

Document 1 de 1



Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2009, dossier 23

## Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ?

Etude Article rédigé par : Reinhard Dammann  
 avocat au Barreau de Paris, Clifford Chance  
 chargé de cours à Sciences Po

Et Mylène Robinet  
 élève-avocat au Barreau de Paris, Clifford Chance

### Sûretés réelles

#### Sommaire

**Quelles sont les conséquences de l'introduction, par la loi du 19 février 2007, de la fiducie en droit français ? Cette réforme annonce-t-elle la fin des sûretés réelles classiques ? La fiducie-sûreté ne ruinerait-elle pas les objectifs de la loi de sauvegarde ? Alors que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a aménagé un nouvel équilibre entre la fiducie-sûreté et la loi de sauvegarde, la présente étude s'efforce de comparer le sort des sûretés réelles classiques, telles que le nantissement, le gage et l'hypothèque, à celui de la propriété-sûreté, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant, en distinguant les deux scénarii de sauvetage et de liquidation du débiteur.**

Avec la loi de 1985, les sûretés réelles classiques ont été malmenées en cas d'ouverture d'une procédure collective. À l'époque, le législateur a fondé son raisonnement sur l'idée que le redressement des entreprises en difficulté passait par le sacrifice des créanciers munis de sûretés. La pratique a démontré que cette philosophie était erronée. Depuis, par petites touches, le législateur a privilégié le développement de la fiducie-sûreté, permettant aux créanciers qui en sont les bénéficiaires de court-circuiter les procédures collectives.

C'est ainsi que le nantissement de créances a été délaissé en faveur de la cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly. Ce phénomène explique d'ailleurs pourquoi des praticiens ont tenté de mettre en place des cessions de créances à titre de garantie en dehors du champ d'application de la loi *Dailly*. Cette tentative a été sanctionnée par la Cour de cassation. Dans son arrêt controversé du 19 décembre 2006<sup>Note 1</sup>, les juges ont en effet requalifié cette cession en nantissement de créances. Ainsi, à la veille de l'introduction de la fiducie dans le Code civil, la jurisprudence a fermé la porte à une généralisation de la fiducie-sûreté par voie de contrat. Celle-ci est finalement intervenue par la loi du 19 février 2007.

Quelles sont les conséquences de la loi de 2007 ? Annonce-t-elle la fin des sûretés réelles classiques ? La fiducie-sûreté ne ruinerait-elle pas les objectifs de la loi de sauvegarde<sup>Note 2</sup> ?

Il fallait aménager un nouvel équilibre entre la fiducie-sûreté et la loi de sauvegarde. C'est chose faite avec l'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>Note 3</sup> qui est favorable au débiteur aussi longtemps que subsistent pour lui les chances d'un rebond.

En revanche, dans l'hypothèse d'un plan de cession ou d'une liquidation judiciaire, le législateur protège le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté. Ainsi, le droit français se rapproche du système américain, qui distingue la procédure de *Chapter 11* de celle de liquidation judiciaire organisée par le *Chapter 7* du Code de la faillite américain. Vue sous cet angle, la réforme de 2008 est susceptible de provoquer, à terme, un bouleversement du paysage français du droit des sûretés et des procédures collectives.

La présente étude s'efforce dès lors de comparer le sort des sûretés réelles classiques, telles que le nantissement, le gage et l'hypothèque, à celui de la propriété-sûreté, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant, en distinguant les deux scénarii de sauvetage et de liquidation du débiteur.

## 1. En présence de perspectives de redressement

### A. - La suspension des poursuites

**Problématique.** - La suspension des poursuites est un des piliers de toute procédure collective. Elle doit s'appliquer à tous les créanciers, même à ceux qui bénéficient de sûretés réelles, afin de favoriser le redressement du débiteur. En contrepartie de cette suspension, le créancier muni de sûretés doit être protégé contre une perte de valeur de sa sûreté. Ce principe est d'ailleurs consacré en droit américain par la règle du « *best interest test* » : le plan de sauvetage doit procurer au créancier une situation au moins équivalente à celle dont il aurait bénéficié en cas de liquidation immédiate.

Traditionnellement, en droit français, la réalisation des sûretés réelles classiques est suspendue par l'ouverture de la procédure collective, au moins pendant la période d'observation. Ainsi, le créancier hypothécaire, tout comme le créancier bénéficiant d'un gage ou d'un nantissement, ne peuvent réaliser leur sûreté<sup>Note 4</sup>. De la même manière, le pacte commissaire, pourtant autorisé, par principe, par l'ordonnance du 23 mars 2006, est paralysé en cas d'ouverture d'une procédure collective (*C. com.*, art. L. 622-7, I, al. 3). Mais contrairement au droit américain, le droit des procédures collectives français ne consacre pas la règle du « *best interest test* ». En effet, la valeur économique des sûretés réelles classiques n'est pas toujours préservée en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur constituant de la sûreté, notamment en cas de plan de cession.

La situation du créancier bénéficiaire d'une propriété-sûreté est radicalement différente. En effet, puisque les actifs cédés à titre de garantie sont sortis du patrimoine du débiteur, le créancier n'est pas soumis à la règle de la suspension des poursuites. Il dispose dès lors d'une situation très favorable. La situation est la même si la propriété a été retenue à titre de garantie.

Ainsi, le vendeur de biens meubles bénéficiant d'une clause de réserve de propriété peut revendiquer les biens livrés qui se retrouvent en nature chez le débiteur au moment de l'ouverture de la procédure (*C. com.*, art. L. 624-9 et s.). De même, le bénéficiaire d'une cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du cédant. Dès l'ouverture de la procédure, il peut notifier au débiteur cédé la cession de créance afin d'être payé directement par ce dernier<sup>Note 5</sup>.

Malgré des hésitations<sup>Note 6</sup>, la jurisprudence la plus récente semble être favorable à l'efficacité des cessions de créances découlant d'un contrat en cours, sous forme de bordereau Dailly, et ce même s'agissant des créances nées postérieurement à un jugement d'ouverture d'une procédure collective<sup>Note 7</sup>. L'arrêt du 22 novembre 2005 de la Cour de cassation est généralement interprété comme signifiant que ces créances sortent du patrimoine du cédant à la date de l'établissement du bordereau, de sorte que la cession des créances futures est opposable à la procédure. Une récente décision rendue le 16 décembre 2008 par le juge des référés du tribunal de commerce de Paris<sup>Note 8</sup> est venue relancer le

débat en désignant un séquestre avec pour mission de percevoir des loyers cédés à titre de garantie et correspondant à la période postérieure au jugement d'ouverture d'une procédure collective. Cette ordonnance a été confirmée en appel<sup>Note 9</sup>, dans l'attente d'un jugement sur le fond.

La différence de situation entre créanciers a conduit le législateur à réformer le régime de la fiducie-sûreté, par l'ordonnance du 18 décembre 2008, en alignant, dans une certaine mesure, le traitement de la fiducie-sûreté sur celui des sûretés classiques.

**Un nouvel équilibre.** - Ainsi, l'article L. 622-23-1 du Code de commerce prévoit que « *lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou du tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore du défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». Cette disposition énonce une règle de principe : la suspension des poursuites pour les actifs nécessaires à l'activité du débiteur. En revanche, si les actifs ne sont pas utilisés par le débiteur pour son activité, et que la fiducie-sûreté s'analyse alors comme une sûreté avec dépossession, le bénéficiaire peut procéder à sa réalisation indépendamment de l'ouverture d'une procédure collective.

Il est intéressant de relever que le législateur a retenu le critère objectif de l'existence d'une convention dite de mise à disposition entre le constituant et le fiduciaire, aux termes de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance du bien. Il a ainsi écarté le critère, plus subjectif, de la nécessité de l'actif pour la poursuite de l'activité, que l'on retrouve à l'article L. 622-7 du Code de commerce.

Que se passe-t-il en cas de résiliation du contrat de mise à disposition par l'administrateur, conformément aux articles L. 622-13, VI et L. 631-14 du Code de commerce ? En effet, l'ordonnance de décembre 2008 confirme que cette convention s'analyse comme un contrat en cours, à la différence du contrat de fiducie lui-même. Dans cette hypothèse, il ne fait aucun doute que le bénéficiaire de la fiducie-sûreté peut réaliser immédiatement sa sûreté, si la convention le prévoit, puisque l'interdiction de réaliser la sûreté n'est prévue que « *du fait de l'ouverture de la procédure* ».

**Fiducie et hypothèque.** - On comprend dès lors que le régime de la fiducie-sûreté en matière immobilière est plus intéressant que l'hypothèque. Certes, comme le créancier hypothécaire, le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté ne pourra pas réaliser sa garantie pendant la période d'observation si le débiteur conserve la jouissance de l'immeuble. Si le contrat de mise à disposition est conclu à titre gratuit, l'opération ressemble donc, d'un point de vue économique, à celui d'une « super-hypothèque ». Mais il est tout à fait possible que ce contrat soit conclu à titre onéreux, et l'opération s'apparente alors à une *lease-back*. C'est justement le caractère onéreux d'un tel contrat de mise à disposition qui confère tout son intérêt à la fiducie, puisque le créancier bénéficiaire pourra continuer à encaisser les loyers, qui pourraient d'ailleurs correspondre aux intérêts de son prêt. Et dans le cas où l'administrateur estime qu'il ne dispose pas des fonds nécessaires pour le paiement des loyers, il pourra mettre fin à la convention de mise à disposition<sup>Note 10</sup>. Une telle hypothèse ne porte aucunement préjudice au créancier bénéficiaire. En effet, ce dernier retrouve alors la possibilité de réaliser sa sûreté.

**Fiducie sur titres et nantissement de compte d'instruments financiers.** - De même, la fiducie sur titres est susceptible d'offrir au créancier bénéficiaire une situation plus intéressante que le nantissement de compte d'instruments financiers. Dans le cadre d'une fiducie sur titres, il n'y aura pas de contrat de mise à disposition si le fiduciaire encaisse les dividendes.

De plus, la fiducie offre aux parties la possibilité d'aménager contractuellement l'exercice des droits de vote, qui, en principe, doivent être exercés par le fiduciaire<sup>Note 11</sup>. Il est en effet concevable que le contrat de fiducie prévoit l'exercice par le fiduciaire des droits de vote conformément aux instructions du débiteur constituant jusqu'à la survenance d'un cas de défaut. Dans cette hypothèse, le contrat de fiducie peut également prévoir que les droits de vote seront exercés non plus sur instructions du débiteur, mais sur celles du créancier bénéficiaire. Un tel mécanisme est très

souple et permet de concilier les intérêts légitimes des parties. Il permet surtout au créancier bénéficiaire d'éviter de prononcer la déchéance du terme en vue de la réalisation de sa sûreté, tout en prenant le contrôle du débiteur. Ce mécanisme est tout particulièrement intéressant en matière de *Leveraged Buy Out* (« LBO »).

**Revendication des biens meubles.** - Le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté portant sur des biens meubles, lorsque ces derniers sont laissés à la disposition du débiteur, doit revendiquer ces actifs conformément à l'article L. 624-16 du Code de commerce. Dans ce cas, le régime de revendication est moins favorable que celui concernant la clause de réserve de propriété. Depuis l'ordonnance de décembre 2008, la revendication doit être exercée dans les trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure, et non plus à compter de la résiliation ou du terme du contrat (*C. com.*, art. L. 624-9). Par ailleurs, conformément à l'article L. 624-10-1 du Code de commerce, la restitution effective n'interviendra qu'au jour de la résiliation ou du terme de la convention de mise à disposition, alors que les biens cédés avec clause de réserve de propriété pourront être restitués immédiatement.

**Déclaration de créances.** - La question de savoir si le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté est tenu, comme tout créancier, de déclarer sa créance, divise la doctrine. Si l'on raisonne par analogie avec la clause de réserve de propriété, il n'est nul besoin pour le créancier bénéficiaire de déclarer sa créance. Néanmoins, si l'on considère la fiducie-sûreté comme une véritable sûreté, accessoire de la créance, il convient de la déclarer. En l'état, il est préférable pour le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté de déclarer sa sûreté. En effet, l'absence de déclaration ne lui procure aucun avantage, et peut au contraire être préjudiciable à ses intérêts dans le cas où la valeur des actifs transférés ne couvre pas l'intégralité de sa créance.

**Retour des actifs dans le patrimoine du débiteur.** - Dans l'hypothèse où aucune convention de mise à disposition n'a été conclue entre le fiduciaire et le débiteur constituant, et si ce dernier ou l'administrateur estiment que les actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire sont utiles à la poursuite de l'activité, le législateur a prévu le retour des actifs fiduciaires dans le patrimoine du débiteur. Ainsi, en cas de procédure de sauvegarde, l'article L. 622-7, II du Code de commerce dispose que « *le juge-commissaire peut aussi autoriser [le débiteur] à payer des créances antérieures au jugement [...] pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité* ». En procédure de redressement judiciaire, c'est l'administrateur, à qui il a été confié une mission de représentation, qui peut solliciter l'autorisation du juge-commissaire. Le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté ne peut pas, certes, réaliser sa garantie. Mais il n'est en principe pas lésé, car il est immédiatement payé.

Ce mécanisme permettant le retour des biens en fiducie dans le patrimoine du débiteur contre paiement est aligné sur celui s'appliquant au gage avec dépossession qui bénéficie du droit de rétention. En effet, selon l'article L. 622-7, II, alinéa 2 du Code de commerce, dans le cadre de la sauvegarde et du redressement judiciaire, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur<sup>Note 12</sup> à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité<sup>Note 13</sup>.

## **B. - L'arrêté du plan de sauvegarde ou de continuation**

Les comités des créanciers ont pour principale tâche de se prononcer sur le plan de sauvegarde ou de continuation. Dès lors, la question de l'appartenance à ces comités a pris une nouvelle ampleur avec l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a bouleversé les règles de composition et de fonctionnement.

Lors de l'élaboration de l'ordonnance de 2008, le sort qui devait être réservé aux créanciers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté au sein des comités des créanciers a été discuté. Alors que le projet d'ordonnance du mois de mars 2008 se contentait de prévoir leur exclusion pure et simple des comités, l'ordonnance a finalement retenu une autre solution : le créancier bénéficiaire sera exclu du comité, mais uniquement pour la partie de sa créance garantie par la valeur liquidative des actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire (*C. com.*, art. L. 626-30, al. 4)<sup>Note 14</sup>. Pour le solde, il sera traité comme tout créancier et sera donc membre des comités, lorsque ceux-ci sont institués et qu'il remplit les conditions d'appartenance. Le principe du « *best interest test* » anglo-saxon est donc transposé<sup>Note 15</sup>.

*A priori*, le législateur n'a pas voulu étendre cette prérogative au créancier bénéficiaire d'une cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly. Le traitement de faveur n'est donc accordé qu'au seul créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté<sup>Note 16</sup>.

La fiducie-sûreté offre en conséquence une situation extrêmement favorable au créancier bénéficiaire. En effet, en échappant aux comités de créanciers, le créancier ne pourra se voir imposer par un vote majoritaire les délais et remises consenties dans le cadre du plan. Cet avantage est d'autant plus important pour le créancier bénéficiaire que les règles des comités et les prérogatives des créanciers qui en sont membres ont été considérablement modifiées par l'ordonnance de 2008.

Le législateur n'a pas modifié l'architecture générale, à savoir l'existence de deux comités de créanciers, celui des principaux fournisseurs de biens et de services, d'une part, et celui des établissements de crédit, d'autre part. Mais la réforme a pour effet d'augmenter le nombre des créanciers qui en sont membres, et par là même le montant du passif qui fait l'objet de la restructuration. De plus, l'équilibre entre les deux comités a été bouleversé. Sont désormais membres du comité des établissements de crédit les établissements assimilés, les cessionnaires de créances et surtout toutes les entités qui ont consenti du crédit au débiteur<sup>Note 17</sup>.

Ensuite, le législateur a abrogé la règle de la majorité par tête pour ne maintenir qu'une majorité des deux tiers des créances appartenant aux membres du comité qui se prononcent sur le plan. Les prérogatives des membres des comités ont en outre été renforcées, notamment à travers la possibilité de conversion de créances en capital. De plus, il est dorénavant possible de prévoir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient. Ainsi, en cas de procédure de sauvegarde, le plan élaboré par le débiteur peut imposer, y compris à des créanciers bénéficiant de garanties réelles classiques, des abandons de créances, voire même leur conversion en capital (*C. com.*, art. R. 626-57-2)<sup>Note 18</sup>. Il appartient dès lors au tribunal de s'assurer du respect de l'intérêt de l'ensemble des créanciers, y compris celui des créanciers minoritaires qui ont rejeté le plan.

Une fois le plan de sauvegarde arrêté, la suspension des poursuites continue à s'appliquer conformément à l'article L. 622-23-1 du Code de commerce<sup>Note 19</sup>. Cette disposition est logique et découle du fait que les créances garanties font l'objet d'un réaménagement, et ne sont dès lors plus exigibles. Sur ce point, la fiducie-sûreté ne se distingue pas des garanties réelles classiques.

Toutefois, à partir du moment où le plan n'est pas exécuté, la donne change. Le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté retrouve des prérogatives importantes, alors que le créancier titulaire de sûretés classiques reste, lui, paralysé.

## **2. En l'absence de perspectives de redressement**

C'est véritablement lorsque les perspectives de redressement du débiteur se sont éteintes qu'apparaît la supériorité de la fiducie par rapport aux sûretés réelles classiques. Le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut en effet réaliser sa sûreté quelque soit l'issue de la procédure, et notamment en cas de plan de cession, talon d'Achille des sûretés réelles classiques.

### **A. - Échec du plan de sauvegarde ou de continuation**

Lorsque le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan de sauvegarde, le commissaire à l'exécution du plan est seul habilité à procéder au recouvrement des dividendes. Comme le créancier titulaire d'une sûreté réelle classique, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté retrouve sa liberté d'action uniquement lorsque le tribunal décide la résolution du plan, conformément à l'article L. 626-27 du Code de commerce.

En revanche, la fiducie-sûreté confère un traitement plus favorable à son bénéficiaire si le tribunal ouvre une procédure

de redressement judiciaire à la suite du constat de la cessation des paiements au cours de l'exécution du plan de sauvegarde. Dans ce cas, le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté peut immédiatement réaliser sa garantie<sup>Note 20</sup>.

## **B. - Le cas de la liquidation judiciaire**

L'efficacité de la sûreté, en cas de liquidation judiciaire, se mesure à deux critères : la rapidité de réalisation, d'une part, et l'exclusivité sur le produit de la vente, d'autre part.

Dans ces conditions, la fiducie-sûreté figure sans conteste sur la première marche du podium. En effet, elle confère au créancier bénéficiaire un droit exclusif sur l'actif. Ainsi, il peut choisir d'obtenir la libre disposition du bien qui se trouve dans le patrimoine d'affectation, ou en cas de vente, de percevoir un droit exclusif sur le produit de réalisation. Il n'est donc primé par aucun autre créancier. De plus, sa réalisation ne peut être nullement retardée en cas de poursuite d'activité dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire. En effet, le législateur a alors écarté le régime des contrats en cours tant pour le contrat de fiducie *stricto sensu* que pour la convention de mise à disposition (*C. com.*, art. L. 641-11-1, VI).

La différence de traitement du créancier hypothécaire est flagrante dans le cas de la liquidation judiciaire, puisque ce dernier ne peut ni bénéficier du pacte commissoire, ni mettre en oeuvre l'attribution judiciaire de l'immeuble. Ainsi le créancier hypothécaire risque d'être primé par d'autres créanciers bénéficiant d'un rang plus favorable.

Le créancier nanti, comme d'ailleurs le créancier gagiste, pourra solliciter l'attribution judiciaire du bien et ne sera pas primé par les autres créanciers<sup>Note 21</sup>. Toutefois, l'attribution judiciaire a l'inconvénient d'être un mécanisme relativement lourd. Si le créancier bénéficiaire d'un nantissement ou d'un gage dispose d'un droit de rétention, sa situation est sécurisée en cas de réalisation des actifs par le liquidateur, puisque le droit de rétention se reportera sur le prix de cession par le mécanisme de subrogation réelle.

## **C. - Immunité de la fiducie au plan de cession**

La fiducie bénéficie d'une véritable immunité face au plan de cession : les actifs fiduciaires, puisqu'ils sont sortis du patrimoine du débiteur et transférés dans le patrimoine fiduciaire, ne peuvent être transférés au cessionnaire dans le cadre du plan de cession. De la même façon, le Code de commerce prévoit expressément, à l'article L. 642-7, alinéa 5, que la convention de mise à disposition ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie.

Par contraste, le plan de cession peut spolier les créanciers bénéficiaires de sûretés classiques. Conformément à l'article L. 642-12 du Code de commerce, « *lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence* »<sup>Note 22</sup>.

À noter que, depuis la réforme de 1994, lorsque les sûretés immobilières et mobilières spéciales ont été octroyées pour garantir le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel porte ces sûretés, leur charge est transmise au cessionnaire. Dans ce cas, le cessionnaire est tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de propriété. Ainsi, par exemple, l'hypothèque prise par la banque pour garantir le remboursement d'un crédit destiné à financer l'acquisition de l'immeuble grevé sera transmise au cessionnaire, ce qui confère un avantage certain au créancier ayant participé au financement des biens de l'entreprise. Cette disposition assure donc le remboursement à terme de la partie de la créance qui n'est pas encore exigible.

La situation du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, comme d'ailleurs celle du titulaire d'un gage ou d'un nantissement avec un droit de rétention, réel ou légal, est donc plus intéressante, puisqu'il peut obtenir le paiement immédiat de la créance garantie, si le bien est inclus dans l'assiette de la cession<sup>Note 23</sup>.

### 3. Les garde-fous

#### A. - Les nullités de la période suspecte

La loi du 19 février 2007 avait prévu que la fiducie-sûreté constituée au cours de la période suspecte était nulle de plein droit. L'ordonnance de décembre 2008 corrige le tir et aligne le régime de nullité de la fiducie-sûreté en période suspecte sur le régime de droit commun. Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 631-1, 10° du Code de commerce vise expressément le traitement de la fiducie rechargeable, qui est nulle de plein droit uniquement si elle est conclue pour garantir des dettes contractées antérieurement.

Curieusement, la cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly continue de bénéficier d'un traitement de faveur lorsqu'elle intervient pendant la période suspecte. La jurisprudence considère en effet que la cession de créances ne constitue pas un nantissement de créances, visé à l'article L. 631-1, 4° du Code de commerce. Dès lors, la cession de créances par bordereau Dailly en cas de période suspecte n'est pas nulle de plein droit. Contrairement au nantissement de créances, la cession Dailly échappe à la sanction de la nullité lorsqu'elle est consentie, en période suspecte, pour des crédits antérieurs. Le cessionnaire Dailly n'est donc pas exposé à une nullité de la même façon que celui bénéficiant d'un nantissement<sup>Note 24</sup>.

Si la cession intervient en application d'un contrat cadre, il convient de se placer à la date de ce dernier, et non à celle de l'établissement du bordereau. Si le contrat cadre est intervenu avant la période suspecte, la cession ne sera pas entachée de nullité<sup>Note 25</sup>.

#### B. - Les sanctions de l'article L. 650-1 du Code de commerce

Le champ d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde, a suscité un débat doctrinal. L'ordonnance de décembre 2008 a précisé qu'il n'avait vocation à s'appliquer qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. La réforme de 2008 a également modifié la sanction, puisque, pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours « peuvent » être annulées ou réduites par le juge, qui a donc désormais non seulement un pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'une telle décision, mais également un pouvoir modérateur de la sanction.

Même après ces clarifications, des incertitudes demeurent quant au régime de la responsabilité du fait des sûretés disproportionnées. La propriété-sûreté porte en elle un risque de disproportion, puisque le bénéficiaire de cette sûreté exerce un droit exclusif sur les actifs cédés à titre de garantie. Ainsi se profile l'éventualité d'un gaspillage de crédit, puisque le constituant ne conserve qu'une créance de restitution à l'encontre du bénéficiaire de la fiducie-sûreté<sup>Note 26</sup>.

Un exemple illustre cette problématique. Un constituant possède un immeuble d'une valeur de 10 millions. Il emprunte 2 millions et offre à son créancier une fiducie-sûreté portant sur cet immeuble. S'il avait constitué une hypothèque, le débiteur aurait pu garantir des emprunts complémentaires en consentant une hypothèque de deuxième rang. En cas de fiducie-sûreté, le constituant ne conserve en revanche qu'une créance de restitution à l'encontre du bénéficiaire de la fiducie à hauteur de 8 millions. En pratique, bien que cette créance fasse partie de son patrimoine, elle ne peut être affectée en garantie à de nouveaux prêts. Une disproportion peut également naître en cours d'exécution du prêt, soit parce que la valeur de l'immeuble s'apprécie, soit parce que le crédit est partiellement remboursé.

Pour lutter contre tout gaspillage de crédit, il est dès lors indispensable que la fiducie-sûreté soit « rechargeable ». Ce mécanisme a été consacré par l'ordonnance du 30 janvier 2009. Ainsi, si le contrat de fiducie le prévoit, la propriété transférée à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif (*C. civ., art. 2372-5 et 2488-5*). Ce mécanisme permet au constituant de pouvoir utiliser la valeur résiduelle des actifs transférés en garantie. La fiducie « rechargeable » est donc l'antidote au risque de nullité des garanties pour disproportion.

## 4. Conclusion

Au terme de cette étude, force est de constater que la généralisation de la propriété-sûreté pourrait évincer une grande partie des sûretés réelles classiques. Mais ce « darwinisme » ne doit pas être considéré comme une victoire du créancier sur les intérêts du débiteur. Bien au contraire, fiducie-sûreté et procédure de sauvegarde font bon ménage : le débiteur peut offrir des garanties particulièrement efficaces et ainsi convaincre plus facilement les bailleurs de fonds de lui consentir des concours. Si les actifs sont nécessaires à la poursuite de l'activité, la réalisation de la fiducie-sûreté n'interviendra qu'en cas de liquidation judiciaire, et le débiteur gardera une chance de rebond.

**Egalement dans ce dossier :** articles 20, 21, 22, 24

---

Note 1 *D. 2007, p. 344, note Ch. Larroumet ; D. 2007, p. 961, note L. Aynès ; RTD civ. 2007, p. 160, obs. P. Crocq.* Il s'agit d'une décision de politique jurisprudentielle, *R. Dammann, G. Podeur, D. 2007, p. 319.*

Note 2 *F.-X. Lucas et M. Sénéchal, Fiducie vs. Sauvegarde, Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir : D. 2008, point de vue 29.*

Note 3 *Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : Journal Officiel 19 Décembre 2008 ; D. n° 2009-160, 12 févr. 2009 : Journal Officiel 13 Février 2009 ; Dossier, Réforme du droit des entreprises en difficulté : D. 2009, p. n° 10 ; A. Lienhard, Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 : D. 2009, p. 110 ; P. Pétel, Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II : JCP E 2009, 1049.*

Note 4 L'ordonnance du 23 mars 2006 a opéré une distinction entre le gage, qui porte sur des biens meubles corporels, et le nantissement, qui porte sur des biens meubles incorporels (on trouve dès lors des nantissements de compte, compte d'instruments financiers, créances, fonds de commerce, films, logiciels, matériels, parts sociales, etc.).

Note 5 Encore faut-il que la créance garantie soit exigible. Du fait de l'ouverture de la procédure, il n'est pas possible de prononcer l'exigibilité anticipée, mais rien n'empêche le créancier d'accélérer le remboursement de son prêt pour un motif autre que celui de l'ouverture de la procédure (exemple : violation des engagements du débiteur). Si la créance n'est pas due et exigible, la documentation prévoit généralement que le bénéficiaire du Daily encaisse les sommes en provenance du débiteur cédé et les conserve à titre de gage-espèce.

Note 6 *Cass. com., 26 avr. 2000 : D. 2000, p. 717, note crit. Ch. Larroumet ; Cass. com., 7 déc. 2004 : D. 2005, p. 77, note A. Lienhard ; Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669 ; D. Legeais, RTD com. 2006, p. 169.*

Note 7 La conclusion d'un contrat cadre pour la cession de créances à titre de garantie permet de combiner le bénéfice d'une sûreté à l'amortissement d'un crédit, *via* la perception périodique de sommes diminuant le montant de l'encours. Une telle opération est fréquente pour les créances à termes successifs (redevances, loyers, etc.). *V. L. Aynès, La cession de créances à titre de garantie : quel avenir ? : D. 2007, p. 961.*

Note 8 *RG n° 2008087750.*

Note 9 *CA Paris, 16 juin 2009, RG n° 09/00251.* On relèvera qu'en l'espèce, la poursuite de l'activité aurait été impossible si tous les loyers avaient été appréhendés par le créancier garanti, étant donné que l'immeuble loué était le seul actif de l'entreprise.

Note 10 L'article L. 622-13, II, alinéa 2 (*in fine*) prévoit que « *s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiements échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour les obligations du terme suivant* ».

Note 11 On peut s'interroger sur la possibilité pour le constituant d'exercer les droits de vote, à la place du fiduciaire. *V. RLDC mai 2009, n° 60, reprenant l'intervention et les discussions du colloque du 4 mars 2009.*

Note 12 L'administrateur avec mission de représentation dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. Lorsqu'il a une mission d'assistance, l'administrateur exerce cette prérogative concurremment avec le débiteur.



Note 13 *F. Pérochon, Les interdictions de paiements et le traitement des sûretés réelles : D. 2009, p. 651.*

Note 14 On peut toutefois s'interroger sur l'utilisation du pluriel pour désigner les créances garanties. Le législateur a-t-il souhaité opérer une distinction entre les différentes créances détenues par le créancier ? Dans cette hypothèse, tout prêt garanti par une fiducie sortirait intégralement des comités de créanciers, quand bien même la valeur liquidative des actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire serait inférieure au montant de la créance concernée. Cette solution aurait certes l'avantage de la simplicité mais elle pourrait aboutir à des situations absurdes dans lesquelles un créancier se trouverait totalement hors comité alors que seule une infime partie de sa créance serait garantie par une fiducie-sûreté.

Note 15 *A. Lienhard, Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 : D. 2009, p. 110.*

Note 16 *R. Dammann et G. Pondeur, Les enjeux de la réforme des comités de créanciers : JCP E, à paraître.*

Note 17 Tel pourrait être le cas des sociétés d'un même groupe ayant consenti des avances à titre onéreux. Sur ce point, *V. R. Dammann et G. Pondeur, op. cit., JCP E, à paraître.*

Note 18 En pratique, cette hypothèse est particulièrement intéressante si des sociétés du groupe ont fait d'importantes avances. En cas de redressement judiciaire, un créancier majoritaire peut proposer un plan alternatif. L'administrateur est alors juge de l'opportunité de présenter ce plan au vote, *V. C. com., art. R. 631-37.*

Note 19 Ainsi qu'à l'arrêté du plan de continuation, conformément à l'article L. 631-14 du Code de commerce.

Note 20 La rédaction antérieure, issue de l'ordonnance de décembre 2008, était erronée. *V. F. Pérochon, Les interdictions de paiements et le traitement des sûretés réelles : D. 2009, p. 651 ; M. Grimaldi et R. Damman, La fiducie sur ordonnances : D. 2009, p. 670.* Cette erreur a été corrigée par *L. n° 2009-526, 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : Journal Officiel 13 Mai 2009.*

Note 21 En pratique, les créanciers pourront être confrontés à un obstacle pour réaliser leur sûreté si leur créance n'est pas encore exigible. À cet égard, il convient de relever qu'aux termes des articles L. 643-1 et L. 643-2 du Code de commerce, la déchéance du terme n'intervient pas immédiatement si le tribunal a autorisé la poursuite de l'activité aux fins de permettre l'adoption du plan de cession.

Note 22 L'inclusion du gage dans cette liste par l'ordonnance du 18 décembre 2008 traduit une incohérence, puisque, à la suite de la LME, le créancier gagiste bénéficie d'un droit de rétention, réel ou fictif. Ainsi, il bénéficie d'un traitement de faveur lui permettant d'obtenir le paiement intégral de sa créance, et non une simple quote-part.

Note 23 *F. Pérochon, op. cit. n° 27* (l'article L. 642-12 du Code de commerce vise le droit rétention, ce qui inclut donc le gage et le nantissement, que le droit de rétention soit fictif ou réel).

Note 24 *V. Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, BNP c/ Giffard : JurisData n° 1996-002087 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 151.*

Note 25 *V. Cass. com., 20 févr. 1996, n° 94-10.156 : JurisData n° 1996-000562 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 56. - R. Dammann et G. Le Beuze, Réforme des sûretés et des procédures collectives : quelles sûretés choisir ? : CDE 2007, dossier 9.*

Note 26 *R. Dammann, Banques et banquiers responsables, in Responsabilité et régulations économiques : Presses de Sciences Po / Dalloz 2007, p. 73. Contra, V. P. Crocq, Sûretés et proportionnalité, mél. Simler : Litec / Dalloz 2006, p. 291.*