



HAL
open science

Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés

Francine Macorig-Venier

► **To cite this version:**

Francine Macorig-Venier. Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés. Hebdo édition affaires, 2021, n°691. hal-03385551

HAL Id: hal-03385551

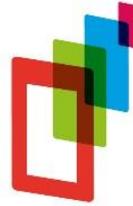
<https://hal.science/hal-03385551v1>

Submitted on 19 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des Sûretés

Mme FRANCINE MACORIG-VENIER

Professeur UT1 Capitole, directrice du CDA (EA 780)

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

Articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des sûretés

Francine Macorig-Venier, Professeure Université Toulouse Capitole, Directrice du CDA (EA 780)

Les procédures applicables aux entreprises en difficulté constituent « l'épreuve du feu » pour les sûretés, une épreuve qui révèle souvent le défaut d'articulation du droit des sûretés et du droit des procédures collectives. Le législateur, lors de la « mise en chantier » de la réforme du droit des sûretés, s'est employé à remédier à ce défaut, ainsi qu'en atteste l'article 60 I 14° de la loi Loi PACTE du 22 mai 2019 habilitant le gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance¹.

Les mesures de coordination sont cependant en définitive contenues, non dans l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, mais dans l'ordonnance n° 2021-1193 du même jour portant modification du livre VI du Code de commerce². L'article 196 de la loi PACTE avait concomitamment habilité le gouvernement à modifier ce livre, anticipant l'adoption de la directive visant, pour la première fois, à la mise en place d'un socle de règles harmonisées en matière d'insolvabilité. Adoptée peu après, la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132, est communément désignée comme la directive « restructuration et insolvabilité ». Ainsi que le précise le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant modification du livre VI, en raison du rapport étroit entre les dispositions de l'article 60 I 14° et de l'article 196 de la loi PACTE, « il est apparu cohérent de regrouper en une seule ordonnance les textes adoptés sur le fondement de ces deux habilitations qui définissent plusieurs objectifs pris en compte de manière combinée ».

Les objectifs assignés pour réaliser la réforme des sûretés par l'article 60 I étaient de « simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants ». Le 14° indiquait de manière voisine qu'il s'agissait de « simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce (...) ». La recherche de l'équilibre entre les intérêts en présence transparaissait également à l'article 196 de la loi PACTE impartissant au gouvernement de prendre les mesures rendant le droit français compatible avec celui de l'Union européenne « dans des conditions favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi, l'apurement du passif et le rebond des entrepreneurs honnêtes et permettant la réduction des coûts et des délais des procédures », affirmation tendant sans doute à s'efforcer de contrebalancer la volonté européenne de rééquilibrage des procédures préventives en faveur des créanciers répartis en classes³.

La feuille de route ainsi établie, des consultations publiques ont été engagées, en 2019, puis début 2021⁴. L'exercice d'équilibrisme s'est avéré délicat, les enjeux étant importants, l'attractivité du droit français en dépendant largement.

¹ Une clé de coordination du droit des sûretés et du droit des entreprises en difficulté existait déjà à l'article 2287 du code civil issu de la réforme des sûretés de 2006 dont, ni la numérotation, ni le contenu, ne connaissent le moindre changement (en dépit des propositions de l'Association Capitant). Il dispose : « *Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers* ».

² Elle est applicable dans les procédures ouvertes à compter du 1^{er} octobre.

³ P. Rossi, Entretien « Réformes des sûretés et des procédures collectives : « C'est de l'horlogerie », Dict. Perm. Diff. Entr., Veille permanente, 17 sept. 2021.

⁴ Sur l'avant-projet soumis à consultation, cf. C. Favre-Rochex, Premiers-regards sur l'avant-projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives, D. 2021, p. 190.

Les propositions de rédaction des dispositions d'articulation du droit des sûretés avec le droit des entreprises en difficulté ont suscité de vives réactions et des dissensions entre l'AGS et les administrateurs et mandataires judiciaires quant au classement de leurs créances respectives dans la procédure de liquidation judiciaire. Pour apaiser ces tensions, une « mission sur l'articulation entre le régime de garantie des salaires et les administrateurs et mandataires judiciaires » a été confiée à Monsieur Ricol. Des propositions formulées dans le rapport rendu le 21 avril⁵ ont été retenues par la présente ordonnance qui entend ne pas remettre en question l'ordre de classement, mais en présenter une synthèse plus claire⁶. En dépit de son importance et du retentissement médiatique provoqué, cette question ne doit pas occulter les nombreuses autres mesures concernant les sûretés, lesquelles ne sauraient toutes être exposées dans le cadre étroit de la présente étude

Les modifications apportées, qui répondent pour certaines à la fois à plusieurs des objectifs recherchés, ne sont guère aisées à présenter. Pour autant, il semble possible de distinguer d'une part, les mesures participant d'un souci de préservation ou de renforcement de l'efficacité des sûretés, d'autre part, les mesures tendant à la préservation des intérêts des débiteurs et des garants⁷.

I. La préservation ou le renforcement de l'efficacité des sûretés

La diversité des règles concourant à conforter, voire renforcer l'efficacité des sûretés, notamment par une meilleure prévisibilité et sécurité, est grande. Seront envisagées les règles concernant la période suspecte et la procédure de conciliation, puis les procédures collectives.

A. L'efficacité des sûretés en conciliation et période suspecte

L'efficacité des sûretés est renforcée par la sécurité accrue qui résultera de dispositions nouvelles.

1. L'efficacité des sûretés consenties dans le cadre de l'accord de conciliation

L'ordonnance introduit dans le livre VI du code de commerce une nouvelle disposition, l'article L. 611-10-4, qui permettra d'organiser par la voie contractuelle les conséquences de

⁵ https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2021/04/rapport_-_mission_aggs_ajmj_vd.pdf. Articulation de l'AGS et des AJMJ : remise du rapport Ricol, Rev. Proc. Coll. 2021/3, Alerte 13.

⁶ Rapp. Prés. Rép.

⁷ Parallèlement à ces deux tendances, une volonté de simplification et modernisation s'observe à travers l'abandon, dans plusieurs dispositions, de l'énumération d'une pluralité de sûretés pour viser le(ou les) genre(s) : ainsi, les articles L. 622-8 et L. 626-22, régissant les ventes de biens grevés en période d'observation et plan de sauvegarde, ne se réfèrent-ils plus aux biens grevés « d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement, ou d'une hypothèque » mais « d'une sûreté réelle spéciale ou d'une hypothèque légale ». En revanche, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 642-12 continue à viser les biens grevés « d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque ». L'article L. 632-1 en matière de nullités de la période suspecte est également modernisé : il distingue désormais les sûretés réelles conventionnelles (et le droit de rétention conventionnel) en son 6°, et en son 7° l'hypothèque légale attachée au jugement de condamnation (le 6 visait « toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire, ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gages constitués sur les biens du débiteur (...) ». La fiducie-sûreté, bien qu'étant une sûreté réelle conventionnelle, demeure visée à part. La suppression de l'hypothèque légale des époux, sauf dans l'hypothèse d'un régime matrimonial rarement choisi, explique sa disparition du texte ; l'hypothèque légale attachée au jugement de condamnation que le code civil désignait de manière erronée comme « l'hypothèque » judiciaire », désignation reprise dans les dispositions relatives aux nullités de la période suspecte, désormais rectifiée, fait l'objet d'un cas séparé. Curieusement est conservée l'expression de « constitution », alors que cette hypothèque naît de la décision de condamnation. Tombent sous le coup de la nullité les seules hypothèques résultant de décisions condamnant au paiement de dettes préexistantes et non celles qui condamnent au paiement d'une nouvelle dette (P. Delebecque, N. Bictin, L. Andreu, Effets de commerce et entreprises en difficulté. LGDJ-Lextenso, 18^e ed., 2018, n° 775).

la caducité ou de la résolution de l'accord. Cette mesure, absente des propositions de rédaction des dispositions d'articulation du droit des sûretés avec le livre VI du code de commerce soumises à consultation, répond aux vœux de la pratique en faveur du maintien des sûretés consenties dans le cadre d'un accord de conciliation en cas d'anéantissement de cet accord, afin de contrer la solution d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation ayant estimé que la caducité de l'accord emportait celle des sûretés consenties⁸. Il s'agissait toutefois dans cette affaire de dettes anciennes, et non de dettes nouvelles. La mesure adoptée, si elle ne revient pas directement sur la solution de cet arrêt, permet de l'écartier par des clauses organisant les conséquences de la caducité ou résolution de l'accord. Le tout dans le respect des dispositions des dispositions d'ordre public du livre VI, insiste le Rapport au Président de la République. En particulier, est-il précisé, il ne saurait être fait échec aux règles relatives à la date de cessation des paiements. Ainsi, en présence d'un accord simplement constaté, les sûretés consenties en garantie de dettes antérieurement contractées tomberont sous le coup des nullités de la période suspecte.

Les rédacteurs de l'ordonnance s'efforcent d'apporter davantage de sécurité aux créanciers titulaires de sûretés sur ce même terrain des nullités de la période suspecte.

2. La sécurité confortée sur le terrain des nullités de la période suspecte

Au-delà de la reformulation des dispositions du 6° de l'article L. 632-1 I relatives à la nullité de plein droit des sûretés consenties en période suspecte, l'ordonnance consacre de des solutions jurisprudentielles, ce qui concourt à une meilleure lisibilité des règles et, partant, à une meilleure sécurité⁹. Ainsi, après avoir énoncé le principe de la nullité des sûretés conventionnelles en garantie d'une dette antérieurement contractée, y est-il apporté exception « en cas de remplacement d'une sûreté antérieure d'une nature et d'une assiette au moins équivalente ». Le remplacement visé largement, peut concerner aussi bien le remplacement d'une sûreté par une autre que la substitution de biens dans l'assiette d'une sûreté. La Cour de cassation avait précédemment considéré qu'échappait à la nullité de plein droit la substitution de moteurs de bateaux à d'autres données en gage¹⁰.

Une autre exception est par ailleurs introduite au profit de la cession de créances « Dailly » intervenue en application d'un contrat cadre¹¹. La soumission nouvelle des cessions de créances effectuées à titre de garantie aux nullités de droit de la période suspecte connaît ainsi aussitôt une limite notable. La cession « ordinaire » de créance en propriété en garantie d'une dette antérieure, désormais possible¹², tombe sous le coup du texte sans pouvoir bénéficier de cette exception faute d'être expressément visée.

L'efficacité des sûretés est également confortée dans les procédures collectives.

B. L'efficacité des sûretés dans les procédures collectives

La clarification apportée au classement des sûretés dans la liquidation judiciaire, désormais contenu exclusivement à l'article L. 643-8¹³ constitue le vecteur d'une meilleure efficacité générale des sûretés (1). La situation de certains créanciers est par ailleurs améliorée (2).

1. La clarification du classement des sûretés au service de leur efficacité

Le choix de consacrer une disposition au classement de l'ensemble des créanciers, l'article L. 643-8 désormais, et de la faire figurer dans une nouvelle section « du rang des créances », est directement lié aux nouvelles règles d'adoption des plans par des classes de créanciers (a). Il résulte toutefois de l'article L. 643-8 que certains créanciers demeurent hors

⁸ Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-15.655, PB ; Cass. com., 21 oct. 2020, n° 17-31.663, D.

⁹ cf. Rapp. Prés. Rép. relatif Ord. portant réforme de sûretés, réforme qui consacre également certaines solutions jurisprudentielles.

¹⁰ Com. 27 sept. 2016, n° 15-10.421, PB

¹¹ Dans cette hypothèse, elle était précédemment soustraite aux nullités facultatives par la jurisprudence Cass. Com. 20 fév. 1996, PB, n° 94-10.156.

¹² Art. 11 I et VII Ord. n°2021-1192 du 15 sept. 2021.

¹³ La rédaction de l'article L. 641-13 est en conséquence modifiée. Les hiérarchies dites interne et externe disparaissent (Art. 54 Ord.).

classement (b). Quant au classement, s'il n'est *a priori* pas modifié par rapport au droit antérieur, il appelle toutefois des observations (b).

a) Incidence sur les plans de sauvegarde ou redressement adoptés par des classes de créanciers

L'importance de la place reconnue aux créanciers titulaires de sûretés dans les plans adoptés par des classes est manifestée par la nécessaire répartition en classes distinctes des créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, pour leurs créances garanties et des autres créanciers (Art. 626-30 III 1°). Elle figure parmi les seules règles contraignantes en la matière¹⁴, cette répartition devant pour le restant être fonction d'une communauté d'intérêt suffisante entre membres d'une même classe, notion qui renvoie à idée d'un intérêt catégoriel de nature économique, apprécié en fonction du statut de la créance¹⁵. Ainsi, selon la disparité de situation susceptible d'exister entre les créanciers titulaires de sûretés, plusieurs classes pourront être constituées. Le rapport au Président de la République donne l'exemple des créanciers publics privilégiés « si la composition du passif le justifie ».

L'importance du rang de classement dans la répartition des créanciers en classes est notamment accentuée par la règle imposant au tribunal, lorsque certaines parties affectées ont voté contre le plan, avant de statuer, de vérifier le critère du meilleur intérêt des parties affectées tel que précisé par le 4° de l'article L. 626-31, c'est-à-dire de vérifier que ces créanciers ne se trouvent pas dans une situation moins favorable du fait du plan que celle qui serait la leur si était notamment appliqué l'ordre de répartition des actifs de la liquidation judiciaire. Essentiel à la prévisibilité et à la sécurité attendues par les créanciers titulaires de sûretés, le classement concourt à l'attractivité du droit français¹⁶.

b) Sûretés et garanties préservées : garanties hors rang

Le I de l'article L 643-8 réserve le cas du droit de propriété ou du droit de rétention opposable à la procédure, ce qui manifeste l'originalité de ces sûretés plaçant les créanciers hors concours¹⁷. La catégorie des droits de rétention opposables sera nécessairement réduite par la privation du droit de rétention fictif pour les nantissements de meubles incorporels autres que des créances non régis par des règles spéciales. Le renvoi au régime du gage exclut expressément l'application de l'article 2286 4° fondant ce droit de rétention fictif¹⁸.

Le paiement à l'échéance des créances postérieures privilégiées est également réservé par l'article L. 643-8 I, les dispositions des articles L. 622-17 et 641-13 étant visées, créances parmi lesquelles entrent des frais de justice. La précision apportée consacre une proposition du rapport « Ricol ».

N'a pas été reprise la formule de l'avant-projet de janvier 2021 précisant à propos de ces créances qu'elles étaient payées par distraction ... sans instaurer d'ordre de paiement entre elles ». Pour autant, aucun ordre ne peut exister, le paiement de ces créanciers s'effectuant en fonction des besoins, quelles que soient les disponibilités dont dispose le mandataire. Pour les payer, il n'est donc pas nécessaire que l'ordre de répartition ait été établi entre les différentes créances admises. Il en va différemment pour les créances relevant de l'ordre de classement établi par l'article L. 643-8.

c) Le classement des sûretés en liquidation judiciaire

C'est un classement en quinze rangs qu'instaure l'article L. 643 8, pour lequel les rédacteurs de l'ordonnance n'entendent apporter aucune modification au classement actuel, qu'ils souhaitent seulement rendre plus lisible en englobant davantage de sûretés. On y trouve ainsi les créances garanties par les principaux privilèges fiscaux ou encore par un nantissement, par le privilège du vendeur du fonds de commerce, le privilège du bailleur

¹⁴ Doivent également être pris en comptes les accords de subordination et les détenteurs de capital doivent former une ou plusieurs classes.

¹⁵ Rapport Prés. Rép.

¹⁶ Cette attractivité est saluée sur des sites anglophones dédiés au « restructuring » : <http://www.globalturnaround.com/index.php> « France launches « revolutionary » restructuring scheme ».

¹⁷ L'article L. 641-13 II réservait de la même manière le cas du droit de rétention.

¹⁸ Art. 9 I Ord. n° 2021-1192.

d'immeuble pour six mois de loyer¹⁹. Y figure également le privilège des producteurs agricoles institué par la loi du 18 novembre 2016, privilège dont le fondement sera basculé²⁰ du code civil dans le livre VI du code de commerce, son existence étant conditionnée à l'ouverture d'une procédure à l'égard des acheteurs. En revanche, brillent par leur absence, alors qu'ils garantissent de nombreuses créances dans ces procédures, le privilège de la sécurité sociale et le privilège général des salaires²¹.

On soulignera l'incongruité de l'intégration des subsides dans ce classement, fût-ce au premier rang et pour la partie demeurée impayée, alors qu'ils étaient précédemment payés par distraction, c'est-à-dire par prélèvement. L'établissement du classement, préalable à la distribution, ne peut que retarder le paiement des subsides, ce qui paraît difficilement compréhensible.

Il est à noter que le superprivilège conserve sa priorité sur les frais de justice, venant au rang suivant. Le maintien de ce rang rassurera l'AGS dont les trois quarts des récupérations proviennent de sa subrogation dans le superprivilège. Toutefois, certains frais devant être payés à l'échéance, la primauté du superprivilège est à nuancer²².

Ce classement met par ailleurs en évidence le choix des rédacteurs de l'ordonnance, conforme aux objectifs assignés par la directive, de protection des financements intermédiaires ou nouveaux évoqués ci-après.

2. Renforcement de la situation de certains créanciers

Anticipant la transposition de la directive et par souci d'encourager pendant la crise le soutien financier en faveur des entreprises en sauvegarde ou redressement judiciaire ou en cours d'exécution d'un plan, l'ordonnance du 20 mai 2020 avait institué un privilège au profit des **apporteurs d'argent frais**. Il est mis fin à l'application des dispositions de l'article 5 IV dans les procédures ouvertes à compter du 1^{er} octobre 2021, d'autres dispositions constituant désormais le fondement de ce privilège et en précisant le régime.

Les apports en trésorerie effectués en période d'observation, autorisés par le juge-commissaire et faisant l'objet d'une publicité, comme l'étaient les prêts consentis auxquels il se substituent, sont classés au second rang au sein de la hiérarchie interne de l'article L. 622-17, les créances résultant de contrats continués pour lesquels le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé étant classées non plus au même rang, mais seulement au troisième rang.

Les apports en trésorerie auxquels se sont engagés des personnes pour l'exécution du plan de sauvegarde²³ arrêté par le tribunal sont mentionnés dans le plan de manière distincte (L. 626-10 al. 1^{er}) et bénéficient du privilège de l'article L. 622-17 III 2° (L. 626-10 al. 4), à l'exclusion d'apports dans le cadre d'une augmentation de capital ou des concours antérieurs. Il en va de même, et cela constitue une innovation par rapport à l'ordonnance de 2020, pour les apports effectués pour l'exécution du plan modifié (L. 626-26 al. 3)

Aucun de ces apports ne peut faire l'objet dans le plan de remises ou délais non acceptés par les créanciers (L. 626-20 4°), la question pour les apports en trésorerie post plan

¹⁹ Les créances garanties par un nantissement, par le privilège du bailleur d'immeuble dans la limite de six mois de loyer et par le privilège du vendeur du fonds de commerce viennent ensemble au rang 13, s'intercalant entre des privilèges fiscaux. Faute de précision semblable à celle apportée pour d'autres rangs – rangs 6 et 11- , il semblerait que ces créances viennent en concurrence entre elles au sein de ce rang.

²⁰ A compter de l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés (1^{er} janv. 2022).

²¹ Sur les immeubles, le privilège général des salaires s'exercera au rang 6 où sont visées les créances garanties par des sûretés immobilières classées entre elles dans l'ordre prévu au code civil, si bien qu'il primera l'hypothèque au sein de ce rang. La solution est identique à la solution antérieure. C'est sur les meubles que ce privilège n'est pas classé dans la liste de l'article L. 643-8 à l'instar du privilège mobilier général de la sécurité sociale avec lequel il vient en concours. Sauf présence d'autres droits de préférence, ils devraient s'intercaler entre le rang 14 et le rang 15, c'est-à-dire juste avant les créanciers chirographaires.

²² Cf. Rapport Ricol, p. 15.

²³ Ou de redressement : application par envoi des dispositions du chapitre VI du titre II sous réserve de dispositions ne concernant pas ces créances.

ne pouvant se poser que pour ceux effectués dans le cadre d'une procédure antérieure (L. 626-30-2 al. 2)

Dans la liquidation, ces apports sont classés ensemble au huitième rang de l'article L. 643-8, donc notamment après le privilège de la conciliation, ce qui rassurera peut-être les détracteurs du privilège « post plan » craignant qu'il ne dissuade les établissements de crédit de soutenir les entreprises *in bonis* rencontrant pour la première fois des difficultés.

Il est à noter qu'est par ailleurs confirmée la possibilité pour les créanciers postérieurs de voir garantir leurs créances par une sûreté réelle conventionnelle que le débiteur peut et doit être autorisé par le juge-commissaire à leur consentir²⁴, sur avis préalable du ministère public si l'acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure. En cas d'obtention d'une telle sûreté, le rang du créancier sera amélioré au sein du rang 11 prévu à l'article L. 643-8 I²⁵.

Le souci d'équilibre affiché a conduit les rédacteurs de l'ordonnance à se préoccuper des intérêts du débiteur et des tiers garants et à apporter certaines modifications au régime des sûretés.

II. La préservation des intérêts du débiteur et des tiers garants

Même dans les dispositions intéressant les sûretés est perceptible la volonté de préserver les intérêts du débiteur (de l'entreprise). Les tiers garants bénéficient également de sollicitude.

A. Préservation des intérêts du débiteur et modifications du régime des sûretés

La préservation des intérêts du débiteur ressort de certaines des modifications apportées aux nullités de la période suspecte et de mesures tendant au renforcement de la discipline collective. On mentionnera ici seulement la décharge du débiteur, en cas de transfert de la charge des sûretés dans le cadre d'un plan de cession, des échéances dues après ce transfert, solution rompant avec la jurisprudence²⁶.

1. Extension des sûretés soumises aux nullités de droit de la période suspecte

Les nullités de la période suspecte sont destinées à la reconstitution du patrimoine du débiteur, ce qui favorise ses chances de sauvetage, mais préserve également le « gage commun » des créanciers. Il résulte de l'ordonnance que les sûretés sont plus largement susceptibles de tomber sous le coup des nullités de droit. Le 6° de l'article L. 632-1 I vise désormais **toutes les sûretés réelles conventionnelles constituées en garantie de dettes antérieurement contractées**, ce qui permet l'application du texte aux cessions de créances en propriété à titre de garantie²⁷, cessions largement permises par l'ordonnance portant réforme des sûretés. Ces cessions échappaient aux nullités de droit pour n'être pas visées dans la liste, interprétée restrictivement par la jurisprudence.

Est également visé par ce texte, ce qui est remarquable, **tout droit de rétention conventionnel** consenti en garantie d'une dette antérieure. Si le droit de rétention demeure hors de la liste des sûretés réelles, le droit de rétention conventionnel, sorte de « diminutif du

²⁴ Art. L. 622-7 C. Com. modifié par Art. 15 Ord. La nouvelle rédaction du texte, qui vise désormais indistinctement « une sûreté réelle conventionnelle », en limite l'application aux seules créances postérieures, consacrant ainsi une jurisprudence de la Cour de cassation qui en avait exclu l'application aux créances antérieures (Cass. Com. 3 avr. 2019, n°18-11281, PB : BJE juill. 2019, 117b6, p. 23).

²⁵ Sont en effet visées « les autres créances non soumises à l'interdiction énoncée au premier alinéa de l'article L. 622-7, restées impayées, *selon leur rang* ».

²⁶ Art 57 Ord.

²⁷ Comme indiqué au I, il existe une limite pour les cessions de créances professionnelles « Dailly », si la cession intervient en application d'une convention cadre antérieure à la cessation des paiements

gage avec dépossession » sans droit de préférence, dont le mécanisme est consacré à l'article 2286 1° du code civil, voit son régime rapproché de celui des sûretés réelles conventionnelles. Ce rapprochement n'est au demeurant pas le seul puisqu'il subit également certains des effets de la discipline collective.

2. Renforcement de la discipline collective au détriment de certaines sûretés

Deux séries de règles nouvelles constituant deux piliers la discipline collective, la règle de l'arrêt des poursuites et l'obligation de déclaration des créances, affectent certaines sûretés consenties par le débiteur. Il s'agit de préserver les chances de sauvetage de l'entreprise et le gage commun²⁸.

a) Extension au bénéficiaire d'une sûreté pour autrui consentie par le débiteur

Brisant les solutions adoptées par la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'ordonnance soumet le titulaire de sûretés consenties par le débiteur en garantie de la dette d'autrui à l'arrêt des voies d'exécution²⁹ ainsi qu'à une obligation de déclaration³⁰.

L'article L. 622-1-21 Il est réécrit pour permettre l'application de l'arrêt des voies d'exécution à des personnes non créancières du débiteur. Il dispose désormais : « sans préjudice des droits des créanciers dont la créance est mentionnée au I, le jugement d'ouverture arrêté ou interdit toute procédure d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif immédiat ». Est scrupuleusement évité l'emploi du terme créancier pour énoncer le principe de l'arrêt des voies d'exécution.

Est par ailleurs imposé au bénéficiaire d'une sûreté pour autrui de déclarer, non pas *stricto sensu* sa créance, dès lors qu'il n'est précisément pas créancier du débiteur mais d'un tiers, mais sa sûreté. C'est la raison, semble-t-il, pour laquelle l'article L. 622-24 prescrivant aux créanciers de déclarer leur créance n'est pas modifié pour viser des non créanciers, tandis que l'article L. 622-25, relatif au contenu de la déclaration, et imposant désormais de mentionner la créance et l'assiette de la sûreté (et non plus sa nature³¹), prévoit que la déclaration, précise « le cas échéant, si la sûreté réelle conventionnelle a été constituée sur les biens du débiteur en garantie de la dette d'un tiers ». L'alinéa 2 de l'article L. 622-26 relatif au relevé de forclusion est amputé du terme « créanciers » pour permettre au bénéficiaire de la sûreté réelle consentie par le débiteur en garantie de la dette d'un tiers d'agir en relevé de forclusion s'il n'a pas déclaré sa sûreté, laquelle est à défaut inopposable à la procédure.

²⁸ Le non-respect de la discipline collective sera plus strictement sanctionné pour le créancier non déclarant, lequel ne pourra bénéficier du transfert de la charge des sûretés pour les créances postérieures à la cession (Art. 57 Ord.).

²⁹ Cass. com., 25 nov. 2020, n°19-11.525, PB : LEDEN janv. 2021, n° 113x3, p. 2, K. Lafaurie ; LEDB janv. 2021, n° 113s7, p. 7, M. Mignot ; LEDC janv. 2021, n° 113q0, p. 1, N. Leblond ; Gaz. Pal. 13 avr. 2021, n° 401r4, p. 47, D. Boustani-Aufan ; RDC mars 2021, n° 117k9, p. 129, F. Danos ; Gaz. Pal. 16 févr. 2021, n° 397j2, p. 32, M.-P. Dumont ; Gaz. Pal. 2 févr. 2021, n° 395t1, p. 68, C. Houin-Bressand ; D. 2020, pan., p. 1863, obs. P. Cagnoli ; RTD civ. 2020, p. 534, Ch. Gijssbers ; JCP E 2021, 1260, n° 13, Ph. Simler ; JCP E 2021, 1191, n° 3, Ph. Pétel. ; Rev. proc. coll. 2021, comm. 69, A. Aynès ; RD bancaire et fin. 2021, comm. 10, D. Legeais. – V. aussi : J. Vallansan, Quelques atteintes au droit de gage commun par l'exercice de droits réels, à la lumière d'une jurisprudence récente : Rev. proc. coll. 2021, étude 3. - P. Cagnoli, La mise en œuvre de sa garantie par le bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui, en cas de procédure collective du constituant : Rev. proc. coll. 2021, dossier 4.

³⁰ Cass. com., 17 juin 2020, n°19-13.153, PB : BJE sept. 2020, n° 118b4, p. 24, obs. Favre-Rochex ; BJS oct. 2020, n° 121g7, p. 45, obs. Ansault ; Gaz. Pal. 3 nov. 2020, n° 390b7, p. 31, obs. Dumont ; JCP E 2020, 1353, n° 18, obs. Pétel.

³¹ Modification en lien avec une nouvelle règle Cf. infra b).

b) *Prohibition de l'accroissement de l'assiette des sûretés conventionnelles et du droit de rétention conventionnel*

Est énoncé un principe de non accroissement de l'assiette des sûretés par un nouveau paragraphe ajouté à l'article L. 622-21. Il concerne les sûretés réelles conventionnelles et le droit de rétention conventionnel, qui en est à nouveau rapproché. Les sûretés réelles conventionnelles semblent ici comprises largement puisque sont visés des transferts de biens ou droits du débiteur, lesquels sont susceptibles de résulter d'avenants à une convention de fiducie sûreté. Peut-être a-t-on voulu couper court à toute discussion sur la conformité de ces transferts aux règles de pouvoirs qui semblaient cependant les interdire. Peu importe la modalité d'accroissement de l'assiette est-il précisé. Sont visés notamment l'inscription de titres ou de fruits et produits complétant les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, cette inscription suffisant à les agréger à l'assiette du nantissement³².

La prohibition commande la neutralisation, à compter de l'ouverture de la procédure, des dispositions contraires portant sur un transfert de droits non encore nés à cette date. Ainsi est-il fait échec à la nouvelle règle posée concernant le nantissement de créances futures, règle reprise pour la cession de créances futures, selon laquelle ces sûretés produisent effet à leur date même lorsqu'elles portent sur de telles créances. De nature à « faire obstacle à la poursuite de l'activité de l'entreprise, privée d'une partie de sa trésorerie »³³, la règle joue néanmoins quelle que soit la procédure concernée.

Cette prohibition procède de l'idée que la situation des créanciers doit être gelée à l'ouverture de la procédure. Le débiteur, l'entreprise, ne peut être privé(e) d'actifs et le gage général des créanciers diminué au profit de certains créanciers antérieurs. Elle comporte toutefois des exceptions limitativement énumérées concernant la cession de créances professionnelles en exécution d'une convention cadre conclue avant le jugement d'ouverture, les dérogations expressément posées par le livre VI, le code monétaire financier ou le code des assurances.

B. *Préservation de la situation des tiers garants des dettes du débiteur*

Si les tiers personnes physiques, garants ou coobligés, bénéficient d'une protection élargie, l'ensemble de coobligés et personnes ayant garanti les dettes du débiteur profitent de quelques règles nouvelles.

1. *Protection particulière des personnes physiques*

Plus étendue jusqu'ici dans la procédure de sauvegarde dont avait cherché ainsi à accroître l'attractivité, la protection dont jouissaient les personnes physiques coobligées ou garants, s'appliquera dorénavant dans la procédure de redressement judiciaire qui demeure en pratique la voie la plus usitée permettant le sauvetage de l'entreprise. Ainsi la règle de l'arrêt du cours des intérêts, l'inopposabilité des créances non déclarées, qui jouera, comme pour le débiteur, pendant l'exécution du plan et au-delà si le plan est respecté, ainsi que les mesures du plan pourront-elles être invoquées par ces personnes³⁴.

Ces dernières, dont l'identité doit être portée à la connaissance du mandataire judiciaire, doivent désormais être informées par celui-ci de la possibilité de solliciter l'application de la procédure de surendettement des particuliers³⁵.

Elles bénéficient par ailleurs de règles applicables à l'ensemble des co-obligés et cautions.

³² Le nantissement de compte titres, qui survit au sérieux toilettage effectué par la réforme des sûretés, fait l'objet de quelques retouches assouplissant son régime : C. Héraline, Réforme du droit des sûretés : le nantissement de compte-titres, Dalloz. Act. 28 09 2021.

³³ Rapp. Pr. Rép.

³⁴ Sont supprimés à cette fin le dernier alinéa de l'article L. 631-14 (Art. 43 Ord.) et la dérogation contenue à l'article L. 631-20 à l'application de l'article L. 626-11 (Art. 48 Ord.) ; l'article L. 622-26 est modifié (Art. 21 Ord.).

³⁵ Nouvel art. R. 622-5-1 (Art. 13 D. 2021-1218 du 23 sept. 2021).

2. Protection générale des tiers garants

Dans la procédure de conciliation, est étendu aux co-obligés et garants des dettes du débiteur le bénéfice des délais octroyés en cours d'exécution de l'accord au débiteur pour les créances non incluses dans l'accord³⁶.

En procédure collective, ces garants peuvent déclarer leur créance même avant paiement pour la sauvegarde de leur recours personnel³⁷. Elles peuvent déclarer leur créance pour les paiements parties effectués à la décharge du débiteur³⁸. Par ailleurs, doit leur être notifiée la décision d'admission de la créance, l'état des créances leur étant à défaut inopposable³⁹, sans que soit précisée la portée de la mesure. Sans doute le défaut de notification ne peut-il faire en soi obstacle aux poursuites à leur encontre lorsqu'aucune mesure légale n'en empêche l'exercice. En revanche, la fixation du montant de la créance ou le refus de reconnaître le caractère privilégié de la créance par la décision d'admission, dont l'autorité de chose jugée s'imposait à elles jusque-là, ne pourront leur être opposés.

En revanche, à rebours de ce mouvement de protection, ces personnes ne pourront plus bénéficier de l'extinction de la créance, et donc de leur sûreté, au motif de son rejet pour irrégularité de la déclaration, comme cela avait été jugé par des décisions critiquées de la Cour de cassation⁴⁰, l'ordonnance de réforme permettant désormais au juge-commissaire dans ce cas de décider de l'irrecevabilité de la demande d'admission⁴¹. Resurgit ainsi le souci d'équilibre qui innerve l'ensemble des mesures d'articulation du droit des sûretés avec le droit des entreprises en difficulté.

³⁶ Art. L. 611-10-2 (Art. 7 Ord.)

³⁷ Nouvel article L. 622-34 (Art. 23 Ord.)

³⁸ Art. L. 622-33 al. 2 (art. 22 Ord.)

³⁹ Art. L. 624-3-1 (Art. 26 Ord.)

⁴⁰ Cass. com., 4 mai 2017, n°15-24.854, PB : Act. proc. coll. 2017-11, alerte 167, Le Bars ; Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297x3, p. 60, P-M Le Corre ; Act. proc. coll. 2018, alerte 140, obs. C. Saint-Alary-Houin, F. Macorig-Venier et J. Théron ; D. 2017, p. 2001, obs. P. Crocq ; JCP E 2017, 1460, n° 13, obs. Pétel ; JCP E 2017, 1434, obs. T. Stefania ; RDBF 2017, Comm. 180, C. Houin-Bressand ; - Cass. com., 22 janv. 2020, n°18-19.526, PB ; Rev. proc. coll. 2018, comm. 100, obs. Cagnoli.

⁴¹ Art. L. 624-2 (Art. 25 Ord.)