

# L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE DU DROIT DES SÛRETÉS RÉELLES<sup>1</sup>

*Par Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Paris XII (Val de Marne)*

**1. Ambitions législatives d'efficacité économique** - L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles ayant déjà été abordée, c'est celle du droit des sûretés réelles qui sera au cœur de cette seconde conférence.

La distinction fondamentale des sûretés personnelles et réelles a déterminé le plan même du nouveau Livre IV du Code civil consacré aux sûretés : l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006<sup>2</sup> relative aux sûretés traite en effet « Des sûretés personnelles » et « Des sûretés réelles » dans deux Titres distincts. Et ce sont sans nul doute ces dernières qui ont le plus profondément évolué...

La réforme du droit des sûretés réelles puise ses racines dans d'impérieuses considérations d'efficacité économique : la modernisation et l'actualisation de textes désuets a certes constitué une priorité ; et certaines innovations n'ont été reçues que dans le but de développer le crédit et sauvegarder la compétitivité juridique du marché français<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cet article est issu de conférences dispensées dans le cadre des Chaires de droit continental créées par la Fondation pour le droit continental au sein de l'École de droit de Keio (Tokyo) et de l'Université Diego Portales (Santiago du Chili) et dont la forme orale a été conservée.

<sup>2</sup> Y. Picod et P. Crocq (sous la dir. de), « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », Dr. et procédures, 2006 ; S. Piedelièvre, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », Defrénois, 2006, p. 791 ; Ph. Simler, « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », JCP, 2006, I, 124 ; L. Aynès et Ph. Dupichot, « Janvier 2006 - octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », Dr. et patrimoine, janv. 2008, p 82 et s.

<sup>3</sup> Voir très nettement en ce sens le Rapport accompagnant l'Avant-projet présenté le 31 mars 2005 par la Commission présidée par le Professeur Grimaldi ; *adde*, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO 24 mars 2006 : « *Moderniser les sûretés afin de les rendre lisibles et efficaces tant pour les acteurs économiques que pour les citoyens tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence, tels sont les objectifs de la présente ordonnance* ».

C'est également la volonté de doter le droit français d'un « outil » souple et efficace, miroir du *trust* de *common law*, qui a motivé la récente consécration de la fiducie-sûreté en droit français. Celle-ci est intervenue à petits pas : reconnue d'abord à demi-mot par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, la fiducie vit son domaine considérablement élargi par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie avant que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie ne fasse véritablement accéder la fiducie-sûreté à la pleine lumière<sup>4</sup>.

Nouveau *Graal*, la quête d'une plus grande efficacité économique de la règle de droit des sûretés réelles est poursuivie sans détour par le législateur. Ce qui justifie une mesure de celle-ci à l'aune des critères précédemment dégagés : une règle est économiquement efficace lorsqu'elle garantit au créancier l'obtention effective de son dû, à moindre coût et délai, sans occasionner un gaspillage inutile des richesses du constituant de la sûreté<sup>5</sup>.

Mais l'efficacité économique ne saurait être l'unique moteur de l'actuelle révolution tranquille du droit privé français. Fidèle aux valeurs d'équilibre de la tradition civiliste, le droit français privilégie les solutions respectueuses des intérêts du créancier et du constituant de la sûreté, conciliant à cet effet des considérations à la fois économiques et sociales qui ne sont pas toujours en conflit.

**2. Moindre gravité de la sûreté réelle par rapport à la sûreté personnelle** - Or, de ce point de vue, la gravité des sûretés personnelles et celle des sûretés réelles sont sans commune mesure.

Le garant engage son patrimoine - ou son bien dans le cadre de feu le "cautionnement réel" - pour la dette d'autrui, et ce avec une intensité variable : d'où

---

<sup>4</sup> V. not. Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP éd. G 2009, I, 132.

<sup>5</sup> Comp. les traits de la sûreté idéale dégagés par L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, éd. Defrénois, 4<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 7 et 8.

le caractère grave et profondément anormal de la sûreté personnelle qui endette pour autrui, souvent sans contrepartie.

Il n'en va pas de même de la sûreté réelle qui consiste classiquement en « *l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier* »<sup>6</sup> ; lorsqu'une sûreté réelle est consentie par le débiteur en garantie de sa propre dette, elle ne crée aucun risque d'endettement : tout au plus, rend-elle possible cet endettement en créant les conditions de la confiance du créancier ; mais la perte du bien grevé à l'échéance a pour contrepartie le crédit obtenu que la sûreté réelle se borne à éteindre<sup>7</sup>.

Cette moindre gravité de la sûreté réelle a pour conséquence que les considérations sociales de protection du donneur de sûreté sont notablement atténuées en droit des sûretés réelles ; il importera surtout de veiller à ce que le constituant ne brûle pas son crédit privilégié par avance afin de *préserver* sa capacité de s'endetter à l'avenir : l'approche est quasi inverse de celle qui a cours dans un droit des sûretés personnelles qui vise au contraire à *prévenir* tout surendettement du garant...

### **3. Jeu de massacre des sûretés réelles en droit des procédures collectives -**

Il serait malheureusement exagéré d'en déduire que les sûretés réelles seront pleinement efficaces quelle que soit la situation du débiteur...

Sans doute était-ce vrai il y a encore une soixantaine d'années : sous l'empire du Code de commerce de 1807 et jusqu'en 1967, les sûretés réelles sont restées pleinement efficaces en cas de « faillite » du débiteur.

---

<sup>6</sup> Art. 2288 al. 2 de l'Avant-projet présenté le 31 mars 2005 par la Commission présidée par le Professeur Grimaldi (ci-après l'Avant-projet).

<sup>7</sup> V. notre démonstration, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2005, préf. M. Grimaldi, n° 532 et n° 570 et s. A l'inverse, la constitution d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui devrait selon nous appeler quelque protection du constituant, la « caution réelle » n'étant pas alors tenue à la dette.

En 1948, Voirin résumait l'opinion généralement reçue en affirmant : « *Faites intervenir deux, trois, dix cautions, les chances d'insolvabilité diminuent sans doute mais ne sont jamais écartées... Pour obtenir une sécurité complète, il faut recourir aux sûretés réelles* »<sup>8</sup>. Car le droit de préférence supprimait alors le risque d'insolvabilité sans que la faillite du constituant ne compromette aucunement l'efficacité des sûretés réelles et, au premier chef de l'hypothèque, reine incontestée des sûretés : la quiétude du créancier était alors absolue...

Mais en 2009, l'inquiétude du créancier a fait place à la quiétude, attisée par la perspective de défaillances d'entreprises en chaîne.

Car l'ennemi de l'efficacité économique du droit des sûretés réelles a pour nom « Traitement des difficultés des entreprises » : le livre VI de l'actuel Code de commerce qui régit les procédures collectives projette en effet une ombre inquiétante sur le Titre second du Livre IV du Code civil.

Si les procédures collectives n'ont attiré les sûretés personnelles dans leur orbite que depuis la loi 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>9</sup>, elles ont soumis les créanciers titulaires de sûretés réelles à leur discipline dès la loi du 13 juillet 1967... Celle-ci leur a porté une première atteinte en les soumettant à l'obligation de production et de vérification de leurs créances, tandis qu'une jurisprudence célèbre en déduisit en 1976<sup>10</sup> l'existence d'une suspension des poursuites individuelles des

---

<sup>8</sup> Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2<sup>ème</sup> éd., 1948, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. 13, *Les sûretés personnelles et réelles*, par P. Voirin, n° 52 *in fine* et n° 53, p. 62.

<sup>9</sup> V. not. P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés », JCP éd. E 2005, n° 1509 ; D. Legeais, RD bancaire et financier sept./oct. 2005, n° 162 ; S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP éd. N 2005, n° 1397 ; F.-X. Lucas, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », Bull. Joly, 2005, p. 1181 et s.

<sup>10</sup> Cass. ass. plén., 13 fév. 1976, Bulletin des arrêts d'assemblée plénière, n° 3 ; D. 1976, p. 237, concl. R. Schmelk, note F. Derrida, obs. A. Honorat ; JCP 1977, II, 18518, note Ch. Gavalda. : « à compter du jugement qui prononce le règlement judiciaire, tous les créanciers, y compris les créanciers privilégiés, doivent produire leurs créances entre les mains du syndic qui les vérifie (...) tant que leurs créances n'ont pas été admises, les créanciers bénéficiant d'une sûreté spéciale ne

droits de créanciers dorénavant paralysés et assujettis au temps long de la procédure. Ces atteintes se sont par la suite multipliées avec la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises : le jeu de massacre des sûretés réelles était alors à son apogée et l'efficacité économique à son plus bas niveau, sans que les sacrifices imposés aux créanciers aient été justifiés par un redressement avéré des entreprises en difficultés : plus de 90 % des procédures se terminent en effet par une liquidation.

La situation des créanciers titulaires de sûretés réelles s'est quelque peu améliorée en cas de liquidation judiciaire depuis l'adoption de la loi n° 94-75 du 10 juin 1994 qui institua la liquidation judiciaire immédiate et fut le siège d'un fameux « printemps des sûretés réelles », en réaction aux excès antérieurs<sup>11</sup>.

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>12</sup> fit également plus grand cas du sort des créanciers mais l'insuffisante coordination des réformes des faillites (2005), des sûretés (2006) et dernièrement de la fiducie (2007) suscita de légitimes critiques<sup>13</sup>.

Or, il est revenu depuis à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté d'établir une articulation nouvelle entre le droit des entreprises en difficulté et certaines sûretés exclusives, et ce en

---

*peuvent exercer le droit de poursuite individuelle qui leur est reconnu par l'article 35 » de la loi du 13 juillet 1967. Adde, dans la même affaire, Cass. com., 24 janv. 1973, Bull. civ. IV, n° 42.*

<sup>11</sup> M. Cabrillac et Ph. Pétel, « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles », D. 1994, chron., p 243.

<sup>12</sup> V. not. P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés », JCP éd. E 2005, n° 1509 ; D. Legeais, RD bancaire et financier sept./oct. 2005, n° 162 ; S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP éd. N 2005, n° 1397 ; F.-X. Lucas, « perçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », Bull. Joly, 2005, p. 1181 et s.

<sup>13</sup> Voir par ex. P. Crocq, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », D. 2006, chron. p 1306 et s.

contribuant à l'édification d'un droit des sûretés spécial aux procédures collectives dont l'efficacité doit être également analysée<sup>14</sup>.

**4. Plan** - Par souci de clarté et tentant de dépasser ces quelques difficultés, on mesurera l'efficacité économique du droit français des sûretés réelles pour chacun des *deux temps fondamentaux* que sont la constitution et la réalisation de la sûreté.

On conduira cet examen de l'efficacité :

- en premier lieu, au stade de la *constitution* des sûretés réelles (I) ;
- en second lieu, au stade de la *réalisation* des sûretés réelles (II).

---

<sup>14</sup> V. notamment Ph. Roussel-Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA 2008, n° 257, p. 3 et s. ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », JCP E 2009, 1049 ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, p. 110 et s. ; v. P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », Revue des proc. coll., janv.-fév. 2009, p. 75 et s. ; M. Farge et O. Gout, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », RLDC, mars 2009, p. 25 et s. ; D. Legais, obs. RD bancaire et fin., janv.-fév. 2009, n° 17 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », Dr. et patrimoine, avril 2009, p. 129 et s.

## I. CONSTITUTION DES SÛRETÉS RÉELLES

**5. Liberté de choix entre préférence et exclusivité** - Longtemps, les sûretés réelles se sont réduites à l'octroi au créancier d'un droit réel de préférence de nature à permettre à celui-ci d'être payé par priorité sur le produit de la vente de la chose grevée ; désormais, les techniques de sûreté réelle se sont enrichies et diversifiées : défendue de longue date par la doctrine sur le fondement de la liberté contractuelle, le recours à la propriété-sûreté s'est généralisé. Dans le même temps, les modalités de constitution de ces sûretés préférentielles ou exclusives se sont fortement simplifiées...

Un vent nouveau de liberté souffle sur le paysage français des sûretés réelles en faveur d'une plus grande efficacité économique : celle-ci se vérifie pour les sûretés réelles traditionnelles ou préférentielles, d'une part (**A**), et pour les sûretés-propriétés, d'autre part (**B**).

### A - La constitution des sûretés préférentielles

**6. Affranchissement des volontés individuelles** - Les sûretés réelles traditionnelles reposent sur la technique du droit de préférence ; or, ces sûretés préférentielles ne sont plus un lieu hostile au déploiement de la liberté des acteurs économiques, si tant est qu'elles l'aient jamais été<sup>15</sup> ; le spectre du surendettement est moins présent ici qu'en matière de sûretés personnelles tandis que la sûreté réelle inspire moins la méfiance que par le passé. C'est pourquoi l'efficacité des solutions se vérifie tant en droit des sûretés mobilières (1) qu'en droit des sûretés immobilières (2) ce qui est plus remarquable encore.

---

<sup>15</sup> Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 530.

## 1°) Sûretés mobilières

**7. Efficience assurée** - L'efficience du nouveau droit des sûretés mobilières procède de règles qui tout à la fois préservent le crédit du constituant (a), élargissent l'assiette des sûretés (b) et simplifient le formalisme de constitution et d'opposabilité (c).

**8. a) Prévention du gaspillage du crédit et généralisation du gage sans dépossession** - La généralisation du gage sans dépossession constitue l'un des apports majeurs de la réforme du 23 mars 2006<sup>16</sup>. Antérieurement, l'exigence antiéconomique d'une dépossession du constituant sévissait à peine de validité du contrat réel de gage : elle privait le constituant des utilités économiques de sa chose toutes les fois qu'un texte spécial<sup>17</sup> ne prévoyait pas la possibilité d'une sûreté sans dépossession. Le mot même de dépossession a opportunément disparu de la définition même du gage de meubles corporels (art. 2333) et de celle du nantissement, sûreté sur meubles incorporels<sup>18</sup> (art. 2355).

Ce faisant, tout s'enchaîne en vue d'une meilleure efficacité....

Une pluralité de gages sans dépossession est rendue possible qui participe d'un rapprochement des régimes du gage et de l'hypothèque et évite tout gaspillage du crédit du constituant (C. civ., art. 2340).

Il en va de même en matière de nantissement de créance : réglementé avec un grand luxe de détails par 11 articles du Code civil<sup>19</sup>, ce nantissement profondément modernisé peut être limité à une fraction de la créance donnée en nantissement de sorte que diverses fractions d'une même créance peuvent être nanties au profit de

---

<sup>16</sup> D. Legeais, « Le gage de meubles corporels », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 12 et s. ; L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », Dr. & patr. 2007, n° 161, p. 48 et s.

<sup>17</sup> Des textes spéciaux de plus en plus nombreux toutefois étaient intervenus pour autoriser la prise de sûretés sans dépossession ; V. *infra* § 11.

<sup>18</sup> Le terme de « gage » s'entend désormais des seules sûretés sur meubles corporels et celui de « nantissement » de celles sur meubles incorporels (Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, art. 55).

<sup>19</sup> Art. 2356 et s. C. civ.

créanciers distincts<sup>20</sup>, préservant là encore le crédit du débiteur ; et il pourra être stipulé pour un temps déterminé dont l'expiration libérera de plein droit la créance de l'affectation en garantie<sup>21</sup>.

**9. b) Élargissement de l'assiette des sûretés mobilières** - La suppression de l'exigence de dépossession permet un élargissement considérable de l'assiette des sûretés mobilières et un assouplissement corrélatif des principes de spécialité de la sûreté quant à la créance garantie, d'une part, et quant à l'assiette, d'autre part.

Aussi, le gage de meubles corporels ou le nantissement de meubles incorporels peuvent-ils indifféremment porter sur des meubles présents ou futurs<sup>22</sup>, fongibles ou non, voire sur un ensemble de meubles eux-mêmes présents ou futurs, le tout en garantie de créances mêmes futures dont seule la déterminabilité est requise (C. civ., art. 2333 ; 2355).

Et cette notion nouvelle d'ensemble de biens présente une souplesse qui permet l'affectation en garantie d'universalités de fait - bibliothèque de livres anciens, collection d'œuvres d'arts, créances de loyers provenant d'un même immeuble, etc. - sans qu'il soit plus besoin d'énumérer individuellement tous les éléments grevés *ut universi*.

Partant, il est aujourd'hui possible de tirer crédit de davantage de biens ou valeurs que par le passé ; quant au créancier, il peut prendre rang immédiatement, et ce en garantissant une créance même future telle celle résultant d'un contrat à conclure : tant il est vrai que la « *chance de créance est déjà un bien qui mérite d'être préservé* »<sup>23</sup>... Surtout, ces sûretés non plafonnées peuvent en principe servir à garantir tout type de crédit.

---

<sup>20</sup> V. Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », Petites affiches, n° spécial, 27 mars 2008, p 27 et s., n° 11.

<sup>21</sup> Art. 2358 al. 1 C. civ.

<sup>22</sup> Antérieurement à la réforme, l'exigence *validitatem* de dépossession interdisait de donner en gage un meuble futur ou une créance future qui ne pouvaient être que l'objet d'une promesse de gage.

<sup>23</sup> J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, Théorie générale*, LGDJ, 1996 n° 334.

**10. c) Formalisme simple et au coût dérisoire** - Le législateur subordonne toutefois ces divers bénéfices à l'observation d'un certain formalisme.

Les contrats réels qui ne se formaient que par la remise de la chose ont fait place à des contrats solennels : un écrit à peine de nullité est exigé, et ce parfois jusqu'en matière commerciale où la liberté de la preuve est pourtant de règle<sup>24</sup>. Mais ce formalisme n'en reste pas moins d'une grande simplicité ; surtout, il tend à assurer la sécurité juridique du dispositif en prévenant les contestations.

Quant à l'opposabilité du gage aux tiers, elle résulte soit de l'antique dépossession (le cas échéant par entiercement), soit d'une publicité nouvelle sur le registre national des gages sans dépossession tenu par les greffes du tribunal de commerce<sup>25</sup> dont le coût est pratiquement nul<sup>26</sup> : cette dernière inscription aura d'autant plus les faveurs de la pratique que la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a reconnu un droit de rétention dématérialisé au gagiste même sans dépossession<sup>27</sup>, alors que le droit de rétention était auparavant l'apanage du seul gagiste avec dépossession<sup>28</sup>.

L'opposabilité du nantissement de créance a elle-même été profondément simplifiée : elle obéit à un principe d'efficacité puisque « *le nantissement d'une*

---

<sup>24</sup> C'est le cas du nantissement de créance, solennel même en matière commerciale (art. 2356 et s. C. civ.).

<sup>25</sup> Art. 2337 et 2338 C. civ. ; D. n° 2006-1804, 23 déc. 2006, pris pour l'application de l'article 2338JO 31 déc., et Arrêté du 1er févr. 2007, relatif à la nomenclature des biens gagés.

<sup>26</sup> 71,52 euros au maximum si la créance garantie excède 20.800 euros : V. « Tableau récapitulatif », « Sûretés réelles mobilières et immobilières après la réforme de 2006 », Option Finance, Hors-série, 10 nov. 2008, par T. Dubois de Gaudusson et D. Bernard ; sauf précision contraire, les coûts évoqués sont ceux présentés dans ce tableau synthétique.

<sup>27</sup> Art. 2286 4° C. civ. : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose (...) 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* », disposition d'application immédiate semble-t-il. V. A. Aynès, *L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives*, JCP 2008, Aperçu rapide, n° 300.

<sup>28</sup> Disparaît ainsi l'une des critiques majeures adressées au gage avec dépossession issu de la réforme de 2006 : l'absence de droit de rétention ; V. R. Damman, « La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée », D. 2006, chron., p 1298 et s., spéc. n° 10.

créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte » (art. 2361), à l'exception notable du débiteur de la créance nantie à qui le nantissement doit être notifié par tout moyen (C. civ., art. 2362), sans plus besoin d'une coûteuse signification par exploit d'huissier ; le nantissement de créance est ainsi potentiellement devenu une sûreté ... gratuite.

**11. Efficience menacée par un morcellement subsistant des sûretés mobilières** - Malheureusement, cette efficience qui gagne le droit commun des sûretés mobilières est contrariée par la persistance d'un morcellement des sûretés mobilières ou pis par son aggravation au lendemain de la réforme de 2006.

Le législateur n'a pas emprunté la voie d'une sûreté mobilière unique du type du *security interest* de l'article 9 du *Uniform commercial code* américain ou de l'hypothèque mobilière et immobilière des articles 2660 et suivants du Code civil Québécois de 1994.

Et il est vrai que les sûretés spéciales à certains actifs corporels ou incorporels pullulent : ce faisant, elles dessinent un kaléidoscope complexe et fractionné de sûretés particulières.

De véritables *régimes* spéciaux de gage et de nantissement ont ainsi été maintenus inchangés hors du Code civil : gage de matériel d'équipement et d'outillage<sup>29</sup> ; warrants de magasins généraux<sup>30</sup>, industriel<sup>31</sup> hôtelier<sup>32</sup>, agricole<sup>33</sup> ou encore pétrolier<sup>34</sup> ; nantissements de fonds de commerce<sup>35</sup>, artisanal<sup>36</sup> ou agricole<sup>37</sup>,

---

<sup>29</sup> Créé par la loi du 18 janv. 1951 ; art. L. 525-1 et s. C. com.

<sup>30</sup> Art. L. 522-1 et s. C. com.

<sup>31</sup> Loi 12 septembre 1940

<sup>32</sup> Art. L. 531-1 et s. C. com.

<sup>33</sup> Art. L. 342-1 et s. C. rural.

<sup>34</sup> Art. L. 521-1 et s. C. com.

<sup>35</sup> Créé par la loi du 17 mars 1909 ; art. L. 142-1 et s. C. com.

<sup>36</sup> Art. 22, loi n° 96-603 du 5 juil. 1996.

de films cinématographiques<sup>38</sup> ou encore de comptes-titres<sup>39</sup>, et ce sans même évoquer les sûretés spécifiques aux aéronefs, navires et péniches !

Et des *dispositions* spéciales, parcellaires cette fois, subsistent relativement à la constitution ou l'inscription des sûretés relatives aux : véhicules terrestres à moteur<sup>40</sup> ; parts de sociétés civiles<sup>41</sup> ; droits d'exploitation des logiciels<sup>42</sup> ; dessins et modèles<sup>43</sup> ; brevets d'invention<sup>44</sup> ; marques<sup>45</sup> ; effets de commerce<sup>46</sup>, etc.

Pire, le législateur s'est cru tenu par la loi d'habilitation du 26 juillet 2005 d'aggraver ce morcellement en consacrant des dispositions spécifiques au gage des stocks dans le Code de commerce<sup>47</sup>, cependant que le gage de droit commun sans dépossession de choses fongibles<sup>48</sup> suffisait amplement à répondre aux besoins de la pratique : or, quoique spécifiques aux rapports entre banquiers et constituants

---

<sup>37</sup> Art. L. 311-3 C. rural, modifié par la loi n° 2006-11 d'orientation agricole du 5 janv. 2006.

<sup>38</sup> Créé par la loi du 22 février 1944 et doté d'un régime très efficace (art. 31 et s. du Code de l'industrie cinématographique).

<sup>39</sup> Créé par la loi du 2 juillet 1996 plusieurs fois modifiée et aujourd'hui codifié aux articles L. 211-20 et s. du Code monétaire et financier (ord. n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers). L'Avant-projet avait vainement suggéré le rapatriement de cette sûreté très usitée dans le Code civil.

<sup>40</sup> Créé par D. n° 53-968, 30 sept. 1953, JO 1<sup>er</sup> oct. mais recodifié en tant que sûreté conventionnelle aux articles 2351 et suivants du Code civil.

<sup>41</sup> Art. 1866 à 1868 C. civ.

<sup>42</sup> Créé par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 : art. L. 132-34 et R. 132-8 et s. du Code la propriété intellectuelle (CPI).

<sup>43</sup> Art. R. 512-13 C.P.I

<sup>44</sup> Art. L. 613-8 alinéa 5 et L. 613-9 al. 1 CPI.

<sup>45</sup> Art. L. 714-1 al. 4 et L. 714-7 C.P.I.

<sup>46</sup> Art. L. 511-13 C. com. : endossement pignoratif.

<sup>47</sup> L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, JO 26 juill., art. 24, 1°.

<sup>48</sup> Art. 2342 C ; civ. : « *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* ».

professionnels<sup>49</sup>, ces dispositions sont plus rigoureuses que celles du Code civil<sup>50</sup>...  
On est loin de la liberté et de la simplicité que commande l'efficacité !

La réforme a pu être qualifiée pour cette raison de « symphonie inachevée »<sup>51</sup> ou « d'occasion manquée »<sup>52</sup>...

**12. Large application du droit commun du gage, directement ou par renvoi, en totalité ou en complément** - Le diagnostic est fondé. Mais d'une sévérité sans doute excessive, et ce pour plusieurs raisons :

- d'abord parce que le législateur a craint d'attenter à la sécurité juridique du crédit en supprimant subitement - et par une loi nouvelle d'application immédiate<sup>53</sup> ! - des sûretés spéciales, dont beaucoup donnent satisfaction à leurs utilisateurs, pour y substituer une sûreté unique sans dépossession devant encore faire ses preuves : sans doute une harmonisation sera-t-elle effectuée dans un second temps mais sans précipitation ;
- ensuite et surtout parce que le nouveau gage de droit commun trouve encore largement à s'appliquer directement ou par renvoi :
  - o à l'évidence, toutes les fois que les parties ne se trouvent pas précisément dans le domaine d'application *rationae personae* et *rationae materiae* de ces sûretés spéciales ; de cette hypothèse, on rapprochera celle des nantissements de parts de nombreuses sociétés (SNC, SARL, SCS), de fonds libéral ou encore de monnaie scripturale

---

<sup>49</sup> C. com., art. L. 527-1 et s. ; D. n° 1803-2006 du 23 déc. 2006.

<sup>50</sup> Pacte comissoire réputé non écrit notamment à l'article L. 527-2 C. com.

<sup>51</sup> D. Legeais, « Une symphonie inachevée », RD bancaire, mai-juin 2006, p 67 ; *adde*, D. Legeais, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », Mélanges Ph. Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 367.

<sup>52</sup> R. Damman, « La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée », précité.

<sup>53</sup> Entrée en vigueur le 25 mars 2006.

qui relèvent du droit commun du gage par renvoi<sup>54</sup>, faute de textes spéciaux à ces meubles incorporels particuliers ;

- ensuite, même si les parties se trouvent dans le domaine d'une sûreté spéciale, la liberté des parties de choix de la sûreté la plus efficiente doit recevoir effet<sup>55</sup> : ainsi par exemple de la possible constitution d'un gage sans dépossession de droit commun sur du matériel et de l'outillage d'équipement<sup>56</sup> ou, plus discutée, de celle d'un tel gage sur des stocks<sup>57</sup> ;
- enfin, en présence de dispositions spéciales voire de régimes spéciaux à certains meubles incorporels, le droit commun du gage conserve une vocation importante à compléter des sûretés spéciales aux régimes souvent elliptiques, et ce sous la seule réserve de respecter les dispositions spéciales incompatibles<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Art 2355 al. 5 C. civ. : le nantissement « *qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels* » ; V. sur la portée de ce renvoi, Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », précité, n° 28 et s.

<sup>55</sup> Il était ainsi parfaitement admis avant la réforme que les volontés individuelles se détournent de sûretés « monovalentes », spéciales à un type d'actif donné, au profit de sûretés « polyvalentes » : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préc., n° 622.

<sup>56</sup> Expressément visé dans la nomenclature des catégories d'actifs gagés : Arrêté du 1er févr. 2007, catégorie 4 (matériel, mobiliers et produits à usage professionnel).

<sup>57</sup> En faveur d'une telle liberté, D. Legeais, « Le gage de meubles corporels », précité, n° 39 et 54 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, éd. Defrénois, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 503 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., 2007, n° 751.

La question est toutefois controversée : une réponse ministérielle du garde des Sceaux du 9 octobre 2007 (Rép. min. à QE n° 1055, JOAN Q. 9 oct. 2007, p. 6172) traitant de la question voisine de l'articulation du gage automobile (art. 2351 et suivants du Code civil) avec le nouveau gage sans dépossession suggère qu'il ne serait pas possible de constituer un gage sans dépossession de droit commun dès lors que les conditions du gage automobile seront réunies. Une telle application de la règle « *specialia generalibus derogant* » méconnaîtrait curieusement une liberté que les parties possédaient autrefois et que la réforme a pourtant entendu accroître...

<sup>58</sup> Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », précité, n° 38.

Quoique réel, le morcellement des sûretés mobilières ne saurait donc être exagéré ni masquer les formidables progrès de l'efficacité économique du nouveau droit commun du gage.

## 2°) Sûretés immobilières

**13. Progrès de l'efficacité** - En matière immobilière également, l'efficacité économique progresse mais de façon moins linéaire. Cette progression résulte de l'introduction d'une concurrence nouvelle au sein des sûretés immobilières conventionnelles (a), d'une faculté nouvelle de recharge des hypothèques (b) et surtout d'une volonté de diminuer les coûts de publicité foncière (c).

**14. a) Concurrence nouvelle entre sûretés immobilières sans dépossession matérielle** – Sûreté immobilière sans dépossession type, l'hypothèque a assez peu évolué et la réforme de 2006 a surtout consisté à en consolider et moderniser le régime, sans véritable révolution<sup>59</sup> : la vieille reine des sûretés en est ressortie rajeunie mais paradoxalement affaiblie.

En effet, toute hypothèque conventionnelle<sup>60</sup> doit désormais être consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme plafonnée à peine de nullité dans l'acte constitutif<sup>61</sup> ; et lorsqu'elle garantit de dettes futures à durée indéterminée, elle est résiliable à tout moment par le constituant moyennant un préavis de trois mois : une fois résiliée, elle ne couvrira que les créances nées antérieurement<sup>62</sup>. Ces innovations prévues à l'article 2423 du Code civil rapprochent malencontreusement l'hypothèque conventionnelle du cautionnement : la première se voit dotée à l'instar de la seconde d'une étendue en montant et en durée de nature à diminuer la protection offerte au créancier hypothécaire.

---

<sup>59</sup> Ph. Dupichot, « La réforme du régime hypothécaire », D. 2006, p. 1291 et s.

<sup>60</sup> Rechargeable ou non, consentie en garantie de créances futures ou même présentes.

<sup>61</sup> Art. 2423, al. 1er C. civ.

<sup>62</sup> Art. 2423, al. 3 C. civ.

Sûreté immobilière avec dépossession que l'on croyait tombée en désuétude, l'antichrèse – rebaptisée « gage immobilier » par l'article 10 de la loi 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit - pourrait profiter de ce léger affaiblissement de l'hypothèque conventionnelle : car elle voit son régime rendu plus sûr par neuf renvois au droit de l'hypothèque<sup>63</sup> tout en échappant à l'application de cet article 2423. Surtout, la « belle endormie » risque de se réveiller car elle n'est plus condamnée par l'exigence antiéconomique d'une dépossession matérielle du constituant : en effet, l'antichrésiste « *peut sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même* » est-il précisé à l'article 2390 du Code civil... Or, cet alliage précieux d'une antichrèse et d'un bail<sup>64</sup>, transforme profondément la physionomie en une sûreté *sans* dépossession, apte par conséquent à concurrencer l'hypothèque conventionnelle : en effet, d'une grande efficacité économique, l'antichrèse-bail conserve au constituant la détention de sa chose et présente pour le créancier en possession de l'immeuble le double avantage d'une appréhension continue des fruits de l'immeuble, tels ses flux de loyers et d'un droit de rétention enviable, le cas échéant exercé *corpore alieno*.

Le paysage des sûretés immobilières traditionnelles s'enrichit donc lui-même, augmentant la liberté de choix des acteurs dorénavant habilités à mettre les sûretés en concurrence : ils peuvent arbitrer entre l'hypothèque conventionnelle et l'antichrèse au gré de leur compétitivités respectives afin de garantir librement une ou plusieurs créances<sup>65</sup>, de droit français ou étranger<sup>66</sup>, présentes ou même futures pourvu seulement qu'elles soient déterminables...

---

<sup>63</sup> G. Piette, « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D. 2006, p 1688 et s. ; Ph. Dupichot, « L'antichrèse », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 26 et s.

<sup>64</sup> Déjà reçu en jurisprudence auparavant : Cass. 3e civ., 18 déc. 2002, n° 01-12.143, Bull. civ. III, n° 261.

<sup>65</sup> Art. 2421 C. civ. Il n'y a pas de principe d'unicité de la créance garantie : hypothèque ou antichrèse peuvent garantir plusieurs créances spécialement identifiées.

<sup>66</sup> En ce cas, il n'est en effet généralement pas possible de recourir à un privilège de prêteur de deniers.

**15. b) Recharge des hypothèques avec de nouvelles créances** - Dans la compétition qui s'est ouverte, l'hypothèque conventionnelle bénéficie d'un atout de taille : elle peut désormais être stipulée rechargeable<sup>67</sup>. Nouvelle espèce d'hypothèque conventionnelle faisant l'objet d'une clause expresse de recharge, l'hypothèque rechargeable a pour particularité aux termes de l'article 2422 du Code civil de pouvoir « être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément »<sup>68</sup>.

Elle offre un contraste saisissant avec l'hypothèque conventionnelle de droit commun ou avec le privilège de prêteur de deniers, tous deux non rechargeables : ceux-ci s'éteignent par accessoire et ne peuvent être reportés d'une créance sur une autre ; celle-là au contraire est rechargeable à loisir dans l'intérêt du constituant, au profit du prêteur originaire ou d'un nouveau prêteur, avec des créances diverses : elle survit tant à l'extinction de la créance originaire<sup>69</sup> qu'à la renonciation du créancier à son hypothèque<sup>70</sup>.

Seule limite : la « rechargeabilité » concerne les seules créances et jamais les immeubles ; ceux-ci devront toujours être individuellement spécifiés dans l'assiette

---

<sup>67</sup> M. Grimaldi, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », D. 2006, p. 1294 et s. ; A. Gourio, « L'hypothèque rechargeable », RD bancaire et financier sept.-oct. 2006, p. 39 et s. ; E. Frémeaux, « L'hypothèque rechargeable », Formules, JCP N 2006, 1196 ; Ph. Théry, « L'hypothèque rechargeable », Dr. & patr. 2007, n° 159, p. 42 et s.

Le mécanisme masque à peine la constitution concomitante d'une « hypothèque primaire » sur l'immeuble (apparente, non accessoire, générale et aux mains du seul constituant) et d'une "hypothèque dérivée" (sous-jacente, accessoire, spéciale et au pouvoir du créancier) : la conclusion ultérieure d'une recharge avec chaque créancier hypothécaire (initial ou bénéficiaire d'une convention notariée et publiée de rechargement) traduira simplement la constitution d'hypothèques dérivées, et bénéficiant *lege* du rang de l'hypothèque primaire... Sur cette analyse, Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP éd. G 2009, I, 132.

<sup>68</sup> Art. 2422 C. civ. ; *adde*, art. L. 313-14 et s. C. consom.

<sup>69</sup> Art. 2488, 1° in fine C. civ.

<sup>70</sup> Art. 2488, 2° in fine C. civ.

de la sûreté sans possibilité ici d'affectation simplifiée d'un « ensemble d'immeubles »<sup>71</sup> ce qui continue de bannir toute hypothèque flottante<sup>72</sup>...

**16. c) Chasse à la taxe de publicité foncière (TPF) ; formalisme notarié efficient** - Cette « rechargeabilité » nouvelle quant aux créances est un facteur de souplesse et de mobilisation du crédit hypothécaire du constituant : surtout, elle participe d'une volonté plus large du gouvernement de réduire le coût de la garantie hypothécaire conventionnelle pour la rendre plus attractive.

Le gage immobilier constituée en garantie d'un prêt échappe déjà totalement à la taxe de publicité foncière (TPF) de 0,715 %, ce qui la rend fiscalement très attractive<sup>73</sup>.

En matière d'hypothèque rechargeable, la TPF est certes payable sur le montant rechargeable<sup>74</sup> au jour de la constitution initiale mais une fois pour toutes : ultérieurement, les conventions de recharges subséquentes en sont dispensées ce qui confirme leur supériorité sur les hypothèques conventionnelles de 2<sup>ème</sup> rang ou de 3<sup>ème</sup> rang, justiciables d'une telle taxe<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> La notion « d'ensemble » n'est en effet pas reçue en matière de sûretés réelles immobilières : dernier avatar de la maxime *res mobilis, res vilis* ? V. toutefois, le cas de la fiducie, *infra* § 19. Mais il reste naturellement possible d'affecter plusieurs immeubles individuellement.

<sup>72</sup> Arg. art. 2419 C. civ.

<sup>73</sup> TGI Paris, 29 juin 1989, Indicateur de l'enregistrement, oct. 1989, n° 15.152 ; Instruction fiscale, 21 janv. 1998, BOI, 10 K 1 98. Au contraire, une TPF de 0,60 % de la valeur estimative doit être acquittée dans les cas où l'antichrèse n'est pas dépendante d'un prêt dont elle garantit le remboursement.

<sup>74</sup> Et non sur le montant de la créance initialement garantie. V. Rép. min. à QE n° 18602, JOAN, 14 oct. 2008, p 8828 : la TPF est perçue sur la somme rechargeable exprimée dans le bordereau, quel que soit le montant (possiblement inférieur) de la créance garantie.

<sup>75</sup> Un important volet de droit transitoire a encouragé la transformation de précédentes inscriptions en hypothèque rechargeable, presque sans bourse délier :

- la transformation en hypothèque rechargeable de la dernière hypothèque conventionnelle inscrite, et ce par voie d'avenant a été facilitée (Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, préc., art. 59 ; exonération de TPF si et seulement si le débiteur/constituant est une personne physique et si l'avenant est inscrit avant le d'autre part, à été prévue 1er janvier 2009)

- la renonciation à un privilège de prêteur de deniers au profit de la constitution d'une hypothèque conventionnelle rechargeable a également été prévue (L. n° 2007-212, 20 févr. 2007, art.

Et de façon générale, les frais de notaire ont été considérablement réduits pour toute constitution d'hypothèque ou d'antichrèse : d'un pourcentage de 0,55 % par le passé, ils ne sont plus que de 0,23 % de celui-ci aujourd'hui<sup>76</sup>... Ces sûretés immobilières impliquent toutes, privilège légal de prêteur de deniers y compris<sup>77</sup>, un formalisme notarié à peine de validité.

Mais il n'en résulte aucune atteinte à l'efficacité de leur constitution : le coût de l'intervention du notaire est le prix de la sécurité car celui-ci est garant de la validité et de l'efficacité des actes de sûretés qu'il instrumente<sup>78</sup>. Qui prétendra qu'une telle sécurité ne saurait avoir de coût ?

## B - La constitution des sûretés propriétés

**17. Efficience économique & régression technique** - Il importe à présent d'envisager les sûretés propriétés<sup>79</sup>, sûretés exclusives plutôt que préférentielles et qui ont fait une entrée remarquée dans le Code civil français.

---

10, III ; possibilité devant être exercée avant le 20 février 2009 ; exonération de TPF si le privilège a été inscrit avant le 25 mars 2006 et la renonciation-constitution inscrite avant le 1er janvier 2009).

<sup>76</sup> 0,23 % HT si l'acte contient la sûreté seule ; 0,45 % HT s'il s'agit d'un acte de prêt contenant la sûreté immobilière. L'assiette de calcul en matière d'hypothèque est la valeur du crédit garanti et en matière d'antichrèse la valeur estimative de l'immeuble. Le salaire du conservateur au taux de 0,05 % (hypothèque) ou 0,10 % (antichrèse) doit être ajouté aux frais de notaire et, le cas échéant à la TPF.

<sup>77</sup> De source légale et attachée à la qualité de la créance de celui qui a permis financer l'acquisition d'un immeuble, le privilège de prêteur de deniers, prévu par l'article 2374 2° C. civ., reste la sûreté immobilière la plus usitée ; il est exonéré de taxe de publicité foncière ce qui rend son coût intéressant.

<sup>78</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16 oct. 2008, pourvois n° 07-14.695 et 07-16.270.

<sup>79</sup> Sur l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie, V. not., parmi une bibliographie particulièrement abondante : Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, préface D. Schmidt, Economica, 1981 ; Ch. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Études R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529 et s. ; J. Stoufflet, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », p. 319 et s. *in Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 oct. 1983, FEDUCI, 1984 ; A. Kormann, « Propriété et procédures collectives ; vers un succédané des sûretés », *RJ com.* 1991, p. 64 et s. ; Ph. Delebecque, « La propriété en tant que sûreté dans les procédures collectives », *RJ com.* 1994, p. 385 et s. ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, *Bibl. dr. priv.*, t. 248, 1995 ; P. Crocq, *Lamy Droit des sûretés*, V° « Propriétés-sûretés », n° 293-1 et s. ; G. Blanluet, *Essai sur la*

Deux remarques préliminaires s'imposent à cet égard.

L'essor contemporain de la propriété-sûreté procède d'une compétition accrue entre les systèmes juridiques : elle apparaît comme un atout pour l'attractivité économique des systèmes qui la reconnaissent et l'apprivoisent.

Et c'est un des paradoxes bien connus de la propriété-sûreté que d'être tout à la fois antique et moderne, techniquement frustré mais d'une grande actualité : l'exclusivisme rassure le créancier en le mettant à l'abri du concours et peu lui importe qu'il s'agisse là d'une tendance indéniablement régressive du droit contemporain<sup>80</sup>... Car cette régression de la technique permet précisément la constitution de sûretés exclusives d'une grande polyvalence que ce soit sous la forme d'une propriété retenue (1) ou d'une propriété transférée à titre de garantie (2).

## 1°) Propriété retenue

**18. Réserve de propriété mobilière ou immobilière** - La propriété retenue à titre de garantie est qualifiée dorénavant sans détour de véritable sûreté réelle<sup>81</sup>.

Codifiée aux articles 2367 et suivants du Code civil depuis la réforme du 23 mars 2006<sup>82</sup>, la clause de réserve de propriété fait l'objet d'une théorie générale qui lui

---

*notion de propriété économique en droit privé français, Recherches aux confluent du droit fiscal et du droit civil*, préface P. Catala et M. Cozian, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 313, 1999 ; G. Blanluet, « Brèves réflexions sur la propriété économique », *Dr. et patrimoine*, n° 113, mars 2003, p. 80 et s. ; P. Crocq, « Dix ans après : l'évolution des propriétés-garanties », Mélanges M. Gobert, *Economica*, 2004 ; M. Grimaldi, « Réflexions sur les sûretés propriétés (A propos de la réserve de propriété) », Études J. Dupichot, Bruylant, 2004, p. 169 et s. ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préface M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 918 et s. ; D. Legeais, « Les nouvelles fonctions de la propriété », Travaux de l'Association Henri Capitant, *La propriété*, t. LIII, éd. SLC, 2006.

<sup>80</sup> B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », Mélanges D. Holleaux, Litec, 1990, p. 323 et s.

<sup>81</sup> Art. 2329 4° C. civ., à propos de la classification des sûretés sur les meubles.

<sup>82</sup> P. Crocq, « La réserve de propriété », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 23 et s. ; Ph. Dupichot, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », RLDC juill.-août 2006, p. 17 et s.

confère une plus grande sécurité juridique : elle est définie comme la « *convention par laquelle les parties suspendent l'effet translatif d'un contrat au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* » ; et elle constitue un accessoire de la créance<sup>83</sup> qui bénéficiera, sauf convention contraire, à tout cessionnaire ultérieur de la créance garantie.

Liberté, simplicité et faible coût de constitution permettent de se convaincre de l'effcience de la propriété réservée :

- l'exigence d'un écrit<sup>84</sup> est une simple condition d'opposabilité à la procédure collective tandis que la publicité de la clause, certes utile, est seulement facultative<sup>85</sup> ; partant, la réserve de propriété est tout à la fois consensuelle et gratuite<sup>86</sup> ;
- la réserve de propriété peut être stipulée à l'occasion de tout contrat translatif de propriété et pas seulement d'une vente<sup>87</sup> ;
- enfin et surtout, tout « *bien* » mobilier, corporel ou incorporel, peut faire l'objet d'une clause suspendant le transfert de propriété : déjà, à la veille de la réforme, avaient été admises par exemple des réserves stipulées sur du matériel d'équipement<sup>88</sup>, sur des véhicules automobiles<sup>89</sup> mais aussi sur des

---

<sup>83</sup> Art. 2367 al. 2 C. civ.

<sup>84</sup> Art. 2368 C. civ. Écrit établi au plus tard au jour de la livraison et pouvant régir un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties.

<sup>85</sup> Art. R. 624-15 C. com. ; cette publicité facultative présentera donc toujours le double intérêt de dispenser le créancier de l'obligation de revendiquer dans les 3 mois (en lui permettant de demander une restitution de son bien affranchie de ce bref délai, art. L. 624-10 C. com.) et de lui garantir un avertissement à personne d'avoir à déclarer sa créance (art. L. 622-24 al. 1 C. com.).

<sup>86</sup> Au moins en matière mobilière.

<sup>87</sup> Il en ira au premier chef d'un contrat d'entreprise dont il a été démontré qu'il pouvait avoir un caractère translatif : P. Puig, *La qualification du contrat d'entreprise*, préface B. Teyssié, éd. Panthéon-Assas, coll. Dr. priv., 2002 ; P. Puig, « Contrat d'entreprise et transfert de propriété », *Études J. Dupichot, Bruylant*, 2004, p. 393 et s.

<sup>88</sup> Cass. com., 13 mars 1985, pourvoi n° 83-17.112, *Bull. civ.* IV, n° 99.

biens incorporels tels que fonds de commerce<sup>90</sup>, brevet d'invention<sup>91</sup>, support matériel d'un logiciel<sup>92</sup> ou encore actions<sup>93</sup>, bref sur tous biens qui faisant déjà l'objet d'un gage ou d'un nantissement spécial ; il devrait en aller ainsi *a fortiori* désormais. Surtout, l'article 2373, al. 2 du Code civil précise que « *la propriété de l'immeuble peut également être retenue en garantie*<sup>94</sup> » : pratiquement, l'utilisation de la clause de réserve de propriété immobilière en garantie d'un financement immobilier implique la mobilisation par le vendeur auprès du prêteur de sa créance de prix de vente et de la propriété-sûreté qui en est l'accessoire ; à cette condition, la propriété réservée pourrait, à l'instar de l'antichrèse, jouer le rôle d'un *outsider* du droit des sûretés immobilières<sup>95</sup>.

---

<sup>89</sup> Cass. com., 5 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 314 ; *JCP* 1994, I, 3765, n° 19, autorisant le « cumul » idéal et non réel par le vendeur de la clause de réserve de propriété et du gage automobile ; pour une confirmation implicite, V. Cass. com., 23 janvier 2001, pourvoi n° 97-21.660, *Bull. civ.* IV, n° 23 ; *D.* 2001, AJ, p. 702, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2001, p. 398, obs. P. Crocq.

<sup>90</sup> Cass. com., 21 nov. 1995, pourvoi n° 93-20.531, *Bull. civ.* IV, n° 266 ; *JCP éd. E* 1996 I, 554, obs. M. Cabrillac ; *D.* 1996, p. 211, note C. Regnaut-Moutier : « *l'obligation de revendiquer dans le délai de 3 mois, imposée par l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 à celui qui doit faire reconnaître son droit de propriété contre une personne soumise à une procédure de redressement judiciaire, n'est pas limitée aux meubles corporels* » - Cass. com., 29 fév. 2000, pourvoi n° 97-14.575, *RJDA* 5/2000, n° 572. *Adde*, sur la licéité d'une clause de réserve de propriété sur fonds de commerce : B. Vérignon, « Une conséquence inattendue de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : la réserve de propriété est-elle devenue une sûreté applicable aux ventes de fonds de commerce ? », *JCP éd. N* 1995, I, p. 1037 et s. ; D. Pardoel, *Lamy Droit des sûretés*, V° « Fonds de commerce et fonds artisanal », n° 248-7.

<sup>91</sup> Cass. com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-17.768.

<sup>92</sup> Versailles, 30 juin 1994, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 191, obs. B. Soinne.

<sup>93</sup> V. Th. Jacomet et F. Farmine, « La vente d'actions avec réserve de propriété », *Bull. Joly* 1996, § 347, p. 977 et s.

<sup>94</sup> C. Saint-Alary Houin, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *Mélanges P. Raynaud, Dalloz/Sirey*, 1985, p. 733 et s. ; F. Derrida, « A propos de la clause de réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit », *Deffrénois* 1989, art. 34590, p. 1089 et s. ; P. Crocq, « La clause de réserve de propriété en matière immobilière », *Bulletin du CRIDON*, n° spécial, 1992 ; Ph. Delebecque, « La propriété en tant que sûreté dans les procédures collectives », *RJ com.* 1994, p. 385 et s., spéc. n° 20 et s.

<sup>95</sup> V. toutefois la réserve du notariat sur la clause de réserve de propriété immobilière : note de l'Institut juridique du CSN, « Les dangers de la clause de réserve de propriété en matière immobilière », *JCP N* 1986, I, 9976 ; G. Daublou, « Les prêts à l'acquisition immobilière, remarques sur les hypothèques, les privilèges et quelques autres sûretés », *Deffrénois* 1994, art. 35887, p. 1057 et s. ; E. Frémeaux, « Les modes actuels d'affectation d'un immeuble en garantie », *Dr. et patrimoine*, n° 113, mars 2003, p. 76 et s.

## 2°) Propriété transférée

**19. Fides pour la fiducie-sûreté !** - L'efficacité qui caractérise la clause de réserve de propriété se retrouve avec plus de force encore dans la propriété transférée à fins de sûreté ou fiducie-sûreté.

Instituée par une loi du 19 février 2007, l'opération de fiducie<sup>96</sup> a été codifiée aux articles 2011 et suivants du Code civil : attendue de longue date, la fiducie occupe l'espace libéré quelques mois auparavant par le déplacement du cautionnement, comme si le Code civil avait horreur du vide... Le contrat de fiducie y est défini comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

Il n'a jamais été discuté que ce « but déterminé » puisse être de sûreté<sup>97</sup> ; après avoir considérablement élargi le domaine de la fiducie par la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>98</sup>, le législateur français a toutefois consacré des dispositions spécifiques aux fiducies-sûretés mobilières et immobilières

---

<sup>96</sup> F. Barrière, « La fiducie », Bull. Joly sociétés 2007, chron., § 119 et 144 ; Ph. Dupichot, « Opération fiducie sur le sol français », JCP G, I, 121 ; C. Kuhn, « Une fiducie française », Dr. & patr. 2007, n° 158, p. 32 et s. ; P. Crocq, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », D. 2007, p. 1354 et s. ; R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », Defrénois 2007, art. 38631 et 38639, p. 1094 et s. et 1194 et s. ; *adde*, du même auteur, avant la réforme, « Une fiducie française, inutile et incertaine.... », Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 303 et s.

<sup>97</sup> Ou encore de gestion, etc. ; seules les fiducies procédant d'une intention libérale au profit du bénéficiaire sont nulles d'ordre public : art. 2013 C. civ.

<sup>98</sup> La volonté d'étendre le nouveau dispositif avait été clairement affirmée dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 19 février 2007 : V. le rapport de M. Xavier de Roux pour l'Assemblée Nationale (n° 3655), selon qui « *le Parlement est amené à se ranger à la restriction du dispositif aux seules personnes morales. Il y a fort à parier, néanmoins, que l'avenir démontre la nécessité d'un élargissement* » ; le Parlement entendait ainsi préparer les esprits en démythifiant la fiducie avant d'en étendre rapidement le domaine d'application ce qui est chose faite. Sur l'élargissement du périmètre de la fiducie par la loi du 4 août 2008, V. notamment, F. Barrière, « la fiducie : brèves observations sur sa retouche et sa refonte par la loi de modernisation de l'économie », JCP éd. E 2008, I, 385 ; L. Aynès et Ph. Dupichot, Dr. et patrimoine, oct. 2008, p. 99.

dans l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie<sup>99</sup>.

La propriété cédée à titre de garantie y fait son entrée en force dans deux nouvelles divisions intitulées « *De la propriété cédée à titre de garantie* » ; ces dernières ont en commun d'être insérées à la fin des deux derniers sous-titres du titre II du Livre IV du Code civil : une section 2, composée des articles 2372-1 à 2372-6 (fiducie-sûreté mobilière), clôt ainsi celui consacré aux sûretés sur les meubles tandis qu'un chapitre VIII, fort des articles 2488-1 à 2488-6 (fiducie-sûreté immobilière), referme celui consacré aux sûretés sur les immeubles.

Désormais, la propriété d'un bien mobilier, d'un droit (art. 2372-1) ou celle d'un bien immobilier (art. 2488-1), « *peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du code civil* ». Les règles de constitution de cette fiducie-sûreté nommée et avec patrimoine d'affectation se superposent à celles du droit commun à la manière de dispositions gigognes ; tenu de faire allégeance au droit spécial autant qu'au droit commun (art. 2011 et s.), le contrat de fiducie-sûreté apparaît comme une nouvelle espèce de contrat spécial de fiducie.

Après avoir été initialement réservé à quelques constituants privilégiés<sup>100</sup>, le contrat de fiducie peut être contracté par toute personne, même physique (à condition qu'elle ne soit ni mineure ni sous tutelle<sup>101</sup>) et bénéficiaire à tout individu ; seule la qualité de fiduciaire, titulaire du patrimoine d'affectation fiduciaire, est restreinte à des personnes répondant à de solides exigences prudentielles ou à des

---

<sup>99</sup> M. Grimaldi et R. Damman, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p 670 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », Dr. et patrimoine, avril 2009, p 129 et s. ; Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP éd. G 2009, I, 132 ; B. Mallet-Bricout, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté » ?, Dr. et patrimoine, oct. 2009, p 79 et s. L'ordonnance du 30 janvier 2009 a elle-même été légèrement amendée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 774 et s.

<sup>100</sup> Personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés.

<sup>101</sup> Ni les biens d'un mineur (Art. 408-1 C. civ.), ni ceux d'un majeur protégé sous tutelle ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire (art. 509 5° C. civ.) ; il s'agit là de nouvelles incapacités spéciales de jouissance.

compétences techniques ou juridiques particulières : établissements de crédit, entreprises d'investissement, compagnies d'assurance, Trésor public, Caisse des dépôts et, depuis peu, avocats<sup>102</sup>.

Et si le formalisme tatillon requis pour la validité du contrat<sup>103</sup> porte la trace d'une antique défiance envers l'institution fiduciaire, ses contours sont d'une formidable plasticité, étant précisé par ailleurs que le législateur a entendu en garantir la neutralité et la transparence fiscales.

Il appartient ainsi aux parties de convenir en toute liberté dans l'acte de fiducie :

- de l'étendue et de la composition de l'assiette de la sûreté par la détermination des éléments transférés : meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, envisagés *ut singuli* ou *ut universi*, etc. ;
- d'une convention conservant l'usage ou la jouissance des biens transférés au constituant<sup>104</sup> et qui permet d'utiles fiducies-sûreté sans dépossession ;

---

<sup>102</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> février 2009 : art. 2015 al. 2 nouveau : « *Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire* ») : un tout nouveau métier s'ouvre à eux que le notariat a préféré ne pas embrasser.

<sup>103</sup> Le contrat de fiducie-sûreté est toujours solennel, comportant certaines mentions à peine de nullité : désignation des biens transférés (ou déterminabilité des biens futurs) ; une mention classique de « *la dette garantie* » qui révèle un principe de spécialité quant à la créance garantie ainsi qu'une estimation plus inhabituelle de « *la valeur* » du meuble ou de l'immeuble transférés dans le patrimoine fiduciaire (art. 2372-2 et 2488-2) ; durée du transfert ; identité des parties ainsi que du bénéficiaire ou, à défaut, règles de désignation de celui-ci ; missions, pouvoirs et obligations de reddition de comptes du fiduciaire (art. 2018 et 2022) ; Et les solennités ne s'arrêtent pas là (art. 2019) : le contrat doit être enregistré à peine de nullité dans le délai d'un mois ainsi tous ses avenants ultérieurs ; la transmission des droits résultant du contrat de fiducie de même que la désignation ultérieure du bénéficiaire sont pareillement justiciables d'un écrit enregistré *ad validitatem* ; enfin, si le contrat de fiducie et ses avenants portent transfert de droits réels immobiliers, ils donnent lieu dans les deux mois à la formalité fusionnée d'enregistrement et de publicité foncière, et ce toujours à peine de nullité.

Quant à l'opposabilité du transfert des actifs, elle exige le respect des règles de publicité applicables isolément aux biens, droits ou sûretés transférés, réserve faite du cas des créances transférées dans le cadre d'une fiducie qui bénéficient d'une opposabilité calquée sur la cession Dailly et le nouveau nantissement des créances (art. 2018-2, loi du 4 août 2008).

<sup>104</sup> Convention incidemment validée par l'art. 2018-1 C. civ., loi du 4 août 2008.

- des missions et pouvoirs du fiduciaire sur les actifs transférés, qu'il soit lui-même le créancier bénéficiaire ou qu'il gère dans l'intérêt d'un ou de plusieurs créanciers bénéficiaires.

Plus, les parties sont libres de stipuler une fiducie rechargeable, permettant l'affectation du patrimoine fiduciaire à d'autres créances que celles initialement garanties, sur le modèle de l'hypothèque du même nom ; « *La propriété cédée (...) peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif* », est-il ainsi affirmé aux articles 2372-5 et 2488-5 nouveaux<sup>105</sup>. Cette possibilité de recharge concourt à faire de la fiducie-sûreté l'une des sûretés les plus efficaces économiquement du droit français.

Il en résulte la consécration d'une technique de sûreté réelle, d'une polyvalence inégalable, et dans laquelle les principes de spécialité et d'accessorité sont tempérés. Offerte à tous, le cas échéant conclue sans dépossession et stipulée rechargeable, elle seule permet de grever indifféremment tout bien mobilier ou immobilier, corporel ou non, présent ou futur voire tout ensemble de biens : sans doute est-ce là la nouvelle reine des sûretés françaises<sup>106</sup>?

**20. Security trustee à la française** - On signalera pour clore ce volet relatif à la constitution des sûretés réelles une disposition confortant utilement la pratique de l'agent des sûretés, indissociable des financements syndiqués dans lesquels ledit agent prend, gère voire réalise les sûretés au profit de l'ensemble des créanciers d'un *pool*<sup>107</sup>. Un nouvel article 2328-1 du Code civil<sup>108</sup> permet dorénavant que toute

---

<sup>105</sup> Toutefois, « *Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge* » (art. 2372-5 et 2488-5 al. 2 *in fine*).

<sup>106</sup> En ce sens, notre analyse Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », JCP éd. G 2009, I, 132.

<sup>107</sup> Simple *security trustee* dans les droits connaissant le *trust*, l'agent des sûretés a pu être qualifié de mandataire des prêteurs ; la pratique a également pu s'orienter vers la stipulation d'une solidarité active entre prêteurs ou, en désespoir de cause, d'une « dette miroir » au profit de l'agent (ou *parallel debt*), dûment soumise à un droit étranger.

<sup>108</sup> Art. 2328-1 C. civ. créé par la loi du 19 février 2007 : le terme « constitué » a été ajouté par loi du 4 août 2008 de façon à faire correspondre la lettre du texte et son esprit.

sûreté réelle soit constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers par une personne désignée dans l'acte constatant l'obligation garantie.

Parfaitement étrangère au formalisme du contrat de fiducie - puisqu'elle n'implique nullement la constitution d'un patrimoine fiduciaire non plus qu'un transfert préalable des sûretés constituées sur la tête de l'agent - , cette introduction d'un *security trustee* à la française est un puissant facteur de simplification de la gestion des sûretés réelles au sein de crédits syndiqués.

## II. RÉALISATION DES SÛRETÉS RÉELLES

**21. L'efficience à l'épreuve du feu...** - Après le temps de la constitution, il importe de confronter plus brièvement celui de la réalisation<sup>109</sup> à notre mesure de l'efficience économique ; ne s'agit-il pas toujours de l'épreuve de vérité pour le créancier titulaire de sûreté ?

Je traiterai de la réalisation en droit civil, d'une part, **(A)** puis de l'incidence d'une procédure collective sur cette réalisation des sûretés réelles, d'autre part **(B)**.

### A - La réalisation en droit civil

**22. Priorité aux réalisations équilibrées** - La réalisation des sûretés réelles a été considérablement améliorée en droit civil positif.

La simplification et l'unification des modes de réalisation ont d'autant plus constitué une priorité du législateur (1), qu'aucune spoliation du constituant ne saurait en résulter (2).

#### 1°) Simplification et unification des modes de réalisation

**23. Assouplissement synchrone des modes de réalisation du gage, de l'hypothèque et de la fiducie-sûreté** - Les modes de réalisation du gage et de l'hypothèque, et au-delà de l'antichrèse - dont le régime renvoie à celui de

---

<sup>109</sup> On se contentera de signaler que la réforme du 23 mars 2006 a permis de mieux préciser certains effets des sûretés réelles antérieurs à l'échéance de la créance garantie ou indépendants de la seule question de la réalisation. Citons pêle-mêle : l'obligation de conservation du gagiste qui incombe à celui qui a été mis ou est resté en possession (art. 2344 C. civ.) ; le sort des paiements faits par le débiteur de la créance nantie (art. 2364 al. 2 C. civ.) ; la simplification de la radiation des inscriptions hypothécaires devenue possible grâce à un simple certificat notarié attestant l'accord du créancier à la radiation (art. 2441, al. 3 C. civ.) ; la consécration de la pratique de la purge amiable des hypothèques (art. 2475 C. civ.) ou celle de modes de transmission à titre principal des hypothèques (art. 2424 C. civ.) etc. Ces précisions confortent la sécurité du crédit.

l'hypothèque<sup>110</sup> - ont connu une évolution synchrone qu'il s'agisse de la prohibition commune de la voie parée (a) ou de la libération de l'attribution judiciaire ou conventionnelle (b) ; cet assouplissement a préparé l'avènement d'une fiducie-sûreté de réalisation elle-même simplifiée (c). Partant, ces règles de réalisation en ressortent plus efficaces.

**24. a) Prohibition commune de la voie parée** - Certes, la clause dite de voie parée<sup>111</sup> reste prohibée en matière de gage comme d'hypothèque par les articles 2201 alinéa 2, 2346 et 2458 du Code civil : il s'agit de la clause qui prétendrait autoriser le créancier à vendre le bien à l'amiable, sans observer les formalités légales, et avec le risque que celui-ci se contente d'un prix juste suffisant pour le désintéresser, au mépris du constituant et de ses autres créanciers.

Partant, le créancier qui poursuit la réalisation du bien hypothéqué devra se conformer aux règles de la saisie immobilière, dûment rénovées par l'ordonnance n° 2006-241 du 21 avril 2006 et les décrets du 27 juillet 2006 et du 23 décembre 2006.

Or, la saisie immobilière n'est plus « l'épouvantail » qu'elle était pour les créanciers ; l'ordonnance du 21 avril 2006 a nettement contribué à la simplification et l'accélération de la saisie immobilière en même temps qu'au développement des solutions amiables de vente et de distribution du prix de vente entre les créanciers<sup>112</sup>. Les délais de réalisation par voie de saisie immobilière ont été raccourcis à moins d'un an en moyenne, au lieu de deux voire trois auparavant.

---

<sup>110</sup> Art. 2388, al. 2. C. civ.

<sup>111</sup> L'étymologie provient de « *parata* » qui donne l'image d'une voie préparée d'avance par le créancier pour la réalisation de son gage. Sur cette prohibition, E. Joppé, « Utilité du rétablissement de la clause de voie parée soit avec limitation de valeur soit sans limitation », *Journal des notaires et des avoués*, 1901, art 27404, p. 465 et s. et art. 27427, p. 529 et s.

<sup>112</sup> Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2006-936 réformant la saisie immobilière.

Quant à la possibilité ancienne<sup>113</sup> pour les volontés individuelles de stipuler une telle voie parée postérieurement à la conclusion de la sûreté réelle, elle semble intacte : il est en principe permis de renoncer à une protection d'ores et déjà acquise, d'autant que les articles 2346 et 2458 précités invitent nettement à une telle interprétation *a contrario*.

**25. b) Libération de l'attribution judiciaire ou conventionnelle, en matière mobilière et immobilière** - La faculté d'attribution judiciaire du bien grevé en paiement, classique en matière mobilière<sup>114</sup>, gagne une matière immobilière qui s'y était toujours refusée par le passé : dorénavant, tout créancier hypothécaire (ou antichrésiste) impayé peut demander en justice que la propriété de l'immeuble lui demeure en paiement, et ce que la source de sa sûreté soit conventionnelle ou non<sup>115</sup>.

Surtout, l'interdiction emblématique du pacte comissoire qui remonte à l'Empereur Constantin en 326<sup>116</sup> se trouve levée en matière de gage comme d'hypothèque conventionnelle<sup>117</sup>. Il peut donc être convenu, lors de la constitution du gage, de l'hypothèque ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien par un pacte comissoire, sans aucune intervention judiciaire ; et ledit pacte comissoire devra être publié<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> Cass. civ., 25 mars 1903, *DP* 1904, 1, p. 273, note E. Guinée.

<sup>114</sup> Le gagiste peut lui-même faire ordonner en justice que le bien lui demeure en paiement à la faveur d'une dation en paiement forcée semble-t-il (art. 2347).

<sup>115</sup> Étrangement limitées aux seules hypothèques conventionnelles dans un premier temps, ces nouveaux modes de réalisation ont été opportunément étendus à tous les hypothèques et privilèges immobiliers spéciaux à la faveur de la loi de ratification du 20 février 2007 (L. n° 2007-212, 20 févr. 2007, portant diverses dispositions intéressant la Banque de France, JO 21 févr. art. 10, II ; D. Lepeltier, *Le renouveau de l'hypothèque*, Dr. & patr. 2007, n° 159, p. 60 et s.).

<sup>116</sup> Après un retour de ce pacte après les invasions barbares, son interdiction redevint la règle suite à son interdiction par le pape Innocent III en 1198, interdiction passée dans l'Ancien droit dès le 16<sup>ème</sup> siècle et consacrée dans le Code civil : sur l'histoire du pacte comissoire, V. J.-Ph. LÉVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », Conférence prononcée à Lausanne en 1986, *Diachroniques*, éd. Lolsel, 1995, p. 169 et s.

<sup>117</sup> Art. 2348 et 2459 C. civ. ; art. L. 521-3 C. com.

<sup>118</sup> Art. 2, 3° décret n° 2006-1804 sur la publicité du gage sans dépossession ; Art. 1, décret n° 2008-466 du 19 mai 2008 modifiant le décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.

Rendue plus attractive, l'hypothèque se rapproche ainsi du gage quant à ses modes de réalisation, ce que justifie le souci d'efficacité de la sûreté. Et c'est l'illustration de ce que l'immeuble devient, à certains égards, un actif patrimonial comme les autres qui ne devrait plus être justiciable d'un traitement particulier<sup>119</sup>. On retrouve d'ailleurs l'idée émise plus tôt que la sûreté réelle n'est pas un acte grave : quelque expéditive qu'en soit la réalisation, celle-ci s'imputera sur la créance garantie, libérant le constituant à due concurrence du poids de son endettement.

Enfin, un mouvement similaire de simplification a traversé le nantissement de créance : le créancier nanti peut se faire payer directement par le débiteur de la créance nantie ou conclure avec le constituant un pacte comissoire lui attribuant la propriété de la créance en cas de non-paiement<sup>120</sup>.

A la faveur de ces innovations, la réalisation pourra se faire de façon plus expéditive et épargner un temps précieux de nature - qui sait ? - à diminuer le coût qui crédit fait au constituant : *time is money*...

**26. c) Réalisation de la fiducie-sûreté** - Les modes de réalisation de la fiducie-sûreté telles prévues par l'ordonnance du 30 janvier 2009 sont également d'une grande efficacité : ils font en outre la part belle aux stipulations contractuelles.

La loi du 19 février 2007 était restée muette sur les circonstances du dénouement de la fiducie : un apport majeur de l'ordonnance du 30 janvier 2009 consiste dans la définition de modes de réalisation propres à la fiducie-sûreté, et ce aux articles 2372-3, 2372-4, 2488-3 et 2488-4 : le législateur y distingue avec finesse suivant que le fiduciaire est ou non le créancier garanti.

Dans le premier cas, le fiduciaire « *acquiert la libre disposition du bien* » mobilier ou immobilier cédé à titre de garantie : la propriété fiduciaire se convertira alors en une propriété ordinaire, suivant une automaticité qu'il reviendra aux parties

---

<sup>119</sup> *Contra*, Ph. Delebecque, « Le régime des hypothèques », JCP G 2006, suppl. au n° 20, p. 29 et s.

<sup>120</sup> Art. 2363 et 2365 C. civ.

d'arrêter<sup>121</sup>. La mention d'une possible stipulation contraire du contrat de fiducie suggère que la convention pourrait aussi bien prévoir la vente du bien en cas de défaillance du débiteur.

Dans le second cas, le créancier exigera du fiduciaire la remise du bien afin de pouvoir en disposer librement. Et à la condition expresse que la convention le prévoie, le fiduciaire pourrait être tenu plutôt de vendre le bien contre remise de tout ou partie du prix au créancier.

Le législateur a donc su conserver à la fiducie-sûreté une remarquable souplesse de réalisation, encore supérieure à celle des sûretés traditionnelles.

## 2°) Prévention de toute spoliation du constituant

**27. La sûreté n'est pas une source de profit ; prévention du gaspillage de richesses** - Ces modes de réalisation sont plus souples voire expéditifs : mais ils n'en sont pas moins légitimés par de précieux garde-fous qui s'inscrivent dans la tradition d'équilibre du droit français :

- premier garde-fou, l'exclusion de la résidence principale du constituant du jeu de l'attribution, même judiciaire : sa réalisation devra nécessairement s'inscrire dans une procédure de saisie immobilière, le législateur ayant refusé de « bousculer » le constituant ; et dans le même ordre d'idée, on songe à l'impossibilité de recourir au pacte comissoire pour les gages garantissant des crédits à la consommation<sup>122</sup> ; il n'en ira différemment qu'en matière de fiducie-sûreté : le constituant ayant perdu par hypothèse *ab initio* la propriété, nulle prohibition de la clause de voie parée ne saurait se concevoir et nulle saisie immobilière s'imposer ;

---

<sup>121</sup> La solution est parfaitement cohérente avec celle énoncée au sujet du réservataire impayé : le fiduciaire acquiert - non le bien dont il est déjà propriétaire ! - mais une liberté de disposition nouvelle tandis que le réservataire « peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer » (article 2371 al. 1<sup>er</sup>).

<sup>122</sup> Art. L 311-32 C. consom.

- deuxième garde-fou, l'estimation impérative par expert, suivant le cas, du meuble<sup>123</sup>- en l'absence de cotation officielle sur un marché organisé - ou de l'immeuble<sup>124</sup> attribués judiciairement ou conventionnellement ou dont le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté retrouve le droit de libre disposition<sup>125</sup> ;
  
- ultime garde-fou, l'obligation faite au créancier attributaire de la propriété de reverser une soulte au débiteur, représentant l'excédent de la valeur du bien attribué sur celle de la créance garantie, soulte qui devrait être consignée par le créancier attributaire en présence d'autres créanciers titulaires de sûretés<sup>126</sup> : une sûreté ne saurait en effet spolier son constituant ni être une source de profit pour le créancier<sup>127</sup> ; d'où l'application de ce principe général de restitution au réservataire de propriété impayé<sup>128</sup> ainsi qu'au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté<sup>129</sup>. La prohibition du pacte commissoire s'expliquait d'ailleurs largement par le refus, non de l'attribution elle-même, mais de l'appropriation par le créancier d'un bien d'une valeur supérieure au solde de sa créance ; or, précisément, ce fondement de la prohibition fait défaut aujourd'hui...

---

<sup>123</sup> Art. 2348 al. 2 C. civ.

<sup>124</sup> Art. 2460 C. civ.

<sup>125</sup> Art. 2372 - 3 et 2488-3 C. civ.

<sup>126</sup> Art. 2347 al. 2 et 2348 al. 3 C. civ. ; art. 2460 al. 2 C. civ.

<sup>127</sup> La sûreté réelle, même fiduciaire, ne saurait jamais être une source de profit pour le créancier car il est de son essence d'être l'accessoire d'un principal, P. Crocq, *Propriété et garantie*, préface M. Gobert, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 248, 1995, n° 270.

<sup>128</sup> Art. 2371 al. 3 C. civ. : « 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 ».

<sup>129</sup> Art. 2372-4 C. civ. : « Si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

*Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie* ; voir également les termes quasi identiques de l'art. 2488-4 C. civ. en matière immobilière.

Ces considérations d'équité élémentaire préviennent, au stade de la réalisation cette fois, tout gaspillage des richesses au mépris du constituant mais aussi de ses autres créanciers.

Considérations sociales et économiques de lutte contre le gaspillage du crédit se rejoignent ici : la sûreté qui spolie ne saurait être ni juste, ni efficiente.

## B - L'incidence des procédures collectives

**28. Préférence, exclusivisme et équilibre** - Il reste à tracer à grands traits l'incidence des procédures collectives sur ces règles plus efficaces de réalisation des sûretés réelles. A cet égard, on distinguera le sort des sûretés réelles traditionnelles ou préférentielles en cas de procédure collective (1) de celui des sûretés exclusives (2).

### 1°) Sûretés préférentielles

**29. Portée pratique de ces innovations dans un contexte d'insolvabilité** - L'article 2287 du Code civil fait naître l'inquiétude sur la portée pratique des innovations apportées au droit des sûretés réelles traditionnelles ou préférentielles dans un contexte d'insolvabilité du débiteur : il est affirmé en tête du nouveau livre IV « Des sûretés » que ses dispositions 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<sup>130</sup>... Un peu comme si l'exécution des sûretés était placée sous la tutelle des procédures collectives...

---

<sup>130</sup> L'Avant-projet du Groupe de travail présidé par Michel Grimaldi avait précisément proposé une formulation inverse qui fut écartée : « *Les dispositions du présent Livre restent applicables au cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sauf dans la mesure où la loi organisant cette procédure y déroge expressément* » (art. 2290 de l'Avant-projet).

L'observateur est donc confronté à au moins une certitude et une incertitude.

La certitude : le sort du pacte comissoire est directement scellé par l'article L. 622-7 du Code de commerce ; les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation font obstacle à la conclusion et à la réalisation du pacte comissoire, et ce en toutes matières<sup>131</sup> : partant, elles lui retirent presque tout intérêt, sauf à ce que celui-ci ait pu déployer ses effets avant la procédure.

L'incertitude : la possibilité même d'une attribution judiciaire en matière immobilière est contestée par des auteurs autorisés<sup>132</sup> ; ceux-ci arguent de cette nécessaire primauté des procédures collectives sur le droit civil<sup>133</sup> et de ce que l'attribution judiciaire des immeubles n'est - contrairement à celle des meubles - pas spécifiquement organisée dans les textes gouvernant la procédure collective.

Mais cette thèse qui confère une portée excessive à l'article 2287 du Code civil n'emporte pas la conviction, et ce pour au moins deux raisons :

- l'article L. 622-7 du Code de commerce neutralise le seul pacte comissoire (soit l'attribution conventionnelle) à l'exclusion de l'attribution judiciaire ; partant, cette faculté d'attribution judiciaire en ressort *a contrario* renforcée ;

---

<sup>131</sup> En effet, "*Le jugement ouvrant la procédure [de sauvegarde] fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire*" (L. 622-7 al. 1 in fine C. com.) ; disposition applicable en matière de redressement et même de liquidation par renvoi des articles L. 631-14 C. com. (redressement) et L. 641-3 C. com. (liquidation : renvoi à L. 622-7 al. 1er) : solution sévère puisque l'attribution judiciaire est possible en cas de liquidation.

<sup>132</sup> V. notamment J.-L. Vallens, « Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives », RLDA juill. 2006, p. 75 et s. ; comp. P. Crocq, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », préc., p. 1306.

<sup>133</sup> Comp. les art. 2287 précité et 2427 al. 3 C. civ. "*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 de 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*" ; or, si l'attribution judiciaire des meubles est prévue, celle des immeubles ne l'est pas expressément...

- ensuite, le juge des procédures collectives n'a eu nul besoin par le passé d'un support textuel pour généraliser la faculté d'attribution à tout gagiste ne poursuivant pas la réalisation du bien grevé<sup>134</sup> : et l'on voit mal pourquoi il devrait en aller différemment pour le créancier hypothécaire...

Il devrait donc être possible de solliciter l'attribution judiciaire d'un immeuble en cours de procédure et aux mêmes conditions que celles d'un meuble, c'est-à-dire pour l'essentiel en cas de liquidation<sup>135</sup>.

**30. Sort des sûretés préférentielles en cas de faillite** - Les sûretés réelles traditionnelles ont été malmenées par le législateur et subissent de plein fouet le temps de la procédure (suspension des poursuites individuelles), ses aléas (pas moins de 4 procédures distinctes) et le pullulement des privilèges concurrents (créanciers postérieurs, *new money*, etc.) ; on énoncera pour simple mémoire les principales règles qui leur sont applicables :

- le créancier peut théoriquement se voir imposer une substitution de garanties (art. L. 622-8 al. 3 C. com. : période d'observation ; art. L. 626-22 al. 3 C. com. : plan de sauvegarde) ;
- il supporte les délais des plans de sauvegarde ou de redressement (art. L. 626-18 C. com), sauf à avoir consenti à un paiement dans des délais plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle de la créance garantie (L. 626-19 C. com.) ;
- en cas de cession portant sur des biens gagés, le créancier peut être contraint de se contenter d'une quote-part du prix de cession affectée par

---

<sup>134</sup> Cass. ass. plén., 26 oct. 1984, n° 83-10.055, D. 1985, p. 33, note F. Derrida.

<sup>135</sup> Art. L. 642-25 al. 3 C. com.

le tribunal pour l'exercice du droit de préférence et dont le paiement emporte purge des inscriptions (art. L. 642-12 C. com.) ;

- il reçoit les dividendes à échoir d'après le plan, suivant son rang de préférence ;
- en cas de vente du bien grevé en période d'observation (L. 622-8 al. 1 C. com.) ou au cours de la continuation de l'entreprise en plan de sauvegarde ou de redressement (L. 626-22 al. 1 C. com.), la quote-part du prix correspondant aux créances garanties sera versée à la CDC, quote-part sur laquelle le créancier exercera son droit de préférence en étant notamment primé par les créances salariales.

Fort heureusement, la loi du 10 juin 1994 a amélioré la situation des créanciers sur un double plan :

- leur rang de préférence est avancé en cas de liquidation, c'est-à-dire le plus souvent ; concrètement, le rang d'une hypothèque de premier rang ou d'un privilège de prêteur de deniers sont assez satisfaisants aujourd'hui ;
- et si la sûreté réelle grève le bien dont elle a permis le financement, la charge du crédit consenti est transférée au cessionnaire qui sera tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues et qui resteraient dues à compter du transfert de propriété (art. L. 642-12 al. 4 C. com.), ce qui sera le cas en présence d'un privilège de prêteur de deniers par exemple.

Le recours à l'attribution judiciaire et sa généralisation à la matière immobilière seraient un « gage » important d'efficacité : il s'agit en effet d'une « arme absolue<sup>136</sup> » parce qu'étrangère au classement des privilèges.

## 2°) Sûretés exclusives

Par nature, les sûretés exclusives résistent mieux à la procédure du débiteur que les sûretés préférentielles : le concours des autres créanciers sur le bien retenu ou approprié par le créancier bénéficiaire est en effet exclu.

Ainsi, leur efficacité est-elle quasi absolue dans de nombreuses hypothèses :

- la revendication ou la restitution du bien dont la propriété a été réservée est ainsi possible à des conditions qui en garantissent l'efficace<sup>137</sup> ; et la Chambre commerciale a d'ores et déjà reconnu plein effet à la clause de réserve de propriété immobilière en cas de faillite dans un arrêt du 28 septembre 2004<sup>138</sup> ;
- quant au droit de rétention<sup>139</sup> du gagiste avec dépossession (art. 2286, 1 à 3° C. civ.) ou de celui reconnu par un texte spécial (gage automobile,

---

<sup>136</sup> Neveu, « L'attribution judiciaire du gage : une arme absolue ? », *Banque*, 1985, p. 1030.

<sup>137</sup> Art. L. 624-9 et s. C. com.

<sup>138</sup> V. surtout, Cass. com., 28 sept. 2004, Bull. civ. IV, n° 172 ; Defrénois 2005, art. 38133, 1, obs. S. Piedelièvre : « l'existence du privilège de vendeur d'immeuble n'exclut pas le droit pour le vendeur d'invoquer la clause de réserve de propriété stipulée dans l'acte de vente, même si ce privilège a été publié ; qu'ayant relevé, par motifs adoptés, qu'en inscrivant dans la convention du 13 mars 1995, que le transfert de propriété devrait faire l'objet d'un nouvel acte et résulterait du paiement intégral du prix, les parties avaient clairement manifesté leur volonté de retarder le transfert, à la société, de la propriété de l'immeuble, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision » ; *adde*, Cass. com., 9 janv. 1996, *D.* 1996, p. 184, note F. Derrida ; *RTD civ.* 1996, p. 436, n° 4, obs. P. Crocq.

<sup>139</sup> Le droit de rétention constitue une simple garantie et non une sûreté réelle *stricto sensu* comme le montre la place du texte dans le Livre IV qui fait suite aux dispositions relatives au créancier chirographaire.

nantissement de compte-titres, etc.), il conserve un caractère totalement inexpugnable<sup>140</sup> quelles que soient les phases de la procédure ; et il en va de même du droit de rétention reconnu à l'antichrésiste ou gagiste immobilier, même exercé *corpore alieno*<sup>141</sup>.

Toutefois, cette efficacité des sûretés exclusives est si brutale qu'elle met parfois en péril les objectifs de sauvegarde des entreprises en difficulté si chers au législateur contemporain : aussi, les craintes d'un impossible sauvetage de l'entreprise en difficulté ont-elles été entendues<sup>142</sup>.

C'est pourquoi, sur l'invitation de l'habilitation délivrée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>143</sup>, l'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>144</sup> a institué un nouvel équilibre entre les objectifs concurrents de sauvetage des entreprises, d'une part, et d'efficacité des sûretés exclusives, d'autre part qu'elle (ré)concilie.

---

<sup>140</sup> Le rétenteur ne peut se voir imposer une substitution de garantie ; en cas de cession portant sur des biens retenus, il ne peut être contraint de se dessaisir que moyennant règlement car ce n'est pas un privilège ou un nantissement au sens de l'art. L.642-12 C. com. ; il n'a pas à se contenter d'une quote-part du prix de cession (Cass. com. 20 mai 1997) ; en cas de liquidation et à défaut de retrait de la chose retenue qui ne peut intervenir que moyennant paiement (art. L. 642-25 al. 1 C. com.), le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix de vente (art. L. 642-25 al. 4 C. com.), même si une discussion s'est ouverte sur ce point en matière immobilière. Hors concours, le rétenteur ne s'incline ni devant le superprivilège des salaires, ni devant les privilèges des créanciers postérieurs (L. 622-17 C. com.), des créanciers conciliants ou de *new money* (L. 611-11 C. com.) ou encore des frais de justice.

<sup>141</sup> Art. 2391 C. civ. V. cep, Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 209, décidant de façon critiquable que l'art. L. 642-25 précité serait inapplicable aux immeubles ; mais il n'était nullement ici question d'antichrèse ou de gage immobilier.

<sup>142</sup> F-X. Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie vs Sauvegarde - Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », D. 2008, p. 29.

<sup>143</sup> La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a en effet habilité le gouvernement à « *accroître l'efficacité des sûretés, notamment de la fiducie et du gage sans dépossession, en liquidation judiciaire et adapter les effets de ces sûretés aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire* » (Art. 74 I 9°).

<sup>144</sup> Ph. Roussel-Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA 2008, n° 257, p. 3 et s. ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », JCP E 2009, 1049 ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, p. 110 et s. ; P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Revue des proc. coll.*, janv.-fév. 2009, p 75 et s.

Cet équilibre nouveau repose en grande partie sur la possibilité ou l'impossibilité d'un sauvetage de l'entreprise débitrice.

Et il se traduit par une paralysie *circonstanciée* de deux sûretés exclusives, c'est-à-dire d'une paralysie édictée dans la seule mesure nécessaire à l'accomplissement des objectifs de sauvetage :

- d'abord du droit de rétention dématérialisé tout juste accordé par la loi du 4 août 2008 au gagiste sans dépossession à l'article 2286 4° nouveau du Code civil<sup>145</sup> ; l'article L. 622-7, I, du Code de commerce dispose en effet dans son alinéa 2 nouveau que le jugement d'ouverture « *emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du Code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1* »<sup>146</sup> ; opportunément, cette paralysie est doublement limitée : elle n'est pas, rappelons-le, applicable au gage avec dépossession ou aux droits de rétention institués par des textes spéciaux et ne concerne donc les gagistes *sans* dépossession de droit commun (C. civ., art. 2338), sur stocks (C. com., art. L. 527-1 et s.) et sur outillage et matériel d'équipement (C. com., art. L. 525-1 et s.) ; et elle ne vaut qu'au cours des procédures de sauvegarde et de redressement (par renvoi de C. com., art. L. 631-14) ; au contraire, le droit de rétention de l'article 2286 4° du Code civil reste opposable en phase de liquidation puisqu'aucun sauvetage n'est plus envisageable (report sur le prix obtenu

---

<sup>145</sup> Art. 2286 4° C. civ., modif. loi 4 août 2008 : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : (...) 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* ». Sur cette consécration d'un droit de rétention dématérialisé au profit du gagiste sans dépossession et qui répond aux critiques de certains auteurs quant à l'efficacité insuffisante du gage sans dépossession (V. R. Damman, « La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée », D. 2006, chron., p 1298 et s., spéc. n° 10), V. not. L. Aynès et Ph. Dupichot, Dr. & patr. 2008, n° 174, p. 99 ; S. Piedelièvre, "Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil", D. 2008, p. 2950.

<sup>146</sup> P.-M. Le Corre, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives », JCP E 2009, 1204, spécialement n° 17, selon qui cette inopposabilité à la procédure collective comme au débiteur traduirait une renaissance implicite d'une masse personnifiée des créanciers - A. Aynès, "Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective", JCP éd. G 2009, I, 119.

d'une réalisation isolée ; C. com., art. L. 642-20-1, al. 3) ainsi qu'au repreneur en cas de cession ;

- ensuite de la nouvelle fiducie-sûreté : paralysée désormais pendant la période d'observation et en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement lorsqu'elle est réputée porter sur des biens indispensables à la continuation (fiducie-sûreté *sans* dépossession du débiteur constituant<sup>147</sup>), la fiducie-sûreté ne déploie désormais toute sa puissance que lorsqu'elle ne porte pas sur de tels biens (fiducie-sûreté *avec* dépossession du débiteur constituant) et, plus généralement, en cas de liquidation ou d'échec du plan de sauvegarde ou de redressement...

Dans ce nouveau droit des sûretés spécial aux procédures collectives, l'efficacité de la sûreté n'est donc fort heureusement évincée que dans la seule mesure nécessaire au sauvetage du débiteur. Lorsque les chances de sauvetage sont compromises, soit au premier chef au cas de liquidation, l'efficacité de la sûreté se trouve totalement préservée.

**31. Conclusion** - Notre quête de l'efficacité du droit des sûretés réelles touche à sa fin...

---

<sup>147</sup> Un nouvel article L. 622-23-1 du Code de commerce dispose ainsi 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 ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêt du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert* ». L'art. L. 622-23-1 du code de commerce édicte cette paralysie de la fiducie-sûreté justifiée par l'identification d'une convention conservant l'usage ou la jouissance au débiteur, soit d'une fiducie-sûreté sans dépossession. Il reviendra en ce cas à l'administrateur d'imposer la continuation d'un contrat en cours de mise à disposition des actifs fiduciaires réputé nécessaire à la continuation de l'entreprise (C. com., art. L. 622-13-VI). Mais la situation du créancier n'est pas pour autant désespérée qui pourra utilement revendiquer « *à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles (...) transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant* » (C. com., art. L. 624-16) ; surtout, il reste à l'abri de la loi de la majorité propre aux comités de créanciers dont il est avantageusement exclu (C. com., art. L. 626-30 *in fine*).

Plusieurs enseignements peuvent en être dégagés et rapprochés de ceux tirés du droit des sûretés personnelles :

- les considérations sociales sont plus ténues en matière de sûretés réelles que de sûretés personnelles ; car il est plus légitime de protéger celui qui engage son patrimoine (caution, garant autonome) ou un bien (« caution réelle ») pour autrui que celui qui confère une sûreté réelle pour sa propre dette ;
- même lorsque de telles considérations sociales existent, elles n'affectent pas nécessairement l'efficacité économique de la sûreté réelle : ainsi par exemple de l'obligation faite au créancier attributaire de restituer une soule au constituant, certes empreinte de justice sociale mais aussi d'efficacité puisqu'elle prévient un gaspillage de richesses préjudiciable au constituant et à ses créanciers ;
- globalement, les réformes récentes du droit des sûretés réelles et de la fiducie ont considérablement renforcé l'efficacité de la matière :
  - o il est permis de tirer du crédit de davantage d'actifs, et ce sans dépossession matérielle du constituant et à moindre coût ;
  - o le nouveau droit français offre aux acteurs un éventail plus large de sûretés réelles et permet la recharge des hypothèques et des fiducies-sûreté ; et plusieurs techniques, droit de préférence *stricto sensu* ou exclusivisme, pourront être mises en concurrence par des contractants en quête d'efficacité : cette concurrence favorisera la survie des seules sûretés les mieux adaptées ;
  - o et les modes de réalisation des sûretés traditionnelles sont plus rapides...
- l'efficacité de certaines sûretés réelles exclusives (fiducie-sûreté, rétention du gagiste sans dépossession) était même si brutale que le législateur s'est résolu par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la tempérer afin de la rendre conciliable avec l'objectif premier de sauvetage de l'entreprise ; un nouvel

*équilibre* entre des finalités concurrentes se dessine : si l'efficience pourra courber l'échine de façon à permettre une sauvegarde ou un redressement, elle restera intacte toutes les fois que la situation du débiteur sera irrémédiablement compromise, c'est-à-dire au cas de liquidation qui compte pour l'immense majorité des procédures. C'est là encore la marque d'une tradition d'équilibre chère aux droits de tradition civiliste...