



HAL
open science

Sûretés exclusives : quelles limites ?

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Sûretés exclusives : quelles limites ?. Defrénois. La revue du notariat, 2021. hal-03580282

HAL Id: hal-03580282

<https://hal.science/hal-03580282v1>

Submitted on 18 Feb 2022

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.

Sûretés exclusives : quelles limites ?

Issu de Defrénois - n° 48 - page 18
 Date de parution : 25/11/2021
 Id : DEF20418
 Réf : Defrénois 25 nov. 2021, n° 20418, p. 18

Auteur :

Manuella Bourassin, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Paris Nanterre, codirecteur du master Droit notarial

Dans l'ordonnance du 15 septembre 2021, la promotion des sûretés exclusives est flagrante et leur fragilisation est latente. Deux types de limites ressortent de la réforme : d'une part, l'exacerbation de conflits entre héritiers ; d'autre part, la soumission des sûretés préférentielles comme exclusives à des règles communes.

NDLR - Cet article est la publication de l'intervention actualisée de l'auteure lors du colloque organisé par la faculté de droit de Montpellier en partenariat avec l'INAFON le 22 juin 2021, sur le thème « Réforme du droit des sûretés : les impacts pour la pratique notariale ».

En matière de sûretés réelles, l'exclusivité se caractérise par un désintéressement hors concours¹ : la rupture d'égalité entre les créanciers impayés ne procède pas d'une primauté dans la distribution du prix de vente des biens affectés en garantie (primauté que procure un droit de préférence), mais, plus radicalement et efficacement, de l'éviction de cette procédure de réalisation.

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, portant réforme du droit des sûretés², lui réserve une place de premier plan³. En effet, le paiement exclusif est élevé au rang d'élément de définition de la sûreté réelle, comme alternative au paiement préférentiel⁴. Se trouve par là même confortée la dualité du droit français des sûretés réelles, pour ne pas dire sa duplicité⁵ : le paiement préférentiel et le paiement exclusif sont placés au même niveau conceptuel, alors que le premier est chassé par le second sur le plan opérationnel.

De surcroît, la réforme amplifie nettement le fossé entre les deux, tant par l'amélioration de l'efficacité des sûretés exclusives existantes (réserve de propriété⁶ et fiducie-sûreté⁷), que par l'extension des situations d'exclusivité, l'une au sein du nantissement de créance (via un droit de rétention fictif⁸) et deux autres sous forme de nouvelles sûretés-proprétés (cession de créance à titre de garantie et cession de somme d'argent à titre de garantie⁹).

Si la promotion de l'exclusivité est ostensible, des limites lui sont toutefois apportées, essentiellement de manière implicite¹⁰, de sorte que l'ambiguïté fondamentale de notre droit des sûretés réelles, entre celles qui impliquent un classement et celles qui autorisent le contournement de celui-ci, n'est pas remise en cause (ce que l'on peut regretter) mais se trouve néanmoins tempérée. La fragilisation latente des sûretés exclusives résulte de l'exacerbation de conflits entre créanciers - conflits susceptibles d'entraver l'exclusivité (I) et de la soumission de l'ensemble des sûretés réelles à des règles identiques - droit commun qui atténue la singularité-supériorité des sûretés exclusives vis-à-vis des sûretés préférentielles (II).

I - L'exacerbation de conflits affectant l'exclusivité

Le paiement exclusif empêche la survenance d'un concours entre son bénéficiaire et les créanciers du même débiteur insolvable, titulaires du seul droit de gage général ou d'un droit de préférence sur la valeur de biens affectés en garantie. En revanche, le droit exclusif ne chasse pas tout conflit. À la lecture des nouveaux textes du Code civil, il apparaît que les conflits entre bénéficiaires de sûretés réelles sont exacerbés et l'exclusivité par là même fragilisée, non seulement parce que des conflits déjà identifiés ne sont pas résolus, mais également parce que de nouveaux conflits résulteront inmanquablement de la multiplication des droits exclusifs.

Un premier conflit irrésolu oppose un gagiste et un vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété sur le bien gagé. Depuis près d'un siècle, la Cour de cassation permet au gagiste mis en possession de bonne foi de paralyser l'action en revendication du réservataire. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a fait douter du maintien de cette solution en prévoyant que « le gage de la chose d'autrui est nul » (C. civ., art. 2335)¹¹. En vue de clarifier cette sanction, le nouvel article 2335 du Code civil précise que « le gage de la chose d'autrui peut être annulé à la demande du créancier qui ignorait que la chose n'appartenait pas au constituant ». La nature, relative, de la nullité du gage *a non domino* est ainsi explicitée, mais le conflit entre le gagiste et le réservataire n'est pas réglé pour autant puisque rien n'est dit sur l'action en revendication exercée par le vendeur demeuré propriétaire. Or le jeu de l'article 2276 du Code civil au bénéfice du gagiste possesseur de bonne foi n'épuise pas toutes les difficultés, spécialement celles relatives au gage sans mise en possession du gagiste et au droit de rétention fictif afférent.

D'autres conflits irrésolus intéressent l'exécution des sûretés préférentielles par l'attribution au créancier impayé de la propriété du bien grevé, que ce soit sur le fondement d'une décision de justice ou d'un pacte commissaire. Généralisée par l'ordonnance de 2006, cette « propriété-réalisation »¹² suscite des interrogations quant à la portée de l'exclusivité qu'elle permet de procurer au créancier gagiste, nanti, hypothécaire, voire privilégié : l'attribution judiciaire ou conventionnelle de la propriété ne doit-elle profiter qu'au créancier de premier rang ? Un créancier de meilleur rang que l'attributaire peut-il s'opposer au transfert de propriété ou en obtenir l'anéantissement ? Peut-il seulement, le cas échéant, faire jouer son droit de suite sur le bien attribué au créancier concurrent de moindre rang ? *Quid* encore de l'efficacité de la propriété-réalisation en présence d'un créancier rétenteur ? Alors que la doctrine, depuis une dizaine d'années, pointe ces difficultés et y apporte des réponses convaincantes¹³, l'ordonnance les laisse subsister. Cette lacune est tout à fait critiquable au sein d'un texte guidé par les objectifs de sécurité juridique et d'efficacité économique, qui aurait dû clairement préciser si paiement exclusif rime ou non avec paiement privatif et définitif¹⁴.

Par ailleurs, fidèle à la tradition française du pluralisme des techniques de garantie, la réforme consacre de nouveaux mécanismes qui élargissent la palette de sûretés offertes aux opérateurs économiques. Ainsi, en présence d'un débiteur à même d'affecter de l'argent en garantie, le créancier peut choisir entre un gage de choses fongibles avec ou sans dépossession, un nantissement de compte, une fiducie-sûreté et désormais une cession de somme d'argent à titre de garantie. Une semblable diversité caractérise les créances du débiteur contre un sous-débiteur qui, en fonction des particularités de l'opération en cause, peuvent faire l'objet d'un nantissement spécial ou de droit commun, d'une fiducie, d'une cession *Dailly* ou, à compter du 1^{er} janvier 2022, d'une cession de créance de droit commun à titre de garantie.

Une telle prolifération, même lorsqu'elle porte sur des sûretés conférant un droit exclusif, engendre de *nouveaux risques de conflits* susceptibles d'entraver la satisfaction des créanciers concernés, d'autant plus lorsque les sûretés en cause ne font l'objet d'aucune publicité. L'altération de l'exclusivité est patente au sein du nouvel [article 2361-1 du Code civil](#) qui confirme la possibilité de constituer plusieurs nantissements sur une même créance et écarte alors la logique de l'exclusivité au profit de celle du classement entre les créanciers nantis, en l'occurrence selon « l'ordre des actes » (sans référence à la notification de ces nantissements successifs).

D'autres conflits pourront naître entre les cessionnaires d'une même créance : ils opposeront certainement les créanciers garantis par une sûreté spéciale (cession *Daily* principalement) et les bénéficiaires de la nouvelle cession de créance de droit commun à titre de garantie, puisque la réforme n'empêche pas la constitution de cette dernière lorsque sont remplies les conditions prévues par des règles particulières comme celles du Code monétaire et financier. Des conflits pourraient encore s'élever entre des créanciers nantis et des cessionnaires d'une même créance.

Observation

La réforme occasionne donc de nouvelles concurrences sans leur apporter de solutions, ce qui compromet la sécurité juridique ainsi que l'efficacité et l'attractivité des sûretés exclusives. De fait, « si chaque créancier est en situation d'exclusivité, c'est qu'aucun d'entre eux ne l'est plus vraiment »¹⁵ et que l'exclusivité n'est en réalité qu'un « degré particulièrement élevé de préférence »¹⁶. C'est dire, finalement, que peu de choses séparent les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles. Il est dès lors cohérent que l'ensemble des sûretés réelles soient soumises à des règles communes, quitte à ce que le paiement exclusif des créanciers bénéficiaires de sûretés-proprétés en soit fragilisé.

II – La soumission de l'ensemble des sûretés réelles à des règles communes

L'ordonnance n° 2021-1192 n'a pas créé une sûreté réelle unique et globale, ni développé les « dispositions générales » applicables aux sûretés réelles (C. civ., art. 2323 à C. civ., art. 2326) autant que la doctrine l'a proposé¹⁷. Néanmoins, plusieurs règles communes ressortent du croisement des nouveaux textes du Code civil gouvernant respectivement les sûretés qui procurent un droit de préférence et celles qui reposent sur le droit de propriété¹⁸. Nous mettrons en exergue les principes généraux, en filigrane, qui édulcorent la spécificité et la supériorité des sûretés exclusives par rapport aux sûretés préférentielles.

Le premier réside dans *la double spécialité des sûretés réelles*, quant à leur assiette et aux créances couvertes. Classique dans les sûretés qui confèrent un droit de préférence, ce principe protecteur du constituant et de ses autres créanciers est consacré dans les deux nouvelles cessions à titre de garantie (C. civ., art. 2373-1 nouv. et C. civ., art. 2374-1 nouv.).

Une deuxième règle commune concerne *le sort des fruits et intérêts* produits par les biens affectés en garantie et perçus par le créancier n'en ayant pas la libre disposition : ils profitent économiquement au constituant, soit en s'imputant sur la dette garantie (en matière de gage mobilier ou immobilier¹⁹), soit en accroissant l'assiette de la garantie. Cette dernière solution est retenue par le nouvel article 2374-4, alinéa 1^{er}, du Code civil en présence d'un cessionnaire de somme d'argent n'ayant pas la libre disposition de celle-ci²⁰. Alors que le transfert de propriété sur lequel est assise cette nouvelle sûreté aurait pu justifier que les fruits et intérêts bénéficient en toute hypothèse au cessionnaire, la réforme occulte la spécificité du transfert de propriété au profit d'un principe protecteur du constituant applicable « dans toutes les sûretés réelles »²¹, à tout le moins lorsque le créancier ne peut librement disposer du bien donné en garantie (en raison soit de la nature non translatrice de propriété de la sûreté, soit d'une convention qui limite l'affectation des biens cédés à titre de garantie²²).

Ensuite, *l'exclusion de l'enrichissement par la réalisation de la sûreté* est étendue en direction des sûretés exclusives. L'ordonnance du 23 mars 2006 a concrétisé ce principe dans les sûretés préférentielles en exigeant que le créancier attributaire de la propriété du bien grevé verse une somme égale à la différence entre la valeur de ce bien et celle du solde de la créance garantie (C. civ., art. 2347 ; C. civ., art. 2348 ; C. civ., art. 2366 et C. civ., art. 2460). La réforme empêche également l'enrichissement des créanciers bénéficiaires des nouvelles sûretés-proprétés en imposant aux cessionnaires de créances ou de sommes d'argent de restituer ce qu'ils perçoivent au-delà des créances impayées²³.

Dans le Code civil, une dernière règle commune concerne *l'aliénation à un tiers acquéreur du bien donné en garantie*. L'ordonnance reconnaît audit tiers le droit d'opposer les exceptions relatives à la dette garantie, tant à un créancier hypothécaire²⁴ qu'à un vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété²⁵, dans les deux cas en renversant des jurisprudences contraires. Sont ainsi traités pareillement les tiers qui sont obligés à la dette, non pas personnellement, mais réellement : leur protection l'emporte sur celle des créanciers, même demeurés propriétaires, et ce parce que les exceptions constituent les accessoires négatifs du bien affecté au paiement tant préférentiel qu'exclusif.

Conclusion. Toutes ces nouvelles règles communes aux sûretés réelles atténuent le risque d'un paiement exclusif excessivement attentatoire au constituant ou à ses autres créanciers. Cette fragilisation de l'exclusivité, justifiée par la sauvegarde des intérêts des autres protagonistes, est d'autant plus tangible qu'elle s'observe aussi dans les dispositions réformées du droit des procédures collectives. La seconde ordonnance du 15 septembre 2021²⁶ a en effet supprimé des différences de traitement injustifiées entre les sûretés préférentielles ou exclusives²⁷ et soumis les unes et les autres à une nouvelle cause d'inefficacité, l'interdiction de plein droit, après le jugement d'ouverture, de « tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité »²⁸, afin de figer le gage commun des créanciers et de favoriser la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté.

Par où l'on voit que la promotion de l'exclusivité dans les nouveaux textes du Code civil, en particulier à l'égard du nantissement de créances et de la cession de créances à titre de garantie²⁹, reçoit de sérieuses limites dans le livre VI du Code de commerce. Le fossé entre les sûretés réelles préférentielles et exclusives s'en trouve réduit en même temps que se creuse l'écart entre le droit commun et le droit spécial des sûretés.

NOTES DE BAS DE PAGE

1 – L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, 2012, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, 2019, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 307 et s.

2 – Defrénois 23 sept. 2021, n° 203j5, p. 5.

3 – Il en va de même de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce qui conforte, dans la procédure de liquidation judiciaire, le paiement hors concours résultant « du droit de propriété ou de rétention opposable à la procédure collective » (C. com., art. L. 643-8, I nouv.). Sur cette réforme, présentée ici incidemment : « Ordonnance portant réforme des procédures collectives », Defrénois 7 oct. 2021, n° 203s6, p. 5 ; N. Borga et J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des procédures collectives, un tournant ? », D. 2021, p. 1773 ; L. Sautonie-Laguionie, « L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 : la réforme attendue du droit des entreprises en difficulté est déjà applicable ! », JCP E 2021, n° 40, act. 672.

4 – C. civ., art. 2323 nouv. : « La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier ».

5 – Sur laquelle, avant la réforme, v. not. C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, 2020, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté ; C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles. Plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, thèse, 2020, Paris II ; C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, 2018, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé.

6 – Par l'absence de consécration, pourtant permise par la loi d'habilitation du 22 mai 2019 (L. n° 2019-486, 22 mai 2019, loi *PACTE*), d'une extinction par voie accessoire.

7 – Par la reconnaissance de la garantie d'obligations futures (C. civ., art. 2372-1 nouv. et C. civ., art. 2488-1 nouv.) et l'assouplissement des règles de constitution (C. civ., art. 2372-2 nouv. et C. civ., art. 2488-2 nouv.) et de réalisation (C. civ., art. 2372-3 nouv. et C. civ., art. 2488-3 nouv.).

8 – Le nouvel article 2363 du Code civil reconnaît au créancier, après notification du nantissement, « un droit de rétention » sur la créance nantie qui justifie qu'il ait « seul le droit à son paiement ».

9 – C. civ., art. 2373 nouv. à C. civ., art. 2373-3 nouv. et C. civ., art. 2374 nouv. à C. civ., art. 2374-6 nouv.

10 – Seul le nouvel article 2355 du Code civil écarte explicitement une situation d'exclusivité, à savoir le droit de rétention fictif du gagiste non mis en possession (C. civ., art. 2286, 4°), dans le cadre des nantissements de biens incorporels innommés.

11 – Sur l'ambiguïté de ce texte : M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd., 2020, Sirey, Université, n° 894.

12 – C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, 2019, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, n°s 307 et s.

13 – L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, 2012, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit privé, n°s 447 s. ; C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles. Plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, thèse, 2020, Paris II, n°s 626 et s. ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, 2019, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, n°s 281 et s.

14 – Dans l'attente d'une nouvelle réforme qui lèverait cette ambiguïté, « la faculté de purger un bien mobilier à l'amiable doit nécessairement être admise en pratique, afin de sécuriser la circulation des meubles » (C. Séjean-Chazal, « Le gage du Code civil retrouve ses lettres de noblesse », JCP C 2021, n°s 43-44, p. 40).

15 – N. Borgia, « La concurrence des fiducies-sûretés », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, 1^{re} éd., 2016, LGDJ, Grands colloques, p. 147.

16 – L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », RD Bancaire et fin. 2014, dossier 36.

17 – V. not. P. Crocq, *Propriété et garantie*, 1995, LGDJ ; C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2015, Economica, Recherches juridiques ; O. Gout, « Quel droit commun pour les sûretés réelles ? », RTD civ. 2013, p. 255 ; C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles. Plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, thèse, 2020, Paris II ; C. Séjean-Chazal, *La réalisation de la sûreté*, 2019, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses.

18 – « Certaines dispositions renferment indubitablement de tels principes (engagement des biens même futurs et en garantie de créances futures, constitution d'une sûreté réelle par un tiers non tenu à la dette, liberté de choix du mode de réalisation, accessoriété, indivisibilité, etc.) » : P. Dupichot, « Sûretés - 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité », JCP E 2021, n° 40, 1439.

19 – C. civ., art. 2345 et C. civ., art. 2389.

20 – « Si le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, cette règle ne peut pas être appliquée : la somme s'étant mélangée dans son patrimoine, il est impossible de déterminer quels fruits elle a pu concrètement produire. Dans ce cas, les parties peuvent toutefois prévoir un intérêt » (rapport au président de la République : JO, 16 sept. 2021, au sujet du second alinéa du nouvel [article 2374-4 du Code civil](#)).

21 – Rapport au président de la République : JO, 16 sept. 2021.

22 – C. civ., art. 2374-3 nouv.

23 – C. civ., art. 2374-5 nouv. et C. civ., art. 2373-2 nouv. Déjà en ce sens, en matière de fiducie-sûreté : C. civ., art. 2372-4 et C. civ., art. 2488-4.

24 – C. civ., art. 2454, al. 2 nouv., qui brise une jurisprudence fort critiquée ayant déclaré inopposable par le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué la prescription de la dette garantie (Cass. 2^e civ., 19 févr. 2015, n° 13-27691 : Bull. civ. II, n° 48).

25 – C. civ., art. 2372 nouv., qui contredit des décisions retenant l'inopposabilité des exceptions (not. Cass. com., 5 juin 2007, n° 05-21349 : Bull. civ. IV, n° 152).

26 – Ord. n° 2021-1193, 15 sept. 2021 : [Deffrénois](#) 7 oct. 2021, n° 203s6, p. 5.

27 – Au sujet de la nullité de plein droit de « toute sûreté réelle conventionnelle ou droit de rétention » né pendant la période suspecte en garantie de dettes antérieures (C. com., art. L. 632-1, I, 6° nouv.) et de la constitution, avec l'autorisation du juge-commissaire, d'une « sûreté réelle conventionnelle » en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 622-7, II, al. 1^{er} nouv.).

28 – C. com., art. L. 622-21, IV nouv. qui précise que « toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou de droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture ».

29 – En droit commun, ces opérations produisent désormais leurs effets immédiatement, dès la date de l'acte de cession ou de nantissement, même si la créance sur laquelle elles portent ne naît qu'ultérieurement (C. civ., art. 1323 nouv. et C. civ., art. 2373-1 nouv., et abrogation de C. civ., art. 2357).

Issu de Deffrénois - n°48 - page 18

Date de parution : 25/11/2021

Id : DEF204I8

Réf : Deffrénois 25 nov. 2021, n° 204I8, p. 18

Auteur :

Manuella Bourassin, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Paris Nanterre, codirecteur du master Droit notarial