art. 2373. – Les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, l'antichrèse et les hypothèques.

« La propriété de l'immeuble peut également être retenue en garantie. »

#### Sous-section 2

#### Dispositions relatives à l'antichrèse

#### **Article 16**

Les articles 2387 à 2392 sont ainsi rédigés :

« Art. 2387. – L'antichrèse est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; elle emporte dépossession de celui qui la constitue.

« Art. 2388. – Les dispositions relatives à l'hypothèque conventionnelle prévues au dernier alinéa de l'article 2397 et aux articles 2413, 2414, 2416, 2417 et 2421 sont applicables à l'antichrèse.

« Le sont également les dispositions relatives aux effets de l'hypothèque prévues aux articles 2458 à 2460.

« Art. 2389. – Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette.

« Il est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette. Il peut à tout moment se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire.

« Art. 2390. – Le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même.

« Art. 2391. – Le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de sa dette.

« Art. 2392. – Les droits du créancier antichrésiste s'éteignent notamment :

« 1<sup>o</sup> Par l'extinction de l'obligation principale ;

« 2<sup>o</sup> Par la restitution anticipée de l'immeuble à son propriétaire. »

### Sous-section 3

Dispositions relatives aux privilèges et hypothèques

#### **Article 17**

Il est ajouté à l'article 2397 l'alinéa suivant :

« L'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble. »

#### **Article 18**

Le dernier alinéa de l'article 2414 est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.

« L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation. »

#### **Article 19**

L'article 2416 est ainsi rédigé :

« Art. 2416. – L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié. »

#### **Article 20**

Les articles 2419 à 2424 sont ainsi rédigés :

« Art. 2419. – L'hypothèque ne peut, en principe, être consentie que sur des immeubles présents.

« Art. 2420. – Par exception à l'article précédent, l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles à venir dans les cas et conditions ci-après :

« 1<sup>o</sup> Celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition ;

« 2<sup>o</sup> Celui dont l'immeuble présent assujéti à l'hypothèque a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance le peut pareillement, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement ;

« 3<sup>o</sup> Celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement.

« Art. 2421. – L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables.

« La cause en est déterminée dans l'acte.

« Art. 2422. – L'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.

« Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.

« La convention de rechargement qu'il passe, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier, revêt la forme notariée.

« Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2430, à peine d'inopposabilité aux tiers.

« Sa publication détermine, entre eux, le rang des créanciers inscrits sur l'hypothèque rechargeable.

« Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.

« Art. 2423. – L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte notarié mentionne à peine de nullité. Le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée, pourvu que l'acte le mentionne.

« L'hypothèque s'étend de plein droit aux intérêts et autres accessoires.

« Lorsqu'elle est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement.

« Art. 2424. – L'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie. Le créancier hypothécaire peut subroger un autre créancier dans l'hypothèque et conserver sa créance.

« Il peut aussi, par une cession d'antériorité, céder son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur dont il prend la place. »

#### **Article 21**

Il est inséré, après le quatrième alinéa de l'article 2425, un alinéa ainsi rédigé :

« L'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire est réputée d'un rang antérieur à celui conféré à la convention de rechargement lorsque la publicité de cette convention est postérieure à l'inscription de l'hypothèque judiciaire conservatoire. »

#### **Article 22**

Le dernier alinéa de l'article 2427 est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« En cas de saisie immobilière ou de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas de procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du code de procédure civile et par celles des titres II, III ou IV du livre sixième du code de commerce.

« Dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, en cas d'exécution forcée immobilière, l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets réglés par les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> juin 1924. »

#### **Article 23**

A l'article 2428 :

I. – Le huitième alinéa est ainsi rédigé :

« 3<sup>o</sup> L'indication de la date et de la nature du titre donnant naissance à la sûreté ou du titre générateur de la créance ainsi que la cause de l'obligation garantie par le privilège ou l'hypothèque et, le cas échéant, la mention expresse de la clause de rechargement prévue à l'article 2422. S'il s'agit d'un titre notarié, les nom et résidence du rédacteur sont précisés. Pour les inscriptions requises en application des dispositions de l'article 2383 et des 1<sup>o</sup> à 3<sup>o</sup> de l'article 2400, les bordereaux énoncent la cause et la nature de la créance ; ».

II. – Au neuvième alinéa, la référence aux articles 2161 et suivants est remplacée par la référence aux articles 2444 et 2445 et la dernière phrase est ainsi rédigée : « Lorsque le montant de la créance n'est pas libellé en euros, l'indication immédiate de sa contre-valeur en euros est déterminée selon le dernier cours de change connu à la date du titre générateur de la sûreté ou de la créance ; ».

#### **Article 24**

Il est inséré, après le deuxième alinéa de l'article 2430, un alinéa ainsi rédigé :

« Sont publiées sous la même forme les conventions qui doivent l'être en application de l'article 2422.

#### **Article 25**

Il est ajouté à l'article 2432 un alinéa ainsi rédigé :

« Toutefois, le créancier a le droit d'être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l'hypothèque a été consentie en garantie du prêt viager défini à l'article L. 314-1 du code de la consommation. »

#### **Article 26**

L'article 2434 est ainsi rédigé :

« *Art. 2434.* – L'inscription conserve le privilège ou l'hypothèque jusqu'à la date que fixe le créancier en se conformant aux dispositions qui suivent.

« Si le principal de l'obligation garantie doit être acquitté à une ou plusieurs dates déterminées, la date extrême d'effet de l'inscription prise avant l'échéance ou la dernière échéance prévue est, au plus, postérieure de un an à cette échéance, sans toutefois que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années.

« Si l'échéance ou la dernière échéance est indéterminée, notamment dans le cas prévu à l'article L. 314-1 du code de la consommation, ou si l'hypothèque est assortie d'une clause de rechargement prévue à l'article 2422, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années au jour de la formalité.

« Si l'échéance ou la dernière échéance est antérieure ou concomitante à l'inscription, la durée de l'inscription est au plus de dix années au jour de la formalité.

« Lorsque la sûreté garantit plusieurs créances et que celles-ci sont telles que plusieurs des trois alinéas précédents sont applicables, le créancier peut requérir soit, pour chacune d'elles, des inscriptions distinctes, soit une inscription unique pour l'ensemble jusqu'à la date la plus éloignée. Il en est de même lorsque le premier de ces trois alinéas étant seul applicable, les différentes créances ne comportent pas les mêmes échéances ou dernières échéances. »

#### **Article 27**

L'article 2436 est ainsi rédigé :

« *Art. 2436.* – Si l'un des délais prévus aux articles 2434 et 2435 n'a pas été respecté, l'inscription n'a pas d'effet au-delà de la date d'expiration de ce délai. »

#### **Article 28**

Il est ajouté à l'article 2440 un alinéa ainsi rédigé :

« La radiation s'impose au créancier qui n'a pas procédé à la publication, sous forme de mention en marge, prévue au quatrième alinéa de l'article 2422. »

#### **Article 29**

Il est ajouté à l'article 2441 un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque la radiation porte sur l'inscription d'une hypothèque conventionnelle, elle peut être requise par le dépôt au bureau du conservateur d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation ; le contrôle du conservateur se limite à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond. »

#### **Article 30**

Les articles 2458 à 2460 sont ainsi rédigés :

« *Art. 2458.* – A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement.

Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur.

« *Art. 2459.* – Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur.

« *Art. 2460.* – Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement.

« Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne. »

#### **Article 31**

L'article 2475 est ainsi rédigé :

« *Art. 2475.* – Lorsque, à l'occasion de la vente d'un immeuble hypothéqué, tous les créanciers inscrits conviennent avec le débiteur que le prix en sera affecté au paiement total ou partiel de leurs créances ou de certaines d'entre elles, ils exercent leur droit de préférence sur le prix et ils peuvent l'opposer à tout cessionnaire comme à tout créancier saisissant de la créance de prix.

« Par l'effet de ce paiement, l'immeuble est purgé du droit de suite attaché à l'hypothèque.

« A défaut de l'accord prévu au premier alinéa, il est procédé aux formalités de purge conformément aux articles ci-après. »

#### **Article 32**

I. – Le 3<sup>o</sup> de l'article 2478 est ainsi rédigé :

« 3<sup>o</sup> Un état hypothécaire sommaire sur formalités faisant apparaître les charges réelles qui grèvent l'immeuble. »

II. – Il est inséré à l'article 2479, après les mots : « du prix », les mots : « ou, s'il a reçu l'immeuble par donation, de la valeur qu'il a déclarée ».

III. – Au 1<sup>o</sup> de l'article 2480, les mots : « en y ajoutant deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant » sont supprimés.

#### **Article 33**

L'article 2488 est ainsi modifié :

I. – Le 1<sup>o</sup> est complété par les mots : « sous réserve du cas prévu à l'article 2422 ; ».

II. – Le 2<sup>o</sup> est complété par les mots : « sous la même réserve ; ».

III. – Il est ajouté, après le huitième alinéa, un 5<sup>o</sup> ainsi rédigé :

« 5<sup>o</sup> Par la résiliation permise au dernier alinéa de l'article 2423 et dans la mesure prévue par ce texte.

## TITRE II

### **DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE DE LA CONSOMMATION**

#### **Article 34**

Le code de la consommation est modifié conformément aux dispositions du présent titre.

#### **Article 35**

Le I de l'article L. 141-1 est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« 10<sup>o</sup> La section 6 : “Crédit hypothécaire garanti par une hypothèque rechargeable” du chapitre III intitulé : “Dispositions communes” du titre I<sup>er</sup> du livre III ;

« 11<sup>o</sup> La section 7 : “Sanctions” du chapitre IV intitulé : “Prêt viager hypothécaire” du titre I<sup>er</sup> du livre III. »

#### **Article 36**

Le 1<sup>o</sup> de l'article L. 311-3 est complété par les mots : « sauf s'il s'agit de crédits hypothécaires ».

#### **Article 37**

Il est ajouté à l'article L. 311-32 un alinéa ainsi rédigé :

« En cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte commissaire prévu à l'article 2348 qui est réputé non écrit. »

#### **Article 38**

I. – Le chapitre III du titre I<sup>er</sup> du livre III est intitulé : « Dispositions communes aux chapitres I<sup>er</sup> et II ».

II. – La section 2 de ce chapitre est intitulée : « Les sûretés personnelles ».

#### **Article 39**

Il est inséré à la section 2 du chapitre III du titre I<sup>er</sup> du livre III un article L. 313-10-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 313-10-1. – La garantie autonome définie à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit relevant des chapitres I<sup>er</sup> et II du présent titre. »

#### **Article 40**

Il est rétabli, au chapitre III du titre I<sup>er</sup> du livre III, une section 6 intitulée : « Crédit garanti par une hypothèque rechargeable ». Elle comprend les articles L. 313-14 à L. 313-14-2 ainsi rédigés :

« Art. L. 313-14. – Les dispositions de la présente section s'appliquent aux opérations de crédit consenties à titre habituel par toute personne physique ou morale relevant soit des dispositions du chapitre I<sup>er</sup> relatif au crédit à la consommation, soit des dispositions du chapitre II relatif au crédit immobilier du présent titre et garanties par une hypothèque rechargeable au sens de l'article 2422 du code civil.

« Les opérations mentionnées à l'article L. 311-9 ne peuvent donner lieu à un crédit garanti par une hypothèque rechargeable.

« Art. L. 313-14-1. – Est annexé à l'offre préalable de crédit un document intitulé “situation hypothécaire” dont un exemplaire est remis à l'emprunteur dans les mêmes conditions que le contrat de crédit lui-même.

« Ce document comporte :

« 1<sup>o</sup> La mention de la durée de l'inscription hypothécaire ;

« 2o L'identification du bien immobilier, objet de la garantie, et sa valeur estimée à la date de la convention constitutive d'hypothèque ;  
« 3o Le montant maximal garanti prévu par la convention constitutive d'hypothèque ;  
« 4o Le montant de l'emprunt initial souscrit ;  
« 5o Le cas échéant, le montant du ou des emprunts ultérieurement souscrits ;  
« 6o Une évaluation par le prêteur du coût du rechargement de l'hypothèque garantissant le ou les nouveaux crédits ;  
« 7o Une évaluation par le prêteur du coût total de l'hypothèque ;  
« 8o La mention que, sans préjudice de l'application des articles L. 311-30 et L. 311-32, s'il s'agit d'un crédit à la consommation, ou des articles L. 312-22 et L. 312-23, s'il s'agit d'un crédit immobilier, la défaillance de l'emprunteur peut entraîner la vente du bien hypothéqué selon les dispositions des articles 2464 et suivants du code civil.  
« Art. L. 313-14-2. – Le fait pour le prêteur d'accorder un prêt garanti par une hypothèque rechargeable sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable de crédit accompagnée d'un document satisfaisant aux conditions fixées par l'article L. 313-14-1 est puni d'une amende de 3 750 €.   
« En outre, le prêteur est déchu du droit aux intérêts et l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Les sommes perçues au titre des intérêts sont restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû ; elles sont productives d'intérêt au taux légal du jour de leur versement. »

#### **Article 41**

Il est ajouté, dans le titre I<sup>er</sup> du livre III, après le chapitre III, un chapitre IV intitulé : « Prêt viager hypothécaire » ainsi rédigé :

#### « CHAPITRE IV

#### « Prêt viager hypothécaire

#### « Section 1

#### « Définition et champ d'application

« Art. L. 314-1. – Le prêt viager hypothécaire est un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement – principal et intérêts – ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès.

« Son régime est déterminé par les dispositions du présent chapitre.

« Art. L. 314-2. – A peine de nullité, le prêt viager hypothécaire ne peut être destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle.

#### « Section 2

#### « Pratiques commerciales

« Art. L. 314-3. – Toute publicité faite, reçue ou perçue en France qui, quel que soit son support, porte sur une opération de prêt viager hypothécaire défini à l'article L. 314-1, est loyale et informative.

« A ce titre, elle doit mentionner :

« 1o L'identité du prêteur, la nature de l'opération proposée, son coût total et le taux effectif global, à l'exclusion de tout autre taux, calculé par tranches de cinq ans, ainsi que les perceptions forfaitaires ;

« 2o Les modalités du terme de l'opération proposée.

« Elle reproduit les deux premiers alinéas de l'article L. 314-7.

« Lorsque la publicité est écrite et quel qu'en soit le support, les informations relatives à la nature de l'opération, aux conditions de détermination du taux effectif global et, s'il s'agit d'un taux promotionnel, à la période durant laquelle ce taux s'applique, doivent figurer dans une taille de caractères au moins aussi importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire.

« Sont interdites dans toute publicité :

« 1o La mention qu'un prêt peut être octroyé sans élément d'information permettant d'apprécier la situation financière et patrimoniale de l'emprunteur ;

« 2o L'indication de la ressource supplémentaire qu'offre le prêt si elle n'est suivie d'une information sur les modalités du terme de l'opération telles que prévues par les articles L. 314-13 et L. 314-14.

« L'offre préalable de crédit doit être distincte de tout support ou document publicitaire.

« *Art. L. 314-4.* – Une opération de prêt viager hypothécaire ne peut faire l'objet d'un démarchage au sens du septième alinéa de l'article L. 341-1 du code monétaire et financier.

« *Section 3*

« **Le contrat de crédit**

« *Art. L. 314-5.* – L'opération de prêt viager hypothécaire est conclue dans les termes d'une offre préalable comportant les mentions suivantes :

« 1<sup>o</sup> L'identité des parties et la date d'acceptation de l'offre ;

« 2<sup>o</sup> La désignation exacte du bien hypothéqué, conforme aux exigences de la publicité foncière ;

« 3<sup>o</sup> La valeur du bien hypothéqué estimée par un expert choisi par les parties et les frais afférents à l'expertise mis à la charge de l'emprunteur ;

« 4<sup>o</sup> La nature du prêt ;

« 5<sup>o</sup> Les modalités du prêt et, notamment, les dates et les conditions de mise à disposition des fonds ;

« 6<sup>o</sup> En cas de versements échelonnés du capital, l'échéancier des versements périodiques distinguant la part du capital de celle des intérêts accumulés sur ces sommes durant la durée prévisionnelle du prêt et permettant à l'emprunteur de connaître le moment où il aura épuisé l'actif net de son logement ;

« 7<sup>o</sup> Lorsque le capital est versé en une seule fois, un état des intérêts accumulés sur ces sommes durant la durée prévisionnelle du prêt, permettant à l'emprunteur de connaître le moment où il aura épuisé l'actif net de son logement ;

« 8<sup>o</sup> A partir d'exemples représentatifs établis en fonction d'hypothèses relatives, notamment, à la durée du prêt, le coût global du crédit, le taux effectif global défini conformément à l'article L. 313-1 ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ;

« 9<sup>o</sup> La durée de validité de l'offre.

« L'offre reproduit les dispositions des articles L. 314-6 à L. 314-9 et L. 314-13.

« *Art. L. 314-6.* – La remise de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle comporte pendant une durée minimale de trente jours à compter de son émission.

« *Art. L. 314-7.* – A peine de nullité du contrat, l'acceptation de l'offre ne peut intervenir que dix jours après sa réception par l'emprunteur. Elle fait alors l'objet d'un acte notarié.

« Jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement sous quelque forme que ce soit ne peut être fait, au titre de l'opération en cause, par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur.

« Jusqu'à cette acceptation, l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce ou signer aucun chèque. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit.

« *Art. L. 314-8.* – L'emprunteur doit apporter à l'immeuble hypothéqué tous les soins d'un bon père de famille.

« Ainsi qu'il est dit à l'article 1188 du code civil, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait, il a diminué la valeur de la sûreté qu'il avait donnée par le contrat à son créancier.

« Le débiteur perd également le bénéfice du terme lorsqu'il change l'affectation du bien hypothéqué ou lorsqu'il refuse au créancier l'accès de l'immeuble hypothéqué pour s'assurer de son bon état d'entretien et de conservation.

« *Section 4*

« **Plafonnement de la dette**

« *Art. L. 314-9.* – La dette de l'emprunteur ou de ses ayants droit ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme.

« Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers.

« En cas d'aliénation du bien, la valeur de l'immeuble est égale à la valeur indiquée dans l'acte de cession sous réserve des dispositions de l'article L. 314-14.

« *Section 5*

« **Remboursement anticipé**

« *Art. L. 314-10.* – L'emprunteur peut toujours, à son initiative, mettre un terme au contrat de prêt qui lui a été consenti en remboursant la totalité des sommes déjà versées en principal et intérêts.

« Si l'emprunteur a opté pour un versement du capital en une seule fois, il peut, à son initiative, rembourser une partie des sommes versées. Toutefois, le prêteur peut refuser un remboursement partiel inférieur à un montant fixé par décret en Conseil d'Etat.

« Dans les cas de remboursement prévus aux deux premiers alinéas, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité qui ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée du contrat déjà réalisée, est fixée selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat.

« *Art. L. 314-11.* – Le remboursement anticipé ne peut donner lieu à aucune indemnité ni à aucun coût à la charge de l'emprunteur autres que ceux qui sont mentionnés à l'article L. 314-10.

« *Art. L. 314-12.* – L'emprunteur peut, en cas de versements périodiques du capital, demander une suspension ou une modification de l'échéancier des versements. Ces aménagements se font au taux conventionnel défini au contrat principal et donnent lieu à l'établissement d'un nouvel état des versements périodiques et des intérêts accumulés sur ces sommes pour la durée prévisionnelle du prêt restant à courir. La part du capital et celle des intérêts doivent apparaître de manière distincte.

« *Section 6*

#### « **Terme de l'opération**

« *Art. L. 314-13.* – Lors du décès de l'emprunteur ou du dernier vivant des co-emprunteurs, les héritiers peuvent payer la dette plafonnée à la valeur de l'immeuble estimée au jour de l'ouverture de la succession. Il est procédé à cette estimation en tant que de besoin par un expert choisi d'un commun accord par le créancier et l'emprunteur ou désigné sur requête.

« A défaut et nonobstant les règles applicables en matière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le créancier hypothécaire peut à son choix :

« – poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du droit commun, auquel cas la dette est plafonnée au prix de la vente ;

« – ou se voir attribuer la propriété de l'immeuble par décision judiciaire ou en vertu d'un pacte commissaire alors même que celui-ci constituait la résidence principale de l'emprunteur.

« Le créancier hypothécaire dispose de la même option en cas de succession vacante.

« *Art. L. 314-14.* – En cas d'aliénation de l'immeuble par l'emprunteur ou ses héritiers, le projet de cession est notifié au créancier hypothécaire.

« En cas de contestation par celui-ci de la valeur de l'immeuble retenue dans l'acte de cession, il est procédé à l'estimation du bien par un expert choisi d'un commun accord par le créancier et l'emprunteur ou désigné sur requête.

« Si la valeur de l'immeuble s'avère finalement inférieure à cette estimation, la créance du prêteur est alors plafonnée :

« – soit au prix d'adjudication de l'immeuble si le créancier hypothécaire fait procéder à la saisie et à la vente du bien en vertu de son droit de suite ;

« – soit à la valeur d'expertise de l'immeuble si le créancier hypothécaire demande l'attribution judiciaire du bien ou se prévaut du pacte commissaire par lui conclu.

« Les dispositions du présent article s'appliquent également au démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué.

« *Section 7*

#### « **Sanctions**

« *Art. L. 314-15.* – Le fait pour le prêteur d'accorder un prêt viager hypothécaire sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable conforme à l'article L. 314-5 ou dans des conditions non conformes aux articles L. 314-6 et L. 314-7 peut entraîner déchéance du droit aux intérêts en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.

« *Art. L. 314-16.* – Le fait pour le prêteur d'accorder un prêt viager hypothécaire sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable conforme à l'article L. 314-5 ou dans des conditions non conformes aux articles L. 314-6 et L. 314-7 est puni d'une amende de 3 750 €.

« La même peine est applicable à l'annonceur pour le compte duquel est diffusée une publicité non conforme aux dispositions de l'article L. 314-3.

« *Art. L. 314-17.* – Le fait pour le prêteur de ne pas restituer les sommes dues, en application de

l'article L. 314-9, à l'échéance du terme lorsque la dette est inférieure à la valeur de l'immeuble ou de réclamer à l'emprunteur des sommes supérieures à celles dont il est autorisé à demander le versement en application de l'article L. 314-11 est puni d'une amende de 30 000 €.

« *Art. L. 314-18.* – Le non-respect des dispositions de l'article L. 314-4 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.

« *Art. L. 314-19.* – Les personnes coupables du délit prévu à l'article L. 314-18 encourent également les peines complémentaires suivantes :

« 1<sup>o</sup> L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal ;

« 2<sup>o</sup> L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, pour une durée de cinq ans au plus ;

« 3<sup>o</sup> L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal. »

« *Section 8*

« **Textes d'application**

« *Art. L. 314-20.* – Les modalités d'application des dispositions du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »

## TITRE III DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE DE COMMERCE

### Article 42

Le code de commerce est modifié conformément aux dispositions du présent titre.

#### CHAPITRE I<sup>er</sup>

### Dispositions relatives au crédit garanti par une hypothèque rechargeable

#### Article 43

Il est ajouté, dans le chapitre VI du titre II du livre V, un article L. 526-5 ainsi rédigé :

« *Art. L. 526-5.* – Les dispositions des articles L. 313-14 à L. 313-14-2 du code de la consommation sont applicables aux opérations de prêt consenties à toute personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel, à toute personne physique exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante ainsi qu'au gérant associé unique d'une société à responsabilité limitée, et garanties par une hypothèque rechargeable inscrite sur l'immeuble où l'intéressé a fixé sa résidence principale. »

#### CHAPITRE II

### Dispositions relatives au gage des stocks

#### Article 44

Il est ajouté, dans le titre II du livre V, après le chapitre VI, un chapitre VII ainsi rédigé :

« *CHAPITRE VII*

« **Du gage des stocks**

« *Art. L. 527-1.* – Tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle peut être garanti par un gage sans dépossession des stocks détenus par cette personne.

« Le gage des stocks est constitué par acte sous seing privé.

« A peine de nullité, l'acte constitutif du gage doit comporter les mentions suivantes :

« 1<sup>o</sup> La dénomination : "acte de gage des stocks" ;

« 2<sup>o</sup> La désignation des parties ;

« 3<sup>o</sup> La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 527-1 à L. 527-11 ;

« 4<sup>o</sup> Le nom de l'assureur qui garantit contre l'incendie et la destruction ;

« 5<sup>o</sup> La désignation de la créance garantie ;

« 6<sup>o</sup> Une description permettant d'identifier les biens présents ou futurs engagés, en nature, qualité, quantité et valeur ainsi que l'indication du lieu de leur conservation ;

« 7<sup>o</sup> La durée de l'engagement.

« Les dispositions de l'article 2335 du code civil sont applicables.

« Un gardien peut être désigné dans l'acte de gage.

« Art. L. 527-2. – Est réputée non écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur.

« Art. L. 527-3. – Peuvent être donnés en gage, à l'exclusion des biens soumis à une clause de réserve de propriété, les stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur et estimés en nature et en valeur à la date du dernier inventaire.

« Art. L. 527-4. – Le gage des stocks ne produit effet que s'il est inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile. L'inscription doit être prise, à peine de nullité du gage, dans le délai de quinze jours à compter de la formation de l'acte constitutif.

« Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leur inscription. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence.

« Art. L. 527-5. – Les stocks constituent, jusqu'au remboursement total des sommes avancées, la garantie de l'établissement de crédit.

« Le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués.

« Le créancier peut, à tout moment et à ses frais, faire constater l'état des stocks engagés.

« Art. L. 527-6. – Le débiteur est responsable de la conservation des stocks en quantité et en qualité dans les conditions prévues à l'article 1137 du code civil.

« Il justifie que les stocks sont assurés contre les risques d'incendie et de destruction.

« Art. L. 527-7. – Le débiteur tient à la disposition du créancier un état des stocks engagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant.

« Il s'engage à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks.

« Lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de leur valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée. S'il ne lui est pas donné satisfaction, le créancier peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue.

« Art. L. 527-8. – Les parties peuvent convenir que la part des stocks engagés diminue à proportion du désintéressement du créancier.

« Art. L. 527-9. – En cas de remboursement anticipé de la créance, le débiteur n'est pas tenu des intérêts restant à courir jusqu'à son échéance.

« Si le créancier refuse les offres du débiteur, celui-ci peut, pour se libérer, consigner la somme offerte.

« Art. L. 527-10. – En cas de non-paiement de la créance exigible, le créancier peut poursuivre la réalisation de son gage dans les conditions prévues aux articles 2346 et 2347 du code civil.

« Art. L. 527-11. – Les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »

### CHAPITRE III

#### Dispositions diverses

##### Article 45

Le quatrième alinéa de l'article L. 521-1 est ainsi rédigé :

« Il n'est pas dérogé aux dispositions des articles 2355 à 2366 du code civil en ce qui concerne les créances mobilières. »

##### Article 46

L'article L. 521-3 est ainsi modifié :

I. – Le premier alinéa est ainsi rédigé :

« A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, et selon les modalités prévues par le présent article, sans que la convention puisse y déroger. »

II. – Le dernier alinéa est ainsi rédigé :

« Le créancier peut également demander l'attribution judiciaire du gage ou convenir de son appropriation conformément aux articles 2347 et 2348 du code civil. »

##### Article 47

Au premier alinéa de l'article L. 622-7, il est ajouté la phrase suivante : « Il fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire. »

#### **Article 48**

I. – Les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 624-16 sont ainsi rédigés :

« Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties.

« La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage.

La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte. »

II. – La première phrase de l'article L. 624-17 est ainsi rédigée :

« L'administrateur avec l'accord du débiteur ou à défaut le débiteur après accord du mandataire judiciaire peut acquiescer à la demande en revendication ou en restitution d'un bien visé à la présente section. »

III. – L'article L. 624-18 est complété par la phrase suivante :

« Peut être revendiquée dans les mêmes conditions l'indemnité d'assurance subrogée au bien. »

#### **Article 49**

Au 6<sup>o</sup> du I de l'article L. 632-1, les mots : « ou de gage » sont insérés après les mots : « tout droit de nantissement ».

### TITRE IV

#### **DISPOSITIONS DIVERSES**

##### **Article 50**

Le code civil est ainsi modifié :

I. – A l'article 1286, les mots : « en gage ou » sont insérés après les mots : « la chose donnée ».

II. – L'article 1422 est complété par un second alinéa ainsi rédigé :

« Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers. »

III. – Les dispositions de l'article 2092-3 du code civil sont insérées dans le titre XIX du livre III du code civil, à l'article 2205.

IV. – Dans l'article 2508, la référence aux titres XVII, XVIII, XIX du livre III est remplacée par la référence au titre XIX du livre III et au titre II du livre IV.

##### **Article 51**

L'article L. 132-10 du code des assurances est ainsi rédigé :

« *Art. L. 132-10.* – La police d'assurance peut être donnée en nantissement soit par avenant soit par endossement à titre de garantie, si elle est à ordre, soit par acte soumis aux formalités des articles 2355 à 2366 du code civil. »

##### **Article 52**

La loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 susvisée est ainsi modifiée :

I. – Il est inséré, après l'article 45, les articles 45-1 à 45-4 ainsi rédigés :

« *Art. 45-1.* – La convention de rechargement dont un créancier est bénéficiaire est inscrite au livre foncier à peine d'inopposabilité aux tiers.

« La date du dépôt détermine, entre eux, le rang des créanciers inscrits sur l'hypothèque rechargeable.

« *Art. 45-2.* – Le rang de la convention de rechargement inscrite est celui conféré par l'inscription initiale de l'hypothèque.

« *Art. 45-3.* – La radiation de l'inscription initiale de l'hypothèque s'impose au créancier qui n'a pas procédé à la publication prévue à l'article 45-1.

« *Art. 45-4.* – L'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire est réputée d'un rang antérieur à celui conféré à la convention de rechargement lorsque la publicité de cette convention est postérieure à l'inscription de l'hypothèque judiciaire conservatoire. »

II. – Au deuxième alinéa de l'article 48, la référence aux articles 2161 et suivants est remplacée par la

référence aux articles 2444 et 2445.

III. – Le premier alinéa de l'article 64 est complété par la phrase suivante :

« Toutefois, la radiation d'une inscription d'une hypothèque conventionnelle peut être requise par le dépôt au bureau foncier d'une copie authentique soit de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation, soit d'une décision judiciaire. »

IV. – Il est ajouté au même article un alinéa ainsi rédigé :

« Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »

#### **Article 53**

Il est inséré après l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 susvisée un article 22-1-1 ainsi rédigé :

« *Art. 22-1-1.* – La garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article. »

#### **Article 54**

Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, la référence aux articles du code civil qui font l'objet d'une nouvelle numérotation par la présente ordonnance s'entend des références aux nouveaux numéros résultant de celle-ci.

#### **Article 55**

Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, la référence au gage et au créancier gagiste s'entend de la référence au nantissement et au créancier nanti lorsque la sûreté a pour objet un bien meuble incorporel. Réciproquement, la référence au nantissement et au créancier nanti s'entend de la référence au gage et au créancier gagiste lorsque la sûreté a pour objet un bien meuble corporel.

### TITRE V

#### **DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES**

##### **Article 56**

Sont abrogés :

I. – Les titres XIV, XVII et XVIII du livre III du code civil.

II. – L'article L. 521-2 du code de commerce.

##### **Article 57**

I. – La présente ordonnance est applicable à Mayotte à l'exception du dernier alinéa de l'article 22, des articles 25, 34 à 41, 43, 52 et 53.

Les articles 14 à 21, les deux premiers alinéas de l'article 22, les articles 23 à 33, le I de l'article 56 et de l'article 59 de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

II. – La présente ordonnance est applicable en Nouvelle-Calédonie à l'exception du dernier alinéa de l'article 22, des articles 25, 34 à 41, 43, 51, 52 et 53.

Ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie le 7<sup>o</sup> de l'article 2374 et les articles 2380 et 2384 du code civil.

Pour leur application en Nouvelle-Calédonie, les références faites par les articles 2331, 2332 et 2375 du code civil à des dispositions qui n'y sont pas applicables sont remplacées par les références à des dispositions ayant le même objet applicables localement.

Les dispositions de l'article 44 sont applicables en Nouvelle-Calédonie dans les conditions prévues au titre III du livre IX du code de commerce.

III. – La présente ordonnance est applicable dans les îles Wallis et Futuna à l'exception du dernier alinéa de l'article 22, des articles 14 à 41, 43, 51, 52 et 53.

Pour leur application dans les îles Wallis et Futuna, les références faites par les articles 2331 et 2332 du code civil à des dispositions qui n'y sont pas applicables, sont remplacées par les références à des dispositions ayant le même objet applicables localement.

Pour son application dans les îles Wallis et Futuna, le deuxième alinéa de l'article 2348 du code civil est rédigé comme suit :

« La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

Les dispositions de l'article 44 sont applicables dans les îles Wallis et Futuna dans les conditions prévues au titre V du livre neuvième du code de commerce.

##### **Article 58**

Les articles 2351 à 2353 du code civil, dans leur rédaction issue de l'article 11 de la présente ordonnance, entreront en vigueur à une date qui sera fixée par décret et qui ne pourra être postérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2008.

A la date qui sera ainsi fixée, sera abrogé le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles.

**Article 59**

Les dispositions de l'article 2422 du code civil peuvent s'appliquer à la dernière hypothèque inscrite antérieurement à la date de publication de la présente ordonnance, dès lors qu'un avenant prévoit que l'hypothèque peut être affectée à la garantie d'autres créances dans les conditions de l'article 2422 du code civil et publié dans les formes prévues à l'article 2428 de ce code.

Cet avenant est toutefois inopposable aux créanciers qui ont inscrit une hypothèque avant la date de publication de la présente ordonnance et à ceux qui ont procédé à une inscription entre cette date et celle de l'inscription de l'avenant.

**Article 60**

Le Premier ministre, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le garde des sceaux, ministre de la justice, sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 23 mars 2006.

JACQUES CHIRAC

Par le Président de la République :

*Le Premier ministre,*

DOMINIQUE DE VILLEPIN

*Le garde des sceaux, ministre de la justice,*

PASCAL CLÉMENT

*Le ministre de l'économie,*

*des finances et de l'industrie,*

THIERRY BRETON