



HAL
open science

La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA

Marlène Oyono

► **To cite this version:**

Marlène Oyono. La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA. Droit. Université Montpellier, 2016. Français. NNT : 2016MONTD036 . tel-01544577

HAL Id: tel-01544577

<https://theses.hal.science/tel-01544577>

Submitted on 21 Jun 2017

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.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche Laboratoire de droit privé

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par **Marlène OYONO**

**LA PROTECTION DES SÛRETÉS
RÉELLES EXCLUSIVES DANS LES
PROCÉDURES COLLECTIVES EN DROIT
COMPARÉ FRANCO-OHADA**

Soutenue le 21 septembre 2016 devant le jury composé de

Monsieur Jean-Jacques ANSAULT, Professeur,
Université de Rouen, Rapporteur

Madame Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND,
Professeur, Université de Montpellier, Président
du jury

Monsieur Jean-Claude JAMES, Professeur,
Université Omar Bongo (Libreville),
Examineur

Madame Francine MACORIG-VENIER,
Professeur, Université Toulouse 1 Capitole,
Rapporteur

Madame Françoise PÉROCHON, Professeur,
Université de Montpellier, Directrice de thèse



« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Résumé en français :

L'entreprise, quelle que soit sa taille, sa forme ou son importance n'est jamais à l'abri des difficultés financières pouvant la conduire à l'ouverture d'une procédure collective. Cette situation n'est pas sans conséquence sur les acteurs de l'entreprise, et notamment, sur les créanciers, partenaires essentiels à l'exercice de l'activité de l'entreprise. Ainsi, pour se prémunir contre le risque d'insolvabilité du débiteur, les créanciers peuvent tenter de bénéficier des causes légitimes de préférences, appelées sûretés. Mais celles-ci forment un ensemble complexe au sein duquel on retrouve des sous-groupes. Il existe, en effet, en droit français et en droit OHADA, une diversité de sûretés aussi bien personnelles que réelles. D'une manière générale, il est aujourd'hui admis que, dans la catégorie des sûretés réelles, celles dites "exclusives", en l'occurrence celles qui sont fondées sur la rétention ou sur la propriété du bien objet de la garantie, parviennent à tirer à leur épingle de jeu, en cas d'ouverture d'une procédure collective. Il en résulte une véritable protection de ces sûretés. L'exclusivité va en effet leur permettre d'échapper aux règles découlant de l'ouverture d'une procédure collective. Par ailleurs, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives vont pouvoir déroger à certaines règles traditionnelles de la discipline collective. Cependant, la protection dont bénéficient ces sûretés ne les place pas à l'abri des exigences des procédures collectives. Au contraire, l'effectivité de leur protection est largement subordonnée à leur existence dans ces procédures, d'une part, et, dans une certaine mesure, à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives, d'autre part. Ainsi, bien que protégées, les sûretés réelles exclusives ne sont pas au-dessus de la procédure collective.

Titre et résumé en anglais :

The protection of real exclusive securities in the collective proceeding in French-OHADA comparative law.

A company, whatever its size, form or importance is never away from financial difficulties that could lead it to collective proceeding. This situation is not without any consequences on the company's players, especially, creditors, who are the main collaborators in the company's exercise. Thus, to protect themselves from the risk of insolvency of the debtor, they can try to get legitimate preferential consideration, called securities. But these one make a complicated ensemble in which we can find subgroups. In French law and OHADA law, there is, in fact, a variety of securities, as well personal securities as securities right. In general terms, it is allowed today, that, in the securities right group, those called "exclusives" - the one based on the retention or on the property of the good, subject of the guarantee - succeed to pull out in case a collective proceeding is opened. Resulting in an absolute protection of these securities. The exclusivity will allow them to avoid the rules following the opening of a collective proceeding. Besides, creditors armed with securities right will be able to break with some traditional regulation from collective discipline. Yet, the protection tied to these securities don't shielded them from the requirements of collective proceedings. On the contrary, the validity of their protection is wildly subject to their being in these procedures, on one hand, and to the fulfillment of the goal of collective proceeding law, on the other hand. So, even though they are protected, the exclusive securities right are not above the collective procedure

Discipline : Droit privé.

Mots-clés : Droit comparé- Droit français- Droit OHADA- Exclusivité- Procédures collectives- Protection- Sûretés réelles.

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire : UFR Droit- Laboratoire de droit privé, 4 rue Cardinal de Cabrières, 34060 Montpellier.

À mon père, pour son implication dans la réussite de ce travail.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	5
REMERCIEMENTS	7
LISTES DES ABRÉVIATIONS.....	8
INTRODUCTION.....	11
PREMIÈRE PARTIE : UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES EFFECTIVE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES	41
TITRE 1/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE LEUR ASSIETTE	43
CHAPITRE 1/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE L'ÉTENDUE DE LEUR ASSIETTE.....	44
CHAPITRE 2/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE L'IDENTITÉ DE LEUR ASSIETTE	74
TITRE 2/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LE MAINTIEN DES DROITS DES CRÉANCIERS.....	102
CHAPITRE 1/ LA PROTECTION DU DROIT DE POURSUITE DES CRÉANCIERS MUNIS DE SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES	103
CHAPITRE 2/ LA PROTECTION DU DROIT AU PAIEMENT DES CRÉANCIERS MUNIS DE SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES	168
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	235
DEUXIÈME PARTIE : UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE AUX EXIGENCES DES PROCÉDURES COLLECTIVES.....	236
TITRE 1/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR EXISTENCE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES	238
CHAPITRE 1/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR RECONNAISSANCE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES.....	239
CHAPITRE 2/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR ABSENCE DE REMISE EN CAUSE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES	328
TITRE 2/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PARTIELLEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES	387
CHAPITRE 1/ UNE PROTECTION RELATIVEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT FRANÇAIS DES PROCÉDURES COLLECTIVES	388
CHAPITRE 2/ UNE PROTECTION FAIBLEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT OHADA DES PROCÉDURES COLLECTIVES	454

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	479
CONCLUSION GÉNÉRALE	480
BIBLIOGRAPHIE	486
ANNEXE	517
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	519
TABLE DES MATIÈRES	521

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à ma directrice de thèse, madame le professeur Françoise PÉROCHON. Ses conseils et sa disponibilité ont rendu possible la réalisation de ce travail de recherche.

Je tiens également à remercier mes parents pour leur soutien inconditionnel et constant.

Enfin, un grand merci à tous mes amis qui ont toujours été là dans mes moments de doute et de découragement.

LISTES DES ABRÉVIATIONS

Act. proc. coll : Actualité des procédures collectives

AJ : Actualité jurisprudentielle

AJDI : Actualité Juridique de droit immobilier

Al. : Alinéa

Art. : Article

Ass. Plen. : Assemblée Plénière de la Cour de cassation

AUDCG : Acte uniforme relatif au droit commercial général

AUDSCG : Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement

AUPC : Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif

AUS : Acte uniforme portant organisation des sûretés

BJE : Bulletin Joly Entreprise en difficulté

BJS : Bulletin Joly Sociétés

BODACC : Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales

Bull. : Bulletin

Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés

CA : Cour d'Appel

Cah.drt. ent. : Cahier de Droit de l'Entreprise

Cass. Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

CCJA : Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA

CE : Conseil d'Etat

Cf. : *Confer*

Chron. : Chronique

Coll. : Collection

Comm. : Commentaire

D. : Recueil Dalloz

D. Aff. : Dalloz Affaires

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

dir : sous la direction de

Doc. (AN ou Sénat) : Documentation parlementaire

Doctr. : Doctrine
Dr. et patr. : Revue droit et patrimoine
Ed. : Édition
EIRL : Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée
ERSUMA : École Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA
Fasc. : Fascicule
Gaz Proc. Coll. : Gazette des Procédures Collectives ou (voir pérochon)
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Ibidem
IR : Information Rapide
JCI. : Juris-Classeur (civil, commercial, pénal etc.)
JCP E: Juris-Classeur périodique, édition entreprise (G, générale ; N, notariale, S, sociale)
JORF : Journal officiel de la République française
JurisData : Banque de données juridiques Editions- techniques - Gazette du Palais
L. : Loi
LEDEN : L'essentiel Droit des procédures collectives
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches
Mél. : Mélanges
Obs. : Observations
OHADA: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ohadata : Banque de données de la jurisprudence de l'OHADA
Op. cit. : *opere citato*
Ord. : Ordonnance
p. : Page
Pan.: Panorama
Pénant : Revue Trimestrielle de Droit Africain
PUA : Presses universitaires d'Afrique
PUF : Presses Universitaires de France
RCCM : Registre du Commerce et du Crédit Mobilier
RDC : Revue droit des contrats
R.J. com. : Revue de jurisprudence commerciale
Rev. drt. banc et fin : Revue de droit bancaire et financier
Req. : Chambre des requêtes
Rev. Dr. Uniforme : Revue de Droit Uniforme

Rev. huissiers : Revue des huissiers de justice
Rev. Proc. Coll. : Revue des procédures collectives
Rev. soc. : Revue des sociétés
RID comp : Revue internationale de droit comparé
RJDA : Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RJT : Revue Juridique Thémis
RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue Trimestrielle de droit commercial
s. : suivant
Somm. : Sommaire
Sp : Spécial
t. : Tome
T. com. : Tribunal de Commerce
TGI : Tribunal de Grande Instance
TI : Tribunal d'Instance
TPI : Tribunal de Première Instance
V. : Voir
Vol. : Volume

INTRODUCTION

1. Entité juridique première du droit des affaires, l'entreprise apparaît aussi comme un pilier économique fondamental pour tout pays. Cependant, l'entreprise reste une notion difficile à cerner, et ce, d'autant plus que le législateur ne la définit pas.

2. Quelques définitions ont alors été proposées par la doctrine. Pour certains¹, elle désigne « un ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif économique », ou encore « un organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme »². Pour d'autres, l'entreprise est « un centre de production de biens ou services et un outil de travail, dont la survie est d'intérêt général et dont la protection relève aux yeux du législateur, de l'ordre public économique social »³.

3. À l'image des êtres vivants, l'entreprise naît, vit et, souvent, finit par mourir⁴. En effet, quelle que soit sa taille, sa forme ou son importance, l'entreprise n'est jamais à l'abri des difficultés d'ordre financière pouvant mener à sa disparition.

Cette situation a conduit le législateur à se préoccuper de sa santé financière. Aussi, existe-t-il un droit spécial dont le but est la prévention et le traitement des difficultés financières de cette entité. Il s'agit du droit des entreprises en difficulté, au sein duquel se trouve le droit des procédures collectives.

4. L'application du droit des procédures collectives entraîne la mise en œuvre des règles spécifiques à tous les acteurs de la vie de l'entreprise, et notamment aux créanciers. Pour eux, la survenance des difficultés au sein de l'entreprise pose généralement la question de leur désintéressement. En effet, c'est lorsque le débiteur rencontre des difficultés économiques que les créanciers ne peuvent plus recouvrer leur créance normalement. Aussi, pour se prémunir contre le risque d'insolvabilité du débiteur, certains créanciers vont, avant la survenance des difficultés, tenter de bénéficier de causes légitimes de préférence encore appelées sûretés.

5. Comme le concept d'entreprise, « la notion de sûreté ne se laisse pas cerner aisément »⁵. Elle n'est « qu'une étiquette qui s'accommode du disparate »⁶. En effet, il n'existe aucune définition légale de la sûreté, et certains la présentent au regard de ses caractéristiques essentielles⁷.

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd. PUF, 2014, p. 421.

² D. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle », *D.* 2003, pp. 260 et s. sp.pp. 260 et 322 ; « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, p. 2346 ; Th. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006, p. 709.

³ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n°1.

⁴ *Ibid.*

⁵ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987, n° 1.

⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis, 2015, n° 2.

⁷ A. MARTIN-SERF, « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD com.* 1980, p. 677 ; D. LEGEAS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 21.

6. La sûreté se caractérise d'abord par une finalité précise : toute sûreté doit prémunir son titulaire contre les conséquences de l'insolvabilité de son débiteur, en lui garantissant le recouvrement de sa créance. Ensuite, par une technique particulière : la sûreté suppose l'affectation d'un bien ou de plusieurs biens au paiement d'une créance. L'affectation peut concerner les biens figurant dans le patrimoine du débiteur principal ou celui d'un tiers. Et, pour finir, par un caractère accessoire : toute sûreté s'inscrit, en principe, dans un rapport d'accessoire avec la créance principale dont elle garantit le paiement. Toutefois, cette approche de la notion de sûreté n'est pas toujours suffisante, et ces critères peuvent s'avérer délicats à mettre en œuvre⁸.

La Cour de cassation, quant à elle, ne s'est pas encore prononcée sur la question. En attendant, quelques définitions ont été proposées par la doctrine⁹.

7. Pour certains¹⁰, la sûreté se définit comme une « prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, la loi, un jugement ou une démarche conservatoire, et qui a pour finalité juridique exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur ». Pour d'autres¹¹, elle est « un mécanisme de droit civil ou de droit commercial qui s'adjoint à un rapport d'obligation, ayant le plus souvent pour objet le paiement d'une somme d'argent et dont l'échéance est à terme ».

Mais quelle que soit la définition qu'on lui donne, la sûreté est un avantage qui s'ajoute au droit qu'un créancier tient normalement de son droit de gage général et dont le but est de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur, en lui garantissant le recouvrement de sa créance. Peuvent alors être considérés comme des sûretés tous les mécanismes juridiques destinés à assurer aux créanciers le paiement de leurs créances¹².

8. Cependant, les sûretés forment un ensemble complexe à l'intérieur duquel on retrouve des sous-groupes. La principale distinction est celle qui oppose traditionnellement les sûretés personnelles et les sûretés réelles¹³.

La sûreté personnelle dont le cautionnement est l'exemple par excellence, réside dans l'engagement personnel d'une ou de plusieurs personnes à garantir, en cas de défaillance du débiteur principal, le paiement d'une créance. Au contraire, la sûreté réelle suppose l'affectation d'un bien ou d'un

⁸ V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 2; D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n° 21.

⁹ V. par exemple la définition de P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, t. 248, LGDJ, 1995, ns° 261 et s. sp n° 282. Pour l'auteur, la notion de sûreté trouve son unité dans « la combinaison d'une affectation et d'un droit d'agir ».

¹⁰ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 2.

¹¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey 2014, n° 8.

¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1003.

¹³ C'est la classification adoptée par le Livre IV du Code civil. Même si cette classification reste fondamentale, certains auteurs ont proposé d'autres ; V. par exemple P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit. L'auteur propose une classification quadripartite (ns° 308 et s.)

ensemble de biens meubles ou immeubles figurant dans le patrimoine du débiteur, à la garantie du paiement d'une créance. L'affectation peut avoir un caractère préférentiel ou exclusif.

À la différence des sûretés personnelles dont le nombre reste assez limité¹⁴, il existe, pour les créanciers, un large choix en matière de sûretés réelles¹⁵. Ce constat peut aussi être fait en droit OHADA¹⁶.

9. Plusieurs classifications sont donc possibles au sein des sûretés réelles. On peut opposer les sûretés mobilières aux sûretés immobilières¹⁷, les sûretés avec dépossession aux sûretés sans dépossession¹⁸, les sûretés spéciales aux sûretés générales ou encore les sûretés préférentielles aux sûretés exclusives¹⁹.

10. Cette dernière classification, relativement récente²⁰, a d'ailleurs été reconnue par la jurisprudence. Dans un arrêt du 3 mai 2006, la Cour de cassation a estimé qu'« *il résulte de l'article 2030 (2314 nouveau) du Code civil que la caution est déchargée, lorsque la subrogation dans un droit exclusif ou préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* »²¹. Cet état de fait pourrait s'expliquer par le développement, au cours de ces dernières années, des institutions plaçant le créancier dans une situation d'exclusivité²². Aussi, pour un auteur²³, la distinction entre les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives pourrait bien constituer un autre *summa divisio* au sein du droit des sûretés réelles.

11. En tout état de cause, même si cette classification n'est pas exempte de critiques²⁴, une étude portant sur les sûretés en général et sur les sûretés réelles en particulier ne peut, aujourd'hui,

¹⁴ Depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, l'article 2287-1 du Code civil précise que les sûretés personnelles sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention.

¹⁵ Il résulte de la combinaison des articles 2329 et 2373 du Code civil que les sûretés réelles sont: les privilèges mobiliers ou immobiliers, le gage mobilier ou immobilier, le nantissement de meubles incorporels, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie et les hypothèques.

¹⁶ S'agissant des sûretés personnelles, le droit OHADA n'en compte que deux : le cautionnement et la garantie autonome, cf. art. 12 de l'Acte portant organisation des sûretés (AUS). Quant aux sûretés réelles, l'AUS distingue les sûretés mobilières (le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges) et les sûretés immobilières (les hypothèques). Cf. art 50 et 190 de l'AUS.

¹⁷ C'est la classification retenue par le Code civil (art. 2329 et s) et par l'AUS (art. 50 et 190)

¹⁸ N. MARTIAL-BRAZ, « Sûretés avec et sans dépossession, une *summa divisio* désuète ? », *Rev. drt. banc. et fin.*, septembre 2014, n° 5, dossier 35.

¹⁹ J.-D. PELLIER, « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », *LPA*, 24 avril 2014, n° 82, p. 7 ; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. CROCQ, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDL, Lextenso éditions, 2012, n°2.

²⁰ V. Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1998, qui distingue les droits préférentiels et les droits exclusives ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, 7^e éd., LexisNexis, 2014. L'auteur distingue « L'affectation par octroi d'un droit préférentiel » à « l'affectation par octroi d'un droit exclusive » ou encore L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 9^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, qui distinguent « les sûretés réelles conférant un droit de préférence » et « les sûretés réelles conférant un droit exclusif ».

²¹ Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-17.283, 04-17.396, *Bull. civ.* IV, n° 104; *D.* 2006, p. 1693, note D. HOUTCIEFF.

²² L. BOUGEROL- « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *Rev. drt. banc. et fin.*, septembre 2014, n° 5, dossier 36.

²³ *Ibid.*

²⁴ J.-D. PELLIER, « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », art. préc., p. 7.

faire abstraction des sûretés réelles exclusives, c'est-à-dire celles qui confèrent à leur titulaire un droit exclusif sur le bien objet de la garantie et non pas, en principe, un simple droit de préférence sur le prix de vente du bien.

Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les ouvrages généraux relatifs au droit des sûretés²⁵. Par ailleurs, même dans le cadre d'une procédure collective, les sûretés réelles exclusives bénéficient d'un traitement particulier. Cela fait d'elles des sûretés protégées. Ainsi, les créanciers qui en sont titulaires se trouvent dans une situation confortable. C'est donc pour toutes ces raisons que seule cette catégorie de sûretés retiendra notre attention.

12. Dans le cadre de cette étude, il nous faut analyser, sous l'angle du droit comparé, l'état de la protection des sûretés réelles exclusives lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une procédure collective. Nos propos s'intéressant aussi bien au droit français qu'au droit OHADA, il nous semble opportun de commencer par une présentation de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) (I), avant de retracer brièvement les évolutions législatives des deux branches du droit que cette étude met en relief, à savoir le droit des procédures collectives (II) et le droit des sûretés (III). De ces différentes évolutions résulte le constat d'une confrontation permanente entre ces deux disciplines (IV).

I- Présentation de l'OHADA²⁶

13. Animés d'une volonté de regroupement quelques années après les indépendances²⁷, certains Etats africains, essentiellement des pays d'Afrique francophone, se sont regroupés autour d'une idée de création d'une organisation internationale : l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

Créée le 17 octobre 1993 par un traité signé à Port-Louis (Ile Maurice) par seize (16) Etats et révisée quinze ans plus tard par le traité du Québec (Canada) signé le 17 octobre 2008, l'OHADA est actuellement composée de dix-sept (17) Etats membres à savoir : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

14. L'essentiel du droit de l'OHADA est regroupé dans un traité composé de plusieurs Actes uniformes. Chacun d'eux reprend l'ensemble des textes régissant un domaine spécifique du droit. Le traité OHADA comprend actuellement neuf Actes uniformes relatifs au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit des

²⁵ V. par exemple, P. ANCEL, *Droit des sûretés, op. cit* ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit* ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit* ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Thémis droit, PUF, 2011.

²⁶ K. MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *LPA*, 13 octobre 2004, n° 205, p. 4; v. Annexe finale.

²⁷ Dans les années 1960.

sûretés, au droit des sociétés coopératives, à l'arbitrage, aux procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, aux procédures collectives d'apurement du passif, à l'organisation et à l'harmonisation de la comptabilité des entreprises, ainsi qu'aux contrats de transport des marchandises par route.

15. Depuis quelques années, les Etats membres ont entrepris de procéder à une révision des Actes uniformes. Ainsi, l'Acte uniforme relatif au droit commercial général et celui portant sur le droit des sûretés ont été révisés en 2010. L'Acte ayant trait au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique a été modifié en 2014. Et, lors de la toute dernière réforme intervenue en septembre 2015, la révision a concerné l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif. Par ailleurs, il existe des avant-projets d'Actes uniformes en étude relatifs à l'harmonisation du droit du travail, aux contrats spéciaux, aux conflits des lois, à la circulation des actes publics, à la coentreprise ou encore à la médiation commerciale.

16. Quoi qu'il en soit, les Actes uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des Etats membres. Ils sont ensuite adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). L'adoption des Actes uniformes requiert l'unanimité des représentants des Etats membres présents et votants. L'adoption n'est valable que si les deux tiers au moins des Etats membres sont représentés. Ainsi, les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats membres, nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure. Enfin, les Actes uniformes peuvent être modifiés à la demande de tout Etat membre ou du Secrétariat permanent après autorisation du Conseil des ministres.

17. Il en résulte que, contrairement à ce qu'indique son intitulé, l'OHADA ne met pas en place un droit harmonisé mais plutôt un droit uniforme²⁸.

En effet, l'harmonisation s'entend comme l'opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origine différente, plus spécialement à modifier des dispositions existant afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle, ou encore comme le rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques afin de réduire et de supprimer certaines contradictions²⁹. Selon un auteur³⁰, « l'harmonisation est un moyen qui sert à établir les grandes lignes d'un cadre juridique en laissant aux différentes parties prenantes à l'intégration le soin de compléter l'ossature commune

²⁸ Un autre auteur parle de droit unifié ; Ph. ROUSSEL GALLE, « L'OHADA : l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », *Rev. Proc. Coll.*, novembre-décembre 2013, n° 6, dossier 50, p. 53

²⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 505; É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française en un volume*, Paris, Hachette, 2000, pp. 417-421 ; J. ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », *Rev. Drt. Uniforme*, n° 5, 1999 : « L'aspect musical de cette définition est plus édifiant : harmoniser consiste à faire en sorte que toutes les parties concourent à un même but ou à un même effet mélodieux ».

³⁰ I. KAMDEM FETZE, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *R.J.T.* 2009, n° 43, p. 605.

par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement ».

En revanche, l'uniformisation s'entend comme la modification législative de deux ou plusieurs pays tendant à instaurer dans une matière juridique donnée une réglementation identique³¹. Elle permet donc de donner une forme commune à un ensemble d'éléments ayant des parties identiques entre elles³². Un auteur³³ considère que l'uniformisation consiste dans le fait que « les Etats impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées contenus dans un instrument unique. (...) C'est ce support commun à tous les intervenants à une intégration juridique qui fait la particularité de l'uniformisation et la distingue de l'unification ». C'est cette configuration qu'on retrouve en droit OHADA, puisque l'entrée en vigueur des Actes uniformes ne fait pas appel aux autorités législatives nationales, mais au Conseil des ministres en tant qu'institution de l'OHADA, d'une part, et que ces Actes uniformes s'appliquent de manière commune à l'ensemble des dix-sept Etats membres, d'autre part.

Ainsi, on peut, compte tenu de tous ces éléments, considérer que le droit OHADA n'est pas un droit harmonisé mais bien un droit uniformisé³⁴.

18. En tout état de cause, parmi les matières réglementées par le traité OHADA, on retrouve notamment, l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif et celui sur les sûretés. Ces deux disciplines ont connu de grandes transmutations législatives aussi bien en droit français qu'en droit OHADA.

II- L'évolution législative du droit des procédures collectives

19. En France, le droit des procédures collectives, tel qu'il est perçu aujourd'hui, est le résultat d'une longue évolution législative marquée par de nombreuses réformes.

Sans remonter très loin dans l'évolution³⁵, il convient de retenir qu'il s'agissait à l'origine d'un droit de la faillite tourné vers le désintéressement des créanciers et la sanction du débiteur fautif³⁶. Considéré comme celui qui avait failli à ses engagements, le débiteur (le failli du latin *fallere*)

³¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1048.

³² É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française en un volume*, op. cit., pp. 1450 et 1451.

³³ I. KAMDEM FETZE, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », art. préc., p. 605.

³⁴ C. M. DICKERSON, « Le droit de l'OHADA », D. 2007, p. 560 ; H. SALEY SIDIBÉ, *Le sort des créances postérieures en droit français et en droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, Th. Nice Sophia Antipolis, 2013, pp. 9 et 10.

³⁵ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, ns° 2 à 66.

³⁶ J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 188 ; R. SZRAMKIE-WICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Domat, 1998, n° 71 ; D. DESURVIRE, « Banqueroute et faillite. De l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA*, 1991, n° 104, p. 12.

encourait des sanctions sévères comme l'infamie³⁷, la banqueroute, la mise au pilori et, dans certains cas, la mort.

20. Après de nombreuses années d'application du droit de la faillite, les mentalités évoluent. Avec les réformes de 1967 (la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite et les banqueroutes et l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 qui crée une procédure de suspension provisoire des poursuites réservée aux grandes entreprises n'étant pas encore en cessation des paiements et dont la disparition pourrait causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale), s'opéra la distinction entre l'homme et l'entreprise³⁸. On assiste par ailleurs à la naissance du droit des entreprises en difficulté. Le législateur met désormais l'accent non plus seulement sur le traitement des difficultés, mais également sur la prévention de celles-ci.

21. En dépit de toutes ces innovations, les réformes de 1967 ont laissé un goût d'inachevé. Le législateur n'est pas allé au bout de sa logique visant à favoriser les intérêts du débiteur par le sacrifice des créanciers. Dès lors, une nouvelle réforme s'imposait. C'est ce que firent les lois de 1984 et 1985.

La loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises abrogea l'ordonnance du 23 septembre 1967. Elle avait pour objectif de favoriser la détection précoce et le règlement amiable des difficultés.

La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 sur le redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises constitue une des grandes réformes de la matière. Elle institue une procédure unique de redressement et de liquidation judiciaire. Celle-ci poursuit trois objectifs : la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif.

En se fixant comme objectif prioritaire la sauvegarde de l'entreprise, la loi de 1985 va véritablement sceller le sort des créanciers. Désormais, le paiement des créanciers n'occupe plus que la dernière place dans le rang des priorités du droit des entreprises en difficulté³⁹. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure collective n'est plus considérée comme une honte ou une faute du débiteur, mais simplement comme un acte de gestion.

22. Cependant, cette refonte du droit des entreprises en difficulté par la loi du 25 janvier 1985, n'a pas manqué d'essuyer des critiques. Il lui avait notamment été reproché d'avoir entraîné de grands sacrifices de la part des créanciers, y compris ceux munis de sûretés réelles. Cette situation avait suscité de vives réactions auprès des créanciers et principalement des établissements

³⁷ L'infamie est un blâme moral et social qui entraînait l'interdiction de voter ou d'être éligible.

³⁸ P.-M. LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, PU d'Aix-Marseille, 2000, n° 4.

³⁹ C. SAINT-ALARY HOUIN, « Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise », *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 129 ; F. MACORIG-VENIER, « La place occupée par l'apurement du passif dans la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, 1988, n° 74, p. 5 ; B. BERGER-PERRIN, « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif ? », *Rev. Proc. Coll.*, mai 2012, n° 3, dossier 16, p. 86.

de crédits. Ils menacèrent de restreindre leurs crédits aux entreprises, si une réforme en faveur des créanciers titulaires de sûretés n'était pas engagée⁴⁰. C'est donc dans cet état d'esprit qu'est intervenue la réforme de 1994.

23. La loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises vient modifier les lois de 1984 et de 1985 en inscrivant, parmi ses objectifs, l'amélioration du sort des créanciers. Le but recherché était d'encourager les établissements de crédit à prêter aux entreprises. La loi de 1994 tente par ailleurs de réaliser un équilibre entre la volonté de redresser les entreprises en difficulté et celle de préserver les intérêts des créanciers, principalement ceux titulaires de sûretés réelles spéciales.

24. Au cours des années 2000, la France n'échappe pas au mouvement communautaire. Ainsi, fut adopté le règlement européen n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Après quinze années d'applications, le texte fût abrogé. Il existe aujourd'hui un nouveau règlement (CE) n° 2015/848 du 25 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilités transnationales.

25. Sur le plan national, la loi de 1994 se montra par la suite peu adaptée au nouveau contexte économique. Les chiffres relatifs aux procédures collectives demeuraient insatisfaisants⁴¹. Ainsi, fût adoptée la loi de sauvegarde de 2005.

26. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005⁴² dite loi de sauvegarde des entreprises, complétée par son décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, forme désormais la trame du droit positif⁴³. Elle tire des enseignements des échecs passés, mais ne rompt pas avec les principes posés par les textes de 1984 et 1985. Ainsi, le sauvetage des entreprises reste l'objectif prioritaire. Cependant, la loi met l'accent sur la prévention des difficultés. Aussi, elle crée deux nouvelles procédures : une procédure collective, en l'occurrence la sauvegarde dont elle porte d'ailleurs le nom et une procédure amiable, la conciliation qui remplace le règlement amiable.

27. Si, jusqu'en 2005, les réformes du droit des entreprises en difficulté se faisaient à un rythme que nous pouvons qualifier de raisonnable, on assiste, depuis lors, à une frénésie législative sans doute justifiée par la crise mondiale de 2007⁴⁴.

⁴⁰ J.-L. COURTIER, « La loi du 25 janvier 1985 en question. Le rapport C.N.P.F/ A.F.B », *LPA*, 25 janvier 1993, n° 11, p.7.

⁴¹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 20.

⁴² Sur la loi de sauvegarde v. Ph. ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd. Litec, 2007.

⁴³ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, ns° 21 et s ; D. VIDAL, G.-C.GIORGNI, *Droit des entreprises en difficulté*, Gualino, Lextenso éditions 2014-2015, n° 33.

⁴⁴ La crise mondiale a débuté en juillet 2007 et elle s'est matérialisée par une crise de liquidité et de solvabilité tant au niveau des banques que de l'amenuisement du crédit aux entreprises. Elle atteint son paroxysme pendant l'automne 2008 en provoquant une chute des cours des marchés boursiers et la faillite de plusieurs établissements financiers. Ainsi, la crise ayant démarré aux Etats unis s'est, par la suite, étendue à l'Europe avant de s'internationaliser et de toucher le monde entier.

C'est dans ce contexte que sont intervenues l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et son décret d'application n° 2009-160 du 12 février 2009. En plus d'améliorer la loi de sauvegarde de 2005, l'un des objectifs de la réforme était de rendre la procédure de sauvegarde plus attractive. Plusieurs dispositions ont alors été prises en vue d'encourager les débiteurs à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

28. Depuis 2009, le nombre des procédures collectives n'a pas spécialement baissé. Cette situation n'a pas laissé insensible le législateur qui a donc procédé à plusieurs retouches du droit des entreprises en difficultés.

Dans l'ordre chronologique :

La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) fut adaptée aux dispositions du livre VI du Code de commerce par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 et son décret d'application n° 2010-1706 du 29 décembre 2010.

La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 relative à la régularisation bancaire et financière créa la sauvegarde financière accélérée.

L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives⁴⁵ et son décret d'application n° 2014-736 du 30 juin 2014, vinrent une énième fois réformer le droit des entreprises en difficulté. Cette ordonnance tend à rééquilibrer un droit jugé encore trop favorable au débiteur. La réforme de 2014 se situe dans le prolongement de la loi de sauvegarde. Aussi, elle met l'accent sur la prévention des difficultés. Cela se manifeste par des retouches effectuées dans la procédure de conciliation mais aussi par la création d'une procédure de sauvegarde accélérée, une autre variante de la procédure de sauvegarde créée en 2005.

Enfin, les toutes dernières innovations en la matière sont intervenues avec la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron ». Sans réformer en profondeur le droit des entreprises en difficulté, elle y apporte néanmoins quelques modifications relatives au déroulement et aux organes des procédures collectives⁴⁶.

29. Toutes ces réformes ont sans doute influencé l'évolution du droit OHADA des procédures collectives. Mais contrairement à la France, les pays membres de l'OHADA n'ont pas connu cette frénésie de réformes⁴⁷.

⁴⁵ P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, p. 733 ; C. CHAMPALAUNE, « Un nouveau droit des entreprises en difficulté. Propos introductifs », *Rev. Proc. Coll.*, juillet-août 2014, n° 4, dossier 27, p. 44.

⁴⁶ P.-M. LE CORRE, « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 20 octobre 2015, n° 293, p.7 ; P. ROSSI, « Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce. Obstination ou obsession ? », *Rev. Proc. Coll.*, septembre-octobre 2015, n° 5, étude 15, p. 11.

⁴⁷ L'inflation normative est une des caractéristiques générales du système juridique français ; V. A. LAMBERT et J.-C., BOULARD, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, ministère de la réforme de l'état de la décentralisation et de la fonction publique, ministère délégué chargé de la décentralisation, 26 mars 2013.

30. Avant l'adoption, le 10 avril 1998, de l'Acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif, dans la plupart des Etats actuellement membres de l'OHADA, c'est la législation française, héritée de la colonisation, qui s'y appliquait. Il s'agissait pour l'essentiel du Code de commerce de 1807, modifié par les lois du 28 mai 1839, du 4 mars 1889 et les décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935.

La législation des pays africains était donc caractérisée par son archaïsme auquel il fallait ajouter la méconnaissance des procédures collectives par la plupart des systèmes juridiques africains. Cette situation a amené certains Etats africains à entreprendre un processus de révision plus ou moins réussie de leur législation nationale sur les procédures collectives⁴⁸. Ces réformes étaient fortement inspirées des lois françaises de 1967, 1984 et 1985.

31. Ainsi, le Sénégal, avec l'adoption de la loi n° 76-60 du 12 juin 1976 complétée par le décret d'application n° 76-781 du 23 juin 1976, et le Mali, avec les articles 173 à 315 du Code de commerce malien, ont littéralement repris les dispositions de la loi française du 13 juillet 1967.

La Centrafrique a, sur le modèle de l'ordonnance du 23 septembre 1967, institué une procédure de suspension des poursuites et d'apurement du passif pour les entreprises d'intérêt national connaissant des difficultés financières, mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise.

Au Gabon, les lois françaises du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985 ont été reprises pour créer les lois n° 7-86 et 8-86 du 4 août 1986.

Le Cameroun, le Benin et la Guinée ont également intégré des dispositions des lois françaises de 1967 à 1985 dans leurs législations nationales.

Au Burkina Faso, une ordonnance n° 91-043 du 17 juillet 1991 a créé une nouvelle procédure de redressement judiciaire qui est venue se superposer aux procédures déjà existantes. Cette procédure reprend l'essentiel des dispositions de l'ordonnance française du 23 septembre 1967⁴⁹.

Seule la loi nigérienne n° 97-40 du 19 décembre 1997 instituant le livre IV du Code de commerce avait repris les dispositions du projet de l'Acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif.

32. À la suite de ces réformes, l'OHADA réalise la nécessité d'uniformiser le droit des procédures collectives dans le but de réaliser certains de ses objectifs, à savoir la suppression de l'insécurité tant juridique que judiciaire et le développement des investissements dans la zone

⁴⁸ Ce vent de réformes peut être exprimé par l'affirmation selon laquelle : « Il vient (...) toujours un moment où, si bien conçus, si bien rédigés qu'ils soient, (les textes) cessent de répondre aux besoins et doivent disparaître. Ce sont des solutions provisoires, soumises (...) à la loi universelle du changement », H. LEVY BRUHL, *Rapport aux travaux du 4^e colloque des facultés de droit et sciences économiques*, Droit-Economie-Sociologie, annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse, Paris, D. 1959, p. 80.

⁴⁹ Sur l'ensemble de cette question; J. ISSA- SAYEGH, « Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif », *Pénant*, 1998, numéro spécial OHADA, mai-août, n° 827, p. 217.

constituée par ses Etats membres. C'est ainsi que l'Acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) a été adopté le 10 avril 1998, à Libreville, au Gabon.

33. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999, l'AUPC s'est largement inspiré de la loi française de 1967⁵⁰. Il reprend les principaux objectifs du droit des entreprises en difficulté, c'est-à-dire le paiement des créanciers – qui est l'objectif prioritaire⁵¹ –, la sauvegarde des entreprises et la sanction du débiteur. Il s'applique aux personnes physiques ayant la qualité de commerçant et aux personnes morales de droit privé. Quant aux procédures, l'AUPC organise deux procédures collectives curatives : d'une part, le redressement judiciaire et la liquidation des biens qui s'ouvrent lorsque le débiteur est en cessation des paiements et, d'autre part, une procédure de règlement préventif destinée à éviter la cessation des paiements et à permettre le redressement de l'entreprise. En outre, l'AUPC s'intéresse aux procédures collectives internationales.

34. Après plusieurs années d'application, l'AUPC révéla ses insuffisances⁵². Inspiré d'une loi de 1967, le texte n'était plus adapté aux réalités économiques et juridiques des pays membres de l'OHADA. Un auteur émit ainsi le souhait d'une réforme en profondeur de l'AUPC⁵³.

35. Après quelques années de réflexion et d'élaboration d'un nouveau droit, l'AUPC adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam, en Côte d'Ivoire, abroge l'AUPC de 1998.

Entré en vigueur le 24 décembre 2015, le nouvel AUPC réaffirme les objectifs du droit des entreprises en difficulté. Cependant, il accorde plus d'importance à l'objectif de sauvegarde⁵⁴ jadis supplanté par l'apurement du passif. Ainsi, il accentue les mesures de prévention des difficultés en créant la procédure de conciliation et en améliorant le règlement préventif. On assiste par ailleurs à la naissance du privilège de l'argent frais dont le but est d'encourager les créanciers à s'investir pour le sauvetage de l'entreprise.

Le nouvel AUPC créé également des procédures collectives simplifiées pour les petites entreprises.

Enfin, le législateur communautaire africain étend, comme en droit français, l'application des

⁵⁰ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, L'Harmattan, 2012, ns° 14-15; J. ISSA-SAYEGH, « Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif », art. préc.

⁵¹ L'article 1^{er} de l'ancien AUPC disposait que « Le présent Acte uniforme a pour objet :

- d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif ;

- de définir les sanctions patrimoniales, professionnelles et pénales relatives à la défaillance du débiteur et des dirigeants de l'entreprise débitrice ».

⁵² Notamment : absence d'une procédure préventive de conciliation, lourdeur et inadaptation des procédures pour les micro-entrepreneurs, durée trop longue des procédures, absence de réglementation pour les mandataires judiciaires.

⁵³ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, *op. cit.*, ns° 437 et s. Dans la seconde partie de sa thèse, l'auteur propose des idées pour une réforme de l'AUPC.

⁵⁴ C'est ce qui ressort de l'article 1, al. 1^{er} de l'AUPC qui stipule que : « Le présent Acte uniforme a pour objet : d'organiser les procédures préventives de conciliation et de règlement préventif ainsi que les procédures curatives de redressement judiciaire et de liquidation des biens afin de préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises, de redresser rapidement les entreprises viables et de liquider les entreprises non viables, (...) et d'établir un ordre précis de paiement des créances garanties ou non garanties ». L'apurement du passif occupe désormais la dernière place dans le rang des priorités ; V. aussi le dossier spécial consacré au nouvel AUPC dans la revue *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253.

procédures collectives à toute personne exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole.

36. Il ressort de ce rappel de l'évolution législative qu'à l'image du droit français des procédures collectives dont la priorité est, depuis la loi du 25 janvier 1985, clairement donnée au sauvetage des entreprises, le droit OHADA tend désormais aussi vers cette finalité. En effet, si sous l'empire de l'ancien AUPC, l'objectif prioritaire était l'apurement du passif, solution qui pouvait s'expliquer compte tenu du fait que le texte de 1998 était inspiré de la loi de 1967 qui oscillait entre le sauvetage de l'entreprise et le désintéressement des créanciers, tout change avec l'adoption du nouvel AUPC. Dans le but de favoriser la sauvegarde des entreprises, le législateur communautaire met l'accent sur la prévention des difficultés de l'entreprise (création d'une procédure de conciliation et refonte du règlement préventif), sans pour autant instituer une procédure de sauvegarde comme en droit français.

Or, les priorités du droit des procédures collectives ont nécessairement des conséquences sur l'évolution du droit des sûretés.

III- L'évolution législative du droit des sûretés

37. Avec l'avènement du Code civil de 1804, la France se dote d'un droit des sûretés largement inspiré du droit romain. Depuis l'élaboration de ce Code, plusieurs textes sont intervenus en vue d'améliorer la matière⁵⁵. Toutefois, après quasiment plus de deux siècles d'application, le droit des sûretés tel qu'il était issu du Code civil devait être réformé.

38. Dans un premier temps, la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 dite « loi Dutreil » opéra une réforme du cautionnement. Le législateur introduit dans le Code de consommation plusieurs dispositions relatives au cautionnement. Elles constituent ce qu'un auteur⁵⁶ qualifie de second droit commun du cautionnement. Puis vint l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 sur les garanties financières transposant la directive du 6 juin 2005. Ensuite, la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 dite « loi Breton » pour la confiance et la modernisation de l'économie habilita le Gouvernement à réformer par voie d'ordonnance une partie du droit des sûretés⁵⁷.

C'est ainsi que fut réalisée la grande réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, ratifiée par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007. En plus de nombreuses

⁵⁵ V. par exemple ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.*, ns° 9 et s ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, ns° 20 et s.

⁵⁶ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.*, n° 16.

⁵⁷ À l'initiative du ministère de la Justice et de la Direction des affaires civiles, le groupe de travail présidé par M. GRIMALDI a commencé à élaborer un projet de réforme en juillet 2003. En 2004, lors des commémorations du bicentenaire du Code civil, le Chef de l'Etat annonça la réécriture du droit des sûretés dans les cinq années à venir.

modifications⁵⁸, la réforme a le mérite d'avoir codifié et regroupé le droit des sûretés au sein du nouveau livre IV du Code civil.

39. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le droit des sûretés réelles a connu d'autres évolutions. D'abord, la loi du 19 février 2007 qui, en consacrant la fiducie en droit français, l'a insérée dans le Code civil⁵⁹. Puis, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie (LME) qui créa un droit de rétention au profit des créanciers gagistes sans dépossession et étendit le domaine de la fiducie, en même temps qu'elle précisa son régime. Il eut ensuite l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 qui a introduit des dispositions spécifiques à la fiducie-sûreté. Enfin, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, a encore affiné le régime de cette sûreté⁶⁰.

40. Le droit des sûretés de l'OHADA a connu beaucoup moins de réformes.

Au lendemain des indépendances, le droit des sûretés des pays de la zone franc, aujourd'hui membres de l'OHADA, était régi par le Code civil de 1804 (articles 2011 à 2203) et par le Code de commerce de 1807 (pour le gage commercial), ainsi que d'autres textes spéciaux également hérités de la période coloniale. C'était le cas des nantissements de fond de commerce, du warrant, ou encore des sûretés immobilières (hypothèques, privilèges immobiliers spéciaux, antichrèse), lesquels étaient régis par le décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation de la propriété foncière en Afrique occidentale française.

À l'exception du Sénégal et du Mali qui avaient procédé à des réformes de leur droit des sûretés, dans les autres Etats africains, cette matière est quasiment demeurée inchangée jusqu'à l'adoption de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS), le 17 avril 1997⁶¹.

41. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, l'AUS abroge toutes les anciennes dispositions nationales relatives au droit des sûretés. Il permet aux Etats membres de l'OHADA de se doter d'un droit des sûretés moderne. Il crée, en effet, de nouvelles sûretés personnelles⁶² et réelles⁶³ nées de la

⁵⁸ S. PIEDELIÈVRE, « Premier aperçu de l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Défrénois*, 2006, art. 38393 ; S. PRIGENT, « La réforme du droit des sûretés : une avancée sur la voie de la modernisation », *ADJI*, 2006, n° 5, p. 346.

⁵⁹ A. CERLES, « La fiducie, nouvelle reine des sûretés », *JCP E*, 2006, 2054, n° 19 ; F. BARRIÈRE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E*, 2007, 2053, n° 27 ; Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G*, 2007. I. 121 ; Ch. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350.

⁶⁰ B. MALLET-BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 79 ; J.-J. ANSAULT, « La fiducie-sûreté ressuscitée », *Journal des sociétés*, mai 2009, n° 65, p. 18 ; « Fiducie-sûreté et sûretés réelles: que choisir ? », *Dr. et patr.*, mai 2010, n° 192, p. 52.

⁶¹ J. ISSA-SAYEGH, « Organisations des sûretés », *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n°2, p. 351 ; « Présentation des projets d'Actes uniformes de l'OHADA portant sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif », *Pénant*, mai-août 1998, n° 827, p. 204 ; « Présentation des dispositions sur le droit des sûretés », *Ohadata.com/ Ohadata D-06-09* ; « Présentation générale de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sûretés », *Revue de droit uniforme*, Unidroit, Rome, 2003, ns 1-2, p. 369 ; M. GRIMALDI, « L'acte uniforme portant organisation des sûretés, in L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *LPA*, numéro spécial, 13 octobre 2004, n° 205, p. 30.

⁶² L'AUS consacre la lettre de garantie (art. 28 à 38 de l'ancien AUS)

pratique du commerce international ou influencées par le droit français. Par ailleurs, il prévoit des dispositions relatives à la distribution des deniers et au classement des créanciers.

Après une dizaine d'années d'application, l'AUS ne répondait plus aux exigences tant en matière de crédit que d'efficacité des garanties. Ainsi, après qu'un diagnostic fut établi, l'AUS restait, pour de nombreux juristes, largement perfectible⁶⁴.

Appuyés par la Banque mondiale et d'autres bailleurs de fonds, un groupe d'experts (français et africains) entreprit alors des travaux de révision de l'AUS⁶⁵. L'aboutissement donna lieu à l'adoption du nouvel AUS le 15 décembre 2010, à Lomé (Togo)⁶⁶.

42. Depuis le 16 mai 2011, date d'entrée en vigueur du nouvel AUS, les Etats membres de l'OHADA se sont dotés d'un nouveau droit des sûretés⁶⁷.

Parmi les innovations, on note la consécration de la propriété-sûreté. En effet, la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent font leur entrée dans l'AUS. De même, la réserve de propriété, autrefois régie par d'autres textes⁶⁸, voit l'essentiel de sa réglementation centralisée au sein du nouvel AUS. Le législateur introduit également le nantissement de comptes de titres financiers dont la réglementation est calquée sur le droit français. Autre innovation, l'introduction de l'agent des sûretés qui se voit doté d'un régime juridique précis. Par ailleurs, le nouvel AUS apporte des modifications relatives aux sûretés qui existaient déjà dans l'ancien AUS. Sans toutes les citer, nous retiendrons que le législateur communautaire africain restaure l'efficacité du droit de rétention. Avec ces modifications, le législateur procède donc à la consécration des sûretés fondées sur une situation d'exclusivité⁶⁹.

43. En définitive, le droit des sûretés et celui des procédures collectives sont des matières en perpétuelles mouvements, surtout en droit français. Toutefois, malgré leurs différentes évolutions, ces deux disciplines se livrent à une confrontation permanente.

IV- Confrontation entre le droit des procédures collectives et le droit des sûretés

44. L'évolution législative du droit des procédures collectives et du droit des sûretés révèle qu'à mesure que le législateur cherche à sacrifier, au nom du sauvetage de l'entreprise, les intérêts

⁶³ L'AUS consacre deux nouvelles sûretés réelles avec dépossession: le droit de rétention (art. 41 à 43) et le gage de créances (art. 50), et deux nouvelles sûretés réelles sans dépossession : le nantissement des actions et parts sociales (art. 64 à 68) et le nantissement de stocks (art. 100 à 105).

⁶⁴ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Editions Lamy, 2012, n° 4.

⁶⁵ P. CROCQ, « Les grandes orientations de la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et part.*, novembre 2010, n° 197, p. 52

⁶⁶ A. BOCCOVI, O. BUSTIN, « Rapport général sur l'Acte uniforme révisé OHADA portant sur l'organisation des sûretés », *LPA*, 25 septembre 2015, n° 192, p. 23.

⁶⁷ P. CROCQ, « Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés », *D.* 2011, p. 432

⁶⁸ Cf. art. 284 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général (AUDCG) et art. 103 de l'AUPC.

⁶⁹ P. CROCQ, « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patr.*, novembre 2010, n° 197, p. 78.

des créanciers et à protéger les débiteurs, se créent parallèlement des lois et des mécanismes permettant aux créanciers de résister efficacement à l'ouverture d'une procédure collective.

Ainsi, dès lors que la loi 13 juillet 1967 commença à imposer des sacrifices aux créanciers, même ceux titulaires de sûretés réelles⁷⁰, et que la jurisprudence les soumit à la règle de la suspension des poursuites individuelles⁷¹, le législateur admit, quelques années plus tard, l'efficacité des mécanismes fondés sur la propriété. C'est ainsi que la loi n° 335 du 12 mai 1980 dite « loi Dubanchet » reconnut l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas d'ouverture d'une procédure collective⁷². De même, avec la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 dite « loi Dailly », le législateur consacra la validité des cessions ou des nantissements de créances professionnelles⁷³.

Ce constat est plus flagrant dans les années qui suivent.

Après le laminage par la loi du 25 janvier 1985⁷⁴ des sûretés réelles dans la procédure de redressement judiciaire⁷⁵, le législateur de 1994 a dû, sous la menace des banquiers, revoir le statut des créanciers munis de telles sûretés⁷⁶. Certains ont alors considéré qu'il s'agissait du printemps des sûretés réelles⁷⁷. Cependant, la réforme de 1994 a vite montré ses limites, dans la mesure où seuls les titulaires d'un droit de rétention parvenaient à tirer leur épingle du jeu. En effet, les hypothèques et les gages sans dépossession « restent inanimés, meurtris sur le champ de bataille des procédures collectives »⁷⁸.

Par la suite, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 avait institué une nouvelle procédure collective en faveur des débiteurs : la procédure de sauvegarde. Elle permet à un débiteur qui n'est pas en cessation des paiements de se placer sous le contrôle judiciaire et de bénéficier des avantages de la procédure collective, notamment la soumission des créanciers à la discipline collective. Quelques mois plus tard, l'ordonnance du 23 mars 2006 avait profondément réformé le droit des sûretés

⁷⁰ Les créanciers doivent consentir à des remises de dettes, ou encore, octroyer des délais de paiement au débiteur.

⁷¹ Cass. com., 24 janvier 1973, n° 71-14.19, *Bull. civ. IV.* n° 42; *D.* 1973, p. 255, note F. DERRIDA ; Cass. com., 8 novembre 1973, n° 72-12.407, *Bull. civ. IV.* n° 318 ; *D.* 1974, p. 54, note A. HONORAT et obs. F. DERRIDA; Cass. com., 27 juin 1977, n° 76-10.406, *Bull. Civ. IV.* n° 186 ; *D.* 1977, IR, p. 457, obs. A. HONORAT. Il résulte de ces arrêts que tant que les créanciers titulaires de sûretés spéciales n'avaient pas produit leurs créances, et que celles-ci n'avaient pas été admises, ils ne pouvaient engager des poursuites contre le débiteur.

⁷² E. DU PONTAVICE, « Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai », *Banque* 1980, p. 1221 ; J. GHESTIN et C. JAMIN, « La protection du vendeur sous réserve de propriété et la survie de l'entreprise », *Rev. Proc. Coll.*, 1989, pp. 291.

⁷³ M. VASSEUR, « L'application de la loi Dailly », *D.* 1982, Chron. p. 273.

⁷⁴ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.*, n° 14; En plus d'être soumis aux règles traditionnelles de la discipline collective (suspension des poursuites individuelles, déclaration des créances), les créanciers titulaires de sûretés réelles subissent des restrictions qui leur sont propres, comme l'interdiction des inscriptions (art. 57 de la loi du 25 janvier 1985 ou des altérations relatives au droit de suite et au droit de poursuite (art. 34 et 78 de la loi du 25 janvier 1985); Sur cette question v. aussi I. ADJAGBA, *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, Th. Paris II, 1988.

⁷⁵ Les droits des créanciers munis de sûretés réelles étaient préservés en cas de liquidation judiciaire.

⁷⁶ Sur l'ensemble de la question v. G. AMIGUES, *Les sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives après la loi du 10 juin 1994*, Th. Aix- Marseille, 1997.

⁷⁷ M. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, « Le printemps des sûretés réelles ? », *D.* 1994, Chron., p. 243.

⁷⁸ B. MONASSIER, F. MICHEL, « Les sûretés ne sont plus sûres... », *Dr. et part.*, avril 2001, n° 92, p. 52.

réelles, notamment par la consécration de la clause de réserve de propriété en tant que sûreté et la création, dans le Code civil, d'un article spécifique au droit de rétention.

Aussi, en 2008, alors qu'avec la LME du 04 août, le législateur étendit le champ de la fiducie et créa un droit de rétention fictif au profit des créanciers gagistes sans dépossession, l'ordonnance du 18 décembre de la même année intervint en réglementant les effets de ces sûretés dans le cadre d'une procédure collective.

Quant à la réforme réalisée par l'ordonnance du 12 mars 2014, bien qu'elle ne modifie pas spécialement le droit des sûretés, elle se place dans le sillage de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et de l'ordonnance du 18 décembre 2008. Cette ordonnance met l'accent sur la prévention et vise notamment à rendre plus attractif le privilège de conciliation. Elle crée aussi une nouvelle procédure : la sauvegarde accélérée.

45. En droit OHADA, cette confrontation, bien que présente, se remarque moins. D'abord, contrairement au législateur français, le législateur communautaire africain ne se caractérise pas par une ardeur à légiférer. Ensuite, l'objectif prioritaire du droit des procédures collectives est resté, pendant longtemps, l'apurement du passif. Cela n'a toutefois pas empêché le législateur de 2010, réformant le droit des sûretés, de consacrer les propriétés-sûretés dans l'AUS et de renforcer l'efficacité du droit de rétention.

46. En tout état de cause, depuis plusieurs décennies, on assiste, surtout en France, à une confrontation permanente entre le droit des procédures collectives et le droit des sûretés⁷⁹. La doctrine ne manque d'ailleurs pas d'imagination pour qualifier les rapports qui existent entre ces deux branches du droit. Selon le professeur AYNÈS⁸⁰, « le développement des procédures d'insolvabilité, souvent dirigé contre les créanciers, anime l'éternel combat du glaive et de la cuirasse ». Quant au professeur PÉTEL⁸¹, il affirme que « la confrontation du droit des procédures collectives au droit des sûretés tient de la rivalité millénaire du glaive et du bouclier ».

47. La confrontation de ces deux disciplines naît des objectifs divergents qu'elles poursuivent. Alors que le droit des procédures collectives a pour finalité première le maintien des intérêts du débiteur par la poursuite de son activité, le droit des sûretés vise, en revanche, à protéger les créanciers contre le risque d'insolvabilité du débiteur. C'est donc lorsque le débiteur est confronté à des difficultés financières que le créancier se trouve en situation de ne plus pouvoir recouvrer sa

⁷⁹ P. GERBAULT, « Droit des sûretés et droit de l'entreprise : influences croisées », *RJ com.*, 2002, p. 150 ; F.-X. LUCAS, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, novembre-décembre 2009, n° 6, dossier 17, p. 60 ; Ph. ROUSSEL GALLE, F. PÉROCHON, « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *Rev. Proc. Coll.*, janvier 2016, n° 1, dossier 12, p. 65.

⁸⁰ L. AYNÈS, « Un droit en pleine évolution » in *Droit des sûretés : analyse d'un renouveau, Dr. et patr.*, juillet 2002, n° 106, p. 44.

⁸¹ Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. - Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 » *JCP E*, 2009, 1049, n° 31

créance normalement. La procédure collective réalisant ainsi la situation d'insolvabilité du débiteur, c'est à travers celle-ci que l'efficacité des sûretés se mesure véritablement.

48. Il convient de noter que l'article 2287 du Code civil prévoit que les dispositions du livre IV (relatif au droit des sûretés) ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Toutefois, malgré les dispositions de ce texte, qui font du droit des sûretés un droit subsidiaire par rapport au droit des procédures collectives, en pratique, les créanciers cherchent toujours à se protéger du mieux possible contre les effets de l'ouverture d'une procédure collective. Cela passe notamment par la recherche de garanties efficaces.

49. Ainsi, on assiste, depuis quelques années, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, à une sorte de retour dans le passé par la renaissance des mécanismes reposant sur la propriété ou la détention jadis considérés comme frustes ou archaïques. Naît alors un nouveau concept : l'exclusivité.

Une partie de la doctrine a d'ailleurs considéré que « la quête de la sûreté ultime, celle qui te donnera paix et tranquillité, touche peut-être à sa fin. La propriété renaît de ses cendres, pour t'offrir ce que tu as tant cherché pendant des années : l'exclusivité, le Saint Graal des sûretés fera de toi un créancier hors pair car hors concours »⁸². En effet, il apparaît de nos jours que dans la catégorie des sûretés réelles, ce sont celles qui positionnent le créancier dans une situation d'exclusivité qui lui garantissent une meilleure protection en cas d'ouverture d'une procédure collective⁸³. Compte tenu de l'absence de concours, l'exclusivité place le créancier dans une situation relativement enviable puisqu'elle lui assure une plus grande sécurité de paiement.

50. Que faut-il donc entendre par sûreté réelle exclusive ?

La notion de sûreté réelle ayant été définie plus haut, il nous faut ici définir celle d'exclusivité. L'exclusivité vient du mot latin *ex-cludere*, qui signifie ne pas *laisser entrer, faire sortir* ou *chasser*⁸⁴. L'exclusivité peut se définir comme le droit que l'on a ou qu'on acquiert d'exploiter une production artistique, littéraire ou autre, à l'exclusion de tout autre personne⁸⁵. Ainsi, comme le précise le professeur CROCQ⁸⁶, « le caractère exclusif d'un droit ne signifie pas que seul le titulaire du droit peut exercer celui-ci (...) mais que le titulaire du droit est le seul à jouir de toutes les prérogatives reconnues par la loi sur l'objet du droit ».

⁸² B. MONASSIER, F. MICHEL, « Les sûretés ne sont plus sûres... », art. préc., p. 52.

⁸³ S. ZÉPI, *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, Th. Nice Sophia Antipolis, 2004, pp. 24 et s.

⁸⁴ Dictionnaire latin-français GAFFIOT, voir « excludo, si, sum, ere ».

⁸⁵ <https://fr.wiktionary.org/wiki/exclusivité>

⁸⁶ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., n° 303.

D'une manière générale, la notion d'exclusivité sous-entend celle de l'exclusion. Dans le cadre du droit des sûretés, il est admis que ce qui est exclu c'est le concours avec les autres créanciers⁸⁷. L'exclusivité place donc le créancier à l'abri de tout concours⁸⁸. Ainsi, l'exclusivité s'entend par opposition au droit de préférence.

L'articulation de nombreux ouvrages sur le droit des sûretés le démontre d'ailleurs⁸⁹. C'est également la conception retenue par madame BOUGEROL dans sa thèse consacrée aux situations d'exclusivité⁹⁰. De même, le professeur ANCEL⁹¹ distingue, lorsqu'il évoque le développement dans le domaine des sûretés réelles, le droit d'exclusivité des droits de préférentiels⁹². On peut également citer un arrêt du 15 octobre 2013 rendue par la chambre civile de la Cour de cassation. La Haute juridiction a considéré que « *si la clause de réserve de propriété constitue une sûreté réelle, elle ne confère à son bénéficiaire aucun droit de préférence dans les répartitions* »⁹³. Avec cet arrêt, la haute Cour admet clairement qu'une sûreté réelle puisse ne pas conférer de droit de préférence au créancier bénéficiaire.

51. Ainsi, les sûretés réelles exclusives sont, à notre sens, celles qui confèrent à leur titulaire un droit exclusif sur le bien objet de la garantie et qui le placent, en principe, à l'abri de tout concours. Quelles sont donc ces sûretés réelles qui donnent au créancier un droit exclusif et non un droit de préférence ?

Une bonne partie de la doctrine⁹⁴ considère que l'exclusivité repose à la fois sur la propriété et sur la détention⁹⁵. En effet, s'il est vrai que le droit de propriété permet au créancier de jouir à lui tout

⁸⁷ *Ibid*, ns° 300 à 307; J.-D PELLIER, « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », art. préc., pp 8 et 9.

⁸⁸ Sur une étude détaillée, v. L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.*, ns° 38 et s.

⁸⁹ V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.* Ces auteurs distinguent « *les sûretés hors concours* » et « *les sûretés par préférence dans le concours* »; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit.*; Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*

⁹⁰ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.*; v. aussi, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *op. cit.*

⁹¹ P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *JCP E*, 1989, *Cah. drt. entp.*, suppl. n° 5, p. 4.

⁹² V. aussi, C. GINESTET, « La qualification de sûretés (seconde partie) », *Défrénois*, 28 février 1999, n° 4, p. 203.

⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 octobre 2013, n° 12-14.944, 13-10.463, *Bull. Civ. IV*. n° 153; *D.* 2014, p. 187, note L. SAENKO; *JCP E*, 2013, 1679, n° 17, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁹⁴ J.-D. PELLIER, « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », art. préc, pp 8-9; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit.* Pour l'auteur, les garanties plaçant le créancier dans une situation d'exclusivité tiennent d'une part, à « l'utilisation de la rétention à des fins de garantie » et d'autre part, à « l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie » (n° 370 et s.); F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », *LPA*, 11 février 2011, n°30, p. 59. Pour l'auteur, « l'exclusivité peut résulter non seulement de la propriété mais également de la rétention ». Cependant, l'auteur affirme que l'exclusivité est la caractéristique de la propriété-sûreté; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.* L'auteur qui étudie en profondeur les situations d'exclusivité oppose « l'exclusivité sur un bien du débiteur » (droits de rétention) à « l'exclusivité sur un bien hors du patrimoine du débiteur » (reposant sur la propriété). Par ailleurs, l'auteur démontre que l'éviction de tout concours ne signifie pas l'éviction de tout conflit (ns° 436 et s.); . BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, *op. cit.*, ns° 185 et s. Ces auteurs distinguent « l'exclusivité négative » (le droit de rétention) et « l'exclusivité positive » (les propriétés-sûretés).

⁹⁵ V. la position particulière de P. ANCEL, « *Droit des sûretés* », *op. cit.* L'auteur fait entrer dans la catégorie des droits exclusifs non seulement les propriétés-sûretés qu'il qualifie de « *droits exclusifs d'origine conventionnelle* » mais aussi

seul des prérogatives attachées au bien et le place de ce fait hors concours, il est tout aussi vrai que la rétention permet au créancier d'être exclu du concours avec d'autres créanciers. Par ailleurs, le droit de rétention ne confère pas à son bénéficiaire, contrairement aux sûretés réelles traditionnelles, un droit de préférence.

Il convient de préciser qu'en plus des mécanismes reconnus comme de véritables sûretés, il existe d'autres institutions qui confèrent au créancier une situation d'exclusivité. On y trouve notamment la compensation, les actions directes ou encore le crédit-bail. Cette liste n'est pas exhaustive⁹⁶.

52. Cependant, conformément à l'intitulé de cette étude, seuls seront retenus les mécanismes d'exclusivité reconnus comme des sûretés soit par le législateur français, soit par le législateur communautaire africain. Seront donc analysés les propriétés-sûretés et le droit de rétention.

Dans les propriétés-sûretés, il y a, d'une part, la propriété retenue à titre de garantie (la réserve de propriété) et, d'autre part, la propriété cédée à titre de garantie (la fiducie ou aliénation fiduciaire). À ce stade, quelques précisions sont nécessaires.

53. S'agissant de la propriété cédée à titre de garantie, seule sera ici étudiée la fiducie-sûreté régie par le Code civil⁹⁷. En revanche, seront exclues les autres fiducies dont la cession de créances professionnelles dite cession Dailly⁹⁸.

Ce choix s'explique par plusieurs raisons.

En droit français, comme d'autres mécanismes tels que les différents transferts d'instruments financiers⁹⁹ ou pour certains le gage-espèces¹⁰⁰, on range généralement la cession de créances professionnelles dans la catégorie des fiducies¹⁰¹. Il s'agit en effet d'un transfert de propriété à titre de garantie¹⁰², donc une forme de fiducie parmi tant d'autres¹⁰³. Pour cette raison, nous ne retiendrons que la fiducie régie par les articles 2011 et suivants du Code civil qui constitue la

d'autres mécanismes telle que la compensation et les actions directes, qu'il qualifie de « *droits exclusifs d'origine légale* » (ns° 462 et s.). Toutefois, sans faire entrer le droit de rétention dans cette catégorie, l'auteur ne manque pas de souligner que le droit de rétention peut aussi conférer à son titulaire une situation d'exclusivité (n° 463).

⁹⁶ Sur l'ensemble de la question v. L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.*

⁹⁷ Cf. art. 2011 à 2030 pour le droit commun de la fiducie.

⁹⁸ Elle est régie par les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier.

⁹⁹ On citera par exemple les opérations de pension (art. L. 211-17 du Code monétaire et financier) ou encore les contrats de garantie financière (art. L. 221-38 du même code).

¹⁰⁰ La nature juridique du gage-espèces est discutée en doctrine ; V. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 500 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 505 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n°457. Pour certains auteurs, il s'agit d'un gage tandis que d'autres y voient un transfert de propriété.

¹⁰¹ V. S. PIÉDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Ellipses, 2015, ns° 340-341 ; V. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, ns° 496 et s. ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, ns° 1263 et s. ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, ns° 750 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 595 ; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.*, ns° 257 et s.

¹⁰² Art. L. 313-24 du Code monétaire et financier

¹⁰³ Certains auteurs les qualifient de « fiducies-sûretés innomées » (V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 1262) ou encore de « fiducies-sûretés inavouées » (V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 595).

fiducie de droit commun¹⁰⁴. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, la cession Dailly est d'une efficacité redoutable¹⁰⁵, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective. Dès lors que la notification a été faite, c'est le respect en toutes situations des droits du cessionnaire. Or, la fiducie du Code civil apparaît comme une sorte de compromis. Bien qu'efficace, ses effets sont quelques fois limités en cas d'ouverture d'une procédure collective.

En droit OHADA, la situation est différente.

Le législateur a effectivement consacré la cession de créance comme une véritable sûreté. En effet, dans le troisième chapitre de l'AUS relatif à la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, la seconde section qui traite de la propriété cédée à titre de garantie aborde, dans une première sous-section, la cession de créance à titre de garantie et, dans une seconde sous-section, le transfert fiduciaire de somme d'argent. Ainsi, curieusement, à la différence du droit français, la cession de créance semble être considérée comme une sûreté distincte de l'aliénation fiduciaire. Cette situation pourrait s'expliquer par le fait qu'en droit OHADA, le transfert fiduciaire n'est prévu que pour des sommes d'argent.

Quoi qu'il en soit, la cession de créance est une sûreté à part entière et non une forme de fiducie. Pour cette raison, elle aurait dû rentrer dans notre champ d'étude. Cependant, bien que consacrée par l'AUS¹⁰⁶, il n'existe à ce jour aucun article spécifique à la cession de créance dans l'AUPC, pourtant récemment révisé. Tous ces éléments nous amènent donc à exclure la cession de créance du champ de cette étude, sauf à y faire parfois référence.

54. Quant au droit de rétention, s'il est vrai qu'en France, ni le législateur, ni la jurisprudence¹⁰⁷ ne le reconnaît comme une sûreté, son importance dans le droit des sûretés ne fait aucun doute. Sa réglementation au sein du livre IV du Code civil consacré aux sûretés n'est certainement pas anodine. Par ailleurs, l'importance du droit de rétention est également reconnue par la doctrine civiliste. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les ouvrages généraux sur le droit des sûretés¹⁰⁸ dont aucun ne fait l'économie de l'étude du droit de rétention. Enfin, comme nous le verrons, le droit de rétention se révèle, sous quelques réserves, d'une réelle efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective.

¹⁰⁴ *Ibid*, n° 1277; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.*, n° 261.

¹⁰⁵ F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », art. préc., p.59.

¹⁰⁶ La cession de créance est régie par les articles 80 à 86 de l'AUS.

¹⁰⁷ Cass. com., 20 mai 1997, n° 99-11.915, *Bull.civ.* IV. n° 141 ; *RTD civ.* 1997, p. 707, obs. P. CROCQ ; *D.* 1998, p. 102, note S. PIÉDELIÈVRE.

¹⁰⁸ Quelques ouvrages : D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, ns° 702 et s; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, ns° 620 et s ; S. PIÉDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, ns° 315 et s; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, ns° 208 et s ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, ns° 1346 et s; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, ns° 430 et s.

En revanche, en droit OHADA, le droit de rétention est reconnu comme une sûreté¹⁰⁹. Sur ce point, on peut considérer que le législateur OHADA a une longueur d'avance sur le législateur français. En effet, depuis l'adoption du premier AUS le 17 avril 1997, le droit de rétention a été reconnu comme sûreté en droit OHADA. L'article 39 de l'ancien AUS précisait que « *Les sûretés mobilières comprennent : le droit de rétention, le gage, les nantissements sans dépossession et les privilèges* ». Cependant, son caractère exclusif n'était pas véritablement affirmé puisque, comme le gage, il conférait à son bénéficiaire un droit de préférence et de suite¹¹⁰. Avec l'adoption du nouvel AUS le 15 décembre 2010, le législateur communautaire africain s'est ravisé. Désormais, le droit de rétention, en plus d'être reconnu comme une sûreté, repose uniquement sur la détention du bien¹¹¹. En conséquence, au-delà des discussions portant sur sa place au sein du droit des sûretés¹¹², le droit de rétention ne peut être exclu du champ de cette étude.

55. Ces quelques précisions données, il nous faut à présent définir les sûretés retenues, à savoir la réserve de propriété, la fiducie-sûreté et le droit de rétention.

Il convient de rappeler que la propriété n'a pas toujours été reconnue comme une sûreté¹¹³. En effet, pendant longtemps, le législateur et même la doctrine ont refusé de considérer la propriété, en l'occurrence le droit réel le plus complet qu'un créancier puisse avoir sur un bien, comme une simple sûreté, un droit réel accessoire¹¹⁴. Cependant, avec l'affaiblissement des sûretés traditionnelles dans le cadre d'une procédure collective notamment, la pratique développa des mécanismes de garanties fondées sur la propriété. Ainsi, le législateur précédé de la jurisprudence¹¹⁵ a fini par reconnaître la propriété-sûreté.

Dans un premier temps, l'ordonnance du 23 mars 2006, réformant le droit des sûretés, consacra la propriété retenue à titre de garantie (la réserve de propriété), dans un second temps, le législateur paracheva ensuite ce travail avec la loi du 19 février 2007, puis l'ordonnance du 30 janvier 2009 en consacrant la propriété cédée à titre de garantie (la fiducie-sûreté).

¹⁰⁹ J. ISSA- SAYEGH, « Le droit de rétention en droit sénégalais », *Penant*, octobre - décembre 1992, n° 810, p. 261 ; A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention en droit uniforme (OHADA) », *Penant*, juillet- septembre 2003, n° 844, p. 279 ; J.-C. JAMES, « Le droit de rétention en droit uniforme africain », *Revue Afrique juridique et politique, La revue du CERDIP*, volume 1, juillet-décembre 2002, n°2, p. 3 ; J.-C. OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », *Penant*, janvier- mars 2002, n° 838, p. 75 ; Z. ZERBO, « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative », *Penant*, mai- août 2001, n° 836, p. 125.

¹¹⁰ Art. 43 de l'ancien AUS.

¹¹¹ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, *op. cit.*, ns° 188 et s.

¹¹² *Ibid.*, ns° 186 et 187 ; D. LEGEAIS, « Quel avenir pour le droit de rétention », *Rev. drt. banc et fin.*, septembre 2014, n° 5, dossier 42. L'auteur propose une suppression du droit de rétention.

¹¹³ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1981, ns° 148 et s ; Ch. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Études R. ROBLOT, LGDJ*, 1984, p. 529 ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, ns° 71 et s.

¹¹⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 1229 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 751 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, ns° 721 et s.

¹¹⁵ Sur la réserve de propriété ; Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, Inédit ; *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. CROCQ.

* La réserve de propriété

56. Avant sa consécration en sûreté, la nature juridique de la réserve de propriété a longtemps divisé la doctrine¹¹⁶. Par ailleurs, bien que la jurisprudence ait admis depuis longtemps le caractère accessoire¹¹⁷ de la propriété réservée, puis sa qualification en sûreté¹¹⁸, ce n'est qu'avec l'ordonnance du 23 mars 2006 que le législateur a repris cette solution.

La clause de réserve de propriété¹¹⁹ suspend l'effet translatif du contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie (article 2367 du Code civil). C'est également la définition retenue par l'article 72 de l'AUS.

Contrairement aux dispositions des articles 1138 et 1583 du Code civil qui prévoient un transfert de propriété *solo consensu*, la clause de réserve de propriété permet de retarder l'effet translatif du contrat jusqu'au complet paiement de la créance.

En droit français, la clause de réserve de propriété est régie par les articles 2367 à 2373 du Code civil. En droit OHADA, sa réglementation procède des articles 72 à 78 de l'AUS. Cette clause a un domaine assez large. Elle peut être intégrée dans tout contrat produisant un effet translatif de propriété¹²⁰ et pas seulement dans le contrat de vente qui demeure néanmoins son domaine traditionnel. La clause de réserve de propriété porte généralement sur des biens mobiliers. Toutefois, sans en préciser le régime, l'article 2373 du Code civil dispose que la propriété de l'immeuble peut être retenue en garantie.

¹¹⁶ Pour certains, la clause de réserve de propriété ne pouvait être considérée comme une simple sûreté en raison de la prééminence du droit de propriété ; V. J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, Chron. p. 1 ; B. SOINNE, « La transmission de la clause de réserve de propriété », *Gaz. Pal.*, 1985, I, Doct. p. 287 ; A. GHOZI, « Nature juridique et transmissibilité de la réserve de propriété », *D.* 1986, Chron. p. 317. D'autres, en revanche, y voyaient une véritable sûreté ; V. CHAPUT, « Les clauses de réserve de propriété », *JCP* 1981, I, 3017, n° 20 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 3e éd, Litec 1995, ns° 532 et 533 (ancienne édition). En droit OHADA, bien avant la réforme de l'AUS intervenue en 2010, la doctrine considérait déjà la réserve de propriété comme une sûreté ; M. K. BROU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA », *Pénant*, septembre- décembre 2001, n° 837, p. 308 ; D.C. SOSSA, « Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, 2006, n° 16, p.3.

¹¹⁷ La jurisprudence a admis que le bénéfice de la réserve de propriété pouvait être transmis au tiers subrogé : Cass. com., 15 mars 1988, n° 86-13.687, *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *D.* 1988, p. 330, note F. PÉROCHON ; *Rev. Proc. Coll.*, 1988, p. 103, obs. F. DEKEUWER ; Cass. com., 5 octobre 1993, n° 91-14.194, *Bull. civ.* IV, n° 314.

¹¹⁸ Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, arrêt préc ; Cass. com., 23 janvier 2001, n° 97-21.660, *Bull. civ.* IV, n° 23 ; *JCP G*, 2001, I, 321, n° 13, obs. M. CABRILLAC ; *RTD civ.* 2001, p. 229, obs. P. CROCQ.

¹¹⁹ E. DU PONTAVICE, « Intérêts et limites de la clause de de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai », art. préc ; M. PEDAMON, « La réserve de propriété en droit allemand et en droit français », *RJ com.* 1982, p.62 ; F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, préf. F. DERRIDA, avant-propos J-M. MOUSSERON, *Bibl.dr.ent.*, t. 21, Litec, 1988 ; M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. THÉRY, Doctorat et Notariat, t.24, Défrénois, 2007.

¹²⁰ La clause de réserve de propriété peut aussi être insérée dans le contrat d'entreprise ; Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-21.126, Inédit, *RTD civ.* 2001, p. 930, obs. P. CROCQ.

* La fiducie-sûreté

57. La fiducie-sûreté¹²¹ est la plus vieille des sûretés réelles. Elle avait déjà existé à l'époque de l'Empire romain sous le nom de *fiducia cum creditore*. Sa récente introduction en droit français s'est faite de manière progressive¹²².

L'article 2011 du Code civil définit la fiducie 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 de plusieurs bénéficiaires* ». La fiducie est donc une opération tripartite complexe. Il faut un constituant, un fiduciaire et un bénéficiaire. Dans certaines situations, le fiduciaire peut également être le bénéficiaire. La fiducie suppose la création d'un patrimoine d'affectation¹²³.

Elle peut être conclue à des fins de gestion ou à des fins de garantie. Dans ce dernier cas, la propriété des biens est temporairement transférée au fiduciaire afin de garantir le paiement d'une ou de plusieurs créances. C'est donc cette forme de fiducie (fiducie-sûreté) qui retiendra notre attention. C'est d'ailleurs le régime de cette fiducie qui a été précisé par les dernières réformes en la matière (l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 12 mai 2009).

La fiducie-sûreté a un champ d'application très large. Elle peut porter sur des biens mobiliers (articles 2372-1 à 2372-5 du Code civil) ou immobiliers (articles 2488-1 à 2488-5 du Code civil). Elle peut par ailleurs être stipulée rechargeable (articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil).

58. En droit OHADA, la fiducie a été consacrée par l'AUS adopté le 15 décembre 2010. Elle est régie par les articles 87 à 91. Contrairement au droit français, elle ne concerne que les sommes d'argent. L'article 87 de l'AUS précise que « *Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation. Ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir* ». Par ailleurs, à la différence du droit français, le transfert fiduciaire d'une somme d'argent ne suppose pas la création d'un patrimoine fiduciaire. Les fonds sont simplement transférés dans un compte ouvert au nom du créancier bénéficiaire.

¹²¹ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français, op. cit.*; S. FARHI, *La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, Th. Nice, 2013.

¹²² V. l'évolution du droit des sûretés (ns° 37 et s.)

¹²³ Le législateur français a suivi le modèle du trust anglais.

* Le droit de rétention

59. Compte tenu de sa spécificité et de sa technique particulièrement fruste, la nature juridique du droit de rétention a suscité de nombreux débats au sein de la doctrine française¹²⁴. Plusieurs définitions ont par ailleurs été proposées¹²⁵.

Mais, quelle que soit la définition qu'on lui donne, le droit de rétention s'analyse de manière générale comme la faculté pour un créancier qui détient un bien appartenant en principe à son débiteur d'en refuser la restitution, tant qu'il n'a pas reçu le paiement complet de sa créance.

En France, le droit de rétention fut d'abord reconnu dans divers textes spéciaux¹²⁶, avant que l'ordonnance du 23 mars 2006 ne lui consacre un article spécifique (article 2286 du Code civil).

60. Le droit de rétention suppose l'existence d'un lien de connexité entre la chose retenue et la créance réclamée¹²⁷. La connexité peut être conventionnelle, juridique ou matérielle.

La connexité est conventionnelle lorsque la chose a été remise au créancier jusqu'au paiement de sa créance. Elle est juridique lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le créancier à livrer la chose. Dans ce cas, la créance et la détention trouvent leur source dans un même rapport de droit¹²⁸. Enfin, la connexité matérielle suppose que la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose.

En consacrant l'exigence d'un lien de connexité entre la créance garantie et la détention de la chose, le législateur de 2006 reprend la solution adoptée par la jurisprudence et même la doctrine. En effet, avant l'introduction de l'article 2286 dans le Code civil, la jurisprudence avait reconnu le droit de rétention à tous les créanciers qui pouvaient invoquer un lien de connexité matérielle (dite encore

¹²⁴ Certains analysèrent le droit de rétention comme un droit personnel (N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, pp. 10 et s. sp. p. 13; Pour d'autres, il s'agissait d'un droit réel (R. RODIERE, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 1962, *D.* 1965, p. 28; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 56); D'autres encore, avait préféré une solution médiane de "droit réel inachevé" (H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome III, *Sûretés, publicité foncière*, vol. 1, 7^e ed., par Y. PICOD, Montchrestien, 1999, n° 129); Enfin, d'autres estimaient qu'il n'était ni un droit réel, ni un droit personnel, mais un simple "pouvoir de fait" (V. J.-F. DURAND, *Le droit de rétention*, Th. Paris II, 1979; P. SALVAGE, *La rétention*, Th. Grenoble, 1968); V. aussi F. DERRIDA, « La dématérialisation du droit de rétention », in *Mél. P. Voirin*, LGDJ, 1967, p. 178; A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. Ch. LARROUMET, Economica, 2005; K. LUCIANO, « Analyse juridique du droit de rétention », *Rev. Proc. Coll.*, juillet 2012, n°4, étude 29, p. 38; Quant à la jurisprudence elle a jugé que « le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage » (Cass. com., 20 mai 1997, n° 99-11.915, arrêt préc.). Plus récemment, la Cour a analysé le droit de rétention comme un droit réel sur la chose retenue (Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.262, *Bull. civ.* IV, n° 106; Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2009, n° 08-10.152, *Bull. civ.* I, n° 178).

¹²⁵ N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », art. préc., p. 13. L'auteur affirma que le droit de rétention « se résume en la faculté pour le créancier-débiteur, d'assigner unilatéralement un terme à son obligation de délivrance ». De la sorte, le droit de rétention était perçu comme une simple modalité d'exécution de l'obligation de délivrance pesant sur le détenteur; J.-F. DURAND, *Le droit de rétention, op. cit.*, p. 1146. Monsieur DURAND considérait que le droit de rétention était un simple pouvoir de fait qui résulte de la détention du bien par le créancier; A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité, op. cit.*, n° 2. L'auteur définit le droit de rétention comme la faculté reconnue à un créancier de retenir un bien de son débiteur pour faire pression sur celui-ci.

¹²⁶ V. par exemple les articles 1612, 1653, 1749, 1948, 2277, al. 1^{er} du Code civil.

¹²⁷ A. AYNÈS, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p.1301

¹²⁸ Il peut s'agir d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

objective)¹²⁹ ou juridique (ou encore intellectuelle ou subjective)¹³⁰ entre leur créance et le bien retenu. En revanche, la jurisprudence avait limité la portée de la connexité conventionnelle¹³¹. Quant à la doctrine, le professeur AYNÈS¹³² avait soutenu que la nature juridique du droit de rétention variait selon qu'il repose sur un lien de connexité juridique, matérielle ou conventionnelle. Il s'agirait d'une exception d'inexécution en cas de connexité juridique, d'un diminutif du gage en cas de connexité conventionnelle et d'un privilège naturel en cas de connexité matérielle.

61. Le droit de rétention peut porter sur des meubles corporels¹³³ ou incorporels¹³⁴ ou encore sur des immeubles¹³⁵. Par ailleurs, il peut être autonome ou attaché à une sûreté.

Lorsque le droit de rétention est autonome, il existe indépendamment de toute autre sûreté et suppose l'établissement d'un lien de connexité entre la créance et la détention. Ce droit de rétention est réglementé par les trois premiers alinéas de l'article 2286 du Code civil. Dans ces situations, le droit de rétention est toujours réel ou effectif, car il emporte nécessairement dépossession du débiteur.

Au contraire, lorsque le droit de rétention est attaché à une sûreté, tel que le gage ou le nantissement, l'exigence de connexité est écartée. Dans ce cas, le droit de rétention peut être réel (le droit de rétention attaché au gage avec dépossession) ou fictif (le droit de rétention attaché au gage sans dépossession¹³⁶ ou au nantissement¹³⁷). Depuis la LME, il existe aussi un droit de rétention fictif reconnu à tous les gages sans dépossession. Il résulte des dispositions de l'article 2286,4° du Code civil.

¹²⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 22 mai 1962, *Bull. civ.* I, n° 258 ; *D.* 1965, p. 58, note R. RODIÈRE. La Cour de cassation avait jugé que « le droit de rétention peut être exercé dans tous les cas où la créance est née à l'occasion de la chose retenue, il existe entre cette créance et cette chose un lien de connexité matérielle ».

¹³⁰ C'est au milieu du XX^e siècle que la jurisprudence rendit les premières décisions ayant reconnu l'existence d'un droit de rétention fondé sur la connexité juridique. Une des affaires concernent l'hypothèse dans laquelle des salariées travaillant à domicile avaient été autorisés, afin de contraindre leur employeur à payer leur salaire, à retenir les machines leur permettant d'exécuter leur tâche (Cass. Soc. 9 janvier 1958, *Bull. civ.* IV, n° 56). Une autre affaire concerne des professionnels, notamment des officiers ministériels et des comptables qui retenant des dossiers des clients qui n'avaient pas acquitté les honoraires qui leur étaient dus. (Cass. civ., 1^{ère}, 17 juin 1969, *Bull. civ.* IV, n° 233; *JCP*, 1970. II. 16162, note N. CATALA.)

¹³¹ La constitution d'un droit de rétention conventionnel paraissait possible lorsque ce n'était pas la chose mise en cause qui était remise au créancier mais des documents permettant son utilisation. C'est par exemple le cas lorsqu'un vendeur à crédit d'un véhicule automobile ou un prêteur qui finance l'acquisition du véhicule automobile se fait remettre par l'acheteur ou l'emprunteur les documents administratifs relatifs au véhicule. Le vendeur ou le prêteur pourra retenir les documents tant que le crédit n'est pas remboursé. (Cass. com., 31 mai 1994, n° 92-16.505-91-20.677, *Bull. civ.* IV, ns° 195-196)

¹³² A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, *op. cit.* ns° 190 et s.

¹³³ Ils sont les supports traditionnels du droit de rétention.

¹³⁴ Le nantissement de compte-titres (art. L. 211-20, IV, du Code monétaire et financier).

¹³⁵ Le gage immobilier (art. 2387-2391 du Code civil) ; La jurisprudence a jugé que l'assiette du droit de rétention concerne tant l'immeuble que ses fruits (Cass. com, 6 octobre 2009, n°08-19.458, Inédit ; *JCP G*, 2009, 492, n° 12, obs. Ph. DELEBECQUE).

¹³⁶ Gage sur véhicules automobiles (art. 2352 du Code civil), ou encore le warrant agricole

¹³⁷ Sur le nantissement de compte-titres v. p. 398 ; ou dans une certaine mesure le nantissement de créance (art. 2363 du Code civil) ; V. L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 444 ; Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, *Bull. Civ.* IV, n° 94; *RTD civ.* 2010, p. 196, obs. P. CROCQ.

Indépendamment des cas spécifiques¹³⁸, bénéficient donc du droit de rétention, les créanciers dont cette prérogative résulte des dispositions de l'article 2286 du Code civil, les créanciers gagistes et certains créanciers nantis.

62. La situation est quelque peu différente en droit OHADA.

D'abord, le législateur communautaire africain fait du droit de rétention une sûreté mobilière, ce qui laisse penser que le droit de rétention ne peut porter sur des immeubles¹³⁹. Ensuite, il n'existe pas, en droit OHADA, à la grande différence du droit français, un droit de rétention fictif attaché au gage sans dépossession. Cette solution résulte de l'interprétation des dispositions de l'article 107 de l'AUS qui règle les conflits entre les créanciers gagistes. L'alinéa 2 du texte précise que « *Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant le droit de rétention de ce dernier* ». Et l'alinéa 3 ajoute que « *Lorsqu'un bien donné en gage avec dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage sans dépossession, le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier postérieur qui ne pourra prétendre exercer ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé* ».

Il en résulte que lorsqu'il est question d'un gage avec dépossession, le créancier tire avantage d'un droit de rétention, mais aussi d'un droit de préférence. Or, il bénéficie seulement d'un droit de préférence lorsqu'il s'agit d'un gage sans dépossession.

En revanche, comme en droit français, le droit de rétention peut être autonome lorsqu'il repose sur un lien de connexité¹⁴⁰. Il peut être attaché au gage avec dépossession¹⁴¹. Enfin, le créancier nanti sur des comptes de titres financiers bénéficie également d'un droit de rétention¹⁴².

63. En somme, ce sont donc ces trois sûretés (le droit de rétention, la fiducie-sûreté et la clause de réserve de propriété) qui seront confrontées à l'épreuve des procédures collectives.

Toutefois, seules seront retenues les procédures ayant véritablement un caractère collectif¹⁴³. Il s'agit des procédures préventives ou curatives judiciaires qui se caractérisent par le traitement

¹³⁸ Bénéficient par exemple d'un droit de rétention: le vendeur de meubles impayés (art. 1612 du Code civil et art. L. 624-14 du Code de commerce) ou encore le dépositaire (art. 1948 du Code civil).

¹³⁹ Il n'existe pas non plus de gage immobilier en droit OHADA.

¹⁴⁰ Art. 67 à 70 de l'AUS

¹⁴¹ Art. 99 et 107 de l'AUS

¹⁴² Art. 151 de l'AUS.

¹⁴³ J.-L. VALLENS, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective? », *RTD com.*, 2011, p. 644. L'auteur souligne que la procédure collective « implique tous les créanciers d'un débiteur défaillant et les soumet à une même loi, l'arrêt des poursuites individuelles, l'obligation de faire valoir leur droit par le filtre de la procédure de vérification des créances, la désignation du mandataire de justice pour des missions plus ou moins étendues qui couvrent au minimum un contrôle de la gestion, un pouvoir d'arbitrage sur les contrats en cours et le cas échéant la réalisation ordonnée des actifs »; F.-X. LUCAS, « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2012, n° 3, dossier 18, p. 93. Pour l'auteur, la procédure collective est « traditionnellement totale et globale, au sens où elle appréhende l'ensemble des biens du débiteur et où elle contraint l'ensemble des créanciers ». L'auteur met également l'accent sur la soumission des créanciers à une discipline collective ; D. TRICOT,

collectif et égalitaire des créanciers chirographaires. C'est, en effet, dans le cadre de ces procédures régies par le principe d'égalité et soumettant les créanciers à une discipline collective, que l'on peut véritablement mesurer la protection dont bénéficie une sûreté par rapport à une autre. On peut réellement apprécier si, compte tenu de la sûreté dont il est titulaire, un créancier bénéficie d'un traitement différent de celui des autres créanciers.

64. De ce fait, ne rentrent pas dans le cadre de cette étude les procédures préventives amiables de règlement des difficultés des entreprises prévues par les législateurs français et africain. Il s'agit des procédures d'alerte, du mandat *ad hoc*, de la procédure de conciliation¹⁴⁴ ou encore du règlement amiable agricole. En règle générale, ces procédures amiables ou contractuelles n'ont pas un effet contraignant sur les créanciers et ne se caractérisent pas par la soumission de ces derniers à une discipline collective.

65. La protection des sûretés réelles exclusives sera donc analysée dans le cadre des procédures collectives reconnues aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Elles sont au nombre de quatre. D'une part, la sauvegarde et le règlement préventif qui sont des procédures préventives de la cessation des paiements et, d'autre part, le redressement et la liquidation judiciaire qui requièrent la cessation des paiements.

66. La sauvegarde, procédure spécifique au droit français, s'ouvre sur demande du débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif¹⁴⁵. Il existe des variantes de la procédure de sauvegarde, à savoir la sauvegarde financière accélérée (SFA) dont le caractère collectif est discuté en doctrine¹⁴⁶ et la sauvegarde accélérée créée par l'ordonnance du 12 mars 2014.

67. Le règlement préventif, procédure du droit OHADA, est, comme son titre l'indique, une procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif¹⁴⁷.

« Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2012, n° 3, dossier 21, p. 102. L'auteur propose trois critères cumulatifs pour caractériser les procédures collectives : l'entreprise, la procédure doit être judiciaire, et enfin le caractère collectif.

¹⁴⁴ La doctrine admet de manière quasi-unanime que la conciliation n'est pas une procédure collective. Mais le professeur D. TRICOT, considère que rien ne semble s'opposer à faire entrer la conciliation parmi les procédures collectives du droit français (« Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance », art. préc.).

¹⁴⁵ Art. L. 620-1 du Code de commerce.

¹⁴⁶ J.-L. VALLENS, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », art. préc., p. 644. Pour l'auteur la SFA n'est pas une procédure collective ; elle n'est ni une sauvegarde, ni une conciliation ; F.-X. LUCAS, « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », art. préc., p. 93. L'auteur considère la SFA comme une véritable procédure collective ; Dans le même sens ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1071 ; Pour d'autres la SFA est une procédure hybride, semi-collective (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 956 ; ou encore partiellement collective (Ph. PÉTEL, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E*, 2014 , 1223, n° 11).

Comme la sauvegarde française, le règlement préventif s'ouvre sur demande du débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses¹⁴⁸.

68. Le redressement judiciaire est une procédure collective commune au droit français et au droit OHADA. L'article L. 631-1 du Code de commerce précise que le redressement judiciaire s'ouvre à tout débiteur qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Cette procédure est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

En droit OHADA, le redressement judiciaire est vu comme une procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements, mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement¹⁴⁹.

69. Enfin, la procédure de liquidation, comme le redressement judiciaire, existe en droit français (liquidation judiciaire) et en droit OHADA (liquidation des biens).

En droit français, la liquidation judiciaire est ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. Elle est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens¹⁵⁰.

En droit OHADA, la liquidation des biens est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif¹⁵¹.

70. Le législateur OHADA a récemment institué des procédures collectives simplifiées (règlement préventif simplifié¹⁵², redressement judiciaire simplifié¹⁵³ et liquidation des biens simplifiée¹⁵⁴) destinées aux petites entreprises¹⁵⁵. En revanche, le législateur français n'a institué qu'une procédure de liquidation simplifiée¹⁵⁶.

71. En définitive, cette thèse consacrée à la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives se propose de répondre à plusieurs interrogations.

¹⁴⁷ Art. 2, al. 2 de l'AUPC.

¹⁴⁸ Art. 6 de l'AUPC.

¹⁴⁹ Art. 2, al. 3 de l'AUPC.

¹⁵⁰ Art. L. 640-1 du Code de commerce.

¹⁵¹ Art. 2, al. 4 de l'AUPC.

¹⁵² Art. 24 de l'AUPC.

¹⁵³ Art. 145 de l'AUPC.

¹⁵⁴ Art. 179 de l'AUPC.

¹⁵⁵ L'article 1-3 de l'AUPC définit la petite entreprise comme : « toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20), et dont le chiffre d'affaires n'excède pas cinquante millions (50.000.000) de francs CFA, hors taxes, au cours des douze (12) mois précédant la saisine de la juridiction compétente conformément au présent Acte uniforme ».

¹⁵⁶ Art. L. 644-1 du Code de commerce.

Quel est l'état de la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives ? Est-elle absolue ou limitée ? Les sûretés réelles exclusives sont-elles en mesure de conférer à leur titulaire, dans le cadre d'une procédure collective, la protection tant recherchée ? Autrement dit, l'exclusivité attachée à ces sûretés remplit-elle, au regard des législations française et africaine, la fonction de protection des intérêts des créanciers au moment où le besoin de sécurité se fait le plus sentir, lorsque la défaillance du débiteur est constatée dans le cadre d'une procédure collective ? Enfin, si les sûretés réelles exclusives sont plus ou moins efficacement protégées nonobstant l'ouverture d'une procédure collective, il convient de s'interroger sur l'impact de cette protection au regard des objectifs du droit des procédures collectives.

72. Ces questions ont un intérêt pratique non négligeable. En effet, depuis le laminage des sûretés réelles classiques par la loi du 25 janvier 1985, la pratique est marquée par une sorte de retour dans le passé par l'utilisation de la propriété et de la détention à des fins de garanties. Ainsi, l'étude menée dans le cadre de cette recherche permettra aux praticiens, notamment aux établissements de crédit de connaître, dans le cadre d'une procédure collective, les tenants et les aboutissants de la constitution de sûretés fondées sur des situations d'exclusivité. Par ailleurs, un sujet sur les procédures collectives a encore tout son intérêt aujourd'hui, vu le nombre élevé des procédures collectives ouvertes en France notamment¹⁵⁷.

D'un point de vue théorique, s'il est vrai que plusieurs études ayant trait soit au sort des sûretés réelles dans les procédures collectives¹⁵⁸, soit aux situations d'exclusivité de manière générale¹⁵⁹, ont déjà été menées, il n'est pas moins vrai que cette thèse a la particularité de s'intéresser à la quasi-totalité des sûretés réelles exclusives et de les confronter au droit complexe des procédures collectives. À cela s'ajoute l'aspect comparatif de cette recherche qui permet d'analyser des systèmes juridiques à la fois différents et similaires puisque l'un inspire l'autre.

73. Nous verrons donc qu'aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, les sûretés réelles exclusives sont, de part leur nature, des mécanismes qui permettent à leur titulaire d'échapper en

¹⁵⁷ Depuis 2009, en moyen il y a 60000 procédures collectives ouvertes par an. En 2009, 61595 procédures collectives dont 1420 sauvegardes ; en 2010, 58195 procédures collectives dont 1312 sauvegardes ; en 2011, 58195 procédures collectives dont 1419 sauvegardes ; en 2012, 59780 procédures collectives dont 1498 sauvegardes ; en 2013, 61468 procédures collectives, dont 1654 sauvegardes ; en 2014, 62586 procédures collectives dont 60966 ouvertures de redressements ou liquidations judiciaires et 1620 sauvegardes ; en 2015, 63081 procédures collectives dont 18370 redressements judiciaire, 43178 liquidations judiciaires et 1533 procédures de sauvegardes ; au 1^{er} trimestre de 2016, 16309 procédures collectives dont 4727 redressements judiciaires, 11232 liquidations judiciaires et 350 sauvegardes ; au 2^e trimestre de 2016, 14026 procédures collectives dont, 328 procédures de sauvegardes, et 13698 procédures de redressements et liquidations judiciaires. (Sources, *Annuaire statistique de la Justice*, Altarès et AGS).

¹⁵⁸ V. par exemple : I. ADJAGBA, *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, op. cit ; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Th. Toulouse, 1992 ; G. AMIGUES, *Les sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives après la loi du 10 juin 1994*, op. cit ; S. ZÉPI, *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, op. cit ; S. FARHI, *La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, op. cit.

¹⁵⁹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit ; P. GOURDON, *L'exclusivité*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. privé, t. 455, L.G.D.J, 2006 ; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, op. cit.

partie aux règles de la discipline collective. De ce fait, l'exclusivité assure une véritable protection à ces sûretés. Cependant, cette protection n'est pas automatique. Elle dépend largement des exigences des procédures collectives, l'ouverture de la procédure pouvant même remettre en cause l'existence de ces sûretés. Ainsi, bien qu'effective, la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives n'est pas sans entrave.

74. Dans une première partie, nous analyserons l'effectivité de la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives. Et, dans la seconde partie, nous verrons que cette protection est tout de même subordonnée aux exigences de la procédure collective. Bien que protégées, les sûretés réelles exclusives, et partant, les créanciers qui en sont munis, ne sont donc pas au-dessus de la procédure collective.

PREMIÈRE PARTIE : UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES EFFECTIVE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

75. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un débiteur entraîne la mise en œuvre des règles spéciales que l'on qualifie généralement de discipline collective. Celle-ci marque le caractère collectif et égalitaire de la procédure collective notamment en ce qui concerne le traitement des créanciers chirographaires.

Les règles de la discipline collective sont de plusieurs ordres. Elles visent, pour certaines, à restreindre les droits des créanciers. C'est le cas de l'arrêt des poursuites individuelles et son corollaire l'interdiction des paiements des créances.

Fondées sur la volonté législative d'imposer des sacrifices aux créanciers et les soumettre à une discipline collective, ces règles traditionnelles du droit des procédures collectives favorisent, aujourd'hui, soit le sauvetage de l'entreprise lorsque cela est encore possible, soit la réalisation des opérations de liquidation. Quoi qu'il en soit, ces deux règles sont de portée générale puisqu'elles s'appliquent à la plupart des créanciers.

76. Toutefois, en dehors des règles ci-dessus indiquées, l'ouverture d'une procédure collective peut également être à l'origine de la mise en application des règles qui s'appliquent spécifiquement à une catégorie de créanciers, en l'occurrence à ceux munis des sûretés réelles. C'est le cas lorsque, pour favoriser la poursuite de l'activité, une cession de biens est envisagée ou encore une substitution de garantie est imposée aux créanciers. Dans cette situation, l'ouverture d'une procédure collective est susceptible de porter atteinte à l'assiette des sûretés données en garantie des créances.

En somme, à l'égard des sûretés réelles, l'ouverture d'une procédure collective peut avoir des effets néfastes. Elle peut, d'une part, porter atteinte à l'assiette des sûretés et, d'autre part, limiter les droits des créanciers qui en sont munis.

77. Pour autant, la situation est bien différente pour les sûretés réelles exclusives. Ainsi, dans cette première partie consacrée à l'effectivité de la protection des sûretés réelles dans les procédures collectives, il s'agit de voir comment ces sûretés là vont échapper aux règles de la discipline collective et de quelle manière va se manifester leur protection.

Nous verrons que cette protection se manifeste dans deux séries de règles. L'exclusivité permet non seulement de préserver l'assiette des sûretés (titre 1), mais également le maintien de certains droits des créanciers (titre 2).

TITRE 1/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE LEUR ASSIETTE

78. La procédure collective menace, à plusieurs égards, le maintien de l'assiette des sûretés réelles dans leur état d'origine.

L'ouverture d'une procédure collective peut favoriser la réduction de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles. Cette situation se vérifie dans l'hypothèse où une cession partielle ou totale d'actifs est envisagée. Dans ce cas, la mise en œuvre de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession peut réduire l'étendue de l'assiette des sûretés à une simple quote-part du prix de cession bien souvent inférieure à la valeur du bien. Or, les sûretés réelles exclusives n'étant pas visées par cette règle, leur assiette se trouve préserver contre toute possibilité de réduction. (Chapitre 1). L'ouverture d'une procédure collective peut, aussi être à l'origine du changement de l'identité de l'assiette des sûretés. C'est le cas lorsque, pour assurer une trésorerie à l'entreprise, une substitution de garantie est imposée aux créanciers. Les sûretés réelles exclusives étant exclues du domaine de la substitution de garantie, elles ne peuvent donc subir une quelconque modification de leur assiette. Il en résulte une préservation de l'identité de l'assiette de ces sûretés. (Chapitre 2).

CHAPITRE 1/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE L'ÉTENDUE DE LEUR ASSIETTE

79. Une sûreté réelle repose sur un bien déterminé qui peut être un meuble (corporel ou incorporel) ou un immeuble. Ce bien constitue l'assiette sur laquelle s'exercent les prérogatives conférées par la sûreté à son bénéficiaire. Lorsque l'on veut préserver ces prérogatives, le maintien de l'assiette dans l'état où elle a été consentie est très important, puisque c'est elle qui va déterminer l'étendue des droits du bénéficiaire de la sûreté.

80. L'ouverture d'une procédure collective peut cependant réduire l'étendue de l'assiette des sûretés. C'est notamment le cas lorsque la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession est mise en œuvre. En effet, l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dispose que « *Lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence* ».

Créée par la loi du 25 janvier 1985¹⁶⁰, la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession avait pour objectif d'assurer la protection des créanciers titulaires de sûretés spéciales, afin de parvenir à une individualisation des droits de préférence de chacun d'eux¹⁶¹. Le législateur avait donc prévu une mesure qui permettrait d'assurer la protection des droits des créanciers munis de sûretés réelles dans l'hypothèse d'une cession.

81. Mais, en pratique, plutôt que d'assurer la protection des créanciers, la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession, en envisageant la possibilité de céder des biens pourtant grevés de sûretés, s'inscrit dans la logique du législateur de 1985. Ce dernier, en faisant du redressement de l'entreprise l'objectif prioritaire du droit des procédures collectives, avait largement sacrifié les intérêts des créanciers, y compris ceux munis de sûretés réelles.

Dans le même sens, une partie de la doctrine¹⁶² a considéré que la réduction de l'assiette des sûretés réelles spéciales, sans dépossession à une quote-part, est fondée sur la volonté d'assurer le redressement de l'entreprise et d'améliorer le paiement du passif chirographaire. Ainsi, la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession expose les créanciers au risque d'une réduction de l'assiette de leur sûreté. Les dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, précité traduisent en effet l'éventualité d'une réduction de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles, puisque les droits des

¹⁶⁰ Art. 73 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

¹⁶¹ P.- M. LE CORRE, « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », *Gaz. Pal.*, 08 janvier 2011, n° 8, p. 13.

¹⁶² F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., p. 167.

créanciers vont désormais s'exercer sur une quote-part du prix de cession et non plus sur l'intégralité de la valeur du bien affecté en garantie¹⁶³.

82. En réalité, ce n'est pas tant l'affectation d'une quote-part qui pose problème, mais plutôt la modicité du prix de cession. En effet, le prix global de cession est bien souvent inférieur à la valeur vénale des actifs cédés pris séparément. Cette situation a pour conséquence la spoliation des créanciers¹⁶⁴. La réduction de l'assiette des sûretés proviendrait donc de la faiblesse du prix de cession et non du mécanisme de l'affectation d'une quote-part.

83. Quoi qu'il en soit, en droit français, la règle de l'affectation d'une quote-part du prix intervient dans l'hypothèse d'une cession des biens grevés. Il peut s'agir d'une cession partielle d'actif ou d'une cession globale de l'entreprise. La cession peut être décidée dans le cadre d'un plan de sauvegarde, d'un plan de redressement ou d'une liquidation judiciaire. Dans tous les cas, si la cession est prononcée en dehors de la liquidation judiciaire, il sera fait application des dispositions de l'article L. 642-12 précité. En sauvegarde et en redressement judiciaire, l'application desdites dispositions se fait, chacun en ce qui le concerne, selon les renvois opérés par les articles L. 626-1, alinéa 2, et L. 631-22, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.

84. Le droit OHADA n'est pas en reste.

Deux dispositions abordent de façon sommaire la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Comme en droit français, elle intervient dans l'hypothèse d'une cession partielle ou totale d'actifs. En redressement judiciaire, la cession peut être partielle ou totale. Dans ce cas, l'article 131, alinéa 4, de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) dispose que « *Lorsque la cession partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession* ». En revanche, la cession globale d'actif n'est possible qu'en liquidation des biens. L'article 162 de l'AUPC précise à cet égard que « *Le juge-commissaire ordonne la cession en affectant une quote-part du prix de cession à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence* ».

85. En tout état de cause, qu'il s'agisse du droit français ou du droit OHADA, l'analyse des textes consacrant la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession fait ressortir que celle-ci ne s'applique pas aux sûretés réelles exclusives. En effet, contrairement aux sûretés réelles classiques ou préférentielles, les premières citées échappent au domaine d'application de la règle. En conséquence, elles demeurent à l'abri de toute réduction.

¹⁶³ P.- M. LE CORRE, « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », art. préc., p. 14.

¹⁶⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1280.

86. Aussi, dans le cadre de cette étude, il ne s'agit pas d'étudier le régime de la règle de l'affectation d'une quote-part, en revanche, il est question d'analyser le sort des sûretés réelles exclusives par rapport à cette règle. Pour cela, il nous faut déterminer les fondements de la préservation de l'étendue de l'assiette de ces sûretés (section 1), avant d'examiner les conséquences de cette situation sur les créanciers bénéficiaires (section 2).

Section 1/ Les fondements de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives

87. Selon les dispositions des articles L. 642-12, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, 131 alinéa 4, et 162 alinéa 1^{er}, de l'AUPC, seules les sûretés réelles préférentielles sont visées par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Les sûretés réelles exclusives en sont, en revanche, exclues. Il nous faut donc ici déterminer les fondements de l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

Qu'est-ce qui permet de justifier la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives en cas de cession ?

88. Si, en droit français, la préservation de l'assiette des sûretés réelles exclusives repose sur des fondements bien déterminés (paragraphe 1), on ne saurait en dire autant en droit OHADA (paragraphe 2). Ainsi, l'étude de chaque législation donnera lieu à un paragraphe spécifique.

Paragraphe 1/ Les fondement de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés en droit français

89. Il existe, en droit français, des fondements communs à toutes les sûretés réelles exclusives (A), auxquels s'ajoutent des fondements spécifiques à chacune des sûretés (B).

A- Les fondements communs à toutes les sûretés réelles exclusives

90. La question qui se pose ici est celle de la détermination des éléments permettant aux sûretés réelles exclusives d'échapper à la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Nous verrons que cette situation résulte, d'une part, de l'exclusion de ces sûretés du domaine de la règle (1) et, d'autre part, de la finalité même de cette règle (2).

1- Le domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession

91. Le domaine de la règle constitue un des fondements législatifs de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 642-12 du Code de commerce précise que « *Lorsqu'une cession porte sur des biens grevés d'un privilège*

spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, le tribunal affecte à chacun de ces biens, une quote-part du prix de cession ».

À la lecture de ce texte, le constat est sans équivoque : seules les sûretés réelles dites classiques ou préférentielles sont visées par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Ainsi, dès lors qu'il est procédé à une cession partielle ou globale des biens grevés de sûretés, les créanciers inscrits sur ces biens peuvent, en raison de l'affectation d'une quote-part sur un prix de cession déjà réduit, subir une diminution plus ou moins importante de l'assiette de leur garantie.

En revanche, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 642-12 précité ne fait aucune mention des sûretés réelles exclusives. En effet, depuis la création, par la loi du 25 janvier 1985, de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession, les sûretés réelles fondées sur une situation d'exclusivité n'ont jamais été citées par le texte, nonobstant les différentes réformes intervenues en droit des procédures collectives et en droit des sûretés.

92. La détermination du domaine de la règle de l'affectation de la quote-part du prix de cession permet donc de justifier la préservation de l'étendue l'assiette des sûretés réelles exclusives. En plus domaine, la finalité de la règle constitue également un fondement à la préservation de l'assiette de ces sûretés.

2- La finalité de la règle de l'affectation de la quote-part du prix de cession

93. L'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, indique que la quote-part du prix de cession est affectée par le tribunal pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence. La fixation d'une quote-part du prix de cession est donc directement liée à l'exercice des droits de préférence¹⁶⁵. Cette mesure permet aux créanciers inscrits sur les biens grevés et compris dans la cession de ne pas perdre leurs droits. C'est uniquement dans la limite de la quote-part affectée que les créanciers exerceront ensuite les droits préférentiels. C'est également sur cette quote-part qu'ils devront solliciter et obtenir le paiement de leur créance.

94. En revanche, en présence de sûretés réelles exclusives, ce raisonnement n'est pas transposable.

S'agissant du droit de rétention, un auteur¹⁶⁶ a considéré que si les dispositions de l'ancien article L. 621-96, alinéa 1^{er}, du Code de commerce (devenu article L. 642-12, alinéa 1^{er}), ont été jugées inapplicables au créancier rétenteur, c'est que sa rétention ne lui confère aucun droit de préférence sur la valeur du bien retenu et que l'ouverture d'une procédure n'est pas efficace à lui en donner un. Cette démonstration pourrait également s'appliquer aux sûretés-proprétés, puisqu'elles aussi ne confèrent pas à leur bénéficiaire un droit de préférence.

¹⁶⁵ A. AYNÈS, *Le droit de rétention : Unité ou pluralité*, op. cit., n° 375 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1286.

¹⁶⁶ A. AYNÈS, *Le droit de rétention : Unité ou pluralité*, op. cit., n° 375.

En effet, à la différence des sûretés réelles préférentielles, les sûretés réelles exclusives confèrent à leurs bénéficiaires, non pas un droit de préférence, mais plutôt un droit exclusif. Celui-ci repose sur la propriété ou la rétention du bien objet de la garantie. Aussi, les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives ne viennent pas en concours avec les autres créanciers. Par principe, ils échappent à tout classement et reçoivent un paiement exclusif indépendamment des règles prévues pour la répartition du prix. Soumettre les créanciers munis de sûretés réelles exclusives à la règle de l'affectation de la quote-part du prix de cession reviendrait à dénier la nature des droits conférés par ces sûretés. Ainsi, l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, ne peut, en imposant le jeu du droit de préférence, s'appliquer aux sûretés ne conférant pas un tel droit¹⁶⁷.

95. En définitive, la finalité de la règle de l'affectation de la quote-part du prix de cession permet, comme son domaine, de justifier la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives.

Nous venons ainsi d'analyser les fondements communs à toutes les sûretés réelles exclusives. Examinons à présent les fondements spécifiques à chacune d'elles.

B- Les fondements spécifiques à chacune des sûretés

96. Nous verrons d'abord ce qu'il en est du droit de rétention (1) puis nous analyserons le cas des propriétés-sûretés (2).

1- La préservation de l'étendue de l'assiette du droit de rétention

97. Le législateur ne fait aucune mention du droit de rétention lorsqu'il énumère les sûretés visées par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. En conséquence, en cas d'adoption d'un plan de cession, le droit de rétention ne court pas le risque d'une réduction de son assiette. La question est donc de savoir pourquoi le droit de rétention échappe à cette règle ?

La réponse à cette interrogation nous amène à déterminer les fondements de la préservation de l'étendue de l'assiette du droit de rétention.

98. L'admission du gage dans le champ d'application de la règle de l'affectation d'une quote-part vient toutefois jeter le trouble quant à la cohérence des textes. En effet, le droit de rétention dont peuvent se prévaloir les créanciers gagistes devrait entraîner leur exclusion du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Ainsi, après avoir déterminé les fondements relatifs au droit de rétention (a), il conviendra de s'intéresser à la problématique soulevée par le gage (b).

¹⁶⁷ F.-J. CRÉDOT, « La supériorité irréductible du droit de rétention », *LPA*, 28 juillet 1997, n° 90, pp. 24 et s. sp. p. 30, à propos du droit de rétention.

a- Les fondements relatifs au droit de rétention

99. Amorcée par la jurisprudence (a-1), la solution qui consiste à exclure le droit de rétention du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession a ensuite été consacrée par le législateur (a-2).

a-1) Le fondement jurisprudentiel

100. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, il n'existait aucune disposition permettant de protéger le créancier rétenteur lorsqu'une cession était décidée. Cependant, une bonne partie de la doctrine¹⁶⁸ considérait déjà que les dispositions de l'article 93 de la loi susmentionnée étaient inapplicables en présence d'un droit de rétention. En revanche, une juridiction du fond¹⁶⁹ avait rendu une décision contraire à cette solution, motifs pris d'une absence de disposition légale préservant le droit du rétenteur, d'une part, et de la nécessité du sauvetage de l'entreprise, d'autre part.

101. Le vide juridique a finalement été comblé par la jurisprudence.

Il se posait en effet la question de l'efficacité du droit de rétention dans l'hypothèse d'une cession. Fallait-il interpréter le silence du législateur comme la possibilité d'éteindre le droit de rétention autrement que par le complet paiement du rétenteur ?

Après que de nombreuses solutions furent énoncées par les juges du fond, c'est finalement la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 20 mai 1997¹⁷⁰, trancha le débat. Ainsi, avant d'analyser la décision rendue par la Haute juridiction, il convient d'abord de retracer l'évolution jurisprudentielle sur cette question.

102. Le problème s'était d'abord posé au cours d'une affaire ayant donné lieu à une décision du 27 mai 1988 du tribunal de commerce de Lille¹⁷¹. Pour motiver celle-ci, les juges ont commencé par affirmer que le droit de rétention ne pouvait être purement et simplement écarté par le prononcé d'un plan de cession. Poursuivant leur démonstration, ils précisèrent que le complet paiement du rétenteur n'était pas nécessaire. Pour finir, les magistrats lillois avaient conclu que les créanciers

¹⁶⁸ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 4^e éd., 1997, n° 564 ; S. PIÉDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, 1^{er} éd., n° 225 (anciennes éditions) ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, n° 1750 ; D. MARTIN, « De la survie du gage à la cession d'entreprise », *RJ. com.* 1987, p.81 ; « De la rétention d'actif en cas de cession de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 27-28 janvier 1988, 1. Doct. p. 67 ; F.-J. CRÉDOT, « La cession d'entreprises et le droit de rétention », *LPA*, 8 juin 1987, n° 68, p.12 ; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., pp. 164 et s.

¹⁶⁹ T. com., Le Mans, 7 octobre 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 259, obs. J.-L. VIRFOLET.

¹⁷⁰ Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, *Bull. civ.* IV, n°151; Rapport Ph. REMERY, *Rj com.* 1997, p. 308, obs. C. SAINT-ALARY HOUIN ; *D. Aff.* 1997, p. 763 ; *D.* 1997, somm. p. 312, obs. A. HONORAT; *RTD com.* 1998, p. 205, obs. A. MARTIN-SERF; *LPA*, 28 juillet 1997, n° 90, p. 24, note F.-J. CRÉDOT ; *D.* 1998, p. 102, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *RTD civ.* 1997, p. 708, obs. P. CROCQ ; P.-M. LE CORRE, « Le gage avec droit de rétention face au plan de cession (rien ne sert de concourir, il faut à point retenir) », *LPA*, 22 octobre 1997, n° 127, p. 5; M. CARILLAC et M.-J. CAMPANA, « Droit de rétention et procédures collectives: la disparitions des dernières ambiguïtés », *JCP E*, 1998, 1083.

¹⁷¹ Trib.com. Lille 27 mai 1988, *Rev. Proc. Coll.* 1989, p. 179, obs. B. SOINNE.

rétenteurs bénéficiaient, à l'image des créanciers titulaires de sûretés réelles assorties d'un droit de préférence, d'une quote-part du prix de cession et que c'est uniquement sur cette quote-part du prix qu'ils devaient exercer leur droit de rétention.

Pour parvenir à ce raisonnement, les juges du fond s'étaient appuyés sur la combinaison de deux textes, à savoir les anciens articles L. 621-96, alinéa 1^{er} et L. 622-21, alinéa 4, du Code de commerce. En effet, alors le premier texte, prévoyait qu'en cas de cession de biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix de cession serait affectée à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence. Le second texte, propre à la liquidation judiciaire, précisait qu'en cas de vente d'un bien grevé d'un droit de rétention, il y aurait report du droit de rétention sur le prix de vente, et cela, en vertu du mécanisme de la subrogation réelle.

La solution retenue par les juges de Lille n'était pas le complet paiement du rétenteur, mais plutôt l'affectation d'une quote-part sur laquelle le rétenteur exercerait son droit de rétention. Ainsi, le créancier qui avait pourtant la possibilité d'opposer son droit de rétention au cessionnaire ne pouvait, en revanche, prétendre au complet paiement de sa créance. Comme les créanciers titulaires de sûretés réelles classiques, il devait se contenter d'exercer son droit sur une quote-part du prix de cession.

Bien que jugée contradictoire par une partie de la doctrine¹⁷², cette solution a été reprise, d'abord par les juges de la cour d'appel de Nancy, dans un arrêt du 12 janvier 1995¹⁷³, puis par ceux de la cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt rendu le 30 mai de la même année¹⁷⁴. C'est donc cette solution qui a prévalu jusqu'à l'arrêt du 20 mai 1997 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

103. En cassant l'arrêt de la cour d'appel de Nancy¹⁷⁵, la haute Juridiction avait pris une décision largement favorable aux créanciers rétenteurs. En effet, la Cour de cassation affirma que «

¹⁷² S. ZÉPI, *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, op. cit., p. 523; J.-F. CRÉDOT, note sous Cass.com., 20 mai 1997, arrêt préc ; *LPA*, 28 juillet 1997, n° 90, p. 24.

¹⁷³ CA Nancy, 12 janvier 1995, *Rev. Proc. Coll.* 1996, p. 107, obs. B. SOINNE

¹⁷⁴ CA Grenoble, 30 mai 1995, Chambre des urgences, cité par P.-M. LE CORRE in, « Le gage avec droit de rétention face au plan de cession (rien ne sert de concourir, il faut à point retenir) », art. préc., p.7

¹⁷⁵ Dans un arrêt du 12 janvier 1995, la Cour d'appel de Nancy confirma la décision des premiers juges. Elle avait considéré que, le fait pour les créanciers gagistes rétenteurs d'opposer leur droit de rétention au repreneur était "contraire, tant à la lettre qu'à l'esprit de la loi du 25 janvier 1985 et notamment à ses dispositions concernant la cession de l'entreprise".

La contradiction à la lettre découlait des dispositions de l'article 93, alinéa 1 de la loi du 25 janvier 1985 (ancien article, L. 621-96, al. 1^{er} du Code de commerce) qui vise les biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque. La Cour releva que le nantissement étant le gage d'une chose mobilière, les termes généraux de la loi ne distinguaient pas qu'il s'agisse du gage avec ou sans dépossession.

La contradiction à l'esprit de la loi quant à elle, résultait de l'objectif de la cession qui est "d'assurer le maintien d'une activité économique, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés, et enfin d'apurer le passif dans la mesure du possible". La cour d'appel de Nancy, en confirmant le jugement du Tribunal avait conclu que "le droit de rétention du pool bancaire n'avait pas disparu, mais avait été transféré sur la quote-part du prix de cession telle que fixée par le Tribunal et non sur la totalité de la valeur du gage".

la cession d'entreprise, par suite de l'adoption d'un plan de redressement, ne peut porter atteinte au droit de rétention issu d'un gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis sur des éléments compris dans l'actif cédé ; qu'en l'absence de dispositions légales en ce sens, le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance qu'il a déclaré, et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence ».

Par cette décision, la haute Cour avait clairement exclu le droit de rétention du champ d'application de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Désormais, le rétenteur ne peut plus être contraint de se contenter d'une simple quote-part du prix. Il ne peut donc subir une réduction de l'assiette de sa sûreté. Ainsi, le droit de rétention ne peut être mis en échec autrement que par le complet paiement de la créance du rétenteur. Cet arrêt consacre la supériorité du droit de rétention¹⁷⁶, même dans l'hypothèse d'un plan de cession.

104. Bien que la solution jurisprudentielle ne visât expressément que le droit de rétention issu d'un gage avec dépossession, rien ne s'oppose à l'extension de son application à tous les créanciers rétenteurs, à savoir le titulaire d'un droit de rétention autonome ou encore le titulaire d'un droit de rétention fictif¹⁷⁷, en l'occurrence le gagiste sans dépossession. Quoi qu'il en soit, la solution posée par la jurisprudence est aujourd'hui consacrée par le législateur.

a- 2) Le fondement législatif

105. C'est l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a, en confortant de manière indiscutable la solution jurisprudentielle, inséré un alinéa 5 à l'article L. 642-12 du Code de commerce. Ce texte précise que « *Les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession* ». Il consacre ainsi l'inapplicabilité du mécanisme d'affectation d'une quote-part du prix de cession en présence d'un droit de rétention. Le créancier rétenteur ne saurait, sauf accord, se dessaisir du bien retenu par un moyen autre que le paiement de sa créance. Par conséquent, s'il n'est pas interdit d'intégrer des biens légitimement retenus dans un plan de cession, il est cependant fait obligation au repreneur, qui désire acquérir lesdits biens, de payer le créancier rétenteur pour faire échec à son droit de rétention¹⁷⁸. Il faut donc d'abord éteindre le droit de rétention avant la cession des biens.

¹⁷⁶ F.- J. CRÉDOT, « La supériorité irréductible du droit de rétention », art. préc., pp. 24 et s.

¹⁷⁷ Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-107.84, *Bull. civ.* IV, n° 288; *RTD com.*, 1992, p. 464, obs A. MARTIN-SERF; *JCP E*, 1992. I. 138, n° 25, obs. M. CABRILLAC : « La cour d'appel a décidé à bon droit que la banque, titulaire d'un droit de rétention fictif sur le véhicule litigieux, était fondée à suspendre la mainlevée du gage à l'attribution à son profit du produit de la vente effectuée par le liquidateur, peu important l'existence de créances super privilégiées de salaires qui ne pouvaient faire échec au report du droit de rétention sur le prix ».

¹⁷⁸ P.-M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001, Chron. pp. 2815 et s. sp. p. 2816. L'auteur affirme qu'« il n'est pas interdit au tribunal d'intégrer dans le plan de cession un bien grevé d'un droit de rétention. Mais ce dernier n'aura pas disparu. Il en résulte que le repreneur sera tenu propter rem, au paiement de l'intégralité de la créance du rétenteur ».

106. Faute de précision législative, on peut considérer que ce texte s'applique à tous les droits de rétention, et ce, qu'ils soient réels ou fictifs. Le caractère fictif du droit de rétention ne saurait ici poser de problème. En effet, l'inopposabilité prévue par l'alinéa 2 de l'article L. 622-7 du Code de commerce sur le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286-4° du Code civil, est inapplicable dans l'hypothèse d'une cession. Ainsi, même si le bien retenu reste entre les mains du débiteur, le créancier devrait pouvoir opposer son droit de rétention au repreneur. Le titulaire d'un droit de rétention fictif devrait, dès lors que son droit est opposable, pouvoir bénéficier des mêmes prérogatives que le titulaire d'un droit de rétention réel.

Dans le même sens, un auteur a considéré que « retenir et céder ne vaut »¹⁷⁹. L'auteur précise qu'il est impossible, sauf accord des créanciers rétenteurs, d'intégrer dans un plan de cession un bien grevé d'un droit de rétention réel, attribut ou non d'un gage. Il démontre que si le bien grevé d'un droit de rétention est intégré dans les actifs cédés, le créancier rétenteur pourra se prévaloir de son droit à l'encontre du cessionnaire. Ainsi, « en présence d'un droit de rétention réel, le cessionnaire ne pourra obtenir délivrance du bien qu'en payant le créancier rétenteur et, face à un droit de rétention fictif, attribut d'un gage tel que celui du créancier gagiste sur véhicule automobile, le droit de suite à l'encontre du repreneur obligera ce dernier à payer le solde de la créance ou à délaisser le bien »¹⁸⁰.

107. Dans tous les cas, l'existence d'un droit de rétention fait obstacle à la mise en œuvre du mécanisme d'affectation d'une quote-part du prix de cession. Le créancier rétenteur ne court donc pas le risque d'une réduction de l'étendue de l'assiette de sa sûreté. Cette conclusion amène à s'interroger sur le sort du gage qui, bien qu'assorti d'un droit de rétention, est pourtant expressément cité par l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}.

b- La problématique soulevée par le gage

108. Comme l'hypothèque et le nantissement, le gage fait partie des sûretés citées par l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}. Pour tenir compte des modifications opérées par l'ordonnance du 23 mars 2006¹⁸¹ sur le droit des sûretés, le législateur a, dans celle du 18 décembre 2008 réformant le droit des procédures collectives, procédé à l'ajout du gage dans la liste des sûretés visées par l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

¹⁷⁹ P.-M. LE CORRE, « Le gage avec droit de rétention face au plan de cession (rien ne sert de concourir, il faut à point retenir) », art. préc., pp. 6 et s.

¹⁸⁰ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, 8^e éd., 2015/2016, Dalloz 2014, n° 582.32.

¹⁸¹ Avec l'ordonnance du 23 mars 2006, le législateur est venu préciser les termes de gage (article 2333 du Code civil.) et de nantissement (article 2355 du Code civil). Désormais le gage désigne la sûreté constituée sur un bien du débiteur portant sur meuble corporel, tandis que le nantissement est la sûreté portant sur un bien meuble incorporel.

109. Cependant, cette récente addition du gage dans le champ d'application de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, n'est qu'apparente puisque cette sûreté y était déjà sous le nom de nantissement. En effet, l'article 55 de l'ordonnance du 23 mars 2006 précise que « *Dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, la référence au gage et au créancier gagiste s'entend de la référence au nantissement et au créancier nanti lorsque la sûreté a pour objet un bien meuble incorporel. Réciproquement, la référence au nantissement et au créancier nanti s'entend de la référence au gage et au créancier gagiste lorsque la sûreté a pour objet un bien meuble corporel* ». L'analyse des dispositions de ce texte permet de comprendre qu'après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2006, il fallait considérer qu'à partir du moment où un texte s'appliquait au nantissement, il devait également s'appliquer au gage, à condition que la sûreté porte sur un bien meuble corporel. De même, dès lors qu'un texte concernait le gage, il devait également concerner le nantissement lorsque que la sûreté se rapportait à un bien meuble incorporel.

S'agissant de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, qui ne citait expressément que le nantissement, son domaine d'application devait donc s'étendre au gage, quand la sûreté portait sur un bien meuble corporel. En conséquence, comme le nantissement, le gage était implicitement visé par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Le créancier gagiste est donc, par principe, concerné par la possibilité d'une réduction de l'assiette de sa sûreté. Dans l'hypothèse d'une cession portant sur des biens gagés, le tribunal est tenu d'affecter au créancier gagiste une quote-part du prix de cession pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence.

110. Cependant, cette solution théorique est bien différente de la situation qui devrait se dégager en pratique. En effet, depuis la loi du 04 août 2008 sur la modernisation de l'économie, tous les gages sont désormais assortis d'un droit de rétention. En modifiant l'article 2286 du Code civil par l'ajout d'un quatrième alinéa, le législateur a conféré un droit de rétention fictif à tous les créanciers gagistes sans dépossession. Désormais, le gage est assorti d'un droit de rétention réel ou à tout le moins fictif, et ce, qu'il soit avec ou sans dépossession.

111. La modification opérée par la LME fait toutefois apparaître une contradiction entre deux textes. Il s'agit des alinéas 1^{er} et 5 de l'article L. 642-12 du Code de commerce. Alors que le premier texte cite le gage parmi les sûretés visées par la règle de l'affectation d'une quote-part, le second soustrait le droit de rétention des règles prévues par l'article L. 642-12. Or, les créanciers gagistes bénéficient tous, dorénavant, d'un droit de rétention réel ou fictif. Ainsi, contrairement à ce qui résulte des dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, les créanciers gagistes devraient, compte tenu du droit de rétention conféré par leur gage, être exclus du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

L'article L. 642-12, alinéa 5, ne faisant aucune distinction entre les droits de rétention, on peut considérer que tout créancier bénéficiaire d'un droit de rétention peut s'en prévaloir. Le texte devrait

donc également pouvoir s'appliquer à l'antichrèse devenue le gage immobilier puisque, selon les dispositions de l'article 2391 du Code civil, le gage immobilier est doté d'un droit de rétention effectif sur l'immeuble.

112. Toutefois, il a été soutenu qu'il n'existait, en fait, aucune contradiction entre ces deux textes. En insérant un alinéa 5 à l'article L. 642-12, le législateur a simplement repris l'analyse jurisprudentielle qui consistait à exclure le droit de rétention du domaine de l'affectation d'une quote-part, dans la mesure où celui-ci ne peut s'éteindre que par le complet paiement du créancier rétenteur, et non par l'affectation au profit de ce dernier d'une simple quote-part du prix de cession. Par ailleurs, en visant le gage à l'alinéa 1^{er} du même article, il s'agissait pour le législateur de mettre le texte en conformité avec la nouvelle terminologie issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 qui, en réformant le droit des sûretés, utilise désormais le concept de gage, indépendamment de l'existence d'un droit de rétention, pour viser la sûreté réelle portant sur des biens meubles corporels, alors que le nantissement est la sûreté réelle ayant pour objet les biens meubles incorporels. La modification étant simplement d'ordre formel, il n'existe donc aucune contradiction sur le fond entre les deux textes¹⁸².

113. Cette analyse aurait pu être d'actualité si la loi sur la modernisation de l'économie n'avait pas conféré un droit de rétention fictif aux créanciers gagistes sans dépossession. En l'état actuel du droit, tous les créanciers gagistes bénéficient d'un droit de rétention. Cette situation, qui favorise la contradiction entre les textes susvisés, amène à formuler le souhait d'une modification législative¹⁸³. Le gage étant toujours assorti d'un droit de rétention, il devrait être supprimé des dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}. La loi gagnerait ainsi en clarté. Le législateur a d'ailleurs manqué l'occasion de procéder à cette modification avec l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté.

114. Pour finir, il convient de noter que le titulaire d'un gage a, en tant que créancier gagiste et rétenteur, la possibilité de choisir d'être considéré soit simplement comme un gagiste, soit comme un rétenteur. Il peut, s'il le souhaite, accepter que le bien gagé soit intégré dans un plan de cession. Dans ce cas, il renonce à son droit de rétention. Il lui sera donc affecté une quote-part du prix de cession pour l'exercice du droit de préférence et le paiement de sa créance. Mais, en réalité, cette option ne présente aucun intérêt pour le créancier gagiste qui perd ainsi tous les avantages liés à son statut de créancier rétenteur.

115. L'analyse faite sur le gage pourrait également être effectuée pour le nantissement. Dans certaines circonstances, le nantissement est assorti d'un droit de rétention. C'est notamment le cas du

¹⁸² P.-M. LE CORRE, « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », art. préc., p. 14.

¹⁸³ O. BUISINE, « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », *Rev. Proc. Coll.* novembre-décembre 2011, n° 6, étude 31.

nantissement de compte-titres¹⁸⁴. Cependant, à la grande différence du gage, tous les créanciers nantis ne bénéficient pas d'un droit de rétention.

116. Par ailleurs, la question qui avait longtemps divisé la doctrine ne se pose plus aujourd'hui. L'article 79 de la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie a, en insérant un quatrième alinéa à l'article 2286 du Code civil, reconnu un droit de rétention fictif à tous les créanciers gagistes sans dépossession. Or, selon les dispositions de l'article 2355, alinéa 5 du même Code, le nantissement des meubles incorporels autres que celui portant sur des créances est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels. On pouvait donc légitimement s'interroger sur le bénéfice du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil aux créanciers nantis.

Cette question avait suscité de vives querelles doctrinales¹⁸⁵. Mais, dans un arrêt du 26 novembre 2013¹⁸⁶, la jurisprudence a finalement mis un terme à ce débat. La Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi dont elle avait été saisie, motive son arrêt comme il suit : « *Mais attendu qu'ayant énoncé que l'article 2286, 4° du Code civil issu de la loi du 4 août 2008 n'est applicable qu'aux biens corporels, ce qui exclut les nantissements, et retenu que c'est à tort que la CRCAM invoque l'article 2355, alinéa 5, du Code civil qui dispose que le nantissement est soumis à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, dans la mesure où les nantissements de fonds de commerce sont régis par des textes spéciaux, notamment l'article L. 142-1 du Code de commerce, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les conclusions de la CRCAM, a retenu que le nantissement sur un fonds de commerce ne conférait pas à son titulaire un droit de rétention ; que le moyen n'est pas fondé* ».

La haute Cour réserve donc le bénéfice du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil aux seuls biens corporels. Pour cette raison, les créanciers nantis ne peuvent s'en prévaloir, même si dans les faits, il était question du nantissement sur fonds de commerce. La solution jurisprudentielle devrait donc pouvoir s'appliquer à tous les nantissements, étant donné qu'il s'agit d'une sûreté mobilière portant sur des biens incorporels.

Ainsi, contrairement au gage, seul le créancier nanti sur des compte-titres bénéficie d'un droit de rétention. En conséquence, nous n'étudierons pas la question relative à la réduction de l'assiette du nantissement.

117. En définitive, il est admis que l'existence d'un droit de rétention est incompatible avec la mise en œuvre du mécanisme de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Cette situation est le fruit d'un travail jurisprudentiel qui a ensuite été consacré par le législateur.

¹⁸⁴ Cf. L'article L. 211-20, III du Code monétaire et financier. Ce texte reconnaît au créancier nanti un droit de rétention.

¹⁸⁵ Cf. ns° 1000 à 1003.

¹⁸⁶ Cass. com., 26 novembre 2013, n° 12-27.390, Inédit ; *BJE*, mai 2014, p. 156, note F. MACORIG-VENIER ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2014, p. 22, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

Qu'en est-il des propriétés-sûretés ?

2- Les fondements spécifiques aux propriétés-sûretés

118. Tout comme le droit de rétention, les propriétés-sûretés ne sont pas visées par l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}. Elles sont donc exclues du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

Qu'est-ce qui justifie alors cette situation ? Il faut ici rechercher si, en dehors des fondements communs à toutes les sûretés, il existe des fondements spécifiques à l'absence de réduction de l'assiette des propriétés-sûretés.

119. La préservation de l'étendue de l'assiette des propriétés-sûretés résulte d'abord et surtout de la nature même du droit que celles-ci confèrent à leurs bénéficiaires. La clause de réserve de propriété et la fiducie-sûreté reposent sur un droit de propriété¹⁸⁷. Les créanciers munis de telles sûretés sont propriétaires des biens grevés. Cette situation résulte soit d'un transfert temporaire de la propriété des biens (le fiduciaire), soit de la conservation de la propriété du bien par le biais d'une clause, et ce, jusqu'à l'exécution complète par le débiteur de l'obligation qui constitue la contrepartie du contrat (le réservataire). Le débiteur n'étant plus ou pas encore le propriétaire des biens grevés, il ne devrait pas, au risque de commettre un abus de droit, procéder à la cession de ces biens.

À ce fondement commun, s'ajoutent des fondements jurisprudentiels spécifiques à la réserve de propriété (a) et, dans une moindre mesure, à la fiducie-sûreté (b).

a- La préservation de l'étendue de l'assiette de la réserve de propriété

120. Bien que la jurisprudence ne se soit pas prononcée directement sur l'exclusion de la clause de réserve de propriété de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession, certains arrêts permettent toutefois d'en arriver à cette conclusion.

Le premier arrêt est celui du 9 juin 1992¹⁸⁸ rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. En l'espèce, des tôles vendues sous clause de réserve de propriété avaient été incluses dans un plan de cession, après que le vendeur ait exercé la revendication dans le délai légal. Ce dernier exigea alors que sa créance relative au prix des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété bénéficie des dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. Après qu'il fut, par un arrêt du 20 mars 1990¹⁸⁹, débouté par la cour d'appel d'Aix, le vendeur s'était pourvu en cassation contre cette décision. La Cour de cassation avait cassé l'arrêt à elle déféré après avoir relevé que les marchandises litigieuses existaient en nature au jour de l'ouverture de la

¹⁸⁷ C. HOUIN-BRESSAND, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *Rev. dt. banc. et fin.*, mars-avril 2010, n° 2, dossier 12, p. 95.

¹⁸⁸ Cass.com., 9 juin 1992, n° 90-16.804, *Bull. civ.* IV, n° 230; *JCP E*, 1992, I. 195, n° 10, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 1993, p. 6, obs. F. DERRIDA ; *RTD com.* 1994, p. 126, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸⁹ CA d'Aix, 20 mars 1990, *D.* 1991, p. 42, obs. F. PÉROCHON.

procédure collective, mais qu'elles avaient, après la revendication du vendeur exercée dans le délai requis, été incluses dans le plan de cession des actifs de l'entreprise arrêté par le tribunal, de sorte que l'administrateur ne pouvait, en exécution de ce plan, procéder à leur cession sans en payer la valeur. La Haute juridiction avait donc accordé le bénéfice de l'article 40 à la créance relative au prix des marchandises.

La jurisprudence s'est encore prononcée dans le même sens dans un arrêt du 8 juin 1993¹⁹⁰. La Cour de cassation approuva ainsi la décision d'une cour d'appel qui, après avoir constaté que les matériels litigieux existaient en nature au jour de l'ouverture de la procédure collective, avait retenu que la créance éventuelle du créancier en paiement du prix de vente de ces matériels avait pour cause sa disparition postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, d'une part, et que les commissaires à l'exécution du plan ne pouvaient, fût-ce en vertu de ce plan, procéder à la cession des matériels de ce magasin sans en payer la valeur, d'autre part. La Haute juridiction a donc conclu que c'est à bon droit que la cour d'appel avait, après avoir ordonné la restitution des marchandises vendues sous clause de réserve de propriété, décidé qu'à défaut de restitution, les commissaires à l'exécution du plan seraient débiteurs de leur valeur au titre des sommes visées par l'article 40, alinéa 2.5°, de la loi du 25 janvier 1985.

121. Dans chacun de ces arrêts, il n'était pas question de l'affectation d'une quote-part du prix de cession au créancier réservataire. Il s'agissait, pour la Cour de cassation, de se prononcer sur le sort des biens vendus sous réserve de propriété en cas d'inclusion dans un plan de cession. À deux reprises, la Haute juridiction affirme que, dès lors que le vendeur a exercé la revendication dans les délais, les marchandises vendues avec clause de réserve de propriété et existant en nature au jour de l'ouverture de la procédure collective et incluses dans un plan de cession, doivent bénéficier des dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985.

Comme l'a fait remarquer un auteur¹⁹¹, cette solution « n'est que la transposition pure et simple de la solution antérieure en vertu de laquelle le vendeur était créancier de la masse¹⁹² et qui était fondée, selon les arrêts, sur le droit acquis du vendeur au bénéfice de la revendication, sur la décision, au moins implicite, de continuation du contrat par le syndic, sur la gestion d'affaires opérée par le syndic en percevant le prix, sur la faute ou encore sur l'enrichissement sans cause de la masse au détriment du vendeur ».

122. Dans tous les cas, ces arrêts peuvent constituer un fondement à la préservation de l'étendue de l'assiette de la réserve de propriété. En effet, contrairement aux créanciers munis de sûretés réelles préférentielles qui, conformément aux dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er},

¹⁹⁰ Cass. com., 8 juin 1993, n° 90-21.928, *Bull. civ. IV*, n° 234; *D.* 1993, p. 296, obs. F. PÉROCHON.

¹⁹¹ F. PÉROCHON, obs. sous Cass. com., 9 juin 1992, n° 90-16.804 et 8 juin 1993, n° 90-21.928, arrêt préc.; *D.* 1993, p. 296.

¹⁹² Cass. com., 26 mars 1985, n° 84-103.4, *Bull. civ. IV*, n° 109; *JCP E*, 1985. I. 14551; Cass. com., 7 juin 1988, n° 86-184.01, *Bull. civ. IV*, n° 193.

se voient affecter une quote-part du prix de cession, le créancier réservataire est placé sous un régime différent. D'après la solution jurisprudentielle, le créancier réservataire va, en cas de cession des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété, bénéficier d'une créance postérieure privilégiée. Il échappe ainsi à la possibilité d'une réduction de l'assiette de sa sûreté.

Que penser de la fiducie-sûreté ?

b- La préservation de l'étendue de l'assiette de la fiducie-sûreté

123. Pour la fiducie-sûreté, la jurisprudence ne s'est pas véritablement prononcée sur la question. Seul un arrêt du 4 novembre 2010, rendu par la cour d'appel de Paris, peut être cité¹⁹³. Dans cette décision, les juges du fond ont considéré que les actifs transmis dans un patrimoine fiduciaire n'étant plus dans le patrimoine du constituant, ils ne peuvent être transférés dans le cadre d'un plan de cession, même si le constituant en a conservé l'usage et la jouissance par une convention de mise à disposition qui ne peut faire l'objet d'une cession forcée. Il en résulte une impossibilité de transfert des actifs fiduciaires dans un plan de cession.

On peut donc conclure que, comme le réservataire, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté échappe à la possibilité d'une réduction de l'étendue de l'assiette de sa sûreté par le biais du mécanisme de l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

En somme, les actifs fiduciaires¹⁹⁴ et les biens faisant l'objet d'une réserve de propriété ne faisant plus partie du patrimoine du débiteur se soustraient, par principe, aux effets réels de la procédure collective de ce dernier. En conséquence, les mesures qui découlent de l'ouverture d'une procédure collective, en l'occurrence l'affectation d'une quote-part du prix de cession, sont inapplicables aux créanciers propriétaires.

124. Il ressort des développements qui précèdent que, dans l'hypothèse d'une cession, plusieurs éléments permettent de justifier la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives. Cette situation résulte d'abord de l'exclusion de ces sûretés du domaine de la règle de l'affectation de la quote-part du prix de cession, puis de la finalité de cette règle. En effet, le mécanisme d'affectation d'une quote-part du prix de cession n'est possible qu'en présence de sûretés conférant un droit de préférence à leurs bénéficiaires, car il permet l'exercice des droits préférentiels. Enfin, certaines décisions jurisprudentielles constituent également un fondement à la protection des sûretés réelles exclusives contre la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Tous ces éléments permettent d'affirmer qu'en droit français, les sûretés réelles exclusives sont protégées contre l'éventualité d'une réduction de l'étendue de leur assiette, notamment dans l'hypothèse d'un plan de cession. Cette solution est-elle également admise en droit OHADA ?

¹⁹³ CA Paris, 4 nov. 2010, jurisData n°2010-025412, *Rev. dt. Banc et fin.*, juillet 2011, n° 4, comm. A. CERLES

¹⁹⁴ F. MACORIG-VENIER, « Les biens fiduciaires (bien distraits des procédures) », *Rev. Proc. Coll.*, janvier-février 2011, n°1, dossier 10, p. 89.

Paragraphe 2/ Les fondements de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés en droit OHADA

125. L'AUPC comprend deux dispositions dans lesquelles on pourrait voir une référence à la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Il s'agit des articles 131, alinéa 4, et 162, alinéa 1^{er}. Chaque article a un contexte d'application spécifique. Le premier est relatif à la cession partielle ou totale prévue dans le cadre d'un concordat de redressement, tandis que le second s'applique dans l'hypothèse d'une cession globale ordonnée dans le cadre d'une liquidation des biens.

Dans la procédure de redressement judiciaire, la mise en œuvre de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession est difficilement envisageable en raison du contenu de l'article 131, alinéa 4. La situation est différente en liquidation des biens. Sous quelques réserves, l'alinéa 1^{er} de l'article 162 rappelle la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession telle qu'elle existe en droit français.

126. L'article 131, alinéa 4, de l'AUPC dispose que « *Lorsque la cession totale ou partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement judiciaire, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession* ».

Au premier abord, la lecture de ce texte permet de remarquer que, contrairement à son homologue français qui procède à une énumération des différentes sûretés réelles visées par l'affectation d'une quote-part, le législateur africain se contente de les englober sous le terme générique de sûretés réelles. Cette généralité peut créer le doute quant à l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la règle.

Doit-on alors considérer que toutes les sûretés réelles reconnues par le législateur OHADA sont visées par l'affectation d'une quote-part du prix de cession ? Où faudrait-il en choisir certaines ? Si tel est le cas, quel serait alors le critère de choix ?

En l'absence de précision législative, il faudrait considérer que toutes les sûretés réelles sont concernées par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Ne pouvant distinguer là où la loi ne distingue pas, il serait maladroit d'inclure certaines sûretés et d'en exclure d'autres. En conséquence, l'affectation d'une quote-part s'appliquerait à toutes les sûretés réelles reconnues en droit OHADA.

Conformément aux dispositions des articles 50 et 190 et suivants de l'AUS, il s'agirait du droit de rétention, des gages, des nantissements, de la propriété retenue ou cédée à titre de garantie et des hypothèques. Ainsi, même les sûretés réelles exclusives seraient visées par la règle de l'affectation

d'une quote-part du prix de cession. Cette règle aurait donc, en droit OHADA, un champ d'application plus large qu'en droit français.

127. Cependant, l'analyse des dispositions de l'article 131, alinéa 4, nous amène à voir que ce texte ne fait pas réellement référence à la règle de l'affectation d'une quote-part, du moins telle qu'elle existe en droit français. Il s'agirait plutôt de l'obligation faite au syndic de procéder à l'inventaire des biens compris dans la cession et éventuellement à la détermination du prix de cession. Il semblerait que la détermination de la quote-part du prix de chaque bien est antérieure à la détermination du prix de cession. De cette manière, la quote-part de chacun des biens n'est pas déterminée en fonction du prix global de la cession. En revanche, c'est le prix global de la cession qui serait déterminé en fonction de toutes les quotes-parts des biens dont la cession est envisagée. Le prix de cession serait donc constitué par la somme de toutes les quotes-parts des actifs à céder. En effet, il résulte de l'article 131, alinéa 4, de l'AUPC que le syndic procède à la détermination de la quote-part des biens dont la cession est envisagée. Autrement dit, le syndic détermine d'abord les quotes-parts de chacun des biens dont la cession est envisagée, puis il fixe un prix de cession par rapport à toutes les quotes-parts. Or, en comparaison avec le droit français (article L. 642-12 alinéa 1^{er}), le tribunal doit d'abord fixer le prix de la cession, et ensuite procéder à la ventilation de ce prix en y affectant une quote-part à chaque bien grevé compris dans la cession. A priori, il n'y aurait donc pas, en droit OHADA, réduction de l'assiette des sûretés réelles dans l'hypothèse d'une cession intervenant dans le concordat de redressement.

128. Cette analyse est confortée par les dispositions de l'article 132, alinéa 2, de l'AUPC qui soumettent l'homologation de la cession à la condition du nécessaire désintéressement des créanciers munis de sûretés réelles. En effet, le législateur africain a pensé à préserver les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles, dans la mesure où la juridiction compétente ne peut homologuer la cession que si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition.

Ainsi, bien que le législateur africain fasse également référence à la notion de quote-part, celle-ci renvoie à une réalité différente de celle du droit français. La quote-part en droit OHADA semblerait plutôt correspondre à la valeur réelle ou au moins marchande des biens cédés, et non pas à un prix modique déterminé en fonction d'un prix global de cession. Par conséquent, les sûretés réelles grevant les biens cédés ne subissent aucune réduction de leur assiette au regard du principe d'affectation.

Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 133 de l'AUPC dispose que « *Lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et le créancier garanti par cette sûreté désintéressé* ». Il résulte de ces dispositions que les créanciers titulaires de sûretés sur les biens cédés n'ont pas à s'inquiéter de leur

paiement, nonobstant la cession qui est envisagée car, en principe, celle-ci ne peut être ordonnée si le doute subsiste quant à leur paiement.

129. En revanche, la situation est bien différente avec l'article 162 de l'AUPC. L'alinéa 1^{er} de ce texte précise que « *Le juge-commissaire ordonne la cession en affectant une quote-part du prix de cession à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence* ». En dépit d'une rédaction maladroite, les dispositions de cet article se rapprochent de celles de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, qui prévoient l'affectation d'une quote-part du prix de cession à chacun des biens grevés de sûretés réelles.

À la différence du droit français, la réduction de l'assiette des sûretés réelles n'est possible, en droit OHADA, que dans l'hypothèse d'une cession globale d'actif intervenue dans la procédure de liquidation des biens. C'est donc sur la base de l'article 162 précité que nous tenterons de déterminer les fondements de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives en droit OHADA. Comme en droit français, nous analyserons les fondements communs à toutes les sûretés réelles exclusives (A) puis nous verrons les fondements spécifiques à chacune d'elles (B).

A- Les fondements communs à toutes les sûretés réelles exclusives

130. Selon les dispositions de l'article 162, alinéa 1^{er}, de l'AUPC, le juge-commissaire qui ordonne la cession est tenu d'affecter une quote-part du prix de cession à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence. Contrairement à son homologue français, le législateur communautaire africain ne cite pas clairement les sûretés réelles visées par l'affectation d'une quote-part. Ainsi, une simple lecture des dispositions de l'article 162 ne permet pas d'exclure les sûretés réelles exclusives du domaine d'application de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Il est donc difficile de considérer que le domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession constitue, comme en droit français, un fondement à l'absence de réduction de l'assiette des sûretés réelles exclusives.

131. Pour y arriver, il faut déterminer la finalité de la règle. En effet, il résulte des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 162 que l'affectation d'une quote-part du prix de cession est faite pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence. À l'instar du droit français, l'affectation de la quote-part va permettre aux créanciers d'exercer leurs droits préférentiels. Or, pour exercer un droit de préférence, encore faudrait-il être titulaire d'une sûreté assortie d'une telle prérogative. En conséquence, seules les sûretés réelles préférentielles sont logiquement visées par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Il s'agit donc des gages de meubles corporels, des nantissements de meubles incorporels, des privilèges et des hypothèques. En revanche, toutes les nouvelles sûretés consacrées par le législateur, notamment la réserve de propriété, la cession de créances à titre de garantie et le transfert fiduciaire d'une somme d'argent, sont exclues du domaine

de la règle puisqu'elles ne sont pas assorties d'un droit de préférence. Plus qu'un simple droit de préférence, le législateur africain a, comme son homologue français, reconnu aux créanciers titulaires de ces sûretés un droit de propriété¹⁹⁵ qui devrait leur permettre d'échapper à la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Il en est de même pour le droit de rétention qui repose sur la rétention du bien non sur un droit de préférence.

Ainsi, comme en droit français, on peut considérer que la finalité de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession est un fondement commun à la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives.

Il convient à présent de déterminer les fondements spécifiques à chacune des sûretés réelles exclusives ?

B- Les fondements spécifiques à chacune des sûretés

132. Par analogie au droit français, nous analyserons d'abord les fondements spécifiques au droit de rétention (1) puis nous verrons ce qu'il en est des propriétés-sûretés (2).

1- La préservation de l'étendue de l'assiette du droit de rétention

133. Il n'existe en droit OHADA aucun autre fondement législatif ou jurisprudentiel qui justifie l'exclusion du droit de rétention du domaine d'application de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix. Seule la finalité de cette règle permet d'exclure toutes les sûretés réelles non assorties d'un droit de préférence, parmi lesquelles on retrouve désormais le droit de rétention.

Avant le 16 mai 2011, date d'entrée en vigueur du nouvel AUS, la question de la soumission du droit de rétention aux dispositions de l'article 162 de l'AUPC aurait pu se poser. Aujourd'hui, la situation a bien changé.

134. En effet, sous l'empire de l'ancien AUS, le droit de rétention, bien que reposant sur la rétention du bien, pouvait dans certains cas être assorti d'un droit de préférence. Cette situation résultait de l'assimilation du droit de rétention au gage.

En analysant les dispositions de l'ancien AUS, nous voyons que le législateur, après avoir présenté le droit de rétention comme la faculté pour un créancier de détenir légitimement un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance (ancien article 41 de l'AUS), prévoyait par la suite une disposition quelque peu contradictoire. L'ancien article 43 de l'AUS précisait en effet que « *Si le créancier ne reçoit ni paiement, ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage* ». Il en résulte que le créancier rétenteur qui avait conservé le bien pendant un certain temps sans être payé, pouvait décider de s'en dessaisir volontairement sans pour autant perdre tous ses avantages. Après avoir fait signifier la vente au débiteur et au propriétaire, il pouvait faire procéder à la vente

¹⁹⁵ V. articles 72, 79, 87, de l'AUS

du bien retenu puis exercer son droit de préférence sur le prix de l'opération. De la même manière, pensons-nous, il était possible de céder des biens retenus sans que le rétenteur puisse opposer son droit de rétention au repreneur. Compte tenu du droit de préférence dont il pouvait se prévaloir, les dispositions de l'article 162 de l'AUPC devaient pouvoir s'appliquer puisque l'affectation d'une quote-part du prix de cession est directement liée à l'exercice des droits préférentiels.

En accordant ainsi au créancier rétenteur le bénéfice de tous les attributs du gage, le législateur communautaire africain avait profondément dénaturé la nature exclusive du droit de rétention¹⁹⁶. Bien plus qu'un droit de suite ou de préférence, le droit de rétention devrait conférer à son titulaire le droit exclusif de retenir la chose jusqu'au complet paiement de la créance, sans qu'il ait à subir le paiement préférentiel. Avant la réforme de l'AUS, le législateur OHADA avait donc choisi de mettre en avant le droit de préférence du rétenteur au détriment de son droit de rétention. Contrairement au droit français, le rétenteur africain ne pouvant véritablement opposer son droit de rétention dans l'hypothèse d'une cession, il était susceptible, en conséquence, de tomber sous le coup de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

135. Cependant, depuis la réforme du droit des sûretés, cette question est désormais réglée. D'après les dispositions de l'article 67 du nouvel AUS, le créancier rétenteur ne bénéficie plus des droits de suite et de préférence. Seul le pouvoir de retenir le bien constitue désormais la force du droit de rétention. N'étant plus assorti d'un droit de préférence, le créancier rétenteur devrait, comme en droit français, échapper aux dispositions de l'article 162. À l'égard du rétenteur, la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession serait donc inapplicable.

136. Il convient de noter qu'à la différence du droit français, tous les gages ne sont pas assortis d'un droit de rétention. En effet, en droit OHADA, il n'existe pas de droit de rétention fictif comme celui conféré par l'article 2286, 4^o du Code civil à tous les gagistes sans dépossession¹⁹⁷. Ainsi, le gage peut légitimement être cité parmi les sûretés visées par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

Après ces précisions sur le droit de rétention, il sied à présent de voir le cas des propriétés-sûretés.

2- La préservation de l'étendue de l'assiette des propriétés-sûretés

137. De même que pour le droit de rétention, il n'existe en droit OHADA aucune solution jurisprudentielle qui fonde la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés fondées sur la propriété, dans l'hypothèse d'une cession globale. À l'instar du droit français, le droit de propriété qui accompagne ces sûretés permet de justifier leur exclusion du domaine de la règle de l'affectation

¹⁹⁶ L. BLACK YONDO, M.BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.-J.LAISNEY, A.MARCEAU-COTTE, sous la direction de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, op. cit., n° 200.

¹⁹⁷ Cf. n°62.

d'une quote-part du prix de cession. Ainsi, le raisonnement effectué en droit français devrait pouvoir s'appliquer en droit OHADA.

138. Nous retiendrons qu'en droit français, la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives repose sur des fondements bien déterminés, tandis qu'en droit OHADA, en dehors de la finalité même de la règle de l'affectation d'une quote-part, on peine à trouver d'autres fondements à cette situation. Nous exprimons ainsi notre déception au sujet de la réforme de l'AUPC intervenue en septembre dernier (2015). Nous avons pensé que le législateur communautaire africain aurait saisi cette opportunité pour préciser, au minimum, le domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession, à défaut de se démarquer du législateur français.

Quoi qu'il en soit, l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession permet aux créanciers bénéficiaires de se soustraire aux conséquences liées à la mise en œuvre de cette règle.

Il convient ainsi d'analyser les effets d'une telle situation.

Section 2/ Les effets de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives.

139. La règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession produit des effets à l'égard des sûretés visées par les dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}. Ces effets sont inversement inapplicables aux sûretés réelles exclusives. N'étant pas concernées par l'affectation d'une quote-part du prix de cession, les sûretés réelles exclusives échappent à toute possibilité de réduction de leur assiette (paragraphe 1). Par ailleurs, il peut arriver que les biens grevés de telles sûretés fassent l'objet d'une cession. Dans cette situation, les créanciers vont pouvoir bénéficier d'un régime dérogatoire favorable (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ L'absence de réduction de l'assiette des sûretés réelles exclusives

140. N'entrant pas dans le domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part, les sûretés réelles exclusives échappent à toute possibilité de réduction de leur assiette à une simple quote-part. Cette solution est admise aussi bien en droit français (A) qu'en droit OHADA (B).

A- La situation en droit français

141. Dans sa thèse, le Professeur MACORIG-VENIER¹⁹⁸ avait démontré que l'institution d'une quote-part heurte le principe d'indivisibilité des sûretés réelles. L'indivisibilité signifie que le bien grevé est affecté dans son intégralité au paiement de la créance garantie, même si celle-ci est inférieure à la valeur totale du bien. En conséquence, l'exercice du droit de préférence se fait sur l'intégralité du prix de vente. Or, la fixation de la quote-part amène les créanciers à exercer leur droit de préférence, non plus sur la totalité de la valeur du bien affecté en garantie, mais sur une simple quote-part du prix, c'est-à-dire sur une partie du prix du bien lui-même lorsqu'il est vendu seul ou de l'ensemble cédé dans les autres cas. De cette manière, l'affectation d'une quote-part du prix de cession porte atteinte à l'indivisibilité de la sûreté, puisque seule une partie de la valeur du bien grevé répond de la dette garantie. Par conséquent, l'affectation d'une quote-part entraîne la réduction de l'assiette des sûretés réelles¹⁹⁹.

142. À ce raisonnement, on pourrait opposer l'idée selon laquelle tout dépend du prix global de cession. Si le prix de cession est faible, il est certain que les quotes-parts affectées aux créanciers seraient tout aussi réduites, voire insignifiantes²⁰⁰. En revanche, si le prix de cession est suffisamment élevé²⁰¹, les quotes-parts ne seraient pas réduites. Elles pourraient alors correspondre à la valeur même du bien cédé. Ainsi, l'assiette des sûretés réelles ne serait pas réduite par le biais de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Ce n'est donc pas l'institution de la quote-part qui pose véritablement problème, mais la détermination du prix de cession, d'une part, et la ventilation de ce prix, d'autre part.

143. S'agissant de la détermination du prix de cession, même si les dispositions de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, ne le précisent pas, on comprend que l'affectation d'une quote-part à chacun des biens grevés fait suite à la détermination du prix de cession. La fixation d'un prix global de la cession doit précéder l'affectation d'une quote-part de ce prix à chacun des biens grevés compris dans la cession. Si le tribunal ne fixe pas directement le prix de cession, il lui revient d'apprécier souverainement les offres de cession qui lui sont proposées. Il devra alors choisir l'offre qui lui paraît la plus sérieuse, par exemple, opter pour l'offre qui réunit des propositions intéressantes, non seulement en ce qui concerne le paiement des créanciers²⁰², mais aussi pour ce qui est du nombre des emplois à sauver. Une fois que le prix de cession est fixé, le tribunal procède à sa ventilation si la cession comprend des biens grevés de sûretés réelles préférentielles.

¹⁹⁸ F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., pp. 167 à 169.

¹⁹⁹ Dans le même sens, P.-M. LE CORRE, « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », art. préc., pp. 32-33.

²⁰⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1286.

²⁰¹ Même si cette hypothèse risque d'être rare en pratique.

²⁰² CA Aix-en-Provence, 30 octobre 1997, *D.* 1999, somm., p. 2, obs. F. DERRIDA.

144. Avant la réforme du 12 mars 2014, le risque provenait de l'arbitraire dont le tribunal pouvait faire preuve, étant donné que la loi ne prévoyait aucun critère pour la ventilation du prix de cession. La détermination de la quote-part était laissée à l'appréciation souveraine des juges qui agissaient alors au cas par cas, en fonction des éléments en cause.

L'absence de critères légaux pour la ventilation du prix de cession exposait également les créanciers à la spoliation de leurs droits, étant donné que le prix de cession était généralement inférieur à la valeur vénale des actifs cédés²⁰³. Cette infériorité pouvait déteindre sur la quote-part affectée aux créanciers. Ainsi, la quote-part affectée aux créanciers était souvent réduite et même dérisoire²⁰⁴.

À partir de ce moment, se posait alors la question des voies de recours ouvertes au créancier lésé dans ses droits.

145. Selon les dispositions de l'article L. 661-6, III à V du Code de commerce, les créanciers ne peuvent former appel contre les jugements arrêtant ou modifiant un plan de cession. Il en est de même pour le jugement statuant sur la résolution du plan de cession. Aussi, dans un arrêt du 3 mars 1992²⁰⁵, la Cour de cassation avait affirmé qu'un créancier ne peut interjeter appel d'un jugement statuant en matière de plan de cession de l'entreprise. Cette décision a ensuite été réaffirmée dans un arrêt du 15 décembre 2009²⁰⁶. La haute Cour rappela que l'appel-nullité ne peut être formé que par une partie au procès. Or, le créancier qui prétend à une quote-part du prix de cession, n'est pas une partie au jugement arrêtant le plan de cession. En conséquence, il ne peut former appel.

Compte tenu de cette situation, il fallait déterminer le moyen dont dispose le créancier lésé pour se faire entendre.

146. La doctrine²⁰⁷ considère que la voie de recours ouverte au créancier pour contester les décisions relatives à l'affectation de la quote-part du prix de cession est la tierce-opposition nullité. Elle doit être formée dans un délai de dix jours à compter de l'avis d'insertion au BODDAC du jugement arrêtant le plan de cession.

Cependant, l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté a procédé à une modification de l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}. Le texte précise que la quote-part du prix de cession affectée à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice du droit de

²⁰³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, pp. 40 et s., sp. p. 42.

²⁰⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., L.G.D.J., Lextenso éditions, 2012, n° 1208; Pour l'auteur, « il en résulte dans les faits le quasi-anéantissement de ces sûretés, réduites à l'exercice d'un médiocre droit de préférence sur une quote-part plus ou moins arbitraire d'un prix de cession souvent très faible ».

²⁰⁵ Cass. com., 3 mars 1992, n° 89-15. 336, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *RJDA*, juin 1992, p. 510, n° 642; *Rev. Proc. Coll.*, 1992, p. 412, obs. B. SOINNE ; *Rev. Proc. Coll.*, 1993, p. 522, obs. B. SOINNE.

²⁰⁶ Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-21. 553, *Bull. civ. IV*, n° 167; *D.* 2010, AJ. p. 11, note A. LIÉNHARD ; *D.* 2010, pan. comm. p. 1827, note P.-M. LE CORRE ; *Rev. Proc. Coll.* 2010/2, p. 58, note F. PÉROCHON.

²⁰⁷ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op.cit., n° 582.34; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1286, infra 519. Ces auteurs considèrent que la tierce-opposition réformation étant, conformément aux dispositions de l'article L. 661-7 du Code de commerce, fermée au créancier, la seule issue qui lui reste est la tierce-opposition nullité, notamment en cas d'excès de pouvoir. C'est également la tierce-opposition nullité que le créancier pourrait former si le tribunal oublie de lui affecter une quote-part du prix de cession pour l'exercice de son droit de préférence.

préférence, correspond au rapport entre la valeur de ce bien et la valeur totale des actifs. Elle est déterminée au vu de l'inventaire et de la prise des actifs.

Cette modification pourrait bien mettre fin à la spoliation des créanciers ou, du moins, à l'arbitraire du tribunal. En effet, la ventilation du prix de cession n'est plus laissée à l'appréciation souveraine des juges. Il existe désormais des critères pour la détermination de la quote-part. Le tribunal devra fixer les fractions du prix de cession en tenant compte des valeurs respectives des biens grevés de sûretés²⁰⁸. La situation des créanciers visés par l'article L. 642-12, alinéa 1^{er}, pourrait donc s'améliorer puisque la ventilation du prix de cession est désormais encadrée.

Le Professeur LE CORRE²⁰⁹ considère que cette modification pourrait également avoir des conséquences sur la recevabilité des voies de recours. Selon lui, puisqu'il existe des critères pour la ventilation du prix de cession, la fixation des quotes-parts arbitraires totalement déconnectées des exigences légales devrait ouvrir au créancier le recours nullité pour excès de pouvoir.

147. Quoiqu'il en soit, la modification opérée par l'ordonnance du 12 mars 2014 n'a aucune incidence sur l'assiette des sûretés réelles exclusives. N'étant pas visées par la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession, elles échappent aux conséquences engendrées par sa mise en œuvre. Ainsi, l'absence d'affectation d'une quote-part permet aux sûretés réelles exclusives d'être à l'abri de toute réduction de leur assiette. Les créanciers vont pouvoir continuer d'exercer leurs droits sur l'intégralité du bien affecté en garantie, et non sur une simple quote-part du prix de cession affecté à ce bien. L'exclusivité assure ainsi l'intangibilité de l'assiette des sûretés, celle-ci ne pouvant être réduite à une quote-part bien souvent inférieure à la valeur du bien grevé. Ainsi en présence des sûretés réelles exclusives, le principe de l'indivisibilité des sûretés est strictement respecté.

En définitive, l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part assure leur protection contre toute réduction éventuelle de l'étendue de leur assiette. Cette solution admise en droit français est-elle applicable en droit OHADA ?

B- La situation en droit OHADA

148. Conformément aux dispositions de l'article 162, alinéa 1^{er}, de l'AUPC, « *Le juge commissaire ordonne la cession en affectant une quote-part du prix de cession à chacun des biens cédés* ». Cet article suppose que le prix de cession a déjà été fixé avant que le juge-commissaire ne procède à sa ventilation. Il ne pourrait en être autrement puisque pour ordonner la cession, encore faudrait-il qu'une offre ait été acceptée. Or, une offre ne peut être acceptée si le prix de cession n'est

²⁰⁸ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op.cit*, n° 582.33; « Lecteurs choyés de la Gazette... », *Gaz. Pal.*, 08 avril 2014, n° 98, p.5; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, ns° 1280 et 1286.

²⁰⁹ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op.cit*, n° 582.34.

pas au préalable fixé. Ainsi, comme en droit français, la mise en œuvre du mécanisme d'affectation d'une quote-part suppose la détermination du prix de cession, et cela, préalablement à sa ventilation.

149. À l'image de la législation française antérieure à l'ordonnance de mars 2014, le législateur communautaire africain n'a pas prévu de critères pour la détermination de la quote-part du prix de cession. Dans ce cas, les mêmes difficultés, et notamment celles liées à la spoliation des créanciers et l'exercice des voies de recours qui leur sont ouvertes, sont susceptibles de se poser.

En effet, le prix de cession étant généralement un prix global, il est possible que la quote-part affectée aux créanciers soit inférieure à la valeur du bien, d'autant plus que le législateur OHADA n'a pas, comme pour la cession intervenant dans le cadre d'un concordat de redressement, soumis l'homologation de la cession globale à la condition du total désintéressement des créanciers munis sûretés réelles sur les actifs cédés. Les créanciers seront, pour cette raison, limités à exercer leur droit de préférence sur une simple quote-part du prix de cession et non plus sur l'intégralité de la valeur du bien donné en garantie²¹⁰.

En tout état de cause, si le prix de cession globale est faible, il peut en résulter une réduction de l'assiette des sûretés grevant les biens cédés. Ne pouvant contrôler le montant de la quote-part qui leur sera affectée, les créanciers sont exposés au risque de spoliation dans la mesure où c'est cette quote-part qui va déterminer l'étendue de leurs droits. L'absence de solutions africaines nous amène à considérer que les solutions avancées en droit français devraient pouvoir s'appliquer en droit OHADA. Ainsi, s'agissant des voies de recours, seule la tierce-opposition nullité serait ouverte aux créanciers pour contester toute décision relative à l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

150. Les sûretés réelles exclusives n'étant pas visées par l'affectation d'une quote-part du prix de cession, comme en droit français, elles sont à l'abri de toute réduction de leur assiette à une simple quote-part du prix de cession.

En somme, les législations française et africaine, en écartant les sûretés réelles exclusives du domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part, garantissent, dans l'hypothèse d'un plan de cession, leur protection par la préservation de l'étendue de leur assiette. En effet, ces sûretés ne courent pas le risque d'une réduction de leur assiette pouvant résulter de la mise en œuvre de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

151. Par ailleurs, compte tenu de la nature des droits que les sûretés réelles exclusives confèrent à leurs bénéficiaires, les biens grevés ne peuvent, par principe, faire l'objet d'une cession. Cependant, pour favoriser la poursuite de l'activité, il peut arriver que les biens fassent l'objet d'une cession. Dans ce cas, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives vont pouvoir bénéficier d'un régime dérogatoire favorable.

²¹⁰ V. l'analyse faite en droit français.

Paragraphe 2/ Le traitement de faveur des créanciers munis de sûretés réelles exclusives en cas de cession

152. Quel sort faut-il réserver aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives dans l'hypothèse d'une cession de biens grevés ? Nous avons vu que les sûretés réelles exclusives échappaient à la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Ainsi, lorsqu'elle est prévue, la cession d'un bien grevé ou son insertion dans un plan de cession ne conduira pas à la mise en œuvre du mécanisme d'affectation, mais à l'application d'un régime dérogatoire favorable. Alors que cette solution est clairement consacrée en droit français (A), en droit OHADA, il est difficile d'en dire autant puisque ni le législateur communautaire, ni la jurisprudence ne s'est prononcé sur la question (B).

A- Le traitement de faveur des créanciers munis de sûretés réelles exclusives en droit français

153. Lorsqu'une cession est envisagée, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives bénéficient, en principe, d'un traitement dérogatoire favorable. Cette affirmation est valable aussi bien pour le créancier rétenteur (1) que pour les créanciers titulaires de propriétés-sûretés (2).

1- La situation du créancier rétenteur face au plan de cession

154. Comme nous l'avons vu, l'existence d'un droit de rétention fait échec à la mise en œuvre du mécanisme d'affectation d'une quote-part du prix de cession²¹¹. Seul le paiement de la créance permet de faire obstacle à l'exercice du droit de rétention²¹². La cession des biens retenus ou gagés n'est donc possible que si le repreneur procède préalablement au paiement du créancier. Dans le cas contraire, l'opposabilité du droit de rétention permet au créancier de refuser la restitution des biens détenus tant qu'il n'est pas complètement désintéressé²¹³. Ainsi, retenir et céder ne vaut²¹⁴.

155. L'opposabilité du droit de rétention au cessionnaire est valable pour tous les droits de rétention réels ou fictifs, et même pour le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil. En effet, selon les dispositions de l'article L. 622-7-I du Code de commerce, ce droit de rétention est inopposable pendant la période d'observation et pendant la durée de l'exécution du plan. En revanche, il est opposable dans l'hypothèse d'une cession.

²¹¹ Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, arrêt préc.

²¹² F.-J. CRÉDOT, « La supériorité irréductible du droit de rétention », art. préc., pp. 25-26.

²¹³ C. POURQUIER, « Faculté de rétention et procédures collectives », *D. Aff.* 1998, p. 936.

²¹⁴ P.-M. LE CORRE, « Le gage avec droit de rétention face au plan de cession (rien ne sert de concourir, il faut à point retenir) », art. préc., pp. 6 et s.

Le créancier gagiste qui tient son droit de rétention de l'article 2286, 4° du Code civil devrait donc pouvoir opposer son droit au cessionnaire²¹⁵. L'opposabilité de ce droit de rétention devrait aussi, pensons-nous, lui faire bénéficier des prérogatives conférées par le droit de rétention, en l'occurrence le retrait contre paiement ou encore le report du droit de rétention sur le prix de vente²¹⁶.

156. Tout bien considéré, dans l'hypothèse d'une cession, le droit de rétention est opposable au repreneur. Cette situation permet au rétenteur de se soustraire à l'affectation d'une quote-part du prix de cession, d'une part, et d'obtenir le paiement intégral de sa créance préalablement à la cession des biens retenus, d'autre part.

Mais alors, qu'en est-il des créanciers munis de propriétés-sûretés ?

2- La situation des créanciers propriétaires face au plan de cession

157. Par principe, le débiteur ne peut céder des biens dont il n'est pas propriétaire. Cependant, comme pour les biens retenus, il peut arriver que les actifs fiduciaires ou les biens vendus avec clause de réserve de propriété soient inclus dans un plan de cession. Quel traitement faut-il alors réserver aux créanciers-propriétaires ? Nous analyserons d'abord la situation du créancier réservataire (a) puis celle du bénéficiaire de la fiducie-sûreté (b).

a- La situation du créancier réservataire face au plan de cession

158. Jusqu'à l'exécution complète de son obligation, le débiteur n'est pas le propriétaire des biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété. Ceux-ci n'entrent donc pas dans son patrimoine. En théorie, le débiteur ne peut procéder à la cession de ces biens. Cependant, il peut arriver que des biens vendus avec une clause de réserve de propriété fassent l'objet d'une cession. Dans cette situation, le créancier réservataire ne reçoit pas une quote-part du prix de cession pour l'exercice de son droit de propriété. Il bénéficie plutôt d'un régime dérogatoire favorable. En effet, il a été jugé que si des biens vendus avec clause de réserve de propriété sont incorporés dans un plan de cession, le vendeur réservataire pourra se prévaloir de son droit de propriété sur le prix de la cession, en faisant valoir une créance postérieure privilégiée au sens de l'ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985²¹⁷. Aujourd'hui, il faudrait considérer que le créancier bénéficie d'une créance postérieure éligible au traitement préférentiel, au sens de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Dans tous les cas, le créancier réservataire tire avantage, sur le prix de

²¹⁵ O. BUISINE, « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », art. préc., ns° 6 à 9.

²¹⁶ Cf. ns° 410 et s.

²¹⁷ Cass. com., 9 juin 1992, n° 90-16.804, arrêt préc.; *JCP E*, 1992, I. 195, n°10, obs. M. CABRILLAC; *RTD com.* 1994, p. 126, obs. A. MARTIN-SERF ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives, op. cit.*, n° 910.

cession des marchandises, d'une créance postérieure privilégiée et payée par priorité aux autres créances.

159. Le professeur PÉROCHON²¹⁸ avait considéré que cette solution n'était pas une réelle victoire pour le réservataire étant donné que c'est le minimum auquel il pouvait prétendre. Cette solution place tout de même l'intéressé dans une position enviable par rapport aux créanciers qui se voient affecter une quote-part souvent dérisoire du prix de cession.

Par ailleurs, dans un arrêt plus récent²¹⁹, la Cour de cassation a estimé que l'administrateur a l'obligation d'affecter les fonds provenant de la revente des biens vendus sous clause de réserve de propriété au règlement de la créance du vendeur dès l'issue de la revendication. De cette manière, plus qu'une créance éligible au traitement préférentiel, le réservataire bénéficie d'un paiement exclusif sur les sommes provenant de la revente du bien. Cette solution pourrait également s'appliquer dans l'hypothèse d'une cession puisqu'elle est aussi un mode de réalisation.

160. En somme, dans l'hypothèse d'une cession de marchandises faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété, le créancier réservataire bénéficie d'un régime dérogatoire assez favorable, car il échappe à l'éventualité d'une réduction de l'assiette de sa sûreté.

Qu'en est-il du bénéficiaire de la fiducie-sûreté ?

b- La situation du bénéficiaire de la fiducie-sûreté face au plan de cession

161. Le contrat de fiducie repose sur le transfert des actifs fiduciaires dans un patrimoine fiduciaire. Les biens sortent de leur patrimoine d'origine pour intégrer un nouveau patrimoine. Cette opération juridique a des conséquences sur le constituant puisque ce dernier n'a plus la main mise sur les actifs fiduciaires. Les biens ne lui appartenant plus ; ils échappent, par principe, à la procédure collective de ce dernier. Logiquement, ces actifs ne peuvent plus être appréhendés pour les besoins de la procédure. Cette solution devrait être valable même si les biens font l'objet d'une convention de mise à disposition, en vertu de laquelle le débiteur conserve l'usage et la jouissance des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire. En effet, peu important qu'il en conserve ou non la possession, le constituant n'est plus le propriétaire des actifs fiduciaires. Il ne peut donc, en principe, les inclure dans un plan de cession²²⁰. Ainsi, faute d'appartenir au débiteur, les actifs fiduciaires ne sauraient être appréhendés dans le périmètre d'un plan de cession.

Comme l'a souligné un auteur²²¹, l'efficacité de la fiducie face au plan de cession place le bénéficiaire dans une situation d'exclusivité éminemment sécurisante, car il se trouve à l'abri de tout

²¹⁸ F. PÉROCHON, obs. sous Cass. com., 9 juin 1992, n° 90-16.804, arrêt préc., *D.* 1993, p. 296.

²¹⁹ Cass. com., 4 janvier 2000, n° 96-18.638, *Bull. civ.* IV, n° 5; *D.* 2000, p. 56; *JCP E*, 2000, 298, n° 8, obs. M. CABRILLAC.

²²⁰ CA Paris, 4 novembre 2010; *JurisData*, n° 2010-025412; *JCP G*, 2011, 71, n°4, comm. M. RUIZ; *Rev. Proc. Coll.* mars 2011/2, p.54, note J.-J. FRAIMOUT.

²²¹ K. LUCIANO, « Fiducie-sûreté et plan de cession », *Rev. Proc. Coll.* mars 2011, n°2, étude 9, p. 21.

concours avec d'autres créanciers sur les actifs en cause, et le prémunit par principe contre une opération de restructuration attentatoire à ses intérêts.

162. Par ailleurs, l'article L. 642-7, alinéa 5, du Code de commerce exclut la possibilité d'intégrer une convention de mise à disposition dans un plan de cession, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie. Tout comme les actifs fiduciaires, la convention de mise à disposition ne peut être judiciairement cédée, quand bien même elle serait nécessaire à la poursuite de l'activité.

163. Finalement, à l'instar du créancier rétenteur, les créanciers bénéficiaires de propriétés-sûretés échappent à la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession. Ils bénéficient également d'un régime dérogatoire qui leur permet d'obtenir un paiement prioritaire de leur créance. Si le bénéfice d'un traitement de faveur au profit des créanciers munis de sûretés réelles exclusives est admis en droit français, qu'en est-il en droit OHADA ?

B- Quel traitement pour les créanciers munis de sûretés réelles exclusives en droit OHADA ?

164. En droit OHADA, il n'existe aucune solution législative ou jurisprudentielle permettant d'établir le sort réservé aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives dans l'hypothèse d'une cession globale d'actif. Il est donc difficile d'affirmer que, comme en droit français, les créanciers africains titulaires de sûretés réelles exclusives bénéficient d'un traitement de faveur, en cas de cession globale d'actif.

Cependant, nous pensons que le législateur africain s'inscrit, en consacrant ces garanties comme de véritables sûretés (article 50 du nouvel AUS), dans la logique du droit français puisqu'il accorde aux bénéficiaires de ces sûretés des droits efficaces (droit de propriété et droit de rétention), qui sont par nature incompatibles avec le mécanisme d'affectation d'une quote-part.

De la sorte, si la jurisprudence africaine avait, en cas de cession d'un bien grevé d'une sûreté réelle exclusive, à se prononcer sur la question du bénéfice au profit des créanciers exclusifs d'un traitement de faveur, on pourrait penser à une transposition des solutions prévues en droit français. Pour l'heure, la question ne s'étant jamais posée en jurisprudence et la loi n'ayant pas comblé ce vide juridique, le débat reste ouvert. Là encore, nous exprimons notre déception par rapport à la réforme de l'AUPC récemment intervenue, puisque le législateur communautaire africain a encore brillé par son mutisme sur ce sujet.

165. En définitive, qu'il s'agisse du droit français ou du droit OHADA, l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession, pour l'exercice de droits exclusifs, place les sûretés réelles exclusives à l'abri d'une éventuelle réduction de leur assiette. En outre, même si le bien affecté en

garantie fait l'objet d'une cession, les créanciers munis de ces sûretés devraient bénéficier d'un régime dérogatoire favorable.

Conclusion du chapitre

166. La mise en œuvre de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession ne permet pas de réduire l'assiette des sûretés réelles exclusives. Plusieurs fondements justifient en effet cette situation. L'analyse du sort des sûretés réelles exclusives au regard de la règle de l'affectation d'une quote-part permet ainsi d'affirmer que l'ouverture d'une procédure collective n'a aucune incidence sur l'étendue de l'assiette de ces sûretés.

Toutefois, la préservation de l'assiette des sûretés réelles exclusives se vérifie encore au regard de la règle de la substitution de garantie, laquelle permet de changer l'identité de l'assiette des sûretés.

CHAPITRE 2/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE L'IDENTITÉ DE LEUR ASSIETTE

167. L'identité de l'assiette des sûretés est touchée lorsqu'il est fait application de la règle de substitution de garantie. Inspirée par l'article 522 du Code de procédure civile, elle a été adaptée en droit français au contexte des entreprises en difficulté, par la loi du 25 janvier 1985 dans ses articles 34 et 78. Aujourd'hui, cette mesure est régie par les alinéas 3 des articles L. 622-8 et L. 626-22 du Code de commerce. Elle permet au débiteur de proposer aux créanciers titulaires de sûretés réelles la substitution des garanties qu'ils détiennent par d'autres garanties équivalentes ou présentant des avantages similaires.

168. Comme l'affectation d'une quote-part du prix de cession, la substitution de garantie a été instituée en vue de favoriser le redressement de l'entreprise²²² au détriment des intérêts des créanciers. En période d'observation, les fonds provenant de la vente de biens grevés de sûretés réelles, en principe indisponibles, peuvent être rendus disponibles en contrepartie d'une substitution de garantie. Dans l'hypothèse d'un plan de continuation, la substitution de garantie va permettre de contourner l'affectation de ces fonds au désintéressement des créanciers inscrits. Dans tous les cas, la substitution de garantie permet à l'entreprise de se procurer une trésorerie qui peut, en tout état de cause, favoriser la poursuite de son activité²²³.

L'objectif de redressement justifie également le caractère autoritaire de la substitution de garantie. En effet, il résulte des dispositions des articles L. 622-8, alinéa 3, et L. 626-22, alinéa 3, du Code de commerce que le juge compétent (juge-commissaire ou tribunal) peut imposer la substitution de garantie au créancier réfractaire.

169. Quoi qu'il en soit, la substitution de garantie est une exception à la consignation du prix de vente des biens grevés de sûretés réelles (en période d'observation), et au paiement des créanciers inscrits (après adoption d'un plan de continuation). Aussi, son domaine d'application s'entend comme étant le prolongement des alinéas 1^{er} des articles L. 622-8 et L. 626-22 précités. La substitution de garantie n'est donc possible qu'en cas de vente de bien grevé d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque. Par ailleurs, dans la mesure où le législateur ne l'a pas prévue dans l'hypothèse d'un plan de cession ou dans la procédure de liquidation judiciaire, la substitution de garantie n'est envisageable qu'en période d'observation ou au cours de l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

²²² F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., pp. 237 et s.

²²³ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1324.

170. S'agissant de son mécanisme, la substitution de garantie peut revêtir deux formes. Il peut s'agir d'un changement de sûretés ; c'est le cas lorsqu'un gage est remplacé par un nantissement ou qu'une hypothèque est substituée par un cautionnement bancaire. Il peut s'agir aussi d'un simple changement du bien objet de la sûreté²²⁴, et ce, sans qu'il y ait changement de la nature même de la sûreté. Le bien est alors remplacé par un bien totalement différent ou un autre bien de même nature. C'est le cas lorsqu'un immeuble est remplacé par un autre immeuble, c'est également le cas lorsque les biens en cause sont des biens fongibles. En tout état de cause, qu'il s'agisse d'un changement de la sûreté ou du bien, la substitution de garantie implique nécessairement un changement de l'identité de l'assiette de la sûreté.

171. À ce stade, il convient de relever que si en droit français la substitution de garantie est clairement réglementée, la situation diffère considérablement en droit OHADA.

Sous l'empire de l'ancien AUS, il existait des traces d'une règle de substitution de garantie²²⁵. En effet, le dernier alinéa de l'article 42 de cet Acte Uniforme prévoyait que « *Le créancier doit renoncer au droit de rétention si le débiteur lui fournit une sûreté réelle équivalente* ». L'ordre de renonciation donné au créancier et la contrainte imposée au débiteur de lui procurer une sûreté réelle équivalente faisaient nécessairement penser à la substitution de garantie telle qu'elle est régie en droit français. Cependant, contrairement à son homologue français, le législateur OHADA était resté assez silencieux sur cette question. Il ne donnait aucune précision sur la procédure de substitution ou sur les moyens de l'imposer au créancier qui s'y refusait²²⁶. Par ailleurs, le législateur avait réduit la portée de la substitution de garantie en la limitant au droit de rétention et éventuellement au gage²²⁷.

172. Avec la réforme du droit des sûretés intervenue le 15 décembre 2010, le législateur communautaire africain a opté pour la solution radicale qui consiste en la suppression de la substitution de garantie. Les articles relatifs au droit de rétention ne font donc plus référence à une éventuelle substitution de garantie²²⁸.

Cette solution se comprend aisément puisque le droit de rétention n'est plus assimilé au gage. Désormais, qu'il s'agisse du droit commun des sûretés ou du droit des entreprises en difficulté, il n'existe plus des traces d'un mécanisme de substitution de garantie en droit OHADA. Sur ce point,

²²⁴ V. P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », *D. Aff.* 1998, p. 1246.

²²⁵ Sur la question v. ; J. ISSA- SAYEGH, « Le droit de rétention en droit sénégalais », art. préc., pp. 261 et s. sp. pp. 271 et s ; F. ANOUKAHA, A. CISSE- NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. YANKHOBA NDIAYE, M. SAMB, *OHADA Sûretés*, Collection Droit Uniforme Africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelles 2002, ns° 186 et s ; J.-C. OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », art. préc., pp. 81 et s ; A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention en droit uniforme (OHADA) », art. préc., pp. 279 et s. sp. pp. 320 et s.

²²⁶ J. ISSA- SAYEGH, « Le droit de rétention en droit sénégalais », art. préc., p. 274 ; A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention en droit uniforme (OHADA) », art. préc., p. 324.

²²⁷ Art. 43 de l'ancien AUS.

²²⁸ Art. 67 à 70 de l'AUS.

le législateur communautaire africain a su se détacher du droit français. De ce fait, les développements suivants ne porteront que sur l'analyse de la substitution de garantie en droit français.

173. Cependant, en tenant compte de l'objet de notre étude, il ne s'agit pas de traiter de la substitution de garantie à travers le prisme des créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles pour lesquels la règle a été instituée. Il est plutôt question d'examiner la protection dont les sûretés réelles exclusives vont pouvoir bénéficier au regard de cette règle. En effet, il ressort des articles L. 622-8 et L. 622-26 que ces sûretés ne sont pas visées par la substitution de garantie. Il en résulte une préservation de l'identité de leur assiette dont il faudrait préciser les fondements.

Toutefois, la détermination des fondements de la préservation de l'identité de l'assiette des sûretés réelles exclusives revient en réalité à s'interroger sur leur exclusion du domaine de la substitution de garantie. Ainsi, il convient d'analyser les fondements de cette situation (section 1) avant d'en préciser les effets (section 2).

Section 1/ Les fondements de l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie

174. Il résulte des dispositions de l'article L. 622-8, alinéa 3, que « *Le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent des garanties équivalentes* ».

Lorsque l'on se réfère à la formulation de cet article, on pourrait penser que la substitution de garantie s'applique à l'ensemble des sûretés aussi bien réelles que personnelles. En effet, le texte fait référence aux "garanties". Or, si toutes les garanties ne sont pas des sûretés, toute sûreté a nécessairement une vocation de garantie. De cette manière, toutes les sûretés, y compris celles qui placent leur titulaire dans une situation d'exclusivité, seraient visées par la substitution de garantie.

Mais l'articulation de l'article L. 622-8 permet de comprendre que la règle de la substitution de garantie prévue par l'alinéa 3 n'est qu'une exception à la règle de la consignation du prix de vente prévue par l'alinéa 1^{er} du même article. Aussi, l'alinéa 3 de l'article L. 622-8 ne peut être lu qu'en considération de l'alinéa 1^{er} du même texte²²⁹. La substitution de garantie n'est donc possible qu'en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque.

²²⁹ La doctrine est unanime sur la question ; D. MARTIN, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », *D.* 1986, Chron. p. 325 ; « Le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises », Banque éd., 1986, p. 23, n° 49 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 586 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 484.11 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 2429 ; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., pp. 228 et s.

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à l'article L. 626-22, alinéa 3, qui dispose que « *Si un bien est grevé d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une autre garantie peut lui être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents* ». Comme la consignation du prix, la substitution de garantie ne vise que les sûretés réelles préférentielles, qu'elles soient d'origine légale ou conventionnelle.

175. S'agissant des sûretés réelles exclusives, dans la mesure où elles ne sont pas visées par les dispositions des articles L. 622-8 et L. 626-22, elles échappent, par principe, à la substitution de garantie. Pour autant, rien n'interdit au débiteur de proposer aux créanciers munis de telles sûretés la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. Ils peuvent alors accepter ou refuser cette proposition.

À la différence des sûretés réelles préférentielles, la nature des droits conférés par les sûretés réelles exclusives permet aux créanciers bénéficiaires d'éviter la substitution judiciaire de garantie. En effet, ils ne sont pas soumis aux injonctions du juge (juge-commissaire ou tribunal) ordonnant la substitution de garantie. En conséquence, seule une substitution conventionnelle de garantie est envisageable pour les créanciers bénéficiaires de sûretés réelles exclusives.

176. Il se pose donc la question de la détermination des fondements de l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie. Nous remarquerons qu'il existe une différence de traitement entre le droit de rétention et les propriétés-sûretés. En effet, alors que l'exclusion du droit de rétention s'est faite de manière progressive (paragraphe 1), on ne saurait en dire autant de l'exclusion des propriétés-sûretés qui demeure constante (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ L'exclusion progressive du droit de rétention

177. Aborder la question de l'exclusion du droit de rétention dans le cadre de la substitution de garantie consiste à se demander si ce droit peut être mis en échec par ce mécanisme. Cette interrogation trouve sa source dans les débats élevés autour de la coordination des anciens articles 33, alinéa 3, et 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985. Aujourd'hui, ces textes correspondent respectivement aux articles L. 622-7- II, alinéa 2 et L. 622-8, alinéa 3 du Code de commerce.

Le premier texte prévoit la possibilité pour le juge-commissaire d'autoriser le paiement des créances antérieures, afin de retirer le gage ou la chose légitimement retenue. Il institue donc, au profit des créanciers gagistes et rétenteurs, une technique de retrait contre paiement leur permettant de conserver le bien jusqu'au paiement intégral de la créance. Quant au second texte, il donne la possibilité au juge-commissaire d'imposer aux créanciers une substitution de garantie.

La coordination de ces deux textes est-elle envisageable ? Est-il possible d'imposer une substitution de garantie au créancier rétenteur alors que ce dernier peut se prévaloir de la technique du retrait contre paiement ?

178. Aujourd'hui, une réponse négative ne fait aucun doute. Le droit de rétention effectif est exclu du domaine de la substitution de garantie. Cette situation résulte néanmoins d'une évolution juridique remarquable. Amorcée par la doctrine (A), elle a ensuite été consacrée par la jurisprudence (B). Toutefois, avec la modification de l'article 2286 du Code civil par la loi du 04 août 2008 sur la modernisation de l'économie, et l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des procédures collectives, le législateur crée le doute quant à l'exclusion du droit de rétention fictif (C).

A- Une exclusion amorcée par la doctrine

179. Alors même que le législateur de 1985 n'avait pas cité le droit de rétention au titre des garanties substituables, son exclusion législative ne semblait pas convaincre l'opinion. En effet, au lendemain de l'adoption de la loi du 25 janvier 1985, les articles 33, alinéa 3, et 34 de ladite loi jetèrent vite le trouble sur leur compatibilité. Cette ambiguïté a conduit la doctrine à s'interroger sur la portée réelle de chacun de ces textes.

180. Le professeur MARTIN²³⁰ tente, dans une analyse rigoureuse, de préciser le champ d'application qui pourrait être celui de chacun des textes en concours, mais aussi de démontrer pourquoi le gage devrait nécessairement être soustrait aux dispositions de l'article 34, et notamment à la substitution de garantie.

Tout au long de son analyse, il défend l'idée d'une indépendance réciproque entre les textes. Il pose comme postulat le fait que le législateur ait créé un texte spécial régissant le sort des créanciers gagistes et rétenteurs, alors même qu'un texte plus général avait été prévu pour l'ensemble des garanties. Ainsi, l'article 33, alinéa 3, devait, en raison de son caractère spécial, s'appliquer au détriment de l'article 34. C'est dans ce sens que l'auteur affirme que « si les choses spéciales dérogent aux choses générales, il est bien dans la vocation du gage de n'être point assujéti à l'éventualité de son remplacement forcé par une autre et quelconque garantie »²³¹. Aussi, lorsqu'il est question du gage ou du droit de rétention, seule la technique du retrait contre paiement trouve matière à s'appliquer. Elle constitue la seule voie de dégrèvement du bien gagé ou retenu. En conséquence, la substitution de garantie ne saurait s'appliquer en dépit de son caractère autoritaire. Poursuivant sa démonstration, le professeur MARTIN met ensuite en avant le caractère global de l'article 33, alinéa 3, pour justifier son indépendance à l'article 34. Il précise qu'« outre son caractère de texte spécial, l'article 33, alinéa 3, doit aussi son indépendance vis-à-vis du texte concurrent à sa globalité téléologique »²³². La généralité résulterait du fait que le premier texte n'autorise le paiement du créancier gagiste ou rétenteur que lorsque ce dernier retient un bien nécessaire à la

²³⁰ D. MARTIN, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », art. préc., p. 325

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*, p. 326.

poursuite de l'activité du débiteur. En ce sens, l'auteur explique que cette idée de « poursuite d'activité constitue un déni à toute velléité d'assujettissement cumulatif du gage à l'article 34. Car la substitution de garantie prévue par l'article 34 est conçue comme un préalable à l'aliénation du bien grevé de sûreté réelle spéciale, et donc ordonnée à l'objectif de sa vente. Or l'article 33, alinéa 3, intègre déjà précisément, par sa référence à la continuation de l'activité, l'hypothèse d'une réalisation souhaitable de la chose retenue ou gagée ». De la sorte, « il est peu probable que le législateur ait entendu soumettre cette chose, dans la même éventualité de sa vente, à deux textes différents aux dispositions incompatibles »²³³.

Puis, il s'intéresse particulièrement au droit de rétention qui découle de la notion de « chose légitimement retenue » employée par le législateur. L'auteur va à juste titre penser que le créancier gagiste et le créancier rétenteur doivent bénéficier d'un traitement analogique, en l'occurrence le retrait de la chose gagée ou retenue contre le paiement du créancier. Par conséquent, ces créanciers ne peuvent être assujettis aux dispositions de l'article 34. L'auteur précise à cet effet que « l'intention incluse dans ce texte est-elle bien d'isoler le gage avec dessaisissement et rétention des autres sûretés réelles spéciales, pour le soustraire aux dispositions de l'article 34, et notamment à la faculté de substitution des garanties »²³⁴.

Pour finir, il démontre l'indépendance des textes concurrents en s'appuyant sur la différence de leur champ d'application. Il affirme en effet que « l'usage successif des mots gage puis nantissement dans les articles 33, alinéa 3, et 34, n'est pas une coquetterie de plume, ni un effet du hasard, ni le produit d'une inadvertance, il traduit une volonté d'alignement du nantissement, mais non du gage, sur les autres sûretés réelles spéciales sans déplacement »²³⁵. En somme, les articles 33, alinéa 3, et 34 ayant des domaines distincts, l'auteur conclut à juste titre que le droit de rétention échappant aux dispositions de l'article 34, il doit naturellement être exclu du domaine de la substitution de garantie. Cette idée se confirme lorsqu'il précise que « l'article 33, alinéa 3, ne s'accommode d'aucune rivalité textuelle, le droit de rétention suffit, par son exclusivité, à lui épargner toute concurrence, fût-ce de l'article 34 »²³⁶.

181. Dans le même sens, le professeur MACORIG-VENIER²³⁷ a soutenu que les sûretés réelles grevant les biens dont la réalisation est susceptible de donner lieu à la substitution sont les sûretés sans dépossession, à l'exclusion des sûretés reposant sur la propriété ou la rétention. Les sûretés réelles sans dépossession sont donc la cible exclusive de la substitution de garantie²³⁸. En s'intéressant particulièrement au droit de rétention, l'auteur évoque, sur la base du régime de

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*, p. 327.

²³⁷ F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., p. 229.

²³⁸ *Ibid.*, pp. 232 et s.

faveur institué par l'article 33, alinéa 3, à l'égard du créancier rétenteur gagiste ou non, la thèse d'une « inapplicabilité de la substitution de la garantie au gage avec dépossession »²³⁹. Or, le gage avec dépossession étant nécessairement assorti d'un droit de rétention, on peut considérer que l'auteur défend donc l'idée d'une soustraction du droit de rétention de la substitution de garantie.

182. Toujours en faveur d'une exclusion du droit de rétention, le professeur LE CORRE, en analysant un arrêt rendu le 1^{er} décembre 1997²⁴⁰ par la cour d'appel de Toulouse, affirma que « retenir et substituer ne vaut »²⁴¹.

En l'espèce, la société Majeste, spécialisée dans les produits gastronomiques du Sud-ouest, avait, par actes sous seing privé, constitué deux contrats de gages sur stocks portant sur des marchandises diverses. Dans le premier acte du 20 mars 1997, elle avait conclu un gage avec un pool bancaire composé de six banques dont le chef de file était le Crédit agricole ; et, dans le second acte du 2 avril 1997, le gage avait été consenti à titre personnel avec le Crédit agricole uniquement. Dans les deux cas, les parties avaient eu recours à une société d'entiercement pour assurer la dépossession, en l'occurrence la société Auxiga. Les deux actes de gage prévoyaient qu'avec l'accord du créancier gagiste agissant soit comme chef de file (dans le premier acte), soit à titre personnel (dans le second acte), le constituant du gage pouvait être autorisé à retirer des marchandises gagées moyennant la substitution simultanée aux marchandises retirées, de marchandises d'un montant équivalent en valeur déclarée.

Placée en redressement judiciaire le 22 avril 1997, la société Majeste sollicita du créancier gagiste (Crédit agricole), par l'intermédiaire de son administrateur, l'autorisation d'une substitution des marchandises en exécution des deux contrats de gage. Confrontés au refus du créancier gagiste qui agissait tant en son nom propre qu'à celui de l'ensemble des établissements bancaires membres du pool, la société Majeste et les représentants de la procédure collective assignèrent le Crédit Agricole devant le juge-commissaire afin qu'il ordonne la substitution de la sûreté.

Par une ordonnance rendue le 29 avril 1997, le juge-commissaire ordonna la substitution. Mécontent, le créancier gagiste interjeta appel de la décision. Il revenait alors aux juges d'appel toulousains de se prononcer sur la question de savoir si la substitution de garantie pouvait être imposée au créancier gagiste-(rétenteur). Par une décision clairement motivée, ceux-ci firent droit à la requête du créancier gagiste en déboutant la société Majeste et ses représentants de leur demande de substitution du gage.

183. Dans son analyse, le professeur LE CORRE commence par distinguer la substitution de l'assiette de la substitution de la sûreté. Il précise que la clause insérée dans les actes de gage

²³⁹ *Ibid.*, p. 232-231.

²⁴⁰ CA Toulouse, 1^{er} décembre 1997, *D. Aff.* 1998, p. 1246, obs. P.-M. LE CORRE.

²⁴¹ P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., pp. 1246 et s ; « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », art. préc., p. 2816.

prévoyait, sous réserve de l'accord du créancier gagiste, non pas une substitution de la sûreté, mais une substitution de l'assiette de la sûreté. Par conséquent, la requête formulée par l'administrateur devant le juge-commissaire et tendant à obtenir une substitution de sûreté ne devait en réalité pas prospérer, en raison de sa non-conformité à ladite clause. Pour respecter celle-ci, l'administrateur devait solliciter une substitution de l'assiette. Là encore, l'auteur est sceptique. Il pense que cette demande n'aurait pas pu aboutir, car la faculté de substitution était subordonnée à l'accord du créancier gagiste. Or, en l'espèce, le créancier n'avait pas donné son accord. Aussi, pour contourner la difficulté, l'administrateur préféra solliciter du juge-commissaire une substitution de sûreté²⁴².

Cette précision apportée, l'auteur se penche ensuite sur les motifs de l'arrêt rendu par les juges toulousains. Comme ces derniers, il se prononce en faveur de l'exclusion du droit de rétention de la substitution de garantie. Pour soutenir sa thèse, l'auteur commence par un raisonnement contradictoire. Dans un premier temps, il démontre que l'article 34, alinéa 3²⁴³, vu qu'il emploie le terme générique de garanties dont les sûretés ne constituent qu'une sous-catégorie, devait, du fait de sa généralité, s'appliquer à toutes les sûretés, qu'elles soient ou non assorties d'un droit de rétention, dans la mesure où aucune disposition législative ne prévoyait expressément leur exclusion du domaine de la substitution. Aussi, en se fondant sur le caractère général des dispositions de l'article 34, alinéa 2, l'auteur affirme qu'« il semblerait donc difficile d'exclure du domaine de la substitution de garanties les gages avec droit de rétention »²⁴⁴. Mais en analysant l'article 33, alinéa 3, qui envisage le retrait du gage ou de la chose légitimement retenue contre paiement, l'auteur aboutit très rapidement à la conclusion d'une incompatibilité entre les textes mis en cause.

Comme le professeur MARTIN²⁴⁵, le professeur LE CORRE fait du caractère spécial de l'article 33, alinéa 3, le fondement textuel de l'exclusion du droit de rétention du domaine de la substitution. En application de la règle *specialia generalibus derogant*, il affirme que « si une disposition spéciale envisage, en période d'observation, la situation du gage avec droit de rétention, il y a lieu de considérer qu'elle doit faire échec à d'autres dispositions plus générales »²⁴⁶. Poursuivant son analyse, l'auteur va justifier l'exclusion du droit de rétention de la substitution de garantie par l'indépendance des domaines d'application respectifs des articles 33, alinéa 3 et 34, alinéa 2. Pour ce faire, il s'est posé la question de savoir si les articles concurrents pouvaient, chacun, être considérés comme une exception pour l'autre article. Ayant répondu par la négative, en raison du caractère exceptionnel de l'alinéa 3 de l'article 33 et de l'alinéa 2 de l'article 34, l'auteur conclut qu'« aucun

²⁴² P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., pp. 1246 et 1247.

²⁴³ L'article 34 de la loi du 25 janvier ne comporte pas un troisième alinéa, aussi, nous dirons alinéa 2.

²⁴⁴ P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., p. 1247.

²⁴⁵ D. MARTIN, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », art. préc., p. 325.

²⁴⁶ P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., p. 1247.

lien d'allégeance ne peut être trouvé entre ces deux textes d'exception qui intéressent des problèmes distincts »²⁴⁷.

Sur le terrain de la logique juridique, l'auteur démontre que le retrait contre paiement étant la seule voie de dégrèvement du droit de rétention, il n'est pas possible d'imposer au rétenteur une substitution de garantie, car celle-ci n'entraîne pas le paiement direct du créancier. Il affirme que « c'est la force du droit de rétention qui fait obstacle à la technique de la substitution de la sûreté »²⁴⁸. Pour finir, il considère que l'exclusion du droit de rétention de la substitution de la garantie est acquise en présence d'un droit de rétention aussi bien réel que fictif. Aussi, il ajoute que « lorsque le législateur accorde à un créancier un droit de rétention fictif, il place ce dernier dans la même situation que celle qui serait la sienne en présence d'un droit de rétention réel. C'est la raison pour laquelle, sauf disposition contraire d'un texte, il n'y a pas lieu de distinguer entre droit de rétention réel et droit de rétention fictif »²⁴⁹.

En somme, seul le paiement du créancier permet de faire obstacle à l'exercice du droit de rétention. Or, la substitution de garantie ne vaut pas paiement du créancier rétenteur. Le droit de rétention est donc exclu de la substitution de garantie.

184. Cependant, l'exclusion du droit de rétention de la substitution de la garantie n'avait pas fait l'unanimité. Une partie de la doctrine s'était, en effet, prononcée en sens inverse.

Certains²⁵⁰ qui se fondaient sur l'argument terminologique et la nécessité d'un redressement de l'entreprise, avaient préconisé l'application de la substitution de la garantie tant au gage avec dépossession qu'au gage sans dépossession. Un autre auteur²⁵¹ qui a contesté l'analyse faite par le professeur MARTIN²⁵² et s'est appuyé sur la possibilité qu'offre le législateur d'aliéner un bien légitimement retenu en liquidation judiciaire, est parvenu à conclure qu'il était possible d'inclure le gage avec dépossession dans la liste des sûretés substituables.

En visant le gage avec dépossession qui, sous l'empire des législations antérieures, était déjà assorti d'un droit de rétention, les partisans de cette thèse concevaient donc la possibilité d'une substitution de garantie en présence d'un droit de rétention réel. Le droit de rétention n'ayant aucune existence autonome, il devait, en vertu de la règle l'accessoire suit le principal, subir le même sort que le gage dont il dépendait. Ainsi, pour ces auteurs, le droit de rétention pouvait, dans certains cas, tomber sous le coup des dispositions de l'article 34.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 1248.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 1249

²⁵⁰ Ph. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP* 1986, I, 185 ; P.-M. LE CORRE, « Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et la règle du concours », *Rev. Proc. Coll.* 1990/1, p. 21.

²⁵¹ D. POHÉ, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. Proc. Coll.* 1992/3, pp. 245 et s. sp. pp. 253-254.

²⁵² D. MARTIN, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », art. préc., pp. 325 et s.

185. Nous ne partageons pas tout à fait cette position.

D'abord, s'agissant de l'argument terminologique, il est vrai que les articles 34 et 78 de la loi du 25 janvier 1985 employaient le terme de nantissement qui, sous l'empire des législations antérieures à l'ordonnance du 23 mars 2006, désignait à la fois le gage lorsqu'il portait sur des choses mobilières et l'antichrèse lorsqu'il avait pour objet des choses immobilières. Mais, comme l'a très justement souligné le professeur MARTIN²⁵³, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, le nantissement désignait en réalité un gage sans dépossession et a priori, pensons-nous, dépourvu d'un droit de rétention.

Dans le même sens, le professeur LE CORRE²⁵⁴ affirme que « les législations modernes, lorsqu'elles employaient les termes "nantissement" et "gage" distinguaient soigneusement les premiers des seconds, en n'utilisant le vocable "nantissement" que dans les seules hypothèses où la sûreté était dépourvue du droit de rétention. Il en était ainsi, par exemple pour le nantissement sur fonds de commerce. En revanche, lorsque le législateur évoquait une sûreté mobilière assortie d'un droit de rétention, il parlait de "gage". Ainsi en était du gage sur véhicule automobile ». Il en résulte que le législateur de l'époque utilisait le terme de nantissement lorsque la sûreté n'était pas assortie d'un droit de rétention. En revanche, il faisait référence au gage lorsque la sûreté conférait à son titulaire un droit de rétention. En visant donc le nantissement à l'article 34, le législateur n'entendait désigner que les sûretés mobilières dépourvues d'un droit de rétention.

S'agissant ensuite de l'argument fondé sur le redressement de l'entreprise, l'article 33, alinéa 3, qui envisageait l'hypothèse d'un retrait contre paiement permettait justement de libérer les biens utiles à la poursuite de l'activité. De cette manière, le législateur avait anticipé sur le risque de paralysie du redressement pouvant résulter de la rétention d'un bien utile.

Enfin, même si le législateur envisageait la possibilité d'aliéner un bien légitimement retenu en liquidation judiciaire, les droits du créancier rétenteur étaient néanmoins préservés. En effet, conformément à l'article 159, alinéa 4 de la loi du 25 janvier, dans l'hypothèse d'une vente du bien retenu, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente. Ainsi, le créancier rétenteur ne pouvait subir la substitution de garantie puisque seul le paiement de la créance permet de faire échec à l'exercice du droit de rétention.

186. Nous sommes plutôt d'avis avec la doctrine majoritaire²⁵⁵. Nous optons pour l'incompatibilité des articles L. 622-7-II, alinéa 2 (ancien article 33, alinéa 3) et L. 622-8, alinéa 3

²⁵³ D. MARTIN, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », art. préc., p. 326.

²⁵⁴ P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n°482.11.

²⁵⁵ D. MARTIN, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », art. préc., pp.325 et s ; A KORNMANN, « La substitution de garantie et la loi du 25 janvier 1985 (À propos de quelques éléments omis) », *JCP N*, 1988, I, 726, p. 584 ; F. DERRIDA, P. GODÉ, J.P SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3e éd., Dalloz, 1991, n° 539 ; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., p. 228 et s ; M.-H. MONSÉRIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Litec 1994, Bibl. de droit de l'entreprise,

(ancien article 34, alinéa 2). Mais encore, nous soutenons l'idée d'une application exclusive de l'article L. 622-7-II, alinéa 2, lorsqu'il est question du créancier rétenteur, peu important que le droit de rétention soit autonome ou qu'il résulte d'un gage. En effet, comment comprendre que le législateur de 1985, dont l'objectif premier était clairement de favoriser le redressement de l'entreprise au détriment du paiement des créanciers, ait malgré tout créé un texte spécial fortement favorable au créancier rétenteur ? En agissant de la sorte, le législateur a simplement voulu soustraire le rétenteur aux dispositions de l'article 34, mais aussi à toutes autres techniques susceptibles de porter atteinte au droit de rétention. En conséquence, seul le paiement du créancier rétenteur demeure le moyen de mettre efficacement en échec le droit de rétention. En décider autrement reviendrait à remettre en cause l'efficacité du droit de rétention, mais aussi à violer les dispositions législatives²⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, le contraire ne saurait être admis aujourd'hui. En effet, la jurisprudence a finalement consacré l'exclusion du droit de rétention de la substitution de garantie.

B- Une exclusion consacrée par la jurisprudence

187. L'exclusion du droit de rétention du domaine de la substitution de garantie a été consacrée par la jurisprudence dans un arrêt de la Cour de cassation rendu le 4 juillet 2000²⁵⁷. La Haute juridiction n'a fait que confirmer les motifs retenus par la cour d'appel de Toulouse à propos d'une affaire précédemment évoquée²⁵⁸ et ayant donné lieu à l'arrêt du 1^{er} décembre 1997.

En l'espèce, des créanciers gagistes (un pool bancaire et le Crédit agricole) avaient saisi les tribunaux d'une action en contestation d'une substitution de sûreté ordonnée par le juge-commissaire, en application des dispositions de l'article 34 *in fine* de la loi du 25 janvier 1985. La cour d'appel fit droit à leur demande.

Dans les motifs de sa décision, la cour d'appel estima que « *le créancier gagiste, du fait de la possession, que celle-ci soit directe ou exercée par l'intermédiaire d'un tiers pour son compte, bénéficie d'un droit de rétention sur le bien, objet du gage. Ainsi, la loi du 25 janvier 1985 accorde au créancier gagiste une supériorité sur tous les autres créanciers puisqu'elle lui permet d'une part, d'avoir vocation à un règlement prioritaire pendant la période d'observation (article 33,*

vol. 33, n° 472 ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives, op. cit.*, n°1324; P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., p. 1246 ; C. POURQUIER, « Faculté de rétention et procédures collectives », art. préc., p. 936 ; A. LIÉNHARD « Le créancier rétenteur ne peut se voir imposer une substitution judiciaire de garantie », *D.* 2000, p. 361; S. PIÉDELIÈVRE, « Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective », *D.* 2001, p. 465; H. NARAYAN-FOURMET, « Le droit de rétention dans le gage: l'arme absolu du créancier », *LPA*, 8 juin 2001, n° 114, p. 20.

²⁵⁶ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 484.12

²⁵⁷ Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *Bull.civ.* IV, n°136; *D.* 2000, AJ, p. 361, obs. A. LIÉNHARD ; *D.* 2001, p.465, note S. PIÉDELIÈVRE; *LPA*, 8 juin 2001, n° 114, p. 20, note H. NARAYAN-FOURMET; *RTD com.* 2000, p. 1009, note A. MARTIN-SERF ; *JCP G*, 2001, I, 298, n° 13, obs. M. CABRILLAC.

²⁵⁸ CA Toulouse, 1er décembre 1997, arrêt préc., *D. Aff.* 1998, p. 1250, obs. P.- M. LE CORRE.

alinéa 3) et d'autre part, d'obtenir, du liquidateur, un règlement spontané (article 159, alinéa 1^{er}.) ou encore une attribution judiciaire du bien gagé (article 159, alinéa 3) ». Ensuite, elle considéra que « le droit du créancier gagiste à ne délivrer la chose que contre paiement, consacré par l'article 33, alinéa 3 de la loi susvisée, ne peut être compris comme trouvant sa limite dans le pouvoir du juge-commissaire d'imposer une substitution de gage. En effet, raisonner ainsi reviendrait à enlever toute portée à l'article 33, alinéa 3 et à considérer que les dispositions des articles 33 et 34 sont simplement alternatives alors pourtant que le législateur ayant pris le soin de prévoir des dispositions distinctes, et surtout d'utiliser une sémantique différente puisque l'article 33 vise expressément le gage et la chose légitimement retenue, tandis qu'il mentionne dans l'article 34 le bien grevé d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque ». Ainsi, la cour d'appel conclut à la recevabilité et au bien fondé l'appel des créanciers gagistes. Elle avait donc débouté le débiteur et l'administrateur de leur demande de substitution de gage. Par cette décision, les juges toulousains avaient écarté la possibilité d'une substitution de garantie en présence d'un droit de rétention.

188. Faisant grief aux juges d'appel d'avoir statué ainsi, la société Majeste, la débitrice, dont la situation est passée du redressement à la liquidation judiciaire, a, par l'intermédiaire du liquidateur, formé un pourvoi en cassation contre leur décision.

Devant la Cour de cassation, le liquidateur judiciaire a mis en exergue l'esprit de la loi du 25 janvier 1985 dont la finalité première était d'assurer le redressement de l'entreprise. À cet égard, il arguait que si l'article 33 de ladite loi interdisait de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, les dispositions de son troisième alinéa permettaient le retrait du bien gagé contre paiement du créancier, non pas pour extraire le bien gagé du patrimoine du débiteur pour la satisfaction d'un créancier qui serait supérieur aux autres, mais pour remettre le bien gagé au débiteur, afin de lui permettre de poursuivre l'activité de l'entreprise.

Le liquidateur judiciaire poursuivait en soutenant que c'est dans le même but que l'article 34 permet de proposer aux créanciers la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. Selon lui, les dispositions des articles 33 et 34 n'ont pas pour finalité de protéger les créanciers gagistes, mais elles permettent au débiteur de poursuivre l'activité de l'entreprise. Ainsi, l'article 33, alinéa 3, ne saurait exclure l'application de l'article 34, alinéa 2. Il affirmait alors que la cour d'appel, en rejetant la demande en substitution, a méconnu la finalité de la loi du 25 janvier 1985 et violé, par fausse interprétation, ses articles 33 et 34.

De cette argumentation, il ressort que le liquidateur judiciaire défend l'idée d'un domaine partagé entre les articles 33 et 34. Ainsi, il serait possible pour les organes de la procédure d'appliquer l'un ou l'autre des textes au créancier rétenteur ; la finalité recherchée étant d'assurer la continuité de l'entreprise et non la supériorité de ce dernier sur les autres créanciers du débiteur.

189. Bien qu'attrayant, le pourvoi fut rejeté. La Cour de cassation avait plutôt décidé que « *le droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis, confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'au complet paiement de sa créance, alors même que le contrat de gage prévoit une faculté de substitution avec l'accord du créancier. Justifie alors sa solution, la Cour d'appel qui retient que le droit de rétention ne peut être limité par le pouvoir conféré au juge-commissaire par l'article 34, alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985, d'imposer au rétenteur une substitution de garantie* »²⁵⁹. Cet arrêt de principe consacre clairement l'exclusion du droit de rétention du domaine de la substitution de garantie. Désormais, la règle est nettement posée. Les organes de la procédure collective ne peuvent arguer des dispositions de l'article 34 pour réclamer au juge-commissaire qu'il prononce une substitution de garantie au détriment du créancier rétenteur. En écartant la substitution de garantie en présence d'un droit de rétention, la Haute juridiction n'interdit pas au représentant du débiteur de récupérer le bien retenu s'il se révèle utile à la poursuite de l'activité. Seulement, elle l'oblige à payer préalablement le rétenteur s'il veut récupérer le bien.

190. La doctrine²⁶⁰ a tenté de rechercher des justifications à la solution de la haute Cour. Qu'est-ce qui permet de justifier l'inapplication de l'article 34, alinéa 2, en présence d'un droit de rétention ?

A d'abord été avancée l'explication la plus simple permettant de considérer que la Cour de cassation a fait application d'une solution qu'elle avait elle-même rendu quelques années auparavant, à savoir que le droit de rétention n'est pas une sûreté²⁶¹. Cet argument ne peut être retenu car s'il est vrai que le droit de rétention n'est pas une sûreté, il est tout aussi vrai que l'article 34, alinéa 2, vise la substitution de garanties et non celles de sûretés. Mais si le droit de rétention n'est pas une sûreté, sa nature de garantie ne peut être contestée. La nature juridique du droit de rétention ne fournit donc pas d'explication à la décision de la Haute juridiction.

Un auteur²⁶² a considéré que la décision de la Cour de cassation se justifie au regard des arguments fondés sur la lettre des textes et sur l'esprit de la loi du 25 janvier 1985. Quant au professeur PIÉDELIÈVRE²⁶³ qui a préféré cerner les raisons de la prééminence du droit de rétention en cas d'ouverture d'une procédure collective, il estime que « le rétenteur est en position de force tant qu'il ne demande pas le paiement de sa créance et qu'il reste dans une attitude passive et négative ».

²⁵⁹ Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, arrêt préc.

²⁶⁰ S. PIÉDELIÈVRE, « Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective », art. préc., pp. 467 et s ; H. NARAYAN-FOURMET, « Le droit de rétention dans le gage: l'arme absolue du créancier », art. préc., p. 27.

²⁶¹ Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; *D. Aff.* 1997, p. 763 ; *JCP G*, 1997, IV, 1464 ; *RD bancaire et de la bourse* 1997, p. 173, obs. M. CABRILLAC ; *RTD civ.* 1997, p. 707, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 1998, p. 202, obs. A. MARTIN-SERF ; *D.* 1998, p. 102, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *JCP G*, 1998, I, 103, n° 23, obs. Ph. DELEBECQUE.

²⁶² H. NARAYAN-FOURMET, « Le droit de rétention dans le gage: l'arme absolue du créancier », art. préc., p. 27.

²⁶³ S. PIÉDELIÈVRE, « Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective », art. préc., pp. 467 et s.

Aussi, il affirme que « le droit des procédures collectives empêche le jeu normal des sûretés réelles par voie d'action, mais qu'il ne l'interdit pas par voie d'exception ».

Dans tous les cas, la Cour de cassation a le mérite d'avoir clairement affirmé l'exclusion du droit de rétention du domaine de la substitution de garantie. Mais pour donner une portée générale à la solution jurisprudentielle, il y a lieu de l'élargir. Cet élargissement se fait à deux niveaux.

190. D'abord, concernant la phase de la procédure collective, même si dans les faits de l'arrêt analysé, il était question de faire application de la substitution de la garantie en période d'observation, il est admis que l'exclusion décidée par la Haute juridiction doit, par analogie, s'appliquer en cas de plan de continuation. En effet, l'article 78, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 (article L. 626-22, alinéa 3), comme l'article 34, alinéa 2, (article L. 622-8, alinéa 2), envisage l'hypothèse d'une substitution de garantie pouvant être ordonnée cette fois par le tribunal et non par le juge-commissaire. Rien ne saurait donc justifier que le créancier rétenteur ne puisse échapper à la substitution de garantie lorsque celle-ci est décidée dans le cadre d'un plan de continuation. Un auteur²⁶⁴ avait à juste titre affirmé que « tant en période d'observation que lors du jugement d'arrêté du plan, il n'est pas possible à la juridiction d'imposer la restitution des biens légitimement retenus ou bénéficiant d'un gage avec dépossession réelle sans qu'il y ait un règlement de la somme due ou accord avec le créancier concerné ».

191. Ensuite, l'extension de la solution jurisprudentielle doit concerner le domaine d'application. La Cour de cassation visait expressément « *le droit de rétention issu d'un gage avec dépossession* ». Cette précision amène à s'interroger sur l'exclusion du droit de rétention sous toutes ses formes. La question se pose de savoir si la solution jurisprudentielle devait s'appliquer au seul droit de rétention issu d'un gage avec dépossession ou si elle pouvait également s'appliquer aux autres formes du droit de rétention. Pour y répondre, il convient de faire une distinction entre le droit de rétention effectif ou réel et le droit de rétention fictif.

192. S'agissant du droit de rétention effectif (avec dépossession), la doctrine et la jurisprudence²⁶⁵ s'accordent sur son exclusion du domaine de la substitution de garantie. Sont exclus non seulement le droit de rétention autonome, mais aussi, comme en l'espèce, le droit de rétention attaché à une sûreté, sous réserve, dans ce dernier cas, de respecter le régime juridique de la sûreté. Ce qui justifie ici la mise à l'écart du droit de rétention, c'est la possession du bien, sa détention matérielle par le créancier lui-même ou par un tiers.

²⁶⁴ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 841.

²⁶⁵ S. PIÉDELIEVRE, note sous Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *Bull. civ.* IV, n° 126 et Cass. com., 11 juillet 2000, n° 97-12.374, *Bull. civ.* IV, n° 142; « Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective », art. préc., p. 465; V. aussi; Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233 ; *JCP G*, 2000, I, 209, n° 18, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD com.* 1999, p. 968, obs. A. MARTIN-SERF; *RTD com.* 2000, p. 167, obs. B. BOULOC ; adde, F. PÉROCHON, « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in. *Mél. M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 379 ; *D.* 2000, somm. p. 297, obs. B. MERCADAL.

193. En revanche, la doctrine a été divisée au sujet du droit de rétention fictif.

Certains²⁶⁶, en se fondant sur la lettre de l'article 33, alinéa 3, qui visait une « chose gagée » ou « légitimement retenue », avaient considéré qu'il n'était nullement question d'une rétention fictive. En conséquence, le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif pouvait être soumis aux dispositions de l'article 34²⁶⁷. Ainsi, un auteur²⁶⁸ affirma qu'il était possible de soutenir que l'article 33, alinéa 3, ne vise que le gage avec dépossession effective, le gage avec dépossession fictive étant exclu du champ d'application de l'article 33, alinéa 3. Le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif ne pouvant se prévaloir du retrait contre paiement, il ne saurait échapper à la substitution de garantie.

D'autres, au contraire, voient au-delà de l'argument textuel. Ils considèrent que la substitution de garantie ne peut s'appliquer en présence d'un droit de rétention effectif ou fictif²⁶⁹, dans la mesure où le caractère fictif du droit de rétention ne modifie pas les prérogatives conférées aux créanciers rétenteurs²⁷⁰. La seule faiblesse du droit de rétention fictif résulte du fait que dans le conflit qui oppose le créancier rétenteur effectif au créancier rétenteur fictif, c'est le premier qui l'emporte, puisque la réalité surpasse la fiction²⁷¹. En dehors de ce conflit, le rétenteur fictif prime tous les autres créanciers. Dès lors, une différence de traitement entre le droit de rétention fictif et le droit de rétention effectif ne se justifie pas²⁷².

Dans le même sens, un auteur²⁷³ considère que l'existence du droit de rétention fait échec à la possibilité d'une substitution de garantie, peu important qu'il s'agisse d'un droit de rétention réel ou d'un droit de rétention fictif.

Nous rejoignons la solution qui consiste à faire échec à la substitution de garantie même en présence d'un droit de rétention fictif, pour autant qu'il soit opposable. En effet, en tant qu'exception à la règle de la consignation du prix correspondant aux créances garanties, la substitution de garantie n'est possible qu'en cas de vente de biens grevés. Or, seul le paiement du créancier permet de faire obstacle à l'exercice du droit de rétention. Ainsi, quelle que soit la nature réelle ou fictive de la rétention, les biens retenus ne peuvent être vendus sans que le créancier ne soit préalablement désintéressé²⁷⁴.

194. Cependant, si sous l'empire des législations antérieures à 2008, l'exclusion du droit de rétention fictif ne posait pas de difficultés majeures, sous réserve de l'argument textuel soutenu par

²⁶⁶ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, (5^e éd., Dalloz, n° 640; C. SAINT-ALARY HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 3^e éd., Montchrestien, n°744. (Anciennes éditions)

²⁶⁷ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, *op. cit.*, ns° 1307 et 2464.

²⁶⁸ H. NARAYAN-FOURMET « Le droit de rétention dans le gage: l'arme absolu du créancier », art. préc., p. 27.

²⁶⁹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1027.

²⁷⁰ S. PIÉDELIÈVRE, « Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective », art. préc., p. 467.

²⁷¹ S. ZÉPI, Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives, *op. cit.*, p. 519.

²⁷² H. NARAYAN-FOURMET « Le droit de rétention dans le gage: l'arme absolu du créancier », art. préc., p. 28.

²⁷³ P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., p. 1249.

²⁷⁴ Sur la vente d'un bien retenu ; Cass. Com., 22 juin 1999, n° 96-18.006, Inédit.

quelques-uns, aujourd'hui, au-delà des querelles doctrinales, cette question est désormais une source de confusion en raison des nouvelles législations.

C- Une exclusion partiellement perturbée par la loi

195. D'abord, il convient de préciser que le terme « partiellement » que nous utilisons résulte du fait que seule l'exclusion du droit de rétention fictif est perturbée par les nouvelles législations. En effet, la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté n'ont pas égratigné le droit de rétention effectif ; de ce fait, l'exclusion de ce dernier de la substitution de garantie ne fait aucun doute. Il en va différemment pour le droit de rétention fictif.

196. L'article 79 de la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008, en modifiant l'article 2286 du Code civil, a ajouté un 4^{ème} alinéa qui confère à tous les créanciers gagistes sans dépossession un droit de rétention fictif. De cette manière, il existe désormais deux catégories de créanciers gagistes sans dépossession titulaires d'un droit de rétention fictif. D'une part, ceux dont le bénéfice du droit de rétention ne résulte pas des dispositions de l'article 2286, 4^o du Code civil, mais d'une législation spéciale²⁷⁵ ; c'est notamment le cas du créancier gagiste sur véhicule automobile²⁷⁶, et, d'autre part, ceux qui détiennent leur droit de rétention fictif du fait des dispositions de l'article 2286, 4^o du Code civil ; il s'agit particulièrement du créancier gagiste sur matériel et outillage, du créancier gagiste sur stocks et, pour certains, du titulaire d'un warrant agricole²⁷⁷.

197. Pour limiter les effets du droit de rétention dont bénéficie désormais cette dernière catégorie de créanciers, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a modifié l'article L. 622-7-I du Code de commerce. Aussi, l'alinéa 2 de l'article précise que « *Le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4^o de l'article 2286 du Code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan* ». La limitation des effets du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4^o du Code civil amène à s'interroger sur son exclusion de la substitution de garantie.

198. Comme nous l'avons vu, la substitution de la garantie peut intervenir aussi bien en période d'observation qu'en cas d'adoption d'un plan de continuation. Or, selon les dispositions de

²⁷⁵ V. Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008: Journal officiel 19 décembre 2008, Titre I, chapitre II-3, ss article.

²⁷⁶ Depuis le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, un droit de rétention fictif est attaché au reçu de la déclaration du gage sur le registre spécialement ouvert à la préfecture à cet effet (article 2, alinéa 3 du décret de 1953).

²⁷⁷ E. LE CORRE-BROLY, « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », *JCP E*, 2013, 1446 ; P-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 482.11 ; Les auteurs considèrent que le titulaire d'un warrant agricole bénéficie du droit de rétention de l'article 2286, 4^o du Code civil puisqu'aucun texte spécial ne fonde son droit de rétention fictif.

l'article L. 622-7, alinéa 2, le droit de rétention résultant 4° de l'article 2286 du Code civil est justement déclaré inopposable en période d'observation et pendant l'exécution du plan.

Les créanciers gagistes sans dépossession ne pouvant se prévaloir de leur droit de rétention fictif, ils ne peuvent bénéficier du retrait contre paiement. Il devient donc possible de considérer qu'ils peuvent être soumis à la substitution de garantie. Ainsi, en l'absence d'accord entre les parties, la substitution peut leur être imposée par le juge-commissaire (en période d'observation) ou par le tribunal (en plan de continuation)²⁷⁸. En revanche, en cas de résolution du plan, l'inopposabilité prend fin et le droit de rétention fictif devient opposable. Il en sera de même si un plan de cession est arrêté.

Si les créanciers gagistes sans dépossession qui détiennent leur droit de rétention fictif du 4° de l'article 2286 du Code civil, peuvent se voir imposer une substitution de garantie, tel ne sera pas le cas des créanciers gagistes sans dépossession dont le droit de rétention, bien que fictif, résulte des lois spéciales. En effet, leur droit de rétention n'étant pas déclaré inopposable, ces derniers peuvent, quelle que soit l'étape de la procédure collective, subordonner la restitution du bien au paiement de la créance.

199. Il convient de préciser que les solutions ci-dessus énoncées s'appliquent en période d'observation de la procédure de sauvegarde, mais aussi de redressement judiciaire du fait de l'application de l'article L. 622-7, en redressement judiciaire. Il en ira de même en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

200. En somme, il est désormais acquis que le droit de rétention échappe au domaine de la substitution de garantie. L'exclusion progressive du droit de rétention a permis de lever le doute sur l'ambiguïté qui existait entre les champs d'application respectifs des anciens articles 33 alinéa 3 et 34 alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985. Il est donc admis qu'en ce qui concerne le droit de rétention²⁷⁹, seule la technique du retrait contre paiement trouve matière à s'appliquer²⁸⁰. En effet, le paiement du rétenteur demeure la seule voie de dégrèvement du bien retenu, peu important que la rétention soit réelle ou fictive, et ce, sous réserve du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du Code civil dont les effets sont limités pendant certaines phases.

Les fondements de l'exclusion du droit de rétention de la substitution étant analysés, il convient à présent de voir ce qu'il en est des propriétés-sûretés.

²⁷⁸ P.-M. LE CORRE, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », *JCP E*, 2009, 1204 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1027.

²⁷⁹ Sous réserve de son opposabilité.

²⁸⁰ Sur la mise en œuvre du mécanisme, v. ns° 410 et s.

Paragraphe 2/ L'exclusion constante des propriétés-sûretés

201. L'exclusion des propriétés-sûretés du domaine de la substitution de garantie ne fait aucun doute. En effet, depuis la création du mécanisme de substitution par l'article 34 de la loi du 25 janvier 1985, ni la fiducie-sûreté, ni la clause de réserve de propriété, n'ont jamais expressément été citées dans la liste des sûretés pouvant faire l'objet d'une substitution de garantie.

202. Une justification à cette exclusion aurait pu être trouvée dans le fait que ces sûretés n'étaient pas considérées comme telles sous l'empire des législations antérieures, en l'occurrence l'ordonnance du 23 mars 2006 pour la clause de réserve de propriété et la loi du 19 février 2007 pour la fiducie-sûreté. Leur consécration au rang de sûreté n'ayant été faite que plusieurs années après la loi de 1985. Sur ce fondement, il était donc possible d'exclure la fiducie-sûreté et la clause de réserve de propriété de la règle de la substitution de garantie.

Cependant, cet argument trouve rapidement des limites. En effet, lorsqu'on se réfère à la rédaction de l'article 34 de la loi du 25 janvier 1985, il est fait mention du terme « garanties » et non de celui de sûreté. Or, si la fiducie et la clause de réserve de propriété n'étaient pas encore considérées comme de véritables sûretés, leur fonction de garantie était, en revanche, indéniable. Sur cette base, les propriétés-sûretés auraient pu être soumises aux dispositions de l'article 34, à savoir la substitution de garantie. Mais cette solution n'a pas été retenue.

L'énumération faite par le législateur à l'alinéa 1^{er} de l'article 34, permet de réaliser que ce dernier n'a pas eu l'intention de soumettre les propriétés-sûretés à la substitution de garantie. Or, l'article L. 622-8 du Code de commerce n'a fait que reprendre les dispositions l'article 34 de la loi de 25 janvier 1985. Le constat d'une exclusion législative permanente s'impose donc.

203. Mais, comme pour le droit de rétention, rien n'interdit au débiteur de proposer au créancier bénéficiaire d'une propriété-sûreté la substitution aux garanties qu'ils détiennent des garanties équivalentes. La particularité ici résulte du fait que les biens grevés n'étant plus dans le patrimoine du débiteur, ils ne peuvent, par principe, être vendus par les organes des procédures. En conséquence, les créanciers bénéficiaires ne peuvent se voir imposer une substitution judiciaire de garantie (A). Par ailleurs, une justification législative plus récente peut être avancée pour exclure la fiducie-sûreté du domaine de la substitution de garantie (B).

A- La propriété des biens : un fondement tiré de la logique juridique

204. Comme nous l'avons démontré dans le chapitre précédent, la réserve de propriété et la fiducie-sûreté reposent sur un droit de propriété. C'est ce droit qui place les bénéficiaires de telles sûretés dans une situation enviable, puisque les biens grevés ne font plus partie du patrimoine du débiteur. Ils n'entrent donc plus dans le gage commun des créanciers. Ainsi, ces biens ne peuvent, a priori, être utilisés pour les besoins de la procédure collective.

L'exclusion des propriétés-sûretés du domaine de la substitution de garantie résulte essentiellement du droit de propriété assortissant ces sûretés. De ce fait, les solutions avancées pour justifier l'exclusion des propriétés-sûretés de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession²⁸¹, pourraient également s'appliquer à la substitution de garantie.

Assurément, l'argument technique demeure le même : l'exclusion des biens grevés de l'actif de la procédure. Pour cette raison, il n'y a pas lieu de s'étendre d'avantage sur ce fondement.

Toutefois, en ce qui concerne la fiducie-sûreté, une autre justification législative peut être avancée pour son exclusion du domaine de la substitution de garantie ; à savoir le retour contre paiement.

B- Le retour des actifs fiduciaires contre le paiement du créancier : une possible justification législative à l'exclusion de la fiducie-sûreté

205. Comme nous l'avons vu, la technique du retrait contre paiement constitue le fondement de l'exclusion du droit de rétention du domaine de la substitution de garantie. Le fait pour le législateur de créer un texte spécial instituant un régime favorable au profit du rétenteur conduit à affirmer que, à l'exception du créancier dont le droit de rétention résulte de l'article 2286, 4° du Code civil, le créancier rétenteur ne peut être soumis à une quelconque autre technique permettant de réaliser le bien sur lequel s'exerce son droit. Le seul moyen de mettre efficacement en échec le droit de rétention demeure le paiement de la créance du rétenteur.

206. Cependant, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette prérogative ne profite plus au seul créancier rétenteur. Le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut également s'en prévaloir. L'article L. 622-7-II, alinéa 2, du Code de commerce indique que le juge-commissaire peut autoriser le paiement des créances antérieures au jugement pour obtenir le retour des biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire. Il est donc possible d'obtenir le retour des actifs fiduciaires contre le paiement de la créance du bénéficiaire de la fiducie qui peut, dans certains cas, être le fiduciaire. Comme le retrait contre paiement, le retour des actifs fiduciaires dans le patrimoine du débiteur doit être justifié par la poursuite de l'activité. Il s'agit donc avant tout d'une mesure qui vise à favoriser le sauvetage de l'entreprise.

Avec cette innovation, le législateur fait du bénéficiaire de la fiducie-sûreté un créancier favorisé puisque le fiduciaire, agissant pour son compte, peut se prévaloir du retour contre paiement pour obtenir le paiement de la créance²⁸².

²⁸¹ V. le chapitre 1.

²⁸² Sur la mise en œuvre du mécanisme, v.n.s° 521 et s.

207. Reste alors à savoir comment cette mesure peut-elle constituer un fondement à l'exclusion de la fiducie-sûreté ?

Le raisonnement se fera ici par analogie avec le droit de rétention. L'argument le plus avancé par les auteurs²⁸³, pour exclure le droit de rétention de la substitution de garantie, fut le caractère spécial de l'article 33, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 qui instituait un régime dérogatoire favorable au créancier rétenteur. Il a ainsi été démontré que les règles spéciales dérogeant aux règles générales, l'article 33, alinéa 3, devait, du fait de son caractère spécial, déroger à l'article 34, alinéa 2, qui présentait, quant à lui, un caractère plus général.

Les articles L. 622-7-II, alinéa 2, et L. 622-8, alinéa 3, ayant repris quasiment à l'identique les dispositions des articles 33, alinéa 3, et 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985, une transposition du raisonnement consistant à favoriser l'application d'un texte spécial reviendrait à faire primer l'article L. 622-7-II, alinéa 2, sur l'article L. 622-8, alinéa 3. En conséquence, le retour des actifs fiduciaires contre le paiement du bénéficiaire de la fiducie-sûreté doit l'emporter sur la substitution de garantie. En effet, comme le retour des actifs fiduciaires, la substitution de garantie n'est qu'un moyen au service du sauvetage de l'entreprise. Il permet au débiteur d'être immédiatement en possession du prix de vente des biens grevés, éventuellement dans le but d'acquérir du matériel nécessaire à la poursuite de l'activité. Ainsi, entre ces deux techniques, celle permettant le paiement direct du créancier doit l'emporter dans la mesure où elle découle d'une disposition spéciale. La spécialité résultant dans le fait que l'article L. 622-7-II, alinéa 2, s'applique uniquement au bénéficiaire de la fiducie-sûreté, alors que l'article L. 622-8, alinéa 3, vise les garanties d'une manière générale.

Après tout, si on raisonne par analogie avec le droit de rétention, la fiducie-sûreté devrait, sur le fondement du caractère spécial de l'article L. 622-7-II, alinéa 2, échapper à la substitution de garantie.

208. Par ailleurs, se pose la question de la portée de ce fondement. Le retour contre paiement peut-il constituer un fondement à l'exclusion de la fiducie-sûreté, peu important qu'elle soit avec ou sans dépossession ?

A priori, le retour contre paiement est surtout envisageable dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté avec dépossession, puisqu'il permet au débiteur d'obtenir le retour des actifs fiduciaires dans son patrimoine. En conséquence, le mécanisme du retour contre paiement devrait pouvoir justifier l'exclusion de la fiducie-sûreté avec dépossession du domaine de la substitution de garantie.

Mais alors, qu'en est-il de la fiducie-sûreté sans dépossession ?

²⁸³ D. MARTIN, « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », art. préc., pp. 325 et s ; P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., pp. 1246 et s.

La fiducie-sûreté sans dépossession permet au débiteur de conserver en sa possession des actifs fiduciaires au moyen d'une convention de mise à disposition. Il est admis que les biens détenus par le débiteur sont certainement nécessaires à la poursuite de l'activité. Dans cette hypothèse, le retour contre paiement, s'il est possible, permet au débiteur, non pas simplement d'utiliser les biens, mais de les vendre. De cette manière, comme pour la fiducie-sûreté avec dépossession, le texte spécial devrait pouvoir l'emporter sur le texte général.

Ainsi, le retour contre paiement pourrait également justifier l'exclusion de la fiducie-sûreté sans dépossession du domaine de la substitution de garantie.

209. En définitive, il ressort de cette analyse que les sûretés réelles exclusives échappent au domaine de la substitution de garantie. Toutefois, les fondements évoqués pour leur exclusion diffèrent selon la nature du droit conféré par la sûreté. Alors que l'exclusion du droit de rétention se fonde essentiellement sur la force de l'inertie, de sorte que seul le paiement du créancier puisse faire échec à l'exercice du droit de rétention, l'exclusion des propriétés-sûretés est, en revanche, fondée sur le droit de propriété que ces sûretés confèrent à leur bénéficiaire. Cependant, s'il est certain que les sûretés réelles exclusives ne peuvent faire l'objet d'une substitution judiciaire de garantie, rien ne s'oppose, en revanche, à ce qu'elles soient proposées comme garanties de remplacement. Mais le risque ici est d'accorder au créancier une garantie supérieure ou procurant plus d'avantages que la garantie initiale.

Quoi qu'il en soit, l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie produit nécessairement des effets bénéfiques sur elles.

Section 2/ Les effets de l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie

210. Aux termes des articles L. 622-8, alinéa 3, et L. 626-22, alinéa 3, la substitution de garantie peut être ordonnée par le juge-commissaire ou le tribunal. Il s'agit donc d'une mesure judiciaire autoritaire. Pour éviter l'arbitraire des juges, le législateur a bien encadré la mise en œuvre du mécanisme de substitution.

Cet encadrement se manifeste à plusieurs niveaux de la procédure. Pour autant, la substitution de garantie porte atteinte à la sûreté et donc nécessairement aux droits des créanciers. D'une part, la substitution de garantie entraîne l'anéantissement de la garantie initiale. Cette situation qui a des conséquences sur l'assiette des sûretés peut également réduire les droits des créanciers, surtout lorsque l'équivalence des garanties n'est pas respectée. D'autre part, compte tenu du caractère autoritaire du mécanisme, la substitution de garantie s'impose aux créanciers, sous réserve de l'exercice des voies de recours.

211. Les sûretés réelles exclusives n'entrant pas dans le domaine de la substitution de garantie, elles vont échapper aux effets liés à la mise en œuvre de cette règle (paragraphe 1). Toutefois, il nous semble également intéressant d'analyser la situation des créanciers bénéficiaires de ces sûretés au regard de l'autorité du mécanisme de substitution (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ L'exclusion des sûretés réelles exclusives : une limite aux effets de la substitution de garantie

212. Etant exclues du domaine de la substitution de garanties, les sûretés réelles échappent aux effets de cette règle (A). Il en résulte le maintien de l'assiette de ces sûretés dans leur état initial (B).

A- Les effets de la substitution de garantie

213. L'article R. 622-8 du Code de commerce précise, in fine, que « *la radiation ne peut intervenir qu'après constitution de la garantie substituée* ». Il en résulte que la procédure de substitution entraîne la radiation de la garantie initiale. Cette radiation emporte nécessairement anéantissement total de l'ancienne sûreté. Celle-ci disparaît au profit d'une nouvelle sûreté dite équivalente.

La mise en œuvre d'une substitution de garantie va, en outre, entraîner une dénaturation des droits du créancier. Cette dénaturation résulte soit du changement de l'assiette de la garantie, soit du changement de la nature même de la sûreté.

S'agissant du changement de l'assiette de la sûreté, il en sera ainsi lorsqu'un gage est remplacé par un autre gage ou qu'un immeuble est remplacé par un autre immeuble. La dénaturation est encore plus forte lorsque la substitution entraîne, en plus du changement de l'assiette, un changement de la nature même de la sûreté. Ce sera le cas lorsque la sûreté mobilière, constituant la garantie initiale, sera remplacée par une sûreté immobilière. C'est par exemple lorsqu'une hypothèque est donnée en remplacement d'un gage ou d'un nantissement. Plus dénaturés encore seront les droits du créancier dont la sûreté réelle aura été remplacée par une sûreté personnelle. Ce dernier devra alors faire face à un changement radical de la forme de sa sûreté. Ces différentes dénaturations constituent, chacune, une atteinte aux droits du créancier. Face à tous ces bouleversements, le créancier devra, chaque fois, se réapproprier la nouvelle sûreté et les droits qui y sont attachés.

214. Ces atteintes aux droits du créancier devraient, en théorie, se compenser par l'équivalence exigée pour le prononcé d'une substitution de garanties²⁸⁴. En effet, si l'équivalence parvient à être rigoureusement respectée, l'atteinte portée aux droits du créancier sera tellement

²⁸⁴ Sur la question, v. F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, op. cit., pp. 243 à 246.

infime qu'on en viendrait à négliger les conséquences. L'anéantissement de la sûreté initiale et la dénaturation des droits du créancier seraient vite compensés par une garantie parfaitement équivalente.

Mais, en pratique, la situation risque d'être différente puisque, l'équivalence absolue des garanties sera difficilement envisageable. Le créancier n'a donc pas l'assurance de retrouver l'intégralité de ses droits dans la nouvelle sûreté.

Heureusement, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives en sont épargnés. L'exclusion de ces sûretés du domaine de la substitution de garantie assure en effet le maintien de leur assiette.

B- Le maintien de l'assiette des sûretés réelles exclusives

215. Les sûretés réelles exclusives n'étant visées par la substitution de garantie, elles ne peuvent être remplacées par une autre garantie équivalente. Il en résulte, une préservation de l'assiette de ces sûretés dans leur état initial. Elles échappent en effet au changement de l'identité de leur assiette. En conséquence, ces sûretés ne peuvent être anéanties au profit d'une autre sûreté, même équivalente. Elles sont donc à l'abri de toute dénaturation de leur assiette.

216. En définitive, on peut affirmer que l'exclusivité permet aux sûretés d'être protégées contre les effets néfastes de la substitution de garantie. L'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution permet ainsi aux créanciers bénéficiaires de ne pas subir le changement forcé de l'assiette de leur sûreté. Peut-on en dire autant au regard de l'autorité du mécanisme de substitution ?

Paragraphe 2/ L'exclusion des sûretés réelles exclusives : une limite à l'autorité de la substitution de garantie

217. Du fait qu'elle s'impose aux créanciers, la substitution de garantie s'analyse comme une mesure autoritaire (A). Cependant, cette autorité n'a aucune incidence sur les créanciers munis de sûretés réelles exclusives (B).

A- L'autorité de la substitution de garantie

218. L'initiative de la substitution diffère selon la procédure collective dont le débiteur fait l'objet. En sauvegarde, la demande est laissée à la seule initiative du débiteur ; tandis qu'en redressement judiciaire, l'initiative dépendra de la présence ou non d'un administrateur judiciaire. En l'absence d'administrateur, la demande émanera du seul débiteur.

En présence d'un administrateur, celle-ci varie en fonction de l'étendue des missions qui lui sont confiées. Si l'administrateur a une mission d'assistance, la demande proviendra concurremment de lui et du débiteur. En revanche, elle n'émanera que de l'administrateur, si celui-ci a reçu une mission

de représentation²⁸⁵. Dans tous les cas, le créancier n'a pas l'initiative de la substitution. Cette solution est logique dans la mesure où, compte tenu de l'incertitude de l'équivalence promise²⁸⁶, le créancier n'a pas d'intérêt à solliciter une substitution de garanties.

219. Dès lors que la substitution de garantie a été proposée au créancier, deux possibilités s'offrent à lui : accepter ou refuser la proposition. En cas de refus, le débiteur ou l'administrateur peut saisir l'autorité compétente. La substitution prend alors une nature judiciaire. En effet, les alinéas 3 des articles L. 622-8 et L. 626-22 prévoient que le juge-commissaire (en période d'observation) ou le tribunal (en plan de continuation) peut, en l'absence d'accord, ordonner la substitution de garantie.

Il en résulte que les parties ont d'abord la possibilité de s'entendre. Dans ce cas, la substitution est conventionnelle. Mais, en réalité, on perçoit mal l'intérêt du créancier à accepter une garantie de substitution dont l'équivalence avec sa garantie initiale est peu certaine. Ainsi, la substitution est, pensons-nous, le plus souvent judiciaire. Or, c'est cette nature judiciaire qui révèle le caractère autoritaire du mécanisme.

220. Cependant, pour éviter l'arbitraire pouvant résulter de l'autorité de la substitution, le législateur a véritablement encadré la procédure de substitution.

Aussi, le juge-commissaire ou le tribunal, saisi par voie de requête en vue d'ordonner une substitution de garantie, est tenu de respecter le principe du contradictoire. L'autorité compétente ne statue qu'après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire mais aussi le créancier²⁸⁷. Ce dernier, personnellement invité à prendre part à l'audience de substitution, dispose d'un moyen de se faire entendre, de défendre ses droits. La décision de substitution ne s'impose donc pas au créancier de manière totalement unilatérale ; l'occasion lui étant donnée d'assurer sa défense et, pourquoi pas, de dissuader l'autorité compétente d'ordonner la substitution de garantie.

Par ailleurs, le juge qui statue sur la substitution a l'obligation de motiver sa décision. Il a été soutenu que l'autorité saisie pour ordonner la substitution doit, pour motiver sa décision, se référer aux grandes lignes de la loi 1985²⁸⁸. Le redressement de l'entreprise est donc le motif sur le fondement duquel le juge-commissaire ou le tribunal statue. Cependant, les alinéas 3 des articles L. 622-8 et L. 626-22 ne subordonnent pas la décision du juge à l'établissement d'une nécessité

²⁸⁵ Art. L. 631-14, al. 3 du Code de commerce

²⁸⁶ V. aussi D. POHÉ, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », *op.cit.*, p. 267; M.-J. CAMPANA, « La situation des créanciers garantis », in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire*, t.2, SIREY 1987, pp. 27 et s. sp. p. 34.

²⁸⁷ Art. R. 622-8, al. 1^{er} du Code de commerce.

²⁸⁸ D. POHÉ, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », art. préc., p. 266.

impérieuse du redressement²⁸⁹. L'article L. 626-22, alinéa 3, se contente de préciser que le tribunal ordonne la substitution de garantie en cas de besoin.

Dans tous les cas, la substitution ne devrait être ordonnée que lorsqu'elle est susceptible de favoriser le sauvetage de l'entreprise en difficulté. À défaut, il n'y aurait aucun intérêt à mettre en place une mesure qui porte atteinte aux droits des créanciers. En effet, si l'on peut admettre le sacrifice de ces derniers, ce doit être pour permettre le sauvetage de l'entreprise.

221. Toujours est-il que, en l'absence de convocation du créancier, la décision de substitution est atteinte d'un vice de procédure. Elle est alors susceptible de recours pour défaut de respect du contradictoire²⁹⁰. Quelles sont donc les voies de recours contre la décision de substitution ?

Il y a lieu de distinguer selon que la décision est rendue par le juge-commissaire ou le tribunal. S'agissant des ordonnances du juge-commissaire, l'article L. 622-8, alinéa 3, précise, *in fine*, que le recours est porté devant la cour d'appel. Ainsi, pour contester toute décision relative à l'ordonnance de substitution de garantie, le créancier doit faire appel²⁹¹.

Il convient de remarquer que l'appel ouvert au créancier constitue ici une voie de recours exceptionnelle. En effet, en règle générale, les ordonnances du juge-commissaire sont susceptibles d'opposition devant le tribunal. Or, les ordonnances rendues en matière de substitution de garanties constituent une des exceptions à ce principe. Le créancier, en contestation de l'ordonnance du juge-commissaire, va sauter l'étape du tribunal pour aller directement devant la cour d'appel. Cette mesure vise à assurer la célérité de la procédure collective²⁹², mais elle limite également les recours du créancier.

Quant aux jugements du tribunal, contrairement à ce qui a été soutenu par certains auteurs²⁹³ qui ont estimé que les créanciers ne disposent d'aucune voie de recours contre la décision du tribunal, les dispositions de l'article R. 661-1 du Code de commerce qui visent les articles L. 622-8 et L. 626-22 du même Code relatifs à la substitution, permettent de penser que la décision de substitution rendue par le tribunal, tout comme l'ordonnance du juge-commissaire, peut être contestée devant la cour d'appel²⁹⁴. L'appel est donc la seule voie de recours ouverte au créancier qui s'estime lésé par la décision de substitution.

²⁸⁹ F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, *op. cit.*, p. 238.

²⁹⁰ P.-M. LE CORRE, « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985) », art. préc., p. 1249.

²⁹¹ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n°484.31; D. POHÉ, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », art. préc., p. 268 ; F. DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, *op.cit.*, n° 420.

²⁹² D. POHÉ, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », art. préc., p. 268.

²⁹³ F. DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, *op.cit.*, ns°420 et s.

²⁹⁴ V. aussi ; D. POHÉ, « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », art. préc., p. 269 ; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, *op. cit.*, p. 241.

Le délai pour faire appel est de dix jours, à compter de la notification de la décision au créancier.

222. L'exécution de la décision de substitution est, en principe, impossible tant qu'elle n'est pas passée en force de chose jugée, c'est-à-dire que les voies de recours ne sont pas encore épuisées. Cette règle déroge au principe selon lequel les jugements et ordonnances rendus en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires sont exécutoires de plein droit à titre provisoire²⁹⁵. Ainsi, le législateur ne rend pas exécutoires de plein droit à titre provisoire les décisions rendues en matière de substitution de garantie (ordonnances du juge-commissaire et jugements du tribunal). Cette solution résulte des dispositions de l'article R. 661-1, alinéa 2, du Code de commerce qui visent les jugements et ordonnances rendus en application des articles L. 622-8 et L. 626-22.

En outre, l'article R. 622-8, alinéa 2, du Code de commerce précise que la charge des frais de radiation et d'inscription des sûretés incombe au débiteur.

223. En définitive, sans limiter son autorité, le législateur a néanmoins bien encadré la procédure de substitution de garantie. Cette situation permet de protéger le créancier contre l'arbitraire. Cependant, en dépit de cet encadrement, il n'en demeure pas moins que la substitution de garantie est attentatoire aux droits du créancier. Au nom du sauvetage de l'entreprise, le créancier se voit, contre son gré, imposer une garantie nouvelle en remplacement de sa garantie initiale. Le juge-commissaire ou le tribunal peut effectivement passer outre l'opposition du créancier et ordonner la substitution de garantie.

Lorsque la sûreté repose sur un accord de volonté, la substitution de garantie va entraver la liberté contractuelle du créancier. En effet, l'accord initialement conclu entre les parties va subir une atteinte dans la mesure où il est supplanté par une décision judiciaire. La faculté du juge-commissaire ou du tribunal d'ordonner la substitution va donc annihiler l'accord initial du créancier²⁹⁶. L'autorité de la substitution vient ainsi remettre en cause un principe essentiel qui gouverne le droit des contrats : le principe de la liberté contractuelle.

Par ailleurs, la substitution de garantie est également possible lorsque la sûreté est d'origine légale. Dans cette hypothèse, même s'il n'y a pas atteinte à la liberté contractuelle, la substitution porte tout de même atteinte aux droits des créanciers puisqu'elle s'impose à eux.

224. Dans tous les cas, que la sûreté soit conventionnelle ou légale, la substitution de garantie met en péril, du fait de son caractère autoritaire, les droits des créanciers. Elle immole ainsi une partie des droits des créanciers sur l'autel de l'intérêt collectif²⁹⁷. L'autorité de substitution de garantie démontre en effet comment le droit des procédures collectives peut primer sur d'autres

²⁹⁵ Art. R. 661-1, al. 1^{er} du Code de commerce.

²⁹⁶ S. ZÉPI, *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, op. cit., p. 204.

²⁹⁷ D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », art. préc., p. 180.

branches du droit (droit des contrats et droit des sûretés), mais aussi constituer une violation aux droits des créanciers.

La situation est cependant différente pour les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, étant donné qu'ils échappent à l'autorité de la substitution de garantie.

B- La protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives contre l'autorité du mécanisme de substitution

225. Les sûretés réelles exclusives étant exclues du domaine de la substitution de garantie, cette mesure ne peut porter atteinte aux droits des créanciers bénéficiaires. En aucun cas, leur liberté contractuelle ne sera, par le biais d'une substitution de garantie, égratignée au nom du sauvetage de l'entreprise. Par ailleurs, compte tenu des prérogatives conférées par leurs sûretés, ces créanciers ne sont pas soumis aux injonctions du juge-commissaire ou du tribunal ordonnant la substitution de garantie. L'autorité de la substitution n'a donc aucune incidence sur les créanciers munis de sûretés réelles exclusives. On peut alors considérer que l'autorité de la substitution trouve sa limite en présence des créanciers munis de sûretés réelles exclusives.

226. S'agissant du droit de rétention, cette situation résulte de la décision rendue par la Cour de cassation dans l'arrêt précédemment évoqué du 4 juillet 2000²⁹⁸. En effet, la Haute juridiction avait jugé que « *le droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis, confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'au complet paiement de sa créance, alors même que le contrat de gage prévoit une faculté de substitution avec l'accord du créancier* ». Ainsi, « *justifie alors sa solution, la cour d'appel qui retient que le droit de rétention ne peut être limité par le pouvoir conféré au juge-commissaire par l'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985, d'imposer au rétenteur une substitution de garantie* ». Il en résulte que le créancier rétenteur ne peut être contraint de libérer le bien retenu tant qu'il n'est pas complètement désintéressé. Aussi, la rétention du bien permet au rétenteur de s'opposer à la décision judiciaire de substitution de garantie. En conséquence, l'exercice du droit de rétention n'est pas limité par la décision judiciaire de substitution de garantie. Bien au contraire, l'autorité du mécanisme de substitution est mise en échec en présence d'un droit de rétention.

Cependant, compte tenu de l'inopposabilité prévue par l'article L. 622-7-II, alinéa 2, du Code de commerce, cette solution ne s'applique pas en présence d'un droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil.

227. Quant aux propriétés-sûretés, la possibilité de résister à la décision judiciaire de substitution de garantie résulte du fait que le débiteur n'est pas propriétaire des biens grevés. Ceux-

²⁹⁸ Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, arrêt préc.

ci ne peuvent donc être considérés comme des actifs de la procédure. Ainsi, comme pour le rétenteur, la décision de substitution judiciaire de garantie ne peut s'imposer au créancier réservataire ou au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté.

228. En définitive, les sûretés réelles exclusives n'entrant pas dans la sphère des garanties substituables, c'est naturellement que leurs bénéficiaires vont échapper à l'autorité de la substitution de garantie. Titulaires de prérogatives telles que la rétention ou la propriété du bien, ce n'est que conventionnellement qu'une substitution de garanties peut leur être appliquée. Or, au regard de l'incertitude de la notion d'équivalence, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives n'ont en réalité aucun intérêt à accepter une substitution de garantie.

De cette analyse, il en ressort que l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie assure leur protection au regard des effets de ce mécanisme. Les sûretés réelles exclusives vont être maintenues dans leur état initial, ce qui assure la préservation de l'identité de leur assiette. Par ailleurs, les créanciers bénéficiaires vont pouvoir échapper à l'autorité de la substitution.

Conclusion du chapitre

229. La substitution de garantie entraîne un changement de l'identité de l'assiette des sûretés. Cependant, même si l'application de cette règle risque, dans la pratique, de se révéler sans intérêt, et ce, en raison de l'exigence de garanties équivalentes ou procurant des avantages équivalents, il n'en demeure pas moins que l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie préserve l'identité de l'assiette de ces sûretés. Du fait de leur mise à l'écart, les créanciers qui bénéficient des telles sûretés sont à l'abri d'un changement forcé de l'assiette de leur garantie. Cette situation qui assure, au moins en théorie, la préservation de l'identité de l'assiette des sûretés réelles exclusives, démontre une fois de plus que l'ouverture d'une procédure collective n'a aucune incidence sur l'assiette des ces sûretés réelles.

Conclusion du titre 1

230. L'analyse des deux premiers chapitres de cette étude montre que l'assiette des sûretés réelles exclusives est protégée contre les risques d'altération découlant de l'ouverture d'une procédure collective. En effet, n'étant visées ni par l'affectation d'une quote-part du prix de cession, ni par la substitution de garantie, les sûretés réelles exclusives sont conservées dans leur état d'origine. L'ouverture d'une procédure collective ne dénature donc pas l'assiette des sûretés réelles exclusives. Il s'agit là d'une partie des avantages procédant de l'exclusivité.

Mais la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives ne se limite pas à la préservation de leur assiette. Elle se manifeste également par le maintien des droits des créanciers munis de telles sûretés.

TITRE 2/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LE MAINTIEN DES DROITS DES CRÉANCIERS

231. En plus des dispositions spécifiques à l'assiette des sûretés, l'ouverture d'une procédure collective conduit à l'application des règles de portée générale. Certaines d'entre elles tendent à restreindre les droits des créanciers. Il s'agit, d'une part, de l'arrêt des poursuites individuelles qui neutralise le droit de poursuite des créanciers et, d'autre part, de l'interdiction des paiements des créances qui limite leur droit au paiement. Ces mesures traditionnelles de la discipline collective sont des piliers fondamentaux de la matière. Elles s'appliquent aux créanciers, indépendamment de du statut chirographaire ou titulaire de sûretés.

232. Ces règles se trouvent toutefois limitées en présence de certains créanciers, et notamment ceux munis de sûretés réelles exclusives. En effet, le législateur français et, dans une moindre mesure, le législateur communautaire africain permettent aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives d'y échapper. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective ne neutralise pas les prérogatives conférées par ces sûretés. Les créanciers peuvent donc continuer d'exercer une partie de leurs droits (chapitre 1). Par ailleurs, l'exclusivité protège les créanciers contre les restrictions du droit au paiement. De ce fait, ils vont, dans certaines circonstances, pouvoir obtenir le paiement individuel de leurs créances, en dépit de l'interdiction de paiement de créances qui touche le débiteur (chapitre 2).

CHAPITRE 1/ LA PROTECTION DU DROIT DE POURSUITE DES CRÉANCIERS MUNIS DE SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES

233. Fondée sur la volonté législative de soumettre l'ensemble des créanciers à une discipline collective²⁹⁹, notamment lorsque le débiteur fait face à des difficultés, l'arrêt des poursuites individuelles est une règle traditionnelle des procédures collectives³⁰⁰. Elle vise à assurer un traitement égalitaire des créanciers³⁰¹ et évite que leur paiement soit le prix de la course³⁰². La règle de l'arrêt des poursuites individuelles est admise en droit français mais aussi en droit OHADA.

234. En droit français, elle a été instituée par l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967. Au départ, elle ne s'appliquait qu'aux seuls créanciers antérieurs chirographaires. Puis, la jurisprudence procéda à un élargissement de la règle aux créanciers antérieurs munis de sûretés réelles³⁰³. Aujourd'hui, la règle est posée par les articles L. 622-21 à L. 622-23 du Code de commerce. L'article L. 622-21 précise que le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant à la condamnation par le débiteur du paiement d'une somme d'argent, et à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Il arrête également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles, ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. L'arrêt des poursuites individuelles a donc, en droit français, un domaine d'application assez large. Par ailleurs, la jurisprudence a jugé qu'il s'agissait d'une règle d'ordre public interne et international³⁰⁴.

235. En droit OHADA, la règle est prévue par deux articles. D'une part, l'article 9 de l'AUPC, applicable au règlement préventif, qui interdit ou suspend les demandes tendant à obtenir le paiement des créances antérieures à la décision d'ouverture du règlement préventif, de même qu'il prohibe l'exercice des voies d'exécution judiciaires et extra

²⁹⁹ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1039.

³⁰⁰ Ph. ROUSSEL GALLE, « Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution », *Gaz. Pal.* du 8 au 10 mars 2009, Doctr. p. 806.

³⁰¹ F. PÉROCHON, *Enterprises en difficulté*, op. cit., n° 624.

³⁰² M. CABRILLAC, « L'égalité entre les créanciers », in *Mél.* in A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 31 ; Y. VIALA, *Le Principe de l'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, Th. Toulouse I, 2001.

³⁰³ Cass. com., 8 novembre 1973, n° 72-12.407, *Bull. civ.* N. n° 318; D. 1974, 53, note A. HONORAT, obs. complém. DERRIDA; *JCP* 1975, II, 18006, note A. TOUBIANA.

³⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *Bull. civ.* I, n° 86, D. 2009, p. 1422, note X. DELPECH. La Cour a ensuite précisé que le caractère d'ordre public de cette fin de non-recevoir imposait au juge de la relever d'office (Cass. com., 12 janvier 2010, n° 08-19.645, Inédit ; D. 2010, AJ. p. 263, obs. A. LIÉNARD).

judiciaires, ainsi que la prise des mesures conservatoires. La règle concerne toutes les créances : créances chirographaires et celles garanties par un privilège général, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créances de salaires et d'aliments. En revanche, elle ne s'applique pas aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées, ni aux actions cambiaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles.

D'autre part, l'article 75 de l'AUPC, applicable au redressement judiciaire et à la liquidation des biens, qui vise les actions en justice qui intéressent tous les créanciers composant la masse et qui tendent à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; de même que celles dont le but est la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme. Le texte proscrie également la mise en œuvre des procédures d'exécution, ainsi que les procédures de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la décision d'ouverture.

236. À la lecture de ces différents textes, quelques points méritent d'être soulignés.

D'abord, la règle s'applique à l'ensemble des procédures collectives. En droit français, bien qu'elle soit posée pour la procédure de sauvegarde classique, elle concerne également la sauvegarde accélérée³⁰⁵, la sauvegarde financière³⁰⁶, la procédure de redressement judiciaire sur renvoi de l'article L. 631-14 du Code de commerce, et la liquidation judiciaire sur renvoi de l'article L. 641-3, alinéa 1^{er}, du même Code. Il en est de même en droit OHADA. La règle vise le règlement préventif³⁰⁷ (article 9 de l'AUPC), le redressement judiciaire³⁰⁸ et à la liquidation des biens³⁰⁹ (article 75 de l'AUPC).

Ensuite, contrairement à ce que pourrait laisser penser les articles ci-dessus cités, l'arrêt des poursuites individuelles ne bénéficie pas qu'au débiteur. En droit français, il peut, dans certaines situations, profiter aux tiers, notamment aux coobligés et garants personnes physiques du débiteur³¹⁰. Il en est également ainsi en droit OHADA. Avec la réforme de l'AUPC, le législateur a en effet procédé à une modification allant dans ce sens³¹¹.

³⁰⁵ Sur renvoi de l'article L. 628-1, al. 1^{er} du Code de commerce qui rend applicable à la sauvegarde accélérée les dispositions de la sauvegarde.

³⁰⁶ Dans cette procédure, la règle ne concerne que les seuls créanciers financiers (art. L. 628-9 du Code de commerce).

³⁰⁷ Mais aussi au règlement préventif simplifié en vertu du renvoi opéré par l'article 24 de l'AUPC.

³⁰⁸ Mais aussi au redressement judiciaire simplifié en vertu du renvoi opéré par l'article 145 de l'AUPC.

³⁰⁹ Mais aussi à la liquidation simplifiée en vertu du renvoi opéré par l'article 179 de l'AUPC.

³¹⁰ C'est le cas pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde (art. L. 622-28, al. 2 du Code de commerce, mais aussi du redressement judiciaire (art. L. 631-14 du même Code) ; Cass. com., 27 février 2007, n° 05-20.522, *Bull. civ.* IV, n° 68 ; *D.* 2007, p. 947, obs. A. LIÉNARD ; *JCP E*, 2007, 2119, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; Sur la question v., F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, ns°640 et s ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, ns° 713.21 et s.

³¹¹ En plus du débiteur, la règle profitera désormais aux cautions et coobligés, cf. art. 9, al. 4 et 75-1 de l'AUPC.

Enfin – et c'est le point qui nous intéresse le plus – l'arrêt des poursuites individuelles a souvent un caractère général. En droit français, il s'applique, par principe³¹², à tous les créanciers antérieurs et postérieurs non éligibles au traitement préférentiel, sans distinction de leur situation chirographaire ou privilégiée. Sur cette base, on pourrait considérer que la règle de l'arrêt des poursuites s'applique également aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives dont la créance ne respecte pas les conditions de l'article L. 622-17-I du Code de commerce. Mais, fort heureusement pour eux, la réalité est tout autre. En effet, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, il n'est nullement fait mention des sûretés réelles exclusives dans les textes qui déterminent le domaine d'application de la règle. Par ailleurs et surtout, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives bénéficient de moyen leur permettant d'échapper à l'arrêt des poursuites individuelles.

237. S'agissant du créancier rétenteur, bien que n'étant pas expressément visé par la règle, il aurait pu y être soumis en raison de son statut de créancier non-méritant. En effet, le rétenteur ne rentre pas dans la catégorie des créanciers privilégiés tel que prévu par l'article L. 622-17. Cependant, la règle ne visant que les actions en justice ou les procédures d'exécution, le droit de rétention n'en est pas affecté puisqu'il ne s'agit ni d'une action en justice, ni d'une procédure d'exécution. C'est la faculté qui permet à un créancier de retenir un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance. Le droit de rétention se trouve ainsi protégé contre l'arrêt des poursuites individuelles.

238. Quant aux créanciers propriétaires, ils bénéficient, pour certains, d'une action qui échappe à l'arrêt des poursuites individuelles. Il s'agit de l'action en revendication. Elle n'a pas pour objet de condamner le débiteur au paiement d'une somme d'argent. Elle vise, en revanche, à faire connaître le droit de propriété d'un créancier aux organes de la procédure. L'action en revendication n'entrant pas le domaine de l'arrêt des poursuites individuelles, elle se trouve alors protégée contre cette règle.

239. Si, aujourd'hui, cette analyse est valable dans les deux législations française et africaine, il y a encore quelques mois, la situation était confuse en droit OHADA. En effet, avant la réforme de l'AUPC, des incertitudes demeuraient quant à l'exclusion des actions en revendication du domaine de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles. L'ancien article 75 de l'AUPC visait notamment « *les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits* ». Or, l'action en revendication est précisément celle qui tend à faire reconnaître le droit de propriété d'un créancier. On pouvait donc penser que les actions en revendication étaient interdites au cours des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Et, selon l'alinéa 4 de l'article précité, elles ne pouvaient être exercées ou reprises qu'après la production des créances.

³¹² Sauf dans l'hypothèse d'une sauvegarde accélérée ou d'une sauvegarde financière accélérée, puisque ces procédures ne s'appliquent qu'à certains créanciers du débiteur.

240. Quoi qu'il en soit, la réforme de l'AUPC a mis un terme à cette situation. L'article 75 ne cite plus les actions tendant à faire reconnaître un droit parmi les actions visées par la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles. Celui qui entend faire connaître son droit de propriété à la masse peut donc revendiquer en dépit de l'ouverture d'une procédure collective.

Compte tenu de ce qui précède, nous verrons la protection du droit de rétention (section 1) puis celle du droit à la revendication (section 2) contre l'arrêt des poursuites individuelles.

Section 1/ La protection du droit de rétention contre l'arrêt des poursuites individuelles

241. Après quelques dispositions éparpillées dans le Code civil³¹³, c'est finalement l'ordonnance du 23 mars 2006, réformant le droit des sûretés, qui consacre une disposition spécifique au droit de rétention : l'article 2286 du Code civil. Ce texte institue deux formes de droit de rétention. D'abord, un droit de rétention réel ou effectif qui suppose l'existence d'un lien de connexité entre la chose retenue et la créance³¹⁴, et qui permet au créancier de retenir matériellement le bien jusqu'au paiement de sa créance³¹⁵. Ensuite, un droit de rétention fictif en vertu duquel le créancier n'a pas en sa possession le bien objet de la garantie.

242. Ces deux formes de rétention vont réagir différemment en cas d'ouverture d'une procédure collective. Alors que la rétention effective permet, dans le meilleur des cas, à son bénéficiaire d'échapper aux effets de la procédure, la rétention fictive, en revanche, ne confère pas les mêmes avantages à son titulaire.

Cette différence va également se ressentir lors de la mise en œuvre de la règle de l'interdiction et de la suspension des poursuites individuelles. Le caractère effectif du droit de rétention constitue, en effet, un excellent moyen pour échapper à la règle. En revanche, cette affirmation est peu probable pour le droit de rétention fictif qui, faute de rétention matérielle du bien, ne place pas le créancier à l'abri de l'arrêt des poursuites individuelles.

243. En droit OHADA, la situation est différente. S'il est vrai qu'un droit de rétention fictif est reconnu au créancier nanti sur des comptes de titres financiers³¹⁶, il est tout aussi vrai que le législateur communautaire africain, à la différence de son homologue français, n'a pas reconnu de droit de rétention aux gagistes sans dépossession³¹⁷. Le droit de rétention fictif, au sens de l'article

³¹³ Par exemple l'article 1948 du Code civil qui institue un droit de rétention au profit du dépositaire.

³¹⁴ A. AYNÈS, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p.1301

³¹⁵ Un droit de rétention effectif est également attaché à l'existence d'un gage avec dépossession.

³¹⁶ Art. 151 de l'AUS.

³¹⁷ Art. 107 de l'AUS. Il en résulte que le gage sans dépossession de droit commun ne confère pas un droit de rétention au créancier.

2286, 4° du Code civil, demeure donc une spécificité du droit français. Par conséquent, les développements consacrés au droit de rétention fictif n'intéresseront que la législation française, tandis que les analyses relatives au droit de rétention effectif porteront sur les deux législations française et africaine.

244. Ainsi, dans un premier temps, nous verrons la protection efficace du droit de rétention effectif contre l'arrêt des poursuites individuelles (paragraphe 1) avant de voir, dans un second temps, la protection incertaine du droit de rétention fictif (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ La protection efficace du droit de rétention effectif dans les deux législations

245. Du fait de sa spécificité, le droit de rétention a souvent suscité la curiosité des juristes. Plusieurs auteurs se sont en effet penchés sur la question³¹⁸, alimentant ainsi quelques querelles doctrinales autour de sa nature juridique.

Mais, quoi qu'il en soit, il ressort de manière générale que le droit de rétention est la faculté qu'un créancier a de ne pas restituer un bien appartenant à son débiteur, tant qu'il n'a pas été désintéressé de ce qui lui est dû.

Ainsi, bien plus que sa nature juridique, ce sont les prérogatives qui en découlent, et notamment la rétention du bien, qui assurent sa protection contre l'arrêt des poursuites individuelles. Cette affirmation se vérifie aussi bien en droit français (A) qu'en droit OHADA même si, dans l'espace juridique africain, l'admission de cette solution est relativement récente (B).

A- La protection du droit de rétention effectif en droit français

246. L'article L. 622-21 précité dispose que le jugement d'ouverture interrompt ou interdit à tous créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 du Code de commerce, d'entreprendre, contre le débiteur, des actions en justice qui tendent au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Sont également arrêtées ou interdites, toutes les procédures d'exécution intentées par ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles, ainsi que toutes les procédures de distribution qui n'ont pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.

Sur le fondement de ce texte, il est possible de penser que seuls les créanciers dont la créance est mentionnée à l'article L. 622-17-I échappent à l'arrêt des poursuites individuelles. Il s'agit des créanciers titulaires de créances postérieures éligibles au traitement préférentiel. Les autres, en

³¹⁸ N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », art. préc., p. 10 ; F. DERRIDA, « La dématérialisation du droit de rétention », art. préc., p. 178 ; A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, op. cit.

l'occurrence les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs non privilégiés, vont être soumis à l'arrêt des poursuites individuelles. Ainsi, dès le jugement d'ouverture de la procédure, les actions en justice visant à obtenir le paiement d'une somme d'argent ne pourront plus être entreprises par les créanciers non privilégiés. Il en sera de même pour les procédures d'exécution.

247. Vu sous cet angle, le créancier rétenteur qui se prévaut d'une créance antérieure ou postérieure non privilégiée n'échappe pas à l'arrêt des poursuites individuelles. Qu'il soit rétenteur autonome ou titulaire de sûreté préférentielle, il ne peut plus, à partir du jugement d'ouverture, poursuivre le débiteur pour obtenir le paiement d'une somme d'argent. Cependant, eu égard aux prérogatives conférées par le droit de rétention, le créancier rétenteur ne peut engager des poursuites individuelles contre le débiteur ; bien plus, il n'a en réalité aucun intérêt à le faire. L'effectivité du droit de rétention peut, lorsque le bien retenu est utile à la poursuite de l'activité, lui permettre d'obtenir satisfaction, sans qu'il n'engage des poursuites contre le débiteur.

Reste donc à voir comment se manifeste la protection du droit de rétention contre l'arrêt des poursuites individuelles.

248. Aux termes des dispositions de l'article L. 622-21 précité, sont suspendues ou interrompues, les actions en justice et les procédures d'exécutions ayant pour objectif de contraindre le débiteur à payer une somme d'argent. Or, le droit de rétention n'est pas une action en justice. Il n'est pas davantage une voie d'exécution. C'est le droit dont dispose le créancier pour opposer la rétention du bien au débiteur, et cela, jusqu'au paiement complet de sa créance. De la sorte, le débiteur ne peut récupérer le bien tant qu'il n'a pas exécuté son obligation à l'égard du titulaire d'un droit de rétention. Ainsi, quand bien même l'arrêt des poursuites individuelles s'impose à tous, elle n'aura aucun effet sur le droit de rétention. Faute d'action, l'exercice du droit de rétention n'est pas paralysé par l'effet du jugement d'ouverture. Contre l'arrêt des poursuites individuelles, la protection du droit de rétention est donc certaine. Il convient toutefois de distinguer le droit de rétention autonome du droit de rétention attaché à l'existence d'un gage.

249. S'agissant du droit de rétention autonome, n'étant pas assorti d'un droit d'action, il ne permet pas à son titulaire d'engager des poursuites individuelles. Ce dernier ne peut donc pas solliciter la réalisation du bien retenu. L'absence d'un droit de préférence le contraint, de toute évidence, à demeurer dans une situation passive. Le droit de rétention étant une arme purement défensive, sa force réside dans l'attitude passive du créancier. En outre, l'effet de garantie du droit de rétention se produira indépendamment de toute voie d'exécution puisqu'il n'a qu'un effet coercitif³¹⁹.

250. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un droit de rétention attaché au gage, l'arrêt des poursuites individuelles aura des conséquences sur le gagiste-rétenteur. En effet, le droit de rétention n'est

³¹⁹ A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, op. cit., n° 370.

qu'une prérogative en plus du gage. Avant d'être un rétenteur, il est d'abord un créancier gagiste. De la sorte, il devrait pouvoir engager des poursuites individuelles contre le débiteur. Il peut donc solliciter la réalisation du bien gagé et faire jouer son droit de préférence sur le prix de vente. Or, étant visé par l'arrêt des poursuites individuelles, ses prérogatives de créancier gagiste se trouvent neutralisées. Ainsi, dès le jugement d'ouverture, il ne peut plus poursuivre le débiteur en paiement. Pour contourner l'arrêt des poursuites individuelles, le gagiste-rétenteur est contraint de se prévaloir uniquement de son droit de rétention et d'adopter une attitude passive.

251. Dans tous les cas, même si le rétenteur est, en théorie, visé par l'arrêt des poursuites individuelles, en pratique, il va pouvoir y échapper. En effet, la nature particulière du droit de rétention impose d'adopter une position passive et de se contenter de la force d'inertie de la rétention. Aussi, l'exercice du droit de rétention n'est pas affecté nonobstant l'arrêt des poursuites individuelles.

Dans le même sens, il avait été soutenu que si, en réalité, le jugement d'ouverture ne fait rien perdre de ses prérogatives au créancier rétenteur, c'est qu'à la différence des créanciers munis de sûretés, il n'est investi d'aucun droit qui, en l'état actuel de la législation, soit susceptible d'être atteint par les principes régissant les procédures collectives et, en particulier, par la règle de l'interdiction des poursuites individuelles et des voies d'exécution³²⁰.

252. La jurisprudence a également rendu quelques arrêts en faveur du maintien du droit de rétention.

Ce fut d'abord le cas dans un arrêt du 27 février 1997 de la cour d'appel de Versailles³²¹. Les juges du fond avaient reconnu à un expert-comptable la possibilité d'exercer son droit de rétention face à la procédure collective de l'un de ses clients. Dans cette décision, la cour d'appel avait dérogé aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article D.46 de la loi du 25 janvier 1985. Ce texte précisait que dès le jugement d'ouverture, tout tiers détenteur est tenu de remettre à l'administrateur ou, à défaut, au représentant des créanciers, à la demande de celui-ci, les documents et livres comptables en vue de leur examen.

Bien que la règle de l'arrêt des poursuites individuelles ne soit pas traitée de manière spécifique dans ce cas d'espèce, l'intérêt de l'arrêt réside dans le fait qu'il démontre l'efficacité du droit de rétention dans la procédure collective. Ainsi, l'ouverture de la procédure et, partant, la mise en œuvre de l'interdiction d'engager des poursuites individuelles, n'auront aucun effet sur le créancier rétenteur.

³²⁰ P.-M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », art. préc., p. 2816 ; P. LE MAIGAT, « L'efficacité du droit de rétention du créancier gagiste dans les procédures collectives », *LPA*, 1999, n° 242, p. 10.

³²¹ CA Versailles, 27 février 1997, *Rev. Proc. Coll.* 1998/7, p.165, obs. B. SOINNE.

Ce fut ensuite le cas dans un arrêt rendu le 3 novembre 1999 par la cour d'appel de Toulouse³²². En l'espèce, les juges du fond avaient à connaître du droit de rétention d'un commissaire de transport sur des marchandises remises avant et après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Dans leur décision, les juges toulousains avaient reconnu ce droit au commissaire sur l'ensemble des marchandises, mais uniquement pour les créances antérieures au jugement d'ouverture et non pas aux créances postérieures non encore exigibles. La cour d'appel de Toulouse avait considéré que le droit de rétention ne pouvant s'analyser ni comme une action, ni comme un voie d'exécution, le commissaire de transport devait continuer d'exercer son droit de rétention, à condition que la créance fût exigible. Les juges du fond avaient donc soumis l'exercice du droit de rétention à la seule exigibilité de la créance³²³.

253. En définitive, même si en application des dispositions de l'article L. 622-21, le créancier rétenteur français non privilégié, est visé par l'arrêt des poursuites individuelles. En réalité, il va y échapper puisque le droit de rétention effectif ne se trouve à aucun moment paralysé du fait de l'interdiction d'engager des poursuites individuelles.

De cette situation résulte une protection efficace du droit de rétention effectif contre l'arrêt des poursuites individuelles. Il se pose, dans cette perspective, la question du sort du droit de rétention au regard de l'arrêt des poursuites individuelles en droit OHADA.

B- La protection du droit de rétention effectif en droit OHADA

254. D'après les dispositions des articles 9 et 75 de l'AUPC, sont visées par la suspension et l'interdiction des poursuites individuelles, les demandes tendant à obtenir le paiement des créances antérieures, les procédures d'exécution, les mesures conservatoires et les procédures de distribution n'ayant pas produit d'effet à la date de la décision d'ouverture.

Cependant, s'agissant des créanciers concernés, l'article 75 de l'AUPC adopte une formule large qui vise de manière générale tous les créanciers composant la masse. À l'inverse, l'article 9 procède à une énumération des créances visées. Il en résulte que dans le règlement préventif, la règle s'applique à toutes les créances chirographaires et à celles garanties par un privilège général, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créances de salaires et d'aliments.

255. L'analyse de ces deux articles pourrait amener à penser que lorsqu'il fait partie de la masse, le créancier rétenteur serait visé par l'interdiction législative dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Par contre, il y échapperait dans le règlement préventif puisqu'il n'est pas expressément cité par l'article 9.

³²² CA Toulouse, 3 novembre 1999, *Rev. Proc. Coll.* 2001/4, p. 248, obs. F. MACORIG-VENIER.

³²³ Cette solution a été réaffirmée par la jurisprudence, v. Cass. com., 8 juillet 1997, n° 95-14.518, *Bull. civ.* IV, n° 221; *D.* 1998, somm., p.100, obs. S. PIÉDELIEVRE.

Cette approche nous semble néanmoins discutable.

D'une part, il nous est difficile d'expliquer cette soudaine différence de traitement. En effet, les anciens articles 9 et 75 de l'AUPC³²⁴ s'appliquaient indifféremment à tous les créanciers : créanciers chirographaires et ceux munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales tels qu'un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créanciers de salaires.

Ainsi, le créancier rétenteur n'était pas visé par l'arrêt des poursuites individuelles, peu important que le débiteur fasse l'objet d'un règlement préventif, d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens. D'autre part, comme en droit français, le droit de rétention n'étant ni une voie d'exécution, ni une demande en paiement, le créancier rétenteur devrait échapper à l'arrêt des poursuites individuelles. Mais, la transposition de cette solution en droit OHADA nécessite tout de même quelques précisions.

256. Bien que la rédaction des articles 9 et 75 de l'AUPC ne soit pas identique (rédaction issue de la réforme de septembre 2015), cette différence ne devrait en réalité avoir aucun impact sur le droit de rétention. En effet, compte tenu de sa nature³²⁵ mais aussi des prérogatives qu'il confère à son bénéficiaire, le droit de rétention devrait être protégé contre l'arrêt des poursuites individuelles. À l'instar du droit français, l'ouverture d'une procédure collective, quelle qu'elle soit, ne saurait empêcher l'exercice de ce droit. Le créancier qui se contente de retenir le bien devrait ainsi éviter l'interdiction législative et pourra même, dans certaines circonstances, obtenir satisfaction personnelle, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective.

257. Toutefois, la confusion naît du fait que, comme l'avait à juste titre fait remarquer un auteur³²⁶, avant la réforme – et la situation n'a pas beaucoup changé après la réforme – l'AUPC, dans son intégralité, ne fait aucune référence au droit de rétention. Aussi, peut-on se poser la question suivante : l'absence du droit de rétention dans l'AUPC doit-elle s'analyser comme une exclusion totale de ce droit face aux effets de la procédure collective ? Ou doit-on voir en cela les conséquences de son ancienne assimilation au gage ?

En se référant aux dispositions de l'ancien AUS (articles 40 à 43), l'absence du droit de rétention dans l'AUPC s'explique par son assimilation au gage dans sa phase de réalisation³²⁷.

Cependant, si le droit de rétention a pendant longtemps été assimilé au gage, tel n'est plus le cas depuis la réforme de l'AUS intervenue en décembre 2010. Celle-ci ayant considérablement revalorisé le droit de rétention qui s'entend désormais comme la seule faculté donnée à un créancier de retenir un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, sans aucun droit

³²⁴ Avant la réforme de l'AUPC intervenue en septembre 2015.

³²⁵ Le droit de rétention n'est ni une demande en paiement, ni une voie d'exécution.

³²⁶ G. JIOGUE, « Le droit de rétention conventionnel, Étude de droit français et de droit OHADA », *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 2007-4, n° 38, p. 1791.

³²⁷ Art. 43 de l'ancien AUS.

de préférence ni droit de suite (article 67). Comme en droit français, les effets du droit de rétention ne sont plus alignés sur ceux du gage.

258. Ainsi, au regard de l'arrêt des poursuites individuelles, la protection ou non du droit de rétention, va dépendre de l'assimilation ou non au gage. Il est donc permis de penser qu'à l'image du créancier gagiste, le créancier rétenteur était soumis à l'arrêt des poursuites individuelles avant la réforme de l'AUS. En conséquence le droit de rétention n'était pas véritablement protégé contre l'arrêt des poursuites individuelles (1). Le nouvel AUS ayant toutefois restauré la nature du droit de rétention, comme en droit français, il devrait désormais être protégé contre l'arrêt des poursuites individuelles (2). C'est pourquoi, nous analyserons le sort du droit de rétention face l'arrêt des poursuites individuelles avant et après la réforme de l'AUS.

1- La situation avant la réforme de 2010

259. Alors même que le droit de rétention s'entendait déjà comme la faculté reconnue à un créancier de retenir légitimement un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû (article 41 de l'ancien AUS), le législateur communautaire africain avait, en plus de cette prérogative traditionnelle, fait le choix de conférer un droit de préférence et de suite au créancier rétenteur. En effet, conformément aux dispositions de l'article 43 de l'ancien AUS, le créancier qui n'avait reçu ni paiement, ni sûreté, pouvait, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage.

Le créancier rétenteur avait donc le choix entre adopter une position purement passive ou mettre en œuvre son droit d'agir. Il pouvait ainsi décider de se comporter comme un véritable rétenteur. Dans cette hypothèse, il devait se contenter de retenir le bien jusqu'à ce qu'il soit totalement désintéressé. En revanche, lorsqu'il estimait que cette attitude passive ne lui convenait pas, il pouvait mettre en avant ses prérogatives de créancier gagiste. Dans ce dernier cas, les effets du droit de rétention étaient alors calqués sur ceux du gage. Pour jouir de son droit de préférence, le rétenteur avait tout intérêt à demander la réalisation forcée du bien.

L'exercice de son droit de préférence était cependant subordonné à la réunion de quelques conditions. Le rétenteur ne devait avoir reçu aucun paiement, ni de sûreté réelle équivalente. Il devait, en outre, signifier son droit au débiteur et au propriétaire de la chose. Ainsi, comme le créancier gagiste, le rétenteur pouvait engager des mesures d'exécution forcée en vue de faire jouer son droit de préférence sur le prix de la réalisation.

260. En tout état de cause, la reconnaissance des droits de préférence et de suite au profit du créancier rétenteur justifiait l'assimilation du droit de rétention au gage. Cette assimilation permettait de considérer que le créancier rétenteur devait subir les mêmes restrictions que celles imposées au créancier gagiste, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective. Aussi, en

application des anciens articles 9 et 75 de l'AUPC, les créanciers antérieurs dont les créances étaient garanties par une sûreté réelle spéciale telle que le gage, étaient soumis à la règle de la suspension ou de l'interdiction des poursuites individuelles.

Cette règle traditionnelle du droit des entreprises en difficulté visait notamment à empêcher la mise en œuvre des mesures d'exécution forcée contre le débiteur. Or, le droit de préférence reconnu au rétenteur³²⁸ pouvait l'inciter à demander la réalisation forcée du bien, lorsqu'il ne voulait pas demeurer dans une attitude passive. Dans cette hypothèse, les effets du droit de rétention s'alignaient alors parfaitement sur ceux du gage. Il n'était donc pas équitable de soumettre le créancier gagiste à l'arrêt des poursuites individuelles, tout en épargnant le créancier rétenteur, alors même que les deux sûretés produisaient des effets identiques. En dépit du silence législatif, il était permis de penser que le rétenteur, comme le créancier gagiste, ne pouvait plus engager des mesures d'exécution forcée dès la décision d'ouverture.

La soumission du rétenteur à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles était donc envisageable aussi bien dans le règlement préventif que dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens.

Ainsi, le législateur OHADA avait, sans le vouloir, en conférant un droit de préférence au créancier rétenteur, considérablement réduit les effets de sa sûreté. Du fait de l'interdiction législative, il ne pouvait donc plus solliciter la réalisation forcée du bien retenu dès l'ouverture d'une procédure collective.

261. Cependant, le créancier rétenteur ne perdait pas sa sûreté, à moins d'y renoncer expressément³²⁹. Il conservait la détention matérielle du bien. Cette détention constituait véritablement la force du droit de rétention. Ainsi, pour garantir la protection du droit de rétention contre l'arrêt des poursuites individuelles, le créancier devait se contenter de retenir le bien. Il devait alors renoncer à ses prérogatives de créancier gagiste, et notamment à son droit d'agir et privilégier sa position de rétenteur. Par ailleurs, il a été soutenu que lorsque que la rétention s'exerçait sur des biens n'ayant aucune valeur monétaire tels que les documents, le créancier n'avait pas d'autre choix ; il devait se contenter de retenir le bien. Il fallait alors espérer que la rétention des documents soit suffisamment pénalisante pour contraindre le débiteur à payer le créancier³³⁰.

262. Toutefois, même lorsque le créancier se contentait de retenir le bien, la protection du droit de rétention n'en était pas pour autant garantie. On pouvait craindre qu'il lui soit imposé une substitution de garantie en application de l'article 42 de l'ancien AUS. Le risque ici était que le rétenteur reçoive une garantie de remplacement moins avantageuse que son droit de rétention initial.

³²⁸ Art. 43 de l'ancien AUS.

³²⁹ Art. 121 de l'AUPC.

³³⁰ Z. ZERBO, « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative », art. préc., n° 836, p. 129.

En effet, il n'était pas aisé de trouver une garantie qui confère à la fois un droit de préférence, un droit de suite et un droit de retenir la chose³³¹, à moins qu'il ne s'agisse du gage avec dépossession.

263. En définitive, l'assimilation du droit de rétention au gage aboutissait, en pratique, à une profonde dénaturation de ce droit, entraînant ainsi des conséquences fâcheuses. Le droit de rétention ne pouvait donc efficacement être protégé contre l'arrêt des poursuites individuelles. L'AUS ayant été réformé, le droit de rétention a retrouvé son efficacité traditionnelle. Il est désormais possible de penser qu'à l'instar du droit français, la protection du droit de rétention est efficace en droit OHADA.

2- La situation depuis la réforme de 2010

264. L'article 67 de l'AUS a supprimé l'assimilation du droit de rétention au gage. Le créancier rétenteur ne bénéficie plus des droits de préférence et de suite. En conséquence, la soumission du créancier rétenteur à l'arrêt des poursuites individuelles ne se justifie plus. La rétention du bien étant désormais la seule prérogative conférée au rétenteur, le droit de rétention est exclu du domaine de l'arrêt des poursuites individuelles. Comme en droit français, l'attitude passive du créancier assure alors la protection du droit de rétention.

265. Cependant, le législateur OHADA donne la possibilité au rétenteur de sortir de l'inertie, lorsque le bien retenu est menacé de disparition. En effet, l'article 70, alinéa 2 de l'AUS, dispose que « *Par dérogation à l'alinéa précédent, il peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné* ». Bien que ce texte soit prévu en droit commun des sûretés, rien ne s'oppose a priori à son application en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ainsi, le créancier rétenteur pourrait, en sollicitant la vente du bien, exceptionnellement sortir de l'inertie sans pour autant perdre son droit de rétention.

266. En somme, si avant la réforme de l'AUS, il existait, entre le droit français et le droit OHADA, des différences de traitement du droit de rétention au regard de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles, cette situation a bien évolué depuis la réforme de l'AUS. Désormais, dans les deux législations, le droit de rétention effectif est efficacement protégé contre l'arrêt des poursuites individuelles.

Cependant, le législateur français conserve une longueur d'avance sur son homologue africain, étant donné qu'il existe en droit français, contrairement au droit OHADA, un droit de rétention fictif reconnu à tous les créanciers gagistes sans dépossession. Aussi, les développements suivants seront consacrés à cette spécificité française.

³³¹ J.-C. OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », art. préc., pp. 87 à 90.

Paragraphe 2/ La protection incertaine du droit de rétention fictif en droit français

267. Le droit de rétention fictif permet au créancier de retenir le bien sans en avoir la détention. Il s'analyse comme une simple fiction légale dans la mesure où le créancier retient fictivement un bien sur lequel il n'a aucune emprise matérielle. Contrairement au droit de rétention effectif, le droit de rétention fictif existe sans aucun lien de connexité entre la créance garantie et la chose retenue. De plus, le droit de rétention fictif n'a aucune existence autonome. Il est nécessairement attaché à une sûreté, le plus souvent un gage sans dépossession³³².

268. Depuis la modification opérée par la LME³³³, on distingue désormais deux catégories de droit de rétention fictif. D'une part, ceux qui résultent à l'origine de lois spéciales ; c'est notamment le cas du droit de rétention attaché au gage sur véhicule automobile³³⁴. D'autre part, celui qui provient des dispositions de l'article 2286, 4° du Code civil. C'est par exemple le cas du droit de rétention attaché au gage sur matériel et outillage, au gage sur stocks sans dépossession³³⁵ et, éventuellement, au warrant agricole³³⁶.

269. Cependant, en réponse à la modification opérée par LME, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a déclaré inopposable le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil pendant les périodes d'observation et d'exécution des plans de continuation. En revanche, aucune disposition propre à la liquidation judiciaire ne prévoit une inopposabilité de ce droit. On peut en déduire que le droit de rétention fictif est tout à fait opposable dans la procédure de liquidation judiciaire.

270. Au vu de ce qui précède, deux questions se posent. La première tient à la nature fictive du droit de rétention. La fictivité du droit de rétention est-elle un obstacle à son protection contre l'arrêt des poursuites individuelles (A) ? Quant à la seconde, elle résulte des conséquences de l'inopposabilité de ce droit rétention relativement à l'arrêt des poursuites individuelles. L'inopposabilité du droit de rétention fictif empêche-t-elle sa protection (B) ?

³³² Certains nantissements s'accompagnent d'un droit de rétention, notamment le nantissement de compte-titres (article L. 211-20. III du Code monétaire et financier).

³³³ Loi sur la modernisation de l'économie.

³³⁴ Depuis le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953, relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, un droit de rétention fictif est attaché au reçu de la déclaration du gage sur le registre spécialement ouvert à la préfecture à cet effet (article 2, al. 3 du décret de 1953). Par ailleurs, l'article 2352 du Code civil dispose que « par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession ».

³³⁵ E. LE CORRE-BROLY, « Le gage sur stocks et le Code de commerce : un mariage forcé ? », art. préc.

³³⁶ E. LE CORRE-BROLY, « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », art. préc.

A- La fictivité droit de rétention et l'arrêt des poursuites individuelles

271. Il convient de raisonner par analogie au droit de rétention effectif.

Comme nous l'avons vu, c'est le fait de retenir le bien qui assure la protection du droit de rétention fictif contre l'arrêt des poursuites individuelles. Contraint de demeurer dans une situation passive, le créancier, bien qu'étant en principe visé par l'interdiction d'engager des poursuites individuelles, va pouvoir l'éviter puisque le jugement d'ouverture ne paralyse pas l'exercice du droit de rétention qui n'est ni une action en justice, ni une mesure d'exécution. De cette situation découle la protection du droit de rétention.

272. Toutefois, en présence d'un droit de rétention fictif, ce raisonnement est difficilement transposable. En effet, si le droit de rétention effectif est bien la faculté donnée à un créancier de retenir le bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de la créance, le droit de rétention fictif, en revanche, ne donne pas au créancier la possibilité de retenir le bien physiquement. Il s'agit ici d'une rétention purement fictive. Le créancier n'a aucune mainmise sur le bien. Le droit de rétention fictif ne confère qu'une emprise juridique au créancier. C'est le droit de s'opposer à la réalisation du bien retenu.

Ainsi, quand bien même l'exercice du droit de rétention fictif ne serait pas paralysé par le prononcé du jugement d'ouverture, l'absence de rétention effective du bien ne permet pas efficacement au créancier d'éviter ou de contourner l'interdiction législative. A priori, le créancier ne peut du seul fait de la rétention fictive obtenir le paiement de sa créance³³⁷.

L'intérêt de la fictivité du droit de rétention se fera surtout ressentir si le débiteur ou son représentant veut procéder à la vente du bien. Dans cette hypothèse, le créancier pourrait valablement s'opposer à ladite vente, pour autant que son droit de rétention soit opposable. Nous pouvons donc considérer que la fictivité du droit de rétention n'a aucun réel intérêt au regard de l'arrêt des poursuites individuelles.

Cette assertion nous amène à répondre à la seconde interrogation relative aux conséquences de l'inopposabilité du droit de rétention fictif pour ce qui est de l'arrêt des poursuites individuelles.

B- L'inopposabilité du droit de rétention et l'arrêt des poursuites individuelles

273. Selon les dispositions de l'article L. 622-7- I, alinéa 2, du Code de commerce, le droit de rétention conféré par l'article 2286, 4^o du Code civil est inopposable en période d'observation et durant toute la durée de l'exécution du plan de sauvegarde. Cette disposition est applicable par renvoi en redressement judiciaire en vertu de l'article L. 631-14, alinéa 1^{er}. L'inopposabilité neutralise les effets du droit de rétention fictif. Pendant toute la durée de l'inopposabilité, les organes de la procédure sont fondés à ignorer le droit du créancier. En pratique, tout se passera

³³⁷ Sur le bénéfice du retrait contre paiement pour les titulaires d'un droit de rétention fictif ; v. ns^o 418 et s.

comme si le créancier n'était pas un rétenteur. Il ne peut donc opposer au débiteur ou à l'administrateur judiciaire les prérogatives traditionnellement reconnues au droit de rétention, en l'occurrence la rétention du bien.

En raisonnant par analogie au droit de rétention effectif, on pourrait conclure que l'inopposabilité du droit de rétention fictif, en neutralisant les prérogatives attachées à ce droit, constitue un obstacle à la protection du droit de rétention contre l'arrêt des poursuites individuelles.

274. Cependant, en présence d'un droit de rétention fictif, la logique est tout autre. Le droit de rétention fictif ne confère pas au créancier la faculté de retenir matériellement le bien jusqu'au complet paiement de sa créance. Que le droit de rétention fictif soit inopposable ou pas, le créancier ne retient pas le bien. Or, c'est la rétention, pensons-nous, qui permet de soustraire le créancier de l'arrêt des poursuites individuelles et qui, de ce fait, garantit la protection du droit de rétention.

Nous émettons donc quelques réserves sur l'efficacité de la protection du droit de rétention fictif contre l'arrêt des poursuites individuelles. Plus que l'inopposabilité du droit de rétention, c'est son caractère fictif qui pose ici problème.

275. Pourtant, il convient de noter que l'inopposabilité du droit de rétention fictif a quand même des effets néfastes au regard de la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles. En neutralisant les effets du droit de rétention, l'inopposabilité permet de considérer le créancier comme un simple gagiste-non rétenteur. En conséquence, pendant toute la période d'observation et celle d'exécution du plan, le créancier va subir l'arrêt des poursuites individuelles. Ne pouvant plus solliciter la réalisation forcée du bien, son droit de préférence se trouve aussi quelque peu neutralisé.

Ainsi, durant toute la période où le sauvetage de l'entreprise est envisageable, le droit de rétention du gagiste sans dépossession demeure inopposable. De plus, le créancier ne peut faire jouer les prérogatives découlant de son statut de gagiste. À l'égard du créancier dont le droit de rétention fictif provient des dispositions de l'article 2286, 4^o du Code civil, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles s'impose donc dans les deux sens : aussi bien en tant que rétenteur, que gagiste sans dépossession.

276. Cependant, cette différence entre les bénéficiaires d'un droit de rétention fictif nous semble purement théorique. En pratique, la différence pourrait bien ne pas se ressentir. En effet, même lorsque le droit de rétention est opposable, le caractère fictif qui suppose l'absence de rétention matérielle du bien, empêche véritablement au créancier d'échapper à l'arrêt des poursuites individuelles. Pour cette raison, il ne nous semble pas opportun d'analyser les effets d'un droit de rétention fictif opposable eu égard à l'arrêt des poursuites individuelles. L'absence de rétention du bien par le créancier fonde véritablement la faiblesse du droit de rétention fictif par rapport à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles.

277. Notons que le législateur permet à certains créanciers de recouvrer leur droit de poursuite individuelle au cours de la liquidation judiciaire. Aux termes des dispositions de l'article L. 643-2, alinéa 1^{er}, « *Les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque (...) peuvent, dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances même s'ils ne sont pas encore admis, exercer leur droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire* ». La reprise des poursuites est donc subordonnée à une double condition : la déclaration de la créance, d'une part, et l'absence d'initiative du liquidateur quant à la réalisation des biens, d'autre part.

La loi ne précise pas quels sont les gagistes visés par la mesure. Il y a donc lieu de considérer qu'elle s'applique à tous les créanciers gagistes avec ou sans dépossession.

Cette mesure peut se révéler d'une importance non négligeable pour le gagiste-rétenteur, puisqu'elle lui permet de sortir de l'inertie dans laquelle il serait contraint de demeurer s'il n'était qu'un créancier rétenteur. En effet, comme gagiste, il peut solliciter la réalisation forcée du bien afin de mettre en œuvre son droit de préférence et bénéficier ainsi d'un paiement prioritaire sur le prix de la réalisation. En contrepartie, il perd le bénéfice du droit de rétention et doit se soumettre à la loi du concours. À notre avis, cette situation n'interviendra que dans des cas d'extrême attente de la part du créancier car il s'agit tout de même de renoncer au droit de rétention et, donc, au statut de créancier exclusif.

À l'opposé, cette mesure ne bénéficie pas au titulaire d'un droit de rétention autonome. De surcroît, elle ne présente aucun intérêt pour lui. Ne bénéficiant pas d'un droit de préférence, il ne peut solliciter la réalisation forcée du bien. À défaut, non seulement il outrepasserait ses prérogatives, mais en plus, cette situation s'analyse comme un dessaisissement volontaire, avec pour conséquence la perte du droit de rétention.

278. En définitive, la prérogative attachée au droit de rétention effectif, en l'occurrence la rétention du bien, permet à ce droit d'être efficacement protégé contre l'arrêt des poursuites individuelles. Inversement, n'étant pas assorti de la rétention effective du bien, le droit de rétention fictif semble ne présenter aucun intérêt au regard de l'arrêt des poursuites individuelles. Il s'ensuit donc une protection incertaine pour le droit de rétention fictif. Ainsi, seule la protection du droit de rétention effectif reste certaine et efficace. Sur cette question, le retard du droit OHADA envers le droit français n'est pas de nature à pénaliser le rétenteur africain.

279. Toutefois, l'exercice du droit de rétention n'est pas la seule manifestation de la protection du droit de poursuite des créanciers munis de sûretés réelles exclusives. Il existe un autre moyen réservé, cette fois, aux créanciers propriétaires qui démontre aussi cette protection : c'est l'exercice de l'action en revendication.

Section 2/ La protection de la revendication contre l'arrêt des poursuites individuelles

280. L'arrêt des poursuites individuelles vise à paralyser le droit d'agir des créanciers antérieurs et postérieurs non éligibles au traitement préférentiel. Il résulte des dispositions de l'article L. 622-21 que la règle s'applique aux actions en justice tendant au paiement d'une somme d'argent, à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement ou aux mesures d'exécution forcée. Ainsi, dès le jugement d'ouverture, les créanciers non éligibles au traitement préférentiel ne peuvent plus agir en paiement contre le débiteur. En revanche, la règle est sans conséquence pour les autres actions, et notamment les actions en revendication³³⁸. Celles-ci s'entendent comme les actions dont l'objet est de rendre le droit de propriété opposable à la procédure collective.

Dès lors que la revendication est admise, celui qui entend faire connaître son droit de propriété aux organes de la procédure doit, en lieu et place d'une action en paiement ou d'une mesure d'exécution, agir en revendication contre le débiteur. Par ailleurs, la revendication permet de soustraire le bien revendiqué aux effets de la procédure collective. Ce bien ne devrait donc pas être considéré comme faisant partie de l'actif du débiteur, gage commun des créanciers.

281. Contrairement à l'exercice du droit de rétention, la revendication n'entraîne pas l'inactivité du créancier ; bien au contraire, il doit agir. C'est en effet l'exercice d'une action qui constitue ici le socle de la protection de la revendication contre l'arrêt des poursuites individuelles. La revendication est possible en dépit de l'interdiction d'engager des poursuites individuelles contre le débiteur. Cette situation assure ainsi le maintien du droit des créanciers. Reste toutefois à déterminer les bénéficiaires d'une action en revendication. Ceux-ci diffèrent selon que l'on se situe en droit français ou en droit OHADA.

282. En droit français, il existe plusieurs hypothèses de revendication³³⁹. L'action en revendication n'est pas reconnue aux seuls bénéficiaires d'une clause de réserve de propriété. Pour renforcer l'efficacité des propriétés-sûretés, le législateur a choisi de reconnaître un droit de revendication à tous les propriétaires. Ainsi, la revendication est admise aussi bien pour le propriétaire initial, dont la chose se trouve entre les mains du débiteur (le vendeur réservataire), que pour celui qui s'est vu temporairement attribuer la propriété d'un bien (le fiduciaire)). Elle est également admise pour le crédit-bailleur. Cependant, cette dernière catégorie de propriétaire ne sera pas analysée dans le cadre de cette étude consacrée aux sûretés réelles exclusives³⁴⁰.

³³⁸ P. ALIX, « Les poursuites individuelles non suspendues par l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire », *Gaz. Pal.* 25 avril 1996, *Doctr.*, pp. 412 et s. sp. p. 416.

³³⁹ Art. L. 624-12 à L. 624-19 du Code de commerce.

³⁴⁰ Cf. introduction. ns° 50-51.

283. S'agissant de la revendication du vendeur réservataire, elle découle des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce qui précisent que les biens vendus avec une clause de réserve de propriété peuvent être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure.

L'action en revendication doit être exercée par celui qui est propriétaire au jour du jugement d'ouverture³⁴¹. Il peut s'agir du vendeur de meubles lui-même ou de la personne subrogée dans ses droits. Ainsi, peut revendiquer, l'établissement de crédit ayant financé l'opération avec réserve de propriété et qui a ensuite acquis le bénéfice de la propriété réservée. Il en est de même pour le porteur d'une lettre de change, dans l'hypothèse où une créance du prix de vente a été mobilisée par l'émission de cet effet de commerce. Il acquiert de cette manière la créance et ses accessoires³⁴². La revendication est donc ouverte à tout propriétaire qui veut faire reconnaître son droit de propriété, quel que soit la cause ou le titre juridique fondant sa propriété³⁴³.

284. Même si l'article L. 624-16, alinéa 2, précité vise expressément la vente, la jurisprudence admet également la revendication lorsque la réserve de propriété intervient dans le cadre d'un contrat autre que la vente, notamment le contrat d'entreprise³⁴⁴. Dans un arrêt du 2 mars 1999³⁴⁵, la Cour de cassation avait déjà décidé, à propos d'un contrat d'entreprise, que « *La revendication des biens meubles qui n'appartiennent pas au débiteur ne peut s'exercer, à l'égard de la procédure collective, que dans les conditions fixées par les articles 115 et suivants de la loi du 25 janvier 1985* ». Ainsi, dès l'instant où le créancier s'est réservé la propriété d'un bien par le biais d'une clause, il doit revendiquer dans les conditions prévues par la loi³⁴⁶.

La vente étant pendant le contrat le plus usuel en matière de clause de réserve de propriété, les développements suivants feront surtout état de la revendication du vendeur réservataire.

285. Dans le cadre de la fiducie-sûreté, l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, du Code de commerce dispose que peuvent être revendiqués, à conditions 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. Logiquement, le droit de revendiquer n'appartient pas au bénéficiaire de la fiducie mais au fiduciaire. En effet, c'est dans le patrimoine fiduciaire que les actifs sont transférés. En tant que propriétaire, au moins à titre temporaire, il revient donc au fiduciaire, qui peut être ou non le créancier bénéficiaire, d'exercer l'action en revendication, sauf si un mandat a été conféré au

³⁴¹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1607.

³⁴² Cass. com., 11 juillet 1988, n° 87-10.834, *Bull. civ. IV*, n° 241; *RTD com.* 1988, p. 656, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

³⁴³ À propos du prêt à usage ; Cass. com., 28 janvier 1997, n° 94-14.345, Inédit ; *D. Aff.* 1997, p. 347 ; *D.* 2000, somm. p. 66, obs. F. PÉROCHON et D. MAINGUY.

³⁴⁴ Les biens remis en exécution d'un contrat d'entreprise peuvent faire l'objet d'une réserve de propriété ; V. Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-10.137, *Bull. civ. IV*, n° 174 ; *JCP E*, 2004, 783, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 2003, p. 3049, obs. A. LIÉNHARD ; *D.* 2004, comm. p. 801, note A. LUCAS et F.-X. LUCAS.

³⁴⁵ Cass. com., 2 mars 1999, n° 95-18.643, *Bull. civ. IV*, n° 50.

³⁴⁶ V. aussi, F. PÉROCHON, obs. sous CA Caen, 16 mars 1995, *D.* 1996, somm. p. 220.

bénéficiaire. Dans tous les cas, le revendiquant doit prouver par tous moyens qu'il est bien le propriétaire du bien revendiqué.

286. Le droit OHADA n'est pas en reste. Il existe également plusieurs hypothèses de revendications³⁴⁷. Au nombre des revendiquants, on retrouve le créancier réservataire. En effet, l'alinéa 3 de l'article 103 de l'AUPC précise que « *Peuvent être également revendiqués, les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété* ». Il faut ici remarquer que, contrairement à la rédaction de l'ancien texte³⁴⁸, le législateur ne vise plus spécifiquement les marchandises et les objets vendus sous réserve de propriété. La revendication n'est donc plus admise au seul vendeur réservataire, mais à toute personne qui s'est réservée la propriété d'un bien mobilier par l'effet d'une clause de réserve de propriété.

287. Avant la réforme, en se fondant sur l'obligation de production qui pesait sur les revendiquants et qui avait pour conséquence l'alignement de la procédure des revendications sur celle des vérifications et admissions des créances, un auteur³⁴⁹ avait considéré que, contrairement au droit français où la revendication incombe au propriétaire du bien revendiqué, l'action en revendication relevait, en droit OHADA, de l'autorité judiciaire. Il déduit cette solution des dispositions des articles 87 et 89 de l'ancien AUPC. Le premier texte précisait que « *Le greffier avertit immédiatement les créanciers et les revendiquants du dépôt de l'état des créances par une insertion dans un ou plusieurs journaux d'annonces légales, et par une insertion au Journal officiel contenant l'indication du numéro du journal d'annonces légales dans lequel a été faite la première insertion* ». Et le second texte prévoyait que « *Les revendications et les créances contestées ou admises provisoirement sont renvoyées à la juridiction compétente en matière de procédures collectives, par les soins du greffier, à la première audience, pour être jugées sur rapport du Juge-commissaire, si la matière est de la compétence de cette juridiction* ». À notre avis, cette solution ne saurait être d'actualité après la réforme. Les revendiquants ne sont plus soumis à la production des créances. L'action en revendication devrait être exercée, comme en droit français, par le propriétaire ou celui qui lui est subrogé dans ses droits.

288. Cependant, à la différence du droit français, le législateur communautaire africain n'envisage pas la possibilité pour le fiduciaire ou le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire de revendiquer. Cette situation pourrait s'expliquer par le fait que le transfert fiduciaire n'est prévu que pour des sommes d'argent qui, au demeurant, ne sont pas tenues par le débiteur constituant. Ces fonds sont inscrits sur un compte bloqué et ouvert au nom du créancier de l'obligation, dans les

³⁴⁷ Art. 102 à 106 de l'AUPC.

³⁴⁸ L'article 103, al. 2 de l'ancien AUPC précisait que « *Peuvent être revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix* ».

³⁴⁹ J.-R. GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 195.

livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir³⁵⁰. Les sommes d'argent faisant l'objet d'un transfert fiduciaire n'étant pas détenues par le débiteur ou un tiers agissant pour son compte, elles n'ont pas vocation à créer une apparence de solvabilité de nature à tromper les tiers. Le bénéficiaire peut donc se passer de la revendication.

Il devrait, pour cela, être soumis à l'arrêt des poursuites individuelles. Mais, en pratique, cette règle n'aura aucun effet sur le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire car, d'une part, il est déjà propriétaire des sommes transférées et, d'une part, ces fonds sont tenus à l'abri dans un compte bloqué.

289. Par ailleurs, tout comme l'action en revendication, l'action en restitution est exclue de la règle de l'interdiction et de la suspension des poursuites individuelles. Il s'agit donc d'une seconde arme permettant aux propriétaires d'échapper à l'interdiction législative. Cependant, à la différence de l'action en revendication, l'action en restitution ne bénéficie qu'aux propriétaires dont les contrats ont fait l'objet d'une publicité³⁵¹. En outre, le Code de commerce précise que la demande en revendication emporte demande en restitution³⁵². Ainsi, lorsque le contrat n'a pas été publié, l'action en revendication précèdera l'action en restitution. C'est cette dernière qui permet aux propriétaires d'entrer en possession du bien. Cette mise en possession du créancier peut ainsi s'analyser comme un paiement indirect. Pour cette raison, nous analyserons le régime de l'action en restitution dans le chapitre suivant consacré au paiement des créanciers munis de sûretés réelles exclusives.

290. En définitive, si les législateurs français et africain sont unanimes sur la revendication du créancier réservataire (paragraphe 1), le législateur français se démarque à nouveau puisqu'il admet également la revendication du fiduciaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La revendication du créancier réservataire admise dans les deux législations

291. Quelle que soit la législation en vigueur, l'ouverture d'une procédure collective ne paralyse pas l'action en revendication. Ainsi, l'analyse de la revendication du réservataire en droit français (A) précèdera celle du droit OHADA (B).

A- La revendication du créancier réservataire en droit français

292. Pour commencer, il convient de préciser que la revendication est possible dans les trois procédures collectives que sont la sauvegarde³⁵³, le redressement judiciaire³⁵⁴ et la liquidation judiciaire³⁵⁵. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le doute existe quant à la possibilité de

³⁵⁰ Art. 87, al. 2 de l'AUS.

³⁵¹ Art. L. 624-10 du Code de commerce et 101-3, al. 1^{er} de l'AUPC.

³⁵² Art. R. 624-13, al. 4 du Code de commerce.

³⁵³ Art. L. 624-9 et s ; R. 624-13 et s. du Code de commerce.

³⁵⁴ Art. L. 631-18; art. R. 631-31 du Code de commerce.

³⁵⁵ Art. L. 641-14; art. R. 641-31 du Code de commerce.

revendiquer au cours de la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée. En effet, il résulte des dispositions de l'article L. 628-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce que les règles relatives aux revendications ne sont pas applicables dans cette dernière procédure. Ainsi, on pourrait considérer que les bénéficiaires du droit de revendiquer ne disposent d'aucun moyen pour échapper à l'arrêt des poursuites individuelles. Cependant, comme l'a justement relevé un auteur³⁵⁶, en application de l'article L. 628-6 du Code de commerce, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 622-24 du Code de commerce et soumis à l'obligation de déclaration prévue par ce texte. Or, si l'on admet que le créancier réservataire n'est pas soumis à l'obligation de déclaration³⁵⁷, on pourrait également admettre qu'il ne soit pas soumis à la procédure de sauvegarde accélérée et, donc, qu'il peut revendiquer sur le fondement du droit commun et non pas en application des règles de la revendication qui sont exclues dans cette procédure.

293. Quoiqu'il en soit, n'étant pas concernée par l'arrêt des poursuites individuelles, la revendication, lorsqu'elle est admise, reste une arme redoutable pour le créancier réservataire. Son efficacité (2) est cependant soumise à des conditions (1) d'exercice rigoureuses qu'il convient au préalable de déterminer.

1- Les conditions de la revendication

Les conditions de la revendication tiennent, d'une part, à son objet (a) et, d'autre part, à sa procédure (b).

a- L'objet de l'action en revendication

294. Sous l'empire des législations antérieures, la revendication portait uniquement sur les "marchandises". Cette notion qui réduisait quelque peu le champ d'application des revendications a été, dans la loi du 10 juin 1994, remplacée par la notion de "biens". La revendication va donc s'appliquer à l'ensemble des biens meubles, peu important qu'ils soient corporels ou incorporels³⁵⁸. Les textes du Code de commerce³⁵⁹ ne visant que la revendication des meubles, les propriétaires d'immeubles sont donc dispensés d'avoir à exercer une action en revendication³⁶⁰. Ainsi, celui qui s'est réservé la propriété d'un immeuble est soumis à l'arrêt des poursuites individuelles, même lorsque le contrat dans lequel la clause est insérée fait l'objet d'une publicité.

³⁵⁶ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 816.09 in fine.

³⁵⁷ Cf. ns° 760 et s.

³⁵⁸ Revendication d'un fond de commerce ; Cass. com., 21 novembre 1995, n° 93-20.531, *Bull. civ. IV*, n° 266 ; *D.* 1996, p. 211, note C. REGNAUT-MOUTIER ; *D.* 1996, somm. p. 214, obs. F. PÉROCHON ; Cass. com., 29 février 2000, n° 97-14.575, Inédit ; Revendication de brevet d'invention ; Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-17.768, *Bull. civ. IV*, n° 252 ; *Rev. Proc. Coll.* 1997, p. 321, obs. B. SOINNE.

³⁵⁹ Art. L. 624-9 et s.

³⁶⁰ Cass. com., 9 janvier 1996, n° 93-12.667, *Bull. civ. IV*, n° 8 ; *JCP E*, 1996, I, 3935, n° 19, obs. M. CABRILLAC.

Toutefois, la propriété des immeubles n'est pas souvent menacée par l'ouverture d'une procédure collective, puisqu'en règle générale le transfert de propriété des immeubles s'accompagne d'une publicité. Les immeubles ne peuvent donc être considérés comme donnant une solvabilité apparente au débiteur. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du détenteur précaire d'un immeuble n'a pas d'incidence sur la reconnaissance du droit de propriété de cet immeuble.

Quoi qu'il en soit, la revendication porte sur des biens meubles se trouvant entre les mains du débiteur (a-1) ou sur la créance du prix subrogée au bien (a-2)

a-1) La revendication des biens meubles se trouvant entre les mains du débiteur

295. Il résulte des dispositions de l'article L. 624-16 du Code de commerce que les biens meubles existant en nature peuvent être revendiqués au moment de l'ouverture de la procédure. Cette condition suppose d'abord l'identification du bien. Le revendiquant doit se prévaloir d'un droit de propriété sur une chose identifiée dans le patrimoine du débiteur. Il doit prouver que les biens revendiqués sont les biens livrés par lui au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte³⁶¹. Après l'identification, le revendiquant doit rapporter la preuve de l'existence du bien en nature dans le patrimoine du débiteur, peu important qu'il détienne lui-même le bien ou qu'il soit détenu par un tiers agissant pour son compte³⁶².

La condition d'existence du bien en nature s'apprécie au jour de l'ouverture de la procédure³⁶³ et non au jour de l'exercice de l'action en revendication. L'autorité de la chose jugée attachée à la décision irrévocable de la demande en revendication et en restitution, empêche la remise en cause de l'existence en nature du bien revendiqué au jour du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure³⁶⁴.

296. En pratique, la tâche qui incombe au revendiquant de rapporter la preuve de l'existence du bien en nature, au jour du jugement d'ouverture, devrait être facilitée en raison de l'établissement obligatoire³⁶⁵ d'un inventaire dès le début de la procédure³⁶⁶.

Que se passe-t-il à défaut d'inventaire ?

³⁶¹ Cas. com., 23 octobre 1990, n° 89-13.486, *Bull. civ. IV*, n° 246 ; *D.* 1990, IR p. 277; Cass.com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103, *Bull. civ. IV*, n° 199.

³⁶² Cass. com., 3 décembre 1996, n° 94-21.227; *Bull. civ. IV*, n° 301; *JCP, E*, 1997, I, 651, n° 16, obs. M. CABRILLAC; *RD bancaire*, 1997, p. 37, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI; Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-17.626, *Bull. civ. IV*, n° 95; *D.* 2012. AJ. p.1326, obs. A. LIÉNHARD ; *JCP E*, 2012. 1508, n° 6, obs. Ph. PÉTEL.

³⁶³ Cass. com., 15 décembre 1992, n° 90-19.980; *Bull. civ. IV*, n° 412; Cass. com., 10 janvier 2006, n° 04-18.437, Inédit; Cass. com., 10 janvier 2006, n° 04-18.438, Inédit.

³⁶⁴ Cass. com., 26 janvier 2010, n° 09-63.357, Inédit ; *Gaz. Pal.* 16-17 avril 2010, ns° 106 et 107, p. 43, note F. PÉROCHON.

³⁶⁵ Art. L. 622-6, al. 1^{er} du Code de commerce. Dans la procédure de sauvegarde accélérée, le débiteur peut, sur demande au tribunal, être dispensé d'inventaire (art. L. 628-3, al. 2).

³⁶⁶ Si le débiteur ne l'établit pas lui-même et qui en fait la demande, l'inventaire est réalisé par un organe désigné par le tribunal ; il peut s'agir d'un commissaire-priseur, d'un huissier, d'un notaire, ou d'un courtier en marchandises assermenté (art. L. 621-4, L. 631-9 et L. 641-1, al. 4 du Code de commerce) Sous l'empire des législations antérieures, l'inventaire était réalisé par l'administrateur, le liquidateur ou le représentant des créanciers.

L'article L. 622-6 de Code de commerce précise in fine que l'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication et restitution. Une cour d'appel³⁶⁷ a estimé que cette formule ne signifiait rien d'autre que l'obligation pour le demandeur à l'action de rapporter la preuve de l'existence du bien en nature au jour du jugement d'ouverture. Une solution similaire a été posée en présence d'un inventaire imprécis³⁶⁸. Par ailleurs, la Cour de cassation avait, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, jugé que le défaut d'inventaire entraîne un renversement de la charge de la preuve. De la sorte, il appartient au liquidateur et non plus au revendiquant de rapporter la preuve de l'inexistence du bien en nature au jour du prononcé de la liquidation judiciaire³⁶⁹. Cette preuve peut ainsi résulter du constat fait par un huissier, même un an après l'ouverture de la procédure, complété par le jugement concordant d'autorisation de cession du fonds avant l'ouverture de la procédure collective³⁷⁰.

En tout état de cause, la condition d'existence en nature du bien revendiqué au jour du jugement d'ouverture est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond³⁷¹.

297. L'existence du bien en nature devrait également supposer que le vendeur ne puisse revendiquer que les biens existant dans leur état initial, c'est-à-dire tels qu'ils ont été remis à l'acheteur. Cette condition conduirait ainsi à exclure toute revendication d'un bien transformé ou incorporé. Mais, pour ne pas réduire l'assiette des revendications, le législateur et la jurisprudence autorisent, sous certaines conditions, la revendication des biens transformés (a-1-a) et incorporés (a-1-b).

a-1-a) La revendication des biens transformés

298. Par principe, la transformation du bien devrait faire obstacle à sa revendication puisque le bien n'existe plus dans sa nature initiale. Cependant, la jurisprudence envisage la possibilité de revendiquer des biens transformés mais elle reste néanmoins assez libérale dans son appréciation. Il est donc admis que toutes les transformations ne font pas obstacle à la revendication.

Pour être revendiqué, le bien ne doit avoir subi aucune transformation matérielle ou juridique susceptible d'entraîner une perte de sa nature. Ainsi, ne peuvent être revendiqués, les biens dont les caractères et les propriétés ont été modifiés³⁷² et ceux dont la transformation résulte d'un

³⁶⁷ CA Toulouse, 2e ch., sect. 2, 8 janvier 2008, RG n° 06/05022.

³⁶⁸ CA Paris, 3e ch. B, 19 septembre 2003, RG, n° 2002/14281.

³⁶⁹ Cass. com., 1er décembre 2009, n° 08-13.187, *Bull. civ.* IV, n°156 ; *D.* 2010, AJ, p. 12, obs. A. LIÉNHARD ; *JCP E*, 2010, 1296, n° 12, obs. M. CABRILLAC ; *Gaz. Pal.* 17 avril 2010, ns°106 et 107, p. 42, note F. PÉROCHON ; *RTD com.* 2010, p. 424, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD civ.* 2010, p. 361, obs. P. CROCQ.

³⁷⁰ CA Toulouse, 8 novembre 2011, RG n° 11/459, *BJE*, 2012, p. 93, note M. LAROCHE.

³⁷¹ Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103, *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *D.* 2006. AJ, p. 2462, obs. A. LIÉNHARD ; *RTD com.* 2007, pp. 452 et 453, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E*, 2007, 1004, n° 13, obs. M. CABRILLAC.

³⁷² CA Versailles, 7 juin 1990, *D.* 1991. somm. p. 46, obs. F. PÉROCHON ; CA Angers, 12 novembre 1986, *Rev. Proc. Coll.* 1987, p. 69 : revendication des bois tronçonnés et étuvés parce qu'il n'y a pas eu création d'un nouveau produit.

assemblage avec d'autres produits³⁷³. Il en sera de même en cas de transformation de peau en vêtement ou de laine en chandails³⁷⁴. Si le maintien du bien dans son état initial n'est pas requis, sa transformation ne doit pas entraîner la perte de sa substance ou même de sa spécificité.

299. L'appréciation du degré de transformation relève encore ici du pouvoir souverain des juges du fond. Il a par exemple été jugé que le viticulteur qui a livré du raisin à la coopérative le retrouvait en nature sous forme de vin, de cette manière « *l'incorporation des moûts les uns aux autres et le processus d'évolution et de vinification des récoltes apportées n'avaient pas transformé leur substance* »³⁷⁵. De cette solution, il est possible de rapprocher celle de l'admission de la revendication des champignons alors que l'acheteur n'avait reçu que le mycélium au moment de la livraison³⁷⁶.

En somme, si les modifications ne conduisent pas à une transformation de la nature des biens, la revendication doit être admise. Toutefois, la Cour de cassation estime, à juste titre d'ailleurs, que lorsque la revendication aboutit alors même que le bien a subi une transformation, le vendeur doit indemniser l'acheteur pour les modifications effectuées³⁷⁷.

Qu'en est-il lorsque les biens ont été incorporés ?

a-1-b) La revendication des biens incorporés

300. En cas d'incorporation d'un bien mobilier à un autre bien, la revendication n'est possible, en principe, que lorsque la séparation de ces biens peut s'effectuer sans qu'ils en subissent un dommage³⁷⁸. Ainsi, a été admise la revendication du moteur d'un navire démontable³⁷⁹, ou encore de pneumatiques montés sur un véhicule automobile, sous réserve que ces véhicules n'aient pas eux-mêmes été vendus à un tiers³⁸⁰. Pour que la revendication soit admise, l'opération de démontage ne doit occasionner aucun dommage au bien revendiqué et au bien dans lequel il est incorporé. En revanche, si le meuble incorporé dans un autre bien (mobilier ou immobilier) ne peut être détaché sans détérioration, la revendication devient impossible. A par exemple été rejetée la revendication des pierres précieuses du fait de leur sertissage dans les bijoux, lequel rendait impossible leur

³⁷³ Cass. com., 6 juillet 1993, n° 90-21.711 ; *Bull. civ.* IV, n° 286 ; *RJDA* 1994/2, n° 216: matériels destinés à une chaîne de montage de voitures ; T. Com. Paris, 1^{er} janvier 1981, *Rev. Jurisp. Com.* 1981, p. 378.

³⁷⁴ CA Toulouse, 27 novembre 1984, *D.* 1985, IR, p. 185.

³⁷⁵ Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103 ; *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *Act. Proc. Coll.* 2006/16, n° 198, obs. F. PÉROCHON ; *JCP E*, 2007, 1004, n° 13, obs. M. CABRILLAC ; *RTD com.* 2007, pp. 452-453, obs. A. MARTIN-SERF.

³⁷⁶ CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 25 octobre 2007, RG n° 07/00593 ; *RJDA*, 2008/1, n° 68.

³⁷⁷ Cass. com., 17 mai 1988, n° 86-19.546, *Bull. civ.* IV, n° 166 ; Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-14.267, *Bull. civ.* IV, n° 73 ; *D.* 1991, somm. p. 46, obs. F. PÉROCHON.

³⁷⁸ Art. L. 624-16, al. 3 du Code de commerce et art. 2370 du Code civil ; CA Versailles, 24 juin 1999, *RJDA* 1999/10, n° 1110.

³⁷⁹ Cass. com., 11 mars 1997, n° 94-20.069, *Bull. civ.* IV, n° 70.

³⁸⁰ Cass. com., 18 juillet 1989, n° 88-13.395 ; *Bull. civ.* IV, n° 228 ; *D.* 1991, somm. p.45, obs. F. PÉROCHON

restitution sans endommager les bijoux³⁸¹. L'appréciation se fait ici en fonction du critère matériel du démontage.

301. Dans certaines situations, la jurisprudence va au delà-du critère légal. C'est le cas lorsque le bien revendiqué est, du fait de son incorporation à un autre bien, devenu un élément constitutif d'un ensemble nouveau. Dans un arrêt du 19 juin 2012³⁸², la Cour de cassation retient que « *attendu qu'après avoir relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments du débat, que la mise en place des matériels livrés ne pouvait être réduite à une simple activité d'installation de composants juxtaposés aisément détachables mais devait être regardée comme constituant une opération d'intégration d'éléments constitutifs interconnectés entre eux et indissociables ayant eu pour conséquence la création d'un ensemble nouveau, la cour d'appel a pu en déduire que les biens revendiqués ne se retrouvaient pas en nature dans le patrimoine de la débitrice au jour de l'ouverture de la procédure de sauvegarde* ». Ainsi, même lorsque le démontage s'effectue sans dommage, la revendication peut être refusée au motif que le bien revendiqué n'existe plus en nature puisqu'il forme, avec les autres biens, un tout indissociable³⁸³. L'appréciation de l'existence en nature d'un bien incorporé ne se fait donc pas uniquement en fonction du critère matériel du démontage.

302. En tout état de cause, le dommage n'étant pas un critère économique, la revendication peut être admise alors même que la reprise du bien entraîne un dommage économique³⁸⁴ ou fonctionnel³⁸⁵ au bien dans lequel l'incorporation avait eu lieu. La détermination de l'existence ou non d'un dommage est là encore laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette liberté dont disposent les juges est à l'origine d'une jurisprudence abondante avec des solutions parfois différentes pour des situations a priori similaires³⁸⁶.

a-1-c) Qu'en est-il de la revendication des biens fongibles ?

Avant de déterminer la nature juridique de la revendication des choses fongibles (a-1-c-2), il convient au préalable de définir la notion de fongibilité (a-1-c-1).

a-1-c-1) La définition des « biens fongibles »?

303. Le législateur autorise la revendication des biens fongibles, c'est le cas lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute autre

³⁸¹ Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20.381, Inédit ; *Gaz. Pal.* 8-10 janvier 2010, ns° 8 et 9, p. 44, note E. LE CORRE-BROLY ; *RTD com.* 2010, p. 425, obs. A. MARTIN-SERF.

³⁸² Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.907, Inédit ; *Gaz. Pal.* éd. sp., 13 octobre 2012, n° 286, p. 30, note F. PÉROCHON ; *RTD com.* 2013, p. 145, obs. A. MARTIN-SERF.

³⁸³ V. sur la revendication des commandes numériques : Cass. com., 24 mars 2004, n° 10-10.280 ; Inédit ; *RLDA*, mars 2005, p. 105, n° 37, obs. F. PÉROCHON ; Cass. com., 4 janvier 2005, n° 20-10.538 ; Inédit ; *LPA*, février 2006, p. 7.

³⁸⁴ Cass. com., 28 octobre 2008, n° 07-16.899 ; Inédit ; *Gaz. Proc. Coll.* 2009/1, p. 52, note F. PÉROCHON.

³⁸⁵ CA Paris, 20 novembre 2008, RG n° 08/03836 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1611.

³⁸⁶ V. P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 816.33.

personne les détenant pour son compte³⁸⁷. Sont considérés comme fongibles, des biens qui sont mesurés par leur qualité et quantité et susceptibles d'être remplacés par d'autres³⁸⁸.

Un des premiers auteurs à s'être intéressé à la question avait défini la fongibilité comme « le rapport d'équivalence existant entre deux ou plusieurs choses capables de remplir la même fonctionnalité libératoire »³⁸⁹. De cette manière, des biens fongibles étaient parfaitement substituables, produisant chacun un pouvoir libératoire à l'égard du créancier. Plus récemment, la fongibilité a été définie comme « l'aptitude des biens spécifiquement et qualitativement identiques à se substituer entre eux »³⁹⁰. Un autre auteur³⁹¹ considère par ailleurs comme fongibles, les biens « objectivement et subjectivement interchangeables ». Dans le même sens, un auteur soutient que la fongibilité est une notion de droit qui se caractérise par l'interchangeabilité des biens. Elle s'oppose au corps certains qui ne peuvent se substituer les uns aux autres³⁹².

Si la doctrine est relativement unanime sur la définition de la fongibilité, il n'en est pas de même pour la jurisprudence. La question divise encore les juges du fond. Une cour d'appel a considéré comme fongibles, des produits de même espèce et de même qualité que ceux qui avaient été livrés à l'acheteur³⁹³. Tandis qu'une autre refuse de considérer comme fongibles des appareils électroniques qui pouvaient être identifiés grâce à un numéro de série unique³⁹⁴. Une troisième cour d'appel a par ailleurs jugé fongibles des biens non seulement « *interchangeables, identiques les uns aux autres* », mais aussi des biens nécessairement « *non individualisés* »³⁹⁵.

304. Tout bien considéré, la jurisprudence ne définit pas la fongibilité. Bien plus, les controverses jurisprudentielles sont de nature à entretenir la confusion dans la perception de cette notion. En effet, au-delà de la définition de celle-ci, il se pose également la question de la fongibilité des biens individualisés. Autrement dit, l'identification d'un bien fait-elle obstacle à son caractère fongible ? Un bien individualisé peut-il être considéré comme fongible ?

Là encore, la doctrine se démarque positivement. Elle considère que l'identification d'un bien ne remet pas en cause sa fongibilité. Des biens sont considérés comme fongibles dès l'instant qu'ils sont identiques et interchangeables, peu important qu'ils soient identifiables ou non³⁹⁶. Une partie de

³⁸⁷ Art. L. 624-16, al. 3 du Code de commerce et art. 2369 du Code civil, rédaction issue de l'ordonnance du 23 mars 2006.

³⁸⁸ CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec 2002, p. 66

³⁸⁹ H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, Th. Paris, 1940, pp. 18-19.

³⁹⁰ P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, Étude sur la qualification juridique des biens*, préf. Ph. DELEBECQUE, LGDJ, Coll. A. Tunc, t. 4, 2004, n° 139.

³⁹¹ F. PÉROCHON, « Les propriétaires sont-ils heureux ? », *RLDA*, mars 2005, n° 80, p. 105, sp. p. 112.

³⁹² C. SAINT-ALARY-HOUÏN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 888 ; V. F. PÉROCHON, « Les propriétaires sont-ils heureux ? », art. préc., p. 112.

³⁹³ CA Paris, 3e ch. A. 23 octobre 2007, RG n° 06/21634.

³⁹⁴ CA Paris, pôle 5, 9e ch. 6 mai 2010, RG n° 09/005242.

³⁹⁵ CA Paris, 12 mai 2000, *D.* 2000, *AJ.* p. 329, obs. A. LIÉNARD ; *JCP E*, 2001, 221, n° 13. obs. Ph. PÉTEL.

³⁹⁶ F. PÉROCHON, « Les propriétaires sont-ils heureux ? », art. préc., p. 112 ; *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1619 ;

la doctrine³⁹⁷ a en effet affirmé que l'individualisation d'une chose ne constituait pas un obstacle dirimant à la fongibilité. Ce n'est pas parce qu'une chose porte des numéros ou des marques qu'elle cesse d'être fongible.

Cependant, en jurisprudence, la réponse n'est pas aussi simple. Il existe en effet quelques confusions quant à la fongibilité de certains biens. C'est notamment le cas des médicaments et des produits pharmaceutiques.

Dès les premières applications de la solution législative autorisant la revendication des choses fongibles, la fongibilité des produits pharmaceutiques et des médicaments a très vite divisé les juges du fond³⁹⁸. Certaines cours d'appel considèrent, en effet, que l'identification des médicaments empêche leur interchangeabilité ; en conséquence, les médicaments ne peuvent être considérés comme des biens fongibles. C'est dans ce sens que la cour d'appel de Paris a jugé que les médicaments ne sont pas fongibles car « *ils sont conditionnés sous emballage portant une ou plusieurs indications (date de fabrication, un numéro de lot, une date limite de vente) permettant de les individualiser* »³⁹⁹. D'autres, en revanche, estiment que le fait de pouvoir identifier les médicaments ne fait pas obstacle à leur fongibilité. La cour d'appel de Lyon a en effet affirmé qu'« *un médicament est fongible par rapport à un autre de la même espèce indépendamment du conditionnement qui lui est propre, dès lors que, par sa nature, il possède la même composition, et partant les mêmes propriétés thérapeutiques* »⁴⁰⁰. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a jugé que « *les médicaments et produits pharmaceutiques sont fongibles dès lors qu'ils sont interchangeables en raison de l'identité de leur marque de fabrique, de leur conditionnement et contenance ainsi que de leurs formules et propriétés* »⁴⁰¹.

De ces développements, il ressort que l'admission du caractère fongible des médicaments divise énormément la jurisprudence et même qu'à l'intérieur d'une même cour d'appel, des divergences apparaissent entre les sections.

³⁹⁷ A. LAUDE, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 307.

³⁹⁸ La cour d'appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur la question dans deux arrêts, l'un du 3 avril 1998, (CA Paris, 3 avril 1998, *D. Aff.*, 1998, p. 845, obs. A. LIÉNHARD ; *RTD civ.* 1998, p. 709, obs. P. CROCQ), l'autre du 26 juin 1998 (CA Paris, 26 juin 1998, *D. Aff.*, 1999, p.1401, obs. A. LIÉNHARD) relatifs eux aussi aux médicaments et produits pharmaceutiques vendus sous réserve de propriété. Dans la première affaire, le caractère fongible des biens revendiqués n'était pas contesté, mais le liquidateur, pour s'opposer à la revendication, soutenait que la rapidité de rotation des stocks d'une officine de pharmacie excluait l'identité entre les marchandises retrouvées en nature et celles vendues. Rejetant ce motif, la cour avait autorisé la revendication des marchandises retrouvées en nature chez le débiteur au jour du jugement d'ouverture, en l'occurrence celles mises en évidence par le rapprochement des factures de produits revendiqués et l'inventaire au jour du jugement. Dans la seconde affaire, le caractère fongible des produits pharmaceutiques était contesté par l'administrateur et le représentant des créanciers. Ils estimaient que les produits étaient individualisés par les laboratoires qui les fabriquent et qui apposent une date de fabrication, un numéro de lot et une date limite de consommation. Cet argument fut rejeté par les juges du fond. Ces derniers avaient en revanche considéré que les médicaments et produits pharmaceutiques sont des biens fongibles dès qu'ils sont de la même espèce et de la même qualité que ceux revendiqués, étant interchangeables en tant que produits de même nom et de même origine de fabrication. Le fournisseur de médicaments avait donc été admis dans la revendication.

³⁹⁹ CA Paris, 3e ch. Com, 12 mai 2000, *D.* 2000, AJ. p. 329, obs. A. LIÉNHARD.

⁴⁰⁰ CA Lyon, 3e ch., 5 novembre 1999, *JCP E*, 2001, 221, n° 13, obs. Ph. PÉTEL.

⁴⁰¹ CA Paris, 3e ch. A, 22 mars 2005, *Gaz. Proc. Coll.* 2005/2, p. 46, obs. E. LE CORRE- BROLY.

305. En outre, on peut s'interroger sur la revendication des sommes d'argent.

De prime abord, on pourrait penser que le problème ici est celui de la fongibilité des sommes d'argent, mais il n'en est rien. Un auteur⁴⁰² considère que les biens identiques restent fongibles même s'ils sont identifiés par des numéros individuels du moment que les parties les tiennent pour interchangeables et font abstraction de leur individualité dans leurs échanges. Il affirme par la suite que les billets de banque en constituent le meilleur exemple, puisqu'ils sont identiques et considérés comme parfaitement fongibles, quoiqu'identifiables⁴⁰³.

306. Le problème qui se pose n'est donc pas celui de la fongibilité des sommes d'argent, mais celui de leur revendication. Les sommes d'argent peuvent-elles être revendiquées ? Là encore, il existe des divergences jurisprudentielles. Dans certains arrêts, les juges admettent la possibilité de revendiquer des sommes identifiées⁴⁰⁴. Dans d'autres, en revanche, ils en excluent la perspective puisque les sommes d'argent ne confèrent pas à leur titulaire un droit de propriété, mais seulement un droit de créance donnant lieu à une déclaration au passif⁴⁰⁵. Ainsi, dans un arrêt du 4 février 2003⁴⁰⁶, la Cour de cassation a décidé qu'« *une demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur* ». Une action en revendication avait également été rejetée au motif que la société qui détenait les fonds litigieux n'en était pas le propriétaire, mais un créancier de sommes d'argent⁴⁰⁷. En l'état actuel du droit, il demeure donc difficile de se prononcer sur la possibilité de revendiquer des sommes d'argent⁴⁰⁸.

307. Finalement, la notion de fongibilité, d'une part, et l'admission du caractère fongible des certains biens, d'autre part, suscitent encore bien des débats au sein de la jurisprudence. Ces divergences jurisprudentielles résultent de la démission de la Cour de cassation qui refuse de définir la notion de fongibilité et s'en remet à l'appréciation des juges du fond, en considérant qu'il s'agit là d'une question de fait. Dans un arrêt rendu le 15 février 2000⁴⁰⁹, par sa Chambre commerciale, la Haute juridiction a estimé que l'appréciation de la fongibilité relevait du pouvoir souverain des juges du fond.

⁴⁰² F. PÉROCHON, « Les propriétaires sont-ils heureux ? », art. préc., p. 112.

⁴⁰³ En ce sens P.-G. MARLY, *Fongibilité et volonté individuelle, Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., contra, CA Paris, 6 mai 2010 ; Rev. Proc. Coll. 2010, p. 175, note Ph. ROUSSEL GALLE.

⁴⁰⁴ CA Paris, 14 octobre 1997, *D.* 2000, somm. p. 70, obs. F. PÉROCHON et F. MAINGUY ; Cass. com., 25 mars 1997, n° 94-18.337, *Bull. civ.* IV, n° 84 ; *JCP E*, II, 991, note Ph. PÉTEL.

⁴⁰⁵ Cass. com., 4 mars 1997, n° 94-13.170, *Bull. civ.* IV, n° 64.

⁴⁰⁶ Cass. com., 4 février 2003, n° 00-13.356, Inédit ; *RTD com.* 2003, p. 570, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴⁰⁷ Cass. com., 10 mai 2000, n° 97-16.726, *Bull. civ.* IV, n° 98 ; *D.* 2000, p. 278, obs. A. LIÉNARD ; *JCP E*, 2001, 521, obs. L. COURTOT ; Cass. com., 9 janvier 2001, n° 97-22.083, Inédit.

⁴⁰⁸ V. M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. THERY, Doctorat et Notariat, t. 24, Défrénois, 2007, ns° 350 et s.

⁴⁰⁹ Cass. com., 15 février 2000, n° 97-11.670, *Bull. civ.* IV, n° 30 ; *D.* 2000, AJ. p. 127, obs. A. LIÉNARD ; *RTD com.* 2000, p. 180, obs. A. MARTIN-SERF.

En l'espèce, une société avait formé un pourvoi contre un arrêt d'une cour d'appel (Colmar, 26 novembre 1996) qui avait décidé que les objets fabriqués en série se déterminant par leur nombre et qui sont interchangeables, n'étaient pas des biens fongibles. Saisie de l'affaire, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi au motif que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les marchandises revendiquées n'avaient pas le caractère de biens fongibles* ». Cette solution a été réaffirmée dans un arrêt du 8 juillet 2003⁴¹⁰, dans une affaire où les juges du fond avaient encore eu à se prononcer sur le caractère fongible des biens, indépendamment de leur individualisation.

308. Le refus de la Cour de cassation de donner une définition à la notion de fongibilité a suscité quelques réactions doctrinales.

Ainsi, le professeur PÉROCHON⁴¹¹ s'est indigné contre la position de la haute Cour qui voit dans la détermination du caractère fongible d'un bien une simple question de fait et non pas une question de droit. Au contraire, le professeur CABRILLAC⁴¹² considère la solution de la haute Cour comme « normale » dans la mesure où la fongibilité procède d'un fait naturel qui peut éventuellement être neutralisé par la volonté individuelle, en isolant une unité du bien concerné et en l'affectant d'un signe distinctif tel qu'un numéro.

Pourtant, même en l'absence d'une définition jurisprudentielle, la solution pourrait être trouvée si toutes les cours d'appel se contentaient d'appliquer à la lettre les dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 3, du Code de commerce qui prévoient la revendication des biens fongibles de « *même nature et de même qualité* », peu important qu'ils soient identifiables ou non. En effet, une application stricte des dispositions de l'article précité mettrait un terme à toute controverse puisque le caractère fongible des biens réside dans leur interchangeabilité et non dans leur individualisation ou identification.

Ces quelques précisions apportées, il convient à présent de s'interroger sur la nature juridique de la revendication des choses fongibles.

a-1-c-2) La nature juridique de la revendication des choses fongibles

309. Au préalable, il convient de noter que l'admission de la revendication des choses fongibles avait pour objectif d'élargir le champ des revendications, mais aussi d'accroître l'efficacité de la clause de réserve de propriété à l'égard des vendeurs de choses fongibles. En effet, sous l'empire des législations antérieures, l'exercice de l'action en revendication était conditionné par

⁴¹⁰ Cass. com., 8 juillet 2003, n° 00-19.685, Inédit; Sur l'appréciation souveraine des juges du fond voir aussi Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-20.332, Inédit; *D.* 2005, AJ. p. 1083, obs A. LIÉNHARD; *JCP E*, 2005, 1274, n° 15, obs. M. CABRILLAC.

⁴¹¹ F. PÉROCHON, « Les propriétaires sont-ils heureux ? », art. préc., p. 111.

⁴¹² M. CABRILLAC, obs. sur Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-15.585, *Bull. ci. IV.* n° 48; *JCP E*, 2002, 1380, n° 12.

l'exigence d'identification des biens. Pour revendiquer, le vendeur devait prouver que les biens dont il réclame la propriété sont bien ceux qui ont été livrés à l'acheteur.

C'est la loi du 10 juin 1994 qui a mis un terme à cette restriction pour les biens fongibles. Ainsi, l'exigence d'identification qui était indispensable dans tous les cas ne demeure que pour les corps certains. Désormais, la revendication n'est plus soumise à l'exigence d'identification. Il n'est plus nécessaire que les biens revendiqués soient ceux qui ont été vendus. Il suffit qu'on puisse trouver entre les mains du débiteur ou d'un tiers agissant pour son compte des biens de même nature et de même qualité. Par ailleurs, fongibilité et identification ne s'opposent plus tout à fait. Un bien peut être considéré comme fongible alors même qu'il est parfaitement identifiable⁴¹³.

La première application du texte issu de la réforme du 10 juin 1994 a été faite dans un arrêt de la cour d'appel de Rouen rendu le 4 avril 1996⁴¹⁴. Les juges avaient, en l'espèce, déclaré recevable l'action en revendication des produits pharmaceutiques interchangeable en raison de leur identité, nature, origine, conditionnement et marque, alors que le vendeur revendiquant n'était pas le seul fournisseur de la pharmacie en redressement judiciaire, mais que l'autre fournisseur avait été réglé et ne revendiquait aucune marchandise.

Ce bref rappel sur l'évolution de l'admission de la revendication des choses fongibles effectué, il reste maintenant à déterminer la nature juridique de cette forme de revendication.

310. Déterminer la nature juridique de la revendication des choses fongibles revient à s'interroger sur sa justification. Qu'est ce qui permet de revendiquer des biens fongibles, alors qu'ils peuvent ne pas être identifiables comme l'exige le droit commun de la revendication ? Faut-il y voir une action en revendication classique ayant pour fondement la propriété présumée du revendiquant sur les biens réclamés ? Ou faut-il y voir une toute autre action qui autoriserait le vendeur à revendiquer sans qu'il ait à se préoccuper de l'identité des marchandises détenues par l'acheteur ? Ce dilemme a donné lieu à des controverses tant doctrinales que jurisprudentielles.

311. Selon le professeur PÉROCHON⁴¹⁵, la règle édictée par l'article L. 624-16, alinéa 3, du Code de commerce⁴¹⁶ ne s'analyse comme une action en revendication que si on estime que celui qui revendique les biens en est le propriétaire, nonobstant le défaut d'identification. En effet, l'action en revendication étant celle par laquelle le propriétaire tend à faire reconnaître son droit de propriété sur une chose⁴¹⁷, l'emploi du terme revendication est donc conditionné par la qualité de propriétaire du revendiquant. L'admission de l'action en revendication résulterait ainsi d'une présomption de propriété du vendeur revendiquant. Présumé propriétaire des biens détenus par l'acheteur, le

⁴¹³ C'est le cas pour les sommes d'argent.

⁴¹⁴ CA Rouen, 4 avril 1996, *RJDA*, 1996, n° 1543.

⁴¹⁵ F. PÉROCHON, « La revendication des choses fongibles par le vendeur », *LPA*, 14 septembre 1994, n° 110, pp. 82 et s.

⁴¹⁶ Art. 121, al. 3, in fine de la loi du 25 janvier, rédaction issue de la loi du 10 juin 1994.

⁴¹⁷ Cass. com., 20 octobre 1992, n° 90-19.100, *Bull. civ. IV.* n° 36; *D.* 1993, p. 19, note F. DERRIDA; Cass. com., 8 mars 1994, n° 92-14.394; *Bull. civ. IV.* n° 394; *D.* 1994, I. R. p. 79.

vendeur peut, à défaut de paiement, les revendiquer. Toutefois, la revendication ne sera possible que si les biens revendiqués sont exactement semblables à ceux qui avaient été livrés. Ainsi, même si le vendeur n'a pas à démontrer que les biens revendiqués sont ceux qu'il a livrés, il doit néanmoins prouver qu'il a livré au débiteur des biens de même espèce et de même qualité⁴¹⁸. Le revendiquant bénéficie cependant d'une présomption simple ; celle dont la preuve contraire peut être rapportée par tous moyens. Il revient donc au débiteur ou à son mandataire, s'il conteste la qualité du revendiquant, de prouver que celui-ci n'est pas le véritable propriétaire des biens.

312. Cette approche, perçue comme celle qui déroge le moins possible au droit commun de la revendication, a le mérite de la simplicité dans la mesure où elle repose sur le droit de propriété du vendeur. Considéré comme un propriétaire ordinaire, le revendiquant doit bénéficier de toutes les autres prérogatives reconnues aux titulaires d'une clause de réserve de propriété, notamment le paiement préférentiel et la revendication du prix entre les mains du sous-acquéreur⁴¹⁹. En revanche, si le débiteur ou le mandataire parvient à prouver qu'il n'est pas le propriétaire des biens, il perd le bénéfice de la réserve de propriété et devient un simple créancier du prix. Il ne peut donc rien revendiquer.

313. Par ailleurs, l'auteur voit dans les dispositions de l'ancien article 121, alinéa 3⁴²⁰, une prérogative exceptionnelle et subsidiaire qu'il qualifie de « néo-revendication »⁴²¹. Il s'agit d'une action en revendication ouverte, non pas au propriétaire actuel, mais plutôt au vendeur initialement propriétaire, devenu simple créancier éventuel des choses de genre et qui retrouve, à l'ouverture de la procédure collective, la qualité de propriétaire. Le vendeur redevenu propriétaire exerce son droit sur des biens nouveaux et non pas sur ceux qu'il avait livrés à l'acheteur. Le succès de cette action est soumis à une double condition : d'une part, l'existence des biens semblables parfaitement identiques entre les mains de l'acheteur et, d'autre part, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur. La « néo-revendication » ne peut donc s'exercer à l'encontre d'un débiteur *in bonis*, pas plus qu'elle ne peut s'exercer sur des biens semblables et identifiés. En effet, l'identification n'est pas requise puisqu'elle permettrait au fournisseur de se prévaloir d'un droit de propriété bien avant le jugement d'ouverture. Or, cette situation est contraire à la logique de la « néo-revendication ». En outre, l'auteur affirme qu'il s'agit d'une prérogative subsidiaire par rapport à l'action en revendication classique à laquelle elle ne peut faire obstacle.

314. En s'interrogeant sur la possibilité pour le néo-revendiquant de bénéficier des dispositions relatives à la revendication du prix de revente, en cas de vente des biens semblables, avant le jugement d'ouverture, l'auteur est parvenu à une réponse négative. Il estime que,

⁴¹⁸ CA Paris, 3 e ch. A, 23 octobre 2007, RG, n° 06/21634.

⁴¹⁹ F. PÉROCHON, « La revendication des choses fongibles par le vendeur », art. préc., p. 83.

⁴²⁰ La loi du 25 janvier, rédaction issue de la loi du 10 juin 1994

⁴²¹ F. PÉROCHON, « La revendication des choses fongibles par le vendeur », art. préc., p. 84.

contrairement à la revendication du prix de revente qui se fonde sur le jeu de la subrogation réelle⁴²², il n'y a pas, dans l'hypothèse de la néo-revendication, une possibilité de subrogation. En effet, le vendeur n'étant pas propriétaire des biens au moment de la revente, il ne saurait avoir substitution de la créance du prix de revente aux biens semblables détenus par l'acheteur. En conséquence, le néo-revendiquant n'a aucun droit sur le prix de revente⁴²³.

315. Tout compte fait, si la nature juridique de la revendication des choses fongibles reste incertaine, l'auteur y voit néanmoins un cas d'attribution légale non-rétroactive de la propriété des biens semblables, et qui s'opère du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective. Ainsi, le vendeur qui a retrouvé sa qualité de propriétaire peut, en toute légitimité, revendiquer les biens semblables détenus par le débiteur-acheteur.

Dans le même sens, le professeur CROCQ⁴²⁴ estime que le droit reconnu au bénéficiaire de la clause de réserve de propriété s'analyse comme un privilège de premier rang, qui lui est octroyé sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur. Cela explique que ces biens fassent ensuite l'objet d'une attribution légale à son profit. Cette situation rappelle l'attribution judiciaire du gage et, aujourd'hui, de l'immeuble hypothéqué.

Cette interprétation des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 3, permet sans doute de répondre au souhait formulé par le législateur qui était d'élargir le champ des revendications, y compris renforcer l'efficacité de la clause de réserve de propriété des vendeurs de choses de genre, lesquels étaient souvent déboutés de leur demande en raison de l'exigence d'identification qui pesait sur tous les revendiquants.

316. Dans un tout autre sens, le professeur REVET⁴²⁵ voit dans la règle posée par l'article L. 624-16, alinéa 3, la révélation d'une réalité qui masquerait la conception classique du droit des biens. Selon lui, la fongibilité impliquerait des modalités d'appropriation spécifiques. Ainsi, appliqué à des choses fongibles remises à titre précaire, le droit de propriété s'exercerait naturellement « sur un ensemble apte à accueillir, en telle quantité, n'importe quel exemplaire des choses de telle espèce et de telle qualité », sur une universalité en somme. Il faut donc considérer que le revendiquant reste toujours titulaire de son droit de propriété, mais que ce dernier s'exerce, en raison du caractère fongible des biens, selon des modalités particulières. Il s'agirait donc d'un droit de propriété flottant.

⁴²² Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12.884, *Bull. civ.* IV, n° 31; *JCP E*, 1991, I, 102, n° 11, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL; *RTD com.* 1991, p. 639, obs. B. BOULOC; *D.* 1993, somm. p. 297, obs. F. PÉROCHON.

⁴²³ F. PÉROCHON, « La revendication des choses fongibles par le vendeur », art. préc., p. 85.

⁴²⁴ P. CROCQ, *RTD civ.* 2002, p. 339; obs. sous Cass. Com., 5 mars 2002, n° 98-17.585, *Bull. civ.* IV, n° 48; *D.* 2002, AJ p. 1139, obs. A. LIÉNHARD; *JCP E*, 2002, 1380, n° 12, obs. M. CABRILLAC.

⁴²⁵ Th. REVET, *RTD civ.* 2002, p. 327, obs. sous Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-17.585, arrêt préc.

De même, sans se fonder sur la présomption de propriété du revendiquant, madame LAROCHE⁴²⁶ voit dans les dispositions du Code de commerce une « vraie » revendication mettant en avant le droit de propriété tel qu'il s'exerce sur des biens fongibles, peu important l'individualité des biens auxquels il s'applique. La revendication peut ainsi subsister malgré le remplacement de ces biens par d'autres. De cette manière, seules comptent les quantités livrées par chacun, l'identification des biens n'ayant aucune incidence, notamment en cas de conflit entre les revendiquants.

317. Cependant, l'analyse du professeur REVET a été critiquée par le professeur PÉTEL⁴²⁷. L'auteur considère que cette vision des choses ne correspond pas à l'état actuel du droit positif. Sinon, qu'est-ce qui justifierait le refus constant de la jurisprudence d'admettre la revendication d'une somme d'argent non individualisée, alors que le revendiquant n'a jamais perdu son droit de propriété, puisqu'il persiste selon des modalités particulières lorsqu'il est question des choses fongibles remises à titre précaire. En outre, l'auteur s'appuie, sur le terrain du droit commun, sur le régime (tel qu'il résulte de l'ordonnance du 23 mars 2006) du gage avec dépossession portant sur des choses fongibles⁴²⁸, pour réfuter l'idée d'une propriété flottante sur des biens fongibles. Pour finir, il rejoint l'idée d'une attribution légale exceptionnelle des biens au revendiquant, laquelle est fondée sur la technique des sûretés et non sur la manifestation de l'exercice normal d'un droit de propriété sur des choses fongibles remises à titre précaire.

318. Quant à la jurisprudence, elle s'est prononcée sur la question dans d'un arrêt de principe rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 5 mars 2002⁴²⁹. Elle y voit une véritable « règle de fond attribuant au revendiquant la propriété des biens fongibles qui se trouvent entre les mains de l'acheteur dès lors que ceux-ci sont de même espèce et de même qualité que ceux qu'il a livrés ». Par cet arrêt, la Haute juridiction rejette, au sujet de la revendication des biens fongibles, toute condition autre que celle énoncée par la loi, en l'occurrence l'existence entre les mains de l'acheteur de biens de même espèce et de même qualité que ceux livrés par le vendeur revendiquant. En voyant dans les dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 3, une attribution en propriété au revendiquant, la jurisprudence rejoint ainsi une des solutions qui avait été proposée quelques années auparavant par une partie de la doctrine⁴³⁰.

La haute Cour autorise alors que les marchandises revendiquées soient d'autres que ceux-là même qui ont été vendues avec une clause de réserve de propriété. De cette manière, la jurisprudence se

⁴²⁶ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, op. cit., ns° 344 et s.

⁴²⁷ Ph. PÉTEL « Retour sur la revendication des choses fongibles », in *Mél. D. Tricot*, Dalloz-LexisNexis, 2011, pp. 571 et s. sp. p. 574.

⁴²⁸ Art. 2341 et s du Code civil.

⁴²⁹ Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-17.585, arrêt préc.; *JCP E*, 2002, 1380, n° 12, obs. M. CABRILLAC ; *RTD civ.* 2002, p. 339, obs. P. CROCQ; Th. REVET, *RTD civ.* 2002, p. 327 ; *D.* 2002, AJ.p, 1139, obs. A. LIÉNHARD ; V. aussi Cass. com., 13 novembre 2002, n° 00-10.284 ; Inédit ; *JCP E* 2003, p. 667, note F. FORGUES.

⁴³⁰ F. PÉROCHON, « La revendication des choses fongibles par le vendeur », art. préc., p. 84 et s.

range également à l'opinion qui situe le critère de la fongibilité dans l'interchangeabilité ou la substituabilité des biens, qualité par conséquent nullement exclusive de l'individualisation possible des biens en cause⁴³¹. Ainsi, pour un auteur⁴³², cet arrêt vient lever les incertitudes pesant sur l'efficacité des clauses de réserve de propriété grevant les biens fongibles, et particulièrement des médicaments dont l'importance des enjeux économiques n'est pas négligeable⁴³³.

319. En revenant sur la question, après que la jurisprudence ait pris position, le professeur DROSS⁴³⁴ considère que si la revendication des choses fongibles est permise, c'est tout simplement parce qu'elle n'en est pas une. Il estime que « l'action en revendication des choses fongibles est en réalité une action en paiement d'une dette de restitution de choses fongibles, à laquelle l'article L. 622-21 du Code de commerce ne forme aucun obstacle, dès l'instant qu'il ne s'agit pas d'une demande tendant au paiement d'une somme d'argent ».

320. En somme, quelle que soit la justification que l'on donne aux dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 3, il n'en demeure pas moins qu'elle permet aux vendeurs de choses de genre de revendiquer les biens de même nature et de même qualité qui se trouvent entre les mains de l'acheteur, peu important qu'ils en soient propriétaires ou non. Ainsi, depuis la réforme du 10 juin 1994, mêmes les revendiquants qui exercent leur droit sur des choses de genre vont échapper à l'arrêt des poursuites individuelles, puisque leur droit d'agir n'est pas paralysé par l'ouverture d'une procédure collective.

321. Toutefois, cette prérogative ne les met pas à l'abri d'éventuels conflits. Il peut, en effet, arriver que plusieurs revendications soient exercées sur des biens fongibles qui se révèlent malheureusement insuffisants pour satisfaire l'ensemble des revendiquants.

Comment doit-on alors résoudre le conflit ? La doctrine est encore divisée sur cette question.

Les professeurs PÉROCHON⁴³⁵ et CAMPANA⁴³⁶ estiment qu'il faut procéder à une répartition proportionnelle à la quantité des biens fongibles revendiqués par chaque vendeur. Cette solution a d'ailleurs été retenue par l'article L. 211-10 du Code monétaire et financier⁴³⁷ pour régler le sort des titres financiers détenus par un intermédiaire habilité faisant l'objet d'une procédure collective.

⁴³¹ A. LAUDE, « La fongibilité », art. préc., p. 307.

⁴³² A. LIÉNHARD, obs. sur Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-15.585, arrêt préc.; *D.* 2002, pp. 1139 et s.

⁴³³ A. MARTIN-SERF, obs. sur Cass. com., 15 février 2000, n° 97-11.670 ; *Bull. civ.* IV, n°30 ; *RTD com.* 2000, p. 180.

⁴³⁴ W. DROSS, « La revendication dans les procédures collectives : une imposture ? », *Dr. et patr.*, février 2011, n° 200, p. 30.

⁴³⁵ F. PÉROCHON, « La revendication favorisée », *D.* 1994, p. 251.

⁴³⁶ M.-J. CAMPANA, « Les revendications après la réforme du 10 juin 1994 », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, sous la dir. M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 1995, p. 197.

⁴³⁷ Art. L. 211-10, al. 2 du Code monétaire et financier « En cas d'insuffisance du nombre de ces titres, il est procédé titre financier par titre financier à une répartition proportionnelle entre les titulaires de compte concernés ; ceux-ci peuvent faire virer à un compte-titres tenu par un autre intermédiaire ou par l'émetteur les titres dont ils obtiennent restitution ».

Le professeur SOINNE⁴³⁸ considère, en revanche, que le conflit doit se résoudre en faveur du premier revendiquant. L'auteur se base sans doute sur l'adage *prior tempore potior jure*. Il estime que le premier revendiquant peut réclamer l'ensemble des biens constatés à la date du jugement et que les autres, qui interviendraient par la suite, verraient leurs actions rejetées. Comme en droit civil, le paiement des créanciers revendiquants s'analyserait comme « le prix de la course ».

Selon le professeur LE CORRE⁴³⁹, il s'agit d'une solution sans fondement qui ne saurait trouver application. La règle est inique pour ceux qui, en étant dans les délais, ont présenté leur demande en revendication ultérieurement. Elle est surtout inextricable si les revendications ont été présentées le même jour. En outre, l'auteur estime qu'elle aboutit également à une impasse si les personnes qui ont présenté leur revendication, en second lieu, forment un recours à l'encontre de l'ordonnance rendue au profit du premier revendiquant ; ce qu'elles peuvent pourtant faire puisqu'elles sont bien des personnes dont les droits sont susceptibles d'être affectés par l'ordonnance attaquée.

Une autre solution reposant sur la répartition proportionnelle a été proposée par le professeur CROCQ⁴⁴⁰. Il s'agit d'un partage des biens en rapport avec la créance de chaque vendeur. Mais cette solution se heurte à deux obstacles. Le premier tient au fait que, même si les propriétaires sont considérés comme des créanciers, ils ne sont pas titulaires de créances mais d'un droit réel sur les biens. Le second résulte, en revanche, de ce que la technique désavantagerait beaucoup le vendeur ayant vendu au meilleur prix. Elle serait donc injuste. C'est pourquoi, certains⁴⁴¹ estiment que, s'il faut retenir l'idée d'une répartition proportionnelle, il est préférable de calculer les droits proportionnels de chaque revendiquant sur la base de la quantité des biens livrés au débiteur et non pas sur la base de sa créance.

L'idée d'une répartition au prorata entre tous les fournisseurs de biens semblables a également été soutenue⁴⁴².

Selon le professeur PÉTEL⁴⁴³, deux séries de solutions sont envisageables. La première consiste à répartir les biens selon un principe de proportionnalité. L'hésitation se fera ici sur la base de calcul de cette proportionnalité (la quantité des marchandises livrées ou la créance de chaque vendeur). La seconde vise à accorder la préférence à un revendiquant. Mais quel serait le critère de détermination de cette préférence : première livraison ou première revendication ?

322. En définitive, pour faire reconnaître son droit de propriété à la procédure collective, le vendeur doit revendiquer des biens qui, sans appartenir au débiteur, se trouvent entre ses mains à la

⁴³⁸ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, *op cit*, n° 1942.

⁴³⁹ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 816.53.

⁴⁴⁰ P. CROCQ, « Propriété-garantie. Réserve de propriété ayant pour objet des biens fongibles », *RTD civ.* 1998, p.709.

⁴⁴¹ F. PÉROCHON, « La revendication favorisée », *art. préc.*

⁴⁴² Th. REVET, *RTD civ.*, 2002, p. 327 ; M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, *op. cit.*, ns° 344 et s.

⁴⁴³ Ph. PÉTEL, « Retour sur la revendication des choses fongibles », *art. préc.*, p. 575.

date du jugement d'ouverture⁴⁴⁴. Il en résulte que l'efficacité des clauses de réserve de propriété est largement dépendante du maintien matériel des biens en nature dans le patrimoine du débiteur et sur lequel le bénéficiaire de la sûreté n'a aucune maîtrise. De plus, on remarque que les clauses de réserve de propriété sont souvent insérées dans les contrats de vente de marchandises. Or, les marchandises sont le type même de biens dont l'objectif est d'être consommé, transformé ou revendu. C'est éventuellement pour toutes ces raisons que le législateur a cru bon d'apporter des aménagements à la condition d'existence des biens en nature.

323. Par ailleurs, lorsque le bien n'existe plus en nature entre les mains du débiteur, le vendeur réservataire est autorisé à revendiquer la créance subrogée au bien.

a-2) La revendication de la créance subrogée au bien

Cette hypothèse intervient soit en cas de revente du bien à un sous-acquéreur (a-2-a), soit en cas de perte ou de destruction du bien (a-2-b).

a-2-a) La revendication de la créance du prix de revente du bien

324. Lorsque le débiteur a, avant le jugement d'ouverture, procédé à la vente d'un bien qui ne lui appartient pas, la revendication de ce bien devient par principe impossible puisqu'il n'existe plus en nature entre ses mains. Par ailleurs, le sous-acquéreur de bonne foi est protégé par le jeu de l'article 2276 du Code civil⁴⁴⁵. Cependant, pour protéger les droits du vendeur réservataire, l'article L. 624-18 du Code de commerce lui permet de revendiquer le prix ou la partie du prix du bien revendiqué qui n'a pas encore été payé au jour du jugement d'ouverture.

La règle énoncée par l'article susvisé concerne d'abord la procédure de sauvegarde, mais elle est également applicable en redressement judiciaire, en vertu de l'article L. 631-18, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ; et en liquidation judiciaire, conformément à l'article L. 641-14, alinéa 1^{er}, du même Code. Cette règle a en outre été consacrée en droit commun par les dispositions de l'article 2372 du Code civil⁴⁴⁶.

Avant de voir les conditions relatives à la revendication du prix de revente (a-2-a-2), il convient au préalable de déterminer le fondement de la règle (a-2-a-1).

⁴⁴⁴ E. LE CORRE-BROLY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matières de revendications et de restitutions », *Gaz. Pal.* mars- avril 2009, du 8 au 10 mars 2009, *Doctr.*, pp. 832 et s. sp., p.835. L'auteur envisage l'hypothèse où le bien existait en nature à l'ouverture de la procédure mais n'existe plus au moment de la demande en revendication.

⁴⁴⁵ Art. 2276, al.1^{er} « En fait de meubles, la possession vaut titre »

⁴⁴⁶ Art. 2372 du Code civil : « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous- acquéreur .ou sur l'indemnité d'assurance subrogé au bien ».

a-2-a-1) Fondement de la revendication de la créance du prix de revente

325. Les articles L. 624-18 du Code de commerce et 2372 du Code civil permettent au vendeur initial, en cas de revente ou de perte du bien, de revendiquer la créance subrogée au bien. Le propriétaire devient donc, par le jeu de la subrogation réelle, le propriétaire de la créance du prix de revente subrogée au bien. Il s'opère, au moment de la revente du bien au sous-acquéreur, un transfert du droit de propriété du vendeur initial sur la créance du prix subrogée au bien. De cette manière, le vendeur initial, devenu propriétaire de la créance de l'acheteur sur le sous-acquéreur, peut agir en paiement contre le sous-acquéreur qui est désormais son propre débiteur.

Dans le même sens, une partie de la doctrine⁴⁴⁷ admet que c'est parce que la créance du prix de revente est subrogée au bien que le vendeur réservataire peut l'appréhender.

326. Cependant, un auteur, le professeur DROSS⁴⁴⁸, considère que faire de la subrogation réelle le fondement de la revendication du prix de revente suppose qu'il faut admettre, sur le plan théorique, « la figure controversée de la propriété des créances » puisque, d'une part, la subrogation réelle est un mécanisme de préservation des droits par-delà la disparition de leur objet et, d'autre part, c'est bien aux termes de ce mécanisme qu'un droit de propriété vient s'exercer sur la créance. Sur le plan pratique, l'auteur estime que si le vendeur réservataire est propriétaire d'une chose qui par la suite est remplacée par une créance du prix, le créancier devrait en toute logique bénéficier de la chose subrogée dans son intégralité. Le vendeur doit donc pouvoir prétendre à la totalité du prix de revente, même lorsque ce prix est nettement supérieur au prix auquel il avait lui-même vendu le bien⁴⁴⁹.

327. Heureusement, ce n'est pas la solution retenue en droit positif. La jurisprudence confirme la solution législative qui voit dans la subrogation réelle le fondement de la revendication du prix de revente⁴⁵⁰. Par ailleurs, la Cour de cassation a jugé que la revendication ne concerne que le prix ou la partie du prix qui n'a pas encore été payé au débiteur⁴⁵¹. Dès lors que le prix de revente du bien est supérieur au prix de vente d'origine, la différence doit être reversée à la procédure collective⁴⁵². Cette solution nous paraît tout à fait logique et juste. En effet, il ne faudrait pas que le vendeur réservataire s'enrichisse au moyen de la revendication.

328. Le professeur PÉROCHON⁴⁵³ a démontré que le fait pour le vendeur réservataire d'exercer son droit de propriété sur la créance du prix de revente, soumet ce dernier à une double

⁴⁴⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1614; E. LE CORRE-BROLY, « La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 27 octobre 2007, n° 300, p.3.

⁴⁴⁸ W. DROSS, « La revendication dans les procédures collectives: une imposture ? », art. préc., pp 34 et 35.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Cass. com., 21 juin 2011, n° 11-40.032, Inédit ; *D.* 2011, AJ, p. 1814, obs. A. LIÉNHARD ; *Rev. soc.*, 2011, p. 527, note PH. ROUSSEL GALLE ; *RTD com.* 2011, p. 643, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴⁵¹ Cass. com., 27 octobre 1998, 96-16.382, Inédit.

⁴⁵² CA Lyon, 11 juillet 1997, *Rev. Proc. Coll.*, 2001, p. 19, obs. B SOINNE

⁴⁵³ F. PÉROCHON, « La revendication du prix de revente », *D. Aff.* 1996, p. 1402.

contrainte : faire reconnaître son droit de propriété à l'encontre de son acheteur, d'une part, et appréhender les sommes qui correspondent au prix de revente dû par le sous-acquéreur, d'autre part. Il en résulte un dédoublement de l'action. D'abord, l'action réelle en revendication du prix dans la procédure collective de son débiteur initial (le premier acheteur), laquelle fonde, ensuite, une seconde action personnelle en paiement de la créance du prix de revente contre le sous-acquéreur ou, dans l'hypothèse d'une circulation de la créance du prix de revente, contre l'affactureur ou le cessionnaire Dailly. Ainsi, la revendication par le vendeur initial de la créance du prix dans la procédure collective de son débiteur initial, constitue une action en revendication *stricto sensu* dont la recevabilité conditionne le succès de la seconde action diligentée contre le sous-acquéreur⁴⁵⁴. Il s'agit donc de deux actions distinctes qui ne doivent pas se confondre. Mais, en règle générale, elles sont toutes les deux désignées sous le vocable de « revendication du prix »⁴⁵⁵, ce qui nous paraît quelque peu regrettable car cela pourrait entretenir la confusion.

329. Pour mettre un terme à cette confusion, madame LE CORRE-BROLY⁴⁵⁶ propose que l'expression « revendication du prix » soit réservée à l'action réelle en revendication exercée par le propriétaire dans la procédure collective de son débiteur initial. En outre, l'auteur considère que l'action personnelle en paiement du vendeur initial à l'encontre du sous-acquéreur est distincte de celle dont peut se prévaloir le débiteur-revendeur à l'encontre de ce dernier. En conséquence, lorsque le vendeur initial réclamera au sous-acquéreur le paiement de la créance du prix de revente, il ne le fera pas en qualité de subrogé dans les droits du débiteur-revendeur à l'encontre du sous-acquéreur, mais en s'appuyant sur une action propre dont il est titulaire à l'encontre de ce dernier.

330. L'analyse du professeur PÉROCHON a eu un écho favorable auprès de la quasi-totalité de la doctrine. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a jugé que « l'action en paiement exercée par le vendeur initial à l'encontre du sous-acquéreur des biens vendus sous clause de réserve de propriété s'analyse en un action personnelle et non en une action réelle »⁴⁵⁷.

Cependant, le professeur DROSS⁴⁵⁸ conteste cette interprétation. Il voit dans l'action en revendication du vendeur, non pas une action réelle, mais une action personnelle, comme le serait par exemple l'action en restitution engagée par le propriétaire d'une chose. Il précise ensuite que l'action en revendication du prix serait plutôt une variété d'action directe et non pas une action personnelle en paiement.

⁴⁵⁴ E. LE CORRE-BROLY, « La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence », art. préc., pp. 3 et s.

⁴⁵⁵ V. par ex. Cass. com., 24 mai 2005, n° 04-13.464, *Bull. civ. IV*, n° 110; note F. PÉROCHON, *Dict. Perm. Difficultés des entreprises*, Clause de réserve de propriété et revendication, n° 61.

⁴⁵⁶ E. LE CORRE-BROLY, « La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence », art. préc., pp. 3 et s.

⁴⁵⁷ Cass. com., 6 octobre 2009, n° 08-15.048, *Bull. civ. IV*, n° 122; *D.* 2009, AJ, p. 2482, note A. LIÉNHARD; *D.* 2010, Pan. p. 1822, note F.-X. LUCAS ; *Gaz. Proc. Coll.* 2009/4, p. 42, obs. F. PÉROCHON; *JCP E*, 2010, 1011, n° 12, obs. M. CABRILLAC.

⁴⁵⁸ W. DROSS, « La revendication dans les procédures collectives: une imposture ? », *op. cit.*, p. 35.

À notre avis, la jurisprudence s'étant clairement prononcée sur la question, il faudrait, pour éviter des querelles doctrinales interminables, faire application de la solution jurisprudentielle ci-dessus énoncée.

331. Quoi qu'il en soit, le bénéfice de ces deux actions au profit du vendeur réservataire a conduit la jurisprudence à répondre à deux questions essentielles. La première concernait l'incidence de l'extinction de la créance du prix de revente ; tandis que la seconde s'intéressait à l'opposabilité au vendeur initial des exceptions d'inexécution découlant des rapports entre le revendeur et le sous-acquéreur.

La Cour de cassation avait été amenée à trancher la première difficulté dans une espèce où l'acquéreur d'un bien vendu avec clause de réserve de propriété l'avait revendu à un sous-acquéreur qui n'avait pas payé l'intégralité du prix au revendeur. Quelques jours plus tard, le revendeur et le sous acquéreur avaient été placés en redressement judiciaire. Or, le revendeur avait omis de déclarer sa créance du prix de revente dans la procédure collective ouverte à l'encontre du sous-acquéreur. Dans un arrêt rendu le 21 février 2006⁴⁵⁹, la Cour de cassation avait jugé que l'action du vendeur initial exerçant une revendication sur le prix est indépendante du sort de la créance née de la revente du bien par l'acquéreur-revendeur au sous-acquéreur. Elle affirma que le vendeur réservataire pouvait « *revendiquer le prix impayé par le sous-acquéreur en redressement ou liquidation judiciaire, peu important que la créance détenue par l'acquéreur initial à l'encontre du sous-acquéreur soit éteinte pour n'avoir pas été déclarée au passif de ce dernier* ». Ainsi, l'action en revendication du prix de revente par le vendeur réservataire est indépendante du sort de la créance née de la revente du bien par l'acheteur-revendeur au sous-acquéreur. Cette solution jurisprudentielle a été approuvée par une partie de la doctrine⁴⁶⁰.

La seconde question posée à la haute Cour était celle de savoir si le sous-acquéreur pouvait, pour refuser de régler le prix, opposer au vendeur initial l'exception d'inexécution par le revendeur de son obligation. La solution a été donnée dans un arrêt du 5 juin 2007⁴⁶¹. En l'espèce, l'acquéreur d'un bien dont il n'avait pas intégralement payé le prix au vendeur, l'avait revendu à un sous-acquéreur qui se plaignait d'un dysfonctionnement de celui-ci. Il avait par la suite obtenu du revendeur l'engagement de procéder à l'échange du bien. Cependant, le revendeur qui n'avait pas encore été payé fut placé en procédure collective avant que l'échange n'intervienne. Le vendeur initial avait ensuite réclamé au sous-acquéreur, à concurrence du prix qui lui restait dû, la somme que ce dernier restait devoir à son propre vendeur. Pour refuser de s'exécuter, le sous-acquéreur opposait au

⁴⁵⁹ Cass. com., 21 février 2006, n° 04-19.672, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *D.* 2006, AJ, p. 718, obs. A. LIÉNHARD ; *D.* 2006, comm. p. 2255, obs. F.- X. LUCAS ; *JCP E*, 2006, 1569, 672, n° 9, obs. M. CABRILLAC.

⁴⁶⁰ E. LE CORRE-BROLY, « La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence », *op. cit.*

⁴⁶¹ Cass. com., 5 juin 2007, n° 05-21.349, *Bull. civ.* IV, n° 152 ; *D.* 2007, p. 1729, obs. A. LIÉNHARD ; *Rev. Proc. Coll.* 2007, p. 224, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; *JCP E*, 2008, 1207, n° 11, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; *Gaz. Proc. Coll.*, 2007/7, p. 54, obs. F. PÉROCHON.

vendeur initial l'exception d'inexécution du revendeur, car ce dernier n'avait pas procédé à l'échange du bien. La Cour de cassation énonça que « *la revente opère, par le jeu de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective de l'acheteur. Par conséquent, le sous-acquéreur ne peut opposer au vendeur initial, les exceptions qu'il aurait pu opposer à son propre vendeur* ». Cette position a ensuite été réaffirmée dans un arrêt du 18 janvier 2011⁴⁶².

332. Pour madame LE CORRE-BROLY⁴⁶³, cette solution est justifiée par le fait que l'action personnelle du vendeur initial à l'encontre du sous-acquéreur est distincte de l'action en paiement dont peut se prévaloir l'acquéreur-revendeur à l'encontre de son propre acquéreur. Par ailleurs, le vendeur réservataire exerce à l'encontre du sous-acquéreur, non pas l'action en paiement dont est titulaire l'acquéreur-revendeur, mais une action personnelle en paiement. D'autres⁴⁶⁴, au contraire, considèrent qu'il s'agit d'une solution difficilement justifiable. En effet, dès lors que la Cour de cassation évoque, au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur, le transport dans le patrimoine du vendeur initial de la créance du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur, il est possible de considérer qu'il n'y a pas d'autre créance et, donc, qu'il n'y a pas novation.

333. En définitive, bien qu'étant admise de manière quasi-unanime, l'analyse faite par le professeur PÉROCHON demeure quelque peu complexe. Cette complexité résulte du regroupement des deux actions qui fondent la revendication du prix de revente, sous le vocable de « revendication du prix ». En effet, il peut être difficile de distinguer l'action réelle en revendication de l'action personnelle en paiement, alors que toutes les deux sont exercées par le vendeur réservataire et porte sur la même somme d'argent, en l'occurrence le prix de revente du bien.

Pour rendre plus aisée la distinction, une solution consisterait à établir une différence en fonction du moment où le sous-acquéreur s'acquitte des sommes dues. En considérant que la revendication suppose le défaut de paiement de tout ou partie du prix du bien revendiqué au jour du jugement d'ouverture, on pourrait prévoir que lorsque l'action est exercée par le vendeur initial après le paiement du prix par le sous-acquéreur, il s'agit d'une action réelle en revendication qui s'effectuera contre le débiteur ou l'organe de la procédure agissant pour son compte⁴⁶⁵. En revanche, si l'action est entreprise avant le paiement du prix, le vendeur initial serait autorisé à s'attaquer directement au sous-acquéreur par le biais d'une action personnelle en paiement.

⁴⁶² Cass. com., 18 janvier 2011, n° 07-14.181, Inédit ; *D.* 2011, p. 368, obs. A. LIÉNHARD; *Gaz. Proc. Coll.* 2011/4, p. 36, obs. F. PÉROCHON; *RTD civ.* 2011, p. 178, obs. P. CROCQ; *RTD com.* 2012, p. 616, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴⁶³ E. LE CORRE-BROLY, « La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence », *op. cit.*

⁴⁶⁴ F. DANOS, « Exceptions inhérentes à la dette et subrogation réelle sur la créance de prix de revente », *JCP E*, 2011, 1366, n° 7.

⁴⁶⁵ Art. R. 624-16 du Code de commerce.

Le problème de cette solution réside dans le respect du délai de revendication. Ainsi, à condition de respecter les délais, le vendeur n'aura plus à exercer deux actions distinctes. Il pourra se contenter d'une seule de ces actions qui sera déterminée en fonction du paiement ou non du prix de revente par le sous-acquéreur, au moment de l'exercice de l'action.

334. Mais, en attendant l'admission éventuelle de cette solution, il convient de tirer les conséquences de l'analyse du professeur PÉROCHON au regard de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles.

Si la règle n'a aucune incidence sur l'action réelle en revendication du vendeur réservataire contre le débiteur-revendeur, en sera-t-il de même pour l'action personnelle en paiement du vendeur réservataire contre le sous-acquéreur ? Il faut distinguer selon que le sous-acquéreur est *in bonis* ou non.

Lorsque le sous-acquéreur est *in bonis*, il n'existe aucun obstacle à l'exercice de l'action personnelle en paiement du vendeur réservataire contre ce dernier. La suspension des poursuites individuelles ne s'appliquant que dans l'hypothèse d'une procédure collective, le sous-acquéreur est tenu de s'acquitter des sommes dues. En revanche, si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, l'exercice de l'action en paiement du vendeur réservataire se heurte à l'interdiction d'engager des poursuites individuelles. En effet, cette règle empêche toutes les actions visant à obtenir de la part du débiteur, le paiement d'une somme d'argent, peu important qu'il s'agisse du débiteur initial ou non. Cependant, pour ne pas léser le revendiquant dans ses droits, ce dernier devra procéder à la déclaration de la créance du prix de revente au passif du sous-acquéreur, à hauteur de la créance du prix que ce dernier restait devoir à son propre vendeur, le *primo* acquéreur.

Nous venons d'étudier les fondements juridiques de la revendication du prix. Analysons à présent ses conditions.

a-2-a-2) Conditions de la revendication de la créance du prix de revente

335. Pour revendiquer le prix de revente, plusieurs conditions sont exigées. D'abord, le non-paiement de tout ou partie du prix du bien revendiqué au jour du jugement d'ouverture, puis la revente du bien.

Lorsque l'acheteur initial revend le bien, la revendication est par principe interdite puisque le sous-acquéreur est protégé par l'article 2276 du Code civil qui énonce qu'« *en fait de meubles, possession vaut titre* ». En conséquence, le vendeur réservataire ne peut plus procéder à la revendication du bien, même si ce dernier existe encore en nature entre les mains du nouvel acquéreur. En application du principe portant sur la charge de la preuve, il revient au vendeur initial de prouver la mauvaise foi du sous-acquéreur. En l'absence de caractérisation de la mauvaise foi, la

revendication du bien devient impossible⁴⁶⁶. Le vendeur réservataire doit alors s'orienter vers la revendication de la créance du prix de revente subrogée au bien. Encore faudrait-il, pour cela, qu'elle existe au jour du jugement d'ouverture.

*** Le non-paiement de tout ou partie du prix du bien revendiqué au jour du jugement d'ouverture**

336. Cette condition renvoie à celle de l'existence de la créance du prix au jour du jugement d'ouverture. Pour permettre la revendication du vendeur réservataire, le débiteur doit détenir une créance de prix contre le sous-acquéreur. Cela n'est possible que si tout ou partie du prix du bien revendiqué n'a pas été payé, compensé ou réglé en valeur au jour du jugement d'ouverture.

Aussi, en dehors du paiement classique, le législateur admet la possibilité d'un règlement en valeur ou par compensation.

337. Le règlement en valeur englobe tous les paiements par chèque ou effets de commerce, lorsque le porteur du chèque ou de l'effet peut se prévaloir du transfert irrévocable de la provision à son profit. S'agissant du chèque, le règlement en valeur intervient dès sa remise. En revanche, pour les effets de commerce, et notamment la lettre de change, le règlement se fait au moment de l'acceptation par le tiers acquéreur d'une lettre de change tirée sur lui par l'acheteur revendeur et escomptée par un établissement de crédit.

La Cour de cassation⁴⁶⁷ fait une interprétation restrictive du texte de l'article L. 624-18, puisqu'elle refuse d'accepter les autres modes d'extinction d'obligations comme faisant obstacle à la revendication du prix de revente.

338. S'agissant du règlement par compensation, le texte issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ne limite plus, contrairement à ce qui a été admis sous l'empire des législations antérieures, la compensation à l'hypothèse du compte-courant. Désormais, si avant le jugement d'ouverture, le prix ou une partie du prix du bien revendiqué est compensé en dehors du jeu du compte-courant, la revendication devient impossible. Ainsi, il est admis que lorsque le prix n'a été payé par le sous-acquéreur que pour partie avant le jugement d'ouverture, peu important le mode de règlement, le créancier ne revendiquera que la partie non payée du prix. La Cour de cassation précise à cet effet que le solde restant dû par le sous-acquéreur à son propre vendeur, à savoir le débiteur initial, doit correspondre à une fraction du prix de revente du bien vendu avec clause de réserve de propriété, et non à une créance distincte du débiteur initial sur son sous-acquéreur⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, *Bull. civ. IV*, n° 98; *D.* 2010, p. 1412, note A. LIÉNHARD; *D.* 2011, p. 410, obs. P. CROCQ.

⁴⁶⁷ Cass. com., 14 mai 2008, n° 06-21.532, *Bull. civ. IV*, n° 98; *D.* 2008, AJ, p. 1477, obs. A. LIÉNHARD.

⁴⁶⁸ Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-15.753, *Bull. civ. IV*, n° 84; *D.* 2009, AJ, p. 1752, note A. LIÉNHARD; *Gaz. Proc. Coll.* 2009/4, p. 41, note F. PÉROCHON; *JCP E*, 2009, 1814, n° 11, obs. M. CABRILLAC.

339. Un autre problème se pose dans l'hypothèse où le sous-acquéreur, qui n'avait pas payé le prix de revente à la date du jugement d'ouverture, exécute son obligation entre les mains du débiteur-revendeur après le jugement d'ouverture. Que faut-il alors décider pour le revendiquant ? L'article R. 624-16 du Code de commerce précise qu'« *en cas de revendication du prix des biens en application de l'article L. 624-18, les sommes correspondantes payées par le sous-acquéreur postérieurement à l'ouverture de la procédure doivent être versées par le débiteur ou l'administrateur entre les mains du mandataire judiciaire. Celui-ci les remet au créancier revendiquant à concurrence de sa créance* ». Par ailleurs, la Haute juridiction, dans arrêt du 3 décembre 2003⁴⁶⁹, a précisé que « *le prix du bien livré qui n'a pas été payé par le sous-acquéreur avant la date du jugement d'ouverture de la procédure, peut être revendiqué entre les mains du débiteur sans qu'il y ait lieu de distinguer si le prix a été ou non payé avant la demande en revendication* ». Dans cette décision, la Cour de cassation fait la part belle aux revendiquants. Peu important en effet que l'action en revendication soit exercée avant ou après le paiement effectué par le sous-acquéreur. Ce qui compte, c'est la postériorité de ce paiement à la date du jugement d'ouverture de la procédure. Cela démontre en effet qu'un prix était dû à l'ouverture de la procédure collective.

340. Le défaut de paiement de tout ou partie du prix du bien revendiqué, à la date du jugement d'ouverture, pose, par ailleurs, le problème de la preuve du paiement du prix, d'une part, et de la date dudit paiement, d'autre part.

S'agissant de la preuve du paiement, la règle est qu'il appartient à celui qui se prévaut du paiement du prix de revente d'en rapporter la preuve. Il doit être prouvé que le sous-acquéreur s'est acquitté du paiement avant le jugement d'ouverture. La solution change lorsqu'il est question de la preuve de la date du paiement. Il incombe au vendeur revendiquant de prouver que le paiement a été effectué après le jugement d'ouverture. De cette manière, il remplit ainsi les conditions nécessaires à la revendication du prix de revente.

En plus du défaut de paiement de tout ou partie du prix, la revendication du prix de revente suppose que le bien ait été revendu à un tiers.

*** La revente du bien vendu sous clause de réserve de propriété**

341. Pour revendiquer le prix ou la partie du prix impayé, il faut encore que le bien qui avait été vendu sous clause de réserve de propriété par le vendeur initial ait été revendu à un tiers-acquéreur. Le bien doit donc avoir fait l'objet de deux ventes distinctes. La première, entre le vendeur réservataire initial et le débiteur revendeur. La seconde, entre le débiteur-revendeur et le

⁴⁶⁹ Cass. com., 3 décembre 2003, n° 00-15.929, *Bull. civ.* IV, n° 191; *D.* 2004, p. 140, obs. A. LIÉNHARD ; *JCP E*, 2004, 783, n° 12. obs. M. CABRILLAC; *Rev. Proc. Coll.* 2004, p. 380, obs. M.-H. MONSÉRIÉ.

sous-acquéreur. Tel n'était pas le cas pour des chèques restaurants qui n'avaient été ni cédés, ni vendus, mais mis à disposition par l'entreprise auprès de ses salariés, de sorte que ces derniers n'étaient pas des sous-acquéreurs⁴⁷⁰. Un deuxième contrat de vente reste donc indispensable pour autoriser la revendication du prix de revente.

342. À ces deux conditions, une autre pourrait s'ajouter, à savoir l'existence en nature du bien dont le prix est revendiqué.

La revendication du prix de revente suppose également que le bien dont le prix est revendiqué ait existé en nature entre les mains du sous-acquéreur. Le bien ne doit donc avoir subi aucune transformation ni modification. Un problème subsistait néanmoins pour l'admission de cette condition. Il fallait déterminer le moment de l'appréciation de l'absence de transformation.

À quelle date fallait-il se placer pour apprécier l'absence de transformation du bien ? La jurisprudence a plusieurs fois affirmé que c'est à la date de la délivrance du bien au sous acquéreur qu'il convient de se placer pour apprécier cette condition⁴⁷¹. Aussi, dans un arrêt du 5 novembre 2003⁴⁷², la haute Cour réaffirme qu'il suffit que les biens dont le prix est revendiqué existent en leur état initial à la date de délivrance au sous-acquéreur, peu important si, par la suite, ils font l'objet d'une transformation. La Cour de cassation estima que c'est à cette date que s'opère le jeu de la subrogation réelle qui fonde le droit de revendiquer du vendeur réservataire. Ce n'est donc pas au jour du jugement d'ouverture que le bien doit avoir existé en nature entre les mains du sous-acquéreur.

La revendication du prix de revente soulève d'autres questions⁴⁷³ dont l'intérêt minime ne nécessite pas que l'on s'y attarde dans la présente étude. Au demeurant, à défaut du prix de revente, la revendication peut concerner l'indemnité d'assurance, en cas de sinistre.

a-2-b) Revendication de l'indemnité d'assurance

343. En cas de perte ou de destruction du bien, le droit de propriété du vendeur est reporté sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien. Le revendiquant peut ainsi l'appréhender. Cette revendication doit se faire dans les mêmes formes et délais que la revendication du bien lui-même, comme c'est le cas pour la revendication du prix⁴⁷⁴. À défaut de revendication, l'indemnité d'assurance est attribuée à la procédure collective, sur demande de ses organes.

⁴⁷⁰ Cass. com., 31 mai 2005, n° 02-12.538; Inédit; *Gaz. Proc. Coll.* 2005/3, p. 56, obs. F. PÉROCHON

⁴⁷¹ Cass. com., 3 janvier 1995, n° 93-11.093, *Bull. civ.* IV, n° 3 ; *D.* 1996, somm. p. 221, obs. F. PÉROCHON; *Rev. Proc. Coll.* 1995, p. 197, obs. B. SOINNE.

⁴⁷² Cass. com., 5 novembre 2003, n° 00-21.357, *Bull. civ.* IV, n° 162; *JCP E*, 2004, 783, n° 13, obs. M. CABRILLAC; *RTD com.* 2004, p. 601, obs. A. MARTIN-SERF ; V. aussi, Cass. com., 7 avril 2009, n° 08-12.915, Inédit ; *Gaz. Proc. Coll.* 2009/4, p. 40, note F. PÉROCHON.

⁴⁷³ V. P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 816. 45.

⁴⁷⁴ V. E. LE CORRE-BROLY, note sous Cass. com., 16 septembre 2008, n° 07-11.012 ; Inédit ; *Gaz. Proc. Coll.* 2008/4, p. 59.

Nous venons ainsi de voir l'objet de la revendication. Analysons maintenant sa procédure.

b- Les modalités procédurales de la revendication

344. Aux termes des dispositions des articles L. 624-9 et suivants du Code de commerce, la procédure de revendication se déroule, selon le cas, en une ou deux phases. Une première phase amiable obligatoire (b-1) et, lorsque celle-ci n'aboutit pas, la procédure se poursuit, dans une seconde phase, devant le juge-commissaire (b-2).

b-1) La phase amiable : un préalable obligatoire

345. La première étape de la procédure de revendication consiste en une demande d'acquiescement formulée par le revendiquant. Elle est adressée par lettre recommandée avec accusé de réception à l'organe compétent. Plusieurs hypothèses doivent ici être envisagées.

Lorsqu'un administrateur a été désigné, c'est à lui d'acquiescer à la demande en revendication avec l'accord du débiteur. L'administrateur est donc le destinataire de la demande en acquiescement. Toutefois, l'ordonnance du 12 mars 2014 a quelque peu modifié la situation en liquidation judiciaire. L'article L. 641-14-1 du Code de commerce prévoit désormais que le liquidateur, avec l'accord de l'administrateur judiciaire, s'il en a été désigné, peut acquiescer à la demande en revendication ou restitution. Le liquidateur serait dorénavant le nouveau destinataire de la demande en acquiescement, même lorsqu'un administrateur a été nommé.

En revanche, en l'absence d'administrateur, dans les procédures de sauvetage, la demande doit être adressée au débiteur lui-même qui a le pouvoir d'acquiescer avec l'accord du mandataire judiciaire. Dans la liquidation judiciaire, la situation ne change pas beaucoup, la demande doit être transmise au liquidateur uniquement.

En tout état de cause, la demande en acquiescement constitue un préalable obligatoire qui empêche la saisine directe du juge-commissaire⁴⁷⁵. Il s'agit toutefois d'une phase amiable, puisqu'elle ne s'analyse pas en une demande en justice⁴⁷⁶.

346. Une question essentielle se pose néanmoins concernant la demande en acquiescement, à savoir dans quel délai doit-elle être adressée à l'organe compétent ? Aux termes des dispositions de l'article L. 624-9 du Code de commerce, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture. Aussi, dès la publication du jugement ouvrant la procédure, le revendiquant dispose d'un délai de trois mois pour adresser sa

⁴⁷⁵ Cass. com., 2 octobre 2001, n° 98-22.304, *Bull. civ. IV*, n° 155 ; *JCP E*, 2002, 175, n° 13, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.

⁴⁷⁶ Cass. com., 6 mars 2001, n° 98-15.099, *Bull. civ. IV*, n° 50 ; *JCP E*, 2001, 1472, n° 12, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; *D.* 2001, p. 1099, obs. A LIÉNHARD.

demande en acquiescement. Il s'agit d'un délai préfix pour lequel il n'existe pas de relevé de forclusion. Le revendiquant doit donc agir rapidement.

347. Si, aujourd'hui, ce délai s'applique sans qu'il soit nécessaire de distinguer selon que le bien fasse ou non l'objet d'un contrat en cours, tel n'a pas toujours été le cas. En effet, sous l'empire des législations antérieures à l'ordonnance du 18 décembre 2008⁴⁷⁷, bien que le délai pour revendiquer soit toujours de trois mois⁴⁷⁸, il existait une différence selon que le propriétaire du bien était ou non lié avec le débiteur par un contrat en cours. Lorsque le propriétaire n'était pas lié au débiteur en vertu d'un contrat en cours, le délai commençait à courir à compter de la date de publication du jugement d'ouverture au BODACC. En revanche, lorsque le propriétaire était lié au débiteur par un contrat en cours d'exécution, le point de départ du délai de revendication était retardé à la date de la résiliation ou de l'arrivée à terme du contrat⁴⁷⁹. L'article 41 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 a, en instaurant un point de départ unique, joué en faveur des cocontractants propriétaires qui n'ont plus à se soucier du sort de leur contrat au regard de la revendication⁴⁸⁰. Mais on peut également y voir une source de méprise pour les revendiquants, puisqu'il n'est plus tenu compte du régime de leur contrat.

348. Toutefois, la subordination de l'exercice de la demande en revendication à l'arrivée du terme du contrat ou la survenance de la résiliation pouvait, par ailleurs, avoir des conséquences sur les créanciers réservataires au regard de la règle de la suspension des poursuites individuelles. En effet, lorsque les biens du créancier réservataire faisaient l'objet d'un contrat en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture de la procédure, ce dernier devait attendre la résiliation ou le terme de son contrat pour adresser sa demande en revendication. Aussi, durant toute la durée d'exécution du contrat, l'exercice de l'action en revendication du créancier réservataire était paralysé. Cette paralysie pouvait en conséquence s'analyser comme une soumission à l'arrêt des poursuites individuelles.

Pour pallier cette difficulté, un commencement de solution avait été apporté par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 5 mai 2004⁴⁸¹, elle avait eu l'occasion de préciser qu'« *un contrat de vente de biens mobiliers dont la propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé lors de l'ouverture de la procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce et que le délai de revendication a pour point de départ la publication du*

⁴⁷⁷ C'est la loi du 10 juin 1994 qui institué la différence.

⁴⁷⁸ Le délai est de trois mois depuis la loi du 25 janvier 1985.

⁴⁷⁹ Ancien art. L. 624-9, al. 2 du Code de commerce.

⁴⁸⁰ E. LE CORRE-BOLY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matières de revendications et de restitutions », *art. préc.*, p. 833.

⁴⁸¹ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, 01-17.590, *Bull. civ. IV*, n° 81; *JCP E*, 2004, 1295, n° 51, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 2004, somm. p. 2144, obs. F.-X. LUCAS ; *D.* 2004, AJ. p. 1525, obs. A LIÉNHARD. Cette solution est aussi applicable pour le prêteur subrogé dans les droits du vendeur. (Cass. com., 28 septembre 2004, n° 03-13.696, Inédit ; *D.* 2005, p. 299, obs. P.-M. LE CORRE.

jugement d'ouverture de la procédure collective...»). En décidant de soustraire du régime des contrats en cours ceux qui portaient sur des biens vendus sous clause de réserve de propriété, la Haute juridiction permettait ainsi aux vendeurs réservataires de revendiquer dès la publication du jugement d'ouverture. De cette manière, ces créanciers échappaient à l'arrêt des poursuites individuelles dès le début de la procédure collective.

Avec la modification opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, les choses sont désormais très claires. En effet, la possibilité d'une soumission de tout créancier réservataire à l'arrêt des poursuites individuelles ne se pose plus, puisque la qualification de contrats en cours n'a plus d'influence sur le point de départ du délai de revendication.

349. Tout compte fait, lorsque la demande en revendication est fondée, l'organe de la procédure acquiesce à la demande du revendiquant. Son droit de propriété devient alors opposable à la procédure collective. Ainsi, le propriétaire peut, en cas de revente du bien à un tiers ou de cession de la créance par l'acheteur contre le sous-acquéreur, agir en paiement contre le sous-acquéreur ou le cessionnaire. L'acquiescement à la demande met donc un terme à la procédure de revendication. Inversement, en l'absence d'acquiescement dans le délai d'un mois à compter de la réception de la lettre recommandée formulant la demande en revendication, la saisine du juge-commissaire devient nécessaire. Elle marque l'échec de la phase préliminaire et le début de la seconde phase de la revendication.

b-2) La phase judiciaire : la saisine du juge-commissaire

350. Lorsque la demande en acquiescement n'aboutit pas, le vendeur réservataire doit, sous peine de forclusion, saisir le juge-commissaire dans le délai d'un mois courant à compter de l'expiration du délai du mois imparti à l'organe de la procédure pour répondre à la demande en acquiescement qui lui a été présentée. Là encore, il s'agit d'un délai préfix qui ne comporte aucun relevé de forclusion.

En principe, le juge-commissaire a, en la matière, une compétence exclusive⁴⁸². Le tribunal pourra toutefois être saisi lorsque le juge-commissaire n'a pas statué dans un délai raisonnable. La requête doit être déposée au greffe ou envoyée au juge-commissaire avant l'expiration du délai requis. La procédure devant le juge-commissaire est contradictoire. Aussi, avant de statuer, celui-ci recueille les observations des parties intéressées⁴⁸³. Par ailleurs, la saisine du juge-commissaire pourrait s'analyser comme une demande en justice, puisque la personne qui saisit, pour le compte d'un tiers,

⁴⁸² Cass. com., 2 octobre 2001, n° 98-22.304, *Bull. civ.* IV, n° 155; *JCP E*, 2002, 175, n° 13, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.

⁴⁸³ F. PÉROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA*, 28 novembre 2008, n° 239, p. 65.

le juge-commissaire d'une demande en revendication, doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial donné par écrit⁴⁸⁴.

351. Pour finir, il convient de préciser que les modalités procédurales de la revendication du bien sont applicables à la revendication du prix de revente, dès l'instant où celle-ci s'analyse comme une action en revendication *stricto sensu*⁴⁸⁵. La Cour de cassation avait énoncé que les dispositions de l'article L. 621-123 du Code de commerce et 85-1 du décret du 27 décembre 1985 sont applicables aussi bien à la revendication du bien qu'à celle de son prix, peu important que cette demande soit faite contre un sous-acquéreur⁴⁸⁶. En conséquence, l'introduction d'une demande en acquiescement de revendication dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture, en préalable à la saisine du juge-commissaire, s'impose également⁴⁸⁷. Sur la base de la décision jurisprudentielle, on pourrait également étendre cette solution à la revendication de l'indemnité d'assurance.

Pour finir, il convient de retenir que l'action en revendication est soumise à des conditions rigoureusement définies par le législateur. C'est du respect de ces conditions que dépend la production des effets de la revendication.

2- Les effets de la revendication

352. Lorsque l'action en revendication aboutit, elle établit le droit de propriété du créancier à l'égard de la procédure collective. Le propriétaire peut réclamer la restitution de son bien, puisque la demande en revendication emporte de plein droit demande en restitution⁴⁸⁸. Ainsi, à défaut de paiement à l'échéance, le débiteur est tenu de restituer le bien au propriétaire initial (le réservataire). La restitution effective et immédiate du bien n'est toutefois pas systématique. Lorsque le bien objet de la garantie fait l'objet d'un contrat en cours, la restitution effective du bien n'interviendra qu'au moment de la résiliation ou au terme du contrat⁴⁸⁹. Cette hypothèse n'est pas envisageable dans le cadre d'une vente avec clause de réserve de propriété, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un contrat en cours⁴⁹⁰. Dans certaines situations, la restitution du bien est même impossible. Il en est ainsi, par exemple lorsque le bien qui a pourtant existé au jour du jugement d'ouverture a disparu au cours de la procédure collective en raison d'une vente ou d'une destruction ; ou encore lorsque le bien a été vendu avant l'ouverture de la procédure collective. Dans ce cas, c'est la créance du prix de revente subrogée au bien qui devra être remise au créancier. Quoi qu'il en soit, en l'absence de restitution

⁴⁸⁴ Cass. com., 5 juillet 2005, n° 04-11.132, *Bull. civ. IV*, n° 153 ; *D.* 2006, p. 2100, obs. A. LIÉNHARD et *D.* 2007. Pan. p. 49, obs. P.-M. LE CORRE ; *JCP E*, 2007, 1004, n° 12, obs. M. CABRILLAC.

⁴⁸⁵ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 816.46.

⁴⁸⁶ Cass. com., 24 mai 2005, n° 40-13.464, *Bull. civ. IV*, n° 110 ; *D.* 2005, AJ. p. 1633, obs. A. LIÉNHARD ; *Gaz. Proc. Coll.* 2005/3, p. 57, obs. F. PÉROCHON.

⁴⁸⁷ Cass. com., 2 octobre 2001, n° 98-22.304, *Bull. civ. IV*, n° 155 ; *D.* 2001, AJ, p. 3043, obs. A. LIÉNHARD.

⁴⁸⁸ Art. R. 624-13, al. 4 du Code de commerce.

⁴⁸⁹ Art. L. 624-10-1 de Code de commerce.

⁴⁹⁰ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, 01-17.590 ; préc.

effective du bien ou de la créance du prix subrogée à ce bien, les droits du propriétaire sont *a minima* protégés⁴⁹¹.

353. En définitive, il résulte que l'action en revendication est encadrée par des conditions d'exercice rigoureuses et de nature à décourager le créancier réservataire. Cependant, la revendication n'étant pas une action en paiement⁴⁹², elle est autorisée alors même que le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. C'est donc l'action en revendication qui consacre l'exclusion du créancier réservataire de l'arrêt des poursuites individuelles. En effet, en dehors des conditions liées à la revendication, le réservataire ne subit aucune autre restriction. Le droit de revendiquer ne se trouvant paralysé à aucun moment, la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles n'a donc aucune emprise sur le réservataire.

Ainsi, le droit de revendiquer constitue, en droit français, une arme efficace au service du créancier réservataire. En est-il de même pour le réservataire africain ?

B- La revendication du créancier réservataire en droit OHADA

354. Comme en droit français, la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions tendant à faire reconnaître un droit. Celui qui entend faire connaître son droit de propriété à la masse en est donc exclu. Toutefois, la reconnaissance du droit de propriété passe, à défaut de publicité, par l'exercice d'une action en revendication.

355. Il convient de préciser que le régime des revendications en droit OHADA a considérablement été modifié avec la réforme du 10 septembre 2015. En effet, sous l'empire de l'ancien AUPC, pour revendiquer, le réservataire devait au préalable produire sa créance⁴⁹³. Par ailleurs, le législateur ne faisait aucune distinction entre les propriétaires. Ceux-ci devaient revendiquer, peu important que le contrat, portant sur le bien objet de la garantie, fasse ou non l'objet d'une publicité. Aujourd'hui⁴⁹⁴, la situation a bien évolué. D'une part, les revendiquants ne sont plus soumis à l'obligation de production et, d'autre part, les propriétaires sont dispensés de revendication lorsque leur contrat a fait l'objet d'une publicité⁴⁹⁵.

La revendication du réservataire africain est désormais quasiment calquée sur celle du réservataire français. Mais, à la différence du droit français, en théorie, le réservataire africain n'aura plus à revendiquer puisque que le nouvel article 101-3 de l'AUPC dispense de revendication les propriétaires de contrats publiés. Or, si l'on s'en tient aux dispositions de l'article 74 de l'AUS, la publicité est exigée, à peine d'opposabilité de la réserve de propriété.

⁴⁹¹ Nous y reviendrons dans le prochain chapitre.

⁴⁹² Mais elle peut tout de même aboutir au paiement du revendiquant, comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

⁴⁹³ L'article 101, al. 1^{er} de l'ancien AUPC qui disposait que « les actions en revendications ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus aux articles 78 à 88 ci-dessus » a été abrogé.

⁴⁹⁴ Le nouvel AUPC est rentré en vigueur le 24 décembre 2015.

⁴⁹⁵ Art. 101-3 de l'AUPC.

Cependant, l'article 103, alinéa 3, envisage toujours la possibilité de revendiquer les biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété. Ainsi, il nous faut analyser les conditions (1) puis les effets (2) de la revendication, en mettant tout de même l'accent sur les innovations issues de la réforme de l'AUPC.

1- Les conditions de la revendication

Les conditions de la revendication tiennent à l'objet (a) et à la procédure (b) de celle-ci.

a- L'objet de la revendication

356. L'article 103, alinéa 3, de l'AUPC dispose que « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété, selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». Ces dispositions consacrent la possibilité de revendiquer le bien meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété (a-1). Toutefois, à l'instar du droit français, lorsque le bien n'existe plus, le réservataire africain peut revendiquer le prix ou la créance de prix subrogée au bien (a-2).

a-1) La revendication du bien objet de la garantie

357. Le législateur OHADA admet la revendication des marchandises et objets mobiliers faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété. On a toutefois du mal à comprendre pourquoi il établit une distinction entre les marchandises et les objets mobiliers, alors que les premiers devraient faire partie des seconds.

Quoi qu'il en soit, comme en droit français, la revendication n'est possible qu'en matière mobilière. En l'absence de distinction, on peut considérer que la revendication est possible pour tous les biens meubles corporels ou incorporels. Quant aux propriétaires d'immeubles, ils sont dispensés d'avoir à revendiquer⁴⁹⁶.

Cependant, le législateur reste silencieux sur les conditions de la revendication des meubles. Il ne pose pas comme condition l'existence du bien en nature au jour de la décision d'ouverture. Le législateur se contente d'affirmer la possibilité de revendiquer des biens meubles faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions de l'AUS. Que faut-il alors décider ? Comment interpréter le silence du législateur OHADA ?

358. Une première analyse consiste à considérer qu'il s'agirait éventuellement d'un oubli législatif. En effet, l'article 103, alinéa 2, de l'AUPC en vigueur avant la réforme de 2015 prévoyait que « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement*

⁴⁹⁶ L'AUS n'envisage que la réserve de propriété mobilière (art. 72 et suivants)

intégral du prix ». Il en résulte que la revendication des biens vendus sous réserve de propriété était, au jour de la décision d'ouverture⁴⁹⁷, conditionnée par l'existence en nature du bien. Le vendeur réservataire devait prouver que le bien existe encore en nature dans le patrimoine du débiteur. Cette preuve pouvait être facilitée par l'inventaire effectué à l'ouverture de la procédure collective⁴⁹⁸.

En soumettant la revendication à l'existence en nature du bien, le législateur communautaire africain était plus rigide que le législateur français. En effet, dans l'espace juridique OHADA, la revendication n'était possible que lorsque le vendeur était en mesure d'identifier son bien dans le patrimoine de son débiteur. Le bien revendiqué devait être celui qui avait été vendu à l'acheteur sans qu'il ait subi des modifications⁴⁹⁹. Pour un auteur⁵⁰⁰, cela suppose que le bien n'ait été ni incorporé à un autre, ni transformé en un bien d'une autre nature, ni mélangé à d'autres biens de même espèce. Cette exigence est conforme à la règle générale en matière de revendication de choses mobilières et selon laquelle le bien réclamé doit être celui-là même sur lequel le vendeur avait un droit de propriété.

359. À titre illustratif, l'application stricte des dispositions de l'article 103 de l'ancien AUPC avait conduit le tribunal de grande instance (TGI) de Ouagadougou⁵⁰¹ à refuser la revendication des biens dont l'identification n'était plus possible. En l'espèce, la Société des Ciments d'Abidjan (SCA) avait, par contrat de vente avec clause de réserve de propriété, cédé à titre onéreux à la Société des Ciments et Matériaux du Burkina (CIMAT), un appareil de broyage dont le coût s'élevait à plusieurs millions de Francs CFA. Par jugement en date du 8 août 2001, le TGI de Ouagadougou prononça, du fait de ses difficultés financières, la liquidation des biens de la CIMAT. L'action en revendication introduite par la suite par la SCA fut rejetée. Dans les motifs du jugement n° 701 du 26 juin 2002, le TGI de Ouagadougou fit valoir que « *les biens réclamés par la SCA avaient été scellés à perpétuelle demeure à l'usine CIMAT formant avec le reste du matériel un tout indivisible, qu'il s'ensuit que lesdits biens sont devenus immobiliers* ».

Cette décision qui affirme l'impossibilité de revendiquer un bien incorporé à d'autres aurait pu être rendue par la Cour de cassation française. En effet, à plusieurs reprises, la Haute juridiction a rejeté la demande en revendication d'un créancier, au motif que le bien n'existe plus en nature car il forme avec les autres biens un élément d'ensemble nouveau⁵⁰² ou un tout indissociable⁵⁰³. Par ailleurs, la

⁴⁹⁷ E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *Rev. Proc. Coll.*, septembre-octobre 2009, n°5, étude 28, p. 33. sp. p. 36-37; Y. KALIEU ELONGO, *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, PUA, Cameroun, 2010, p. 196.

⁴⁹⁸ Art. 63 de l'AUPC.

⁴⁹⁹ M. KOUAKOU BROU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », *Penant*, septembre-décembre 2001, n°837, pp. 273 et s, sp. pp. 311 et 312

⁵⁰⁰ J.-R. GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 192.

⁵⁰¹ TGI Ouagadougou, jugement n° 701, 26 juin 2002.

⁵⁰² Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.907, arrêt préc.

haute Cour a refusé également la demande en revendication d'un meuble incorporé à un immeuble, au motif que le bien meuble était devenu un immeuble par nature⁵⁰⁴.

En somme, sur la base de la solution antérieure à la réforme de 2015, on pourrait penser que le silence du législateur sur la condition d'existence en nature du bien n'est qu'un oubli. Il faudrait donc encore aujourd'hui considérer que la revendication des biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété est soumise à la condition d'existence en nature du bien, au jour de la décision d'ouverture. Ce qui rendrait impossible toute revendication de biens fongibles, incorporés ou transformés.

360. Par ailleurs, une autre analyse permet de penser que le silence du législateur s'interprète comme la possibilité de revendiquer également des biens qui n'existent plus en nature, à savoir dans leur état initial dans le patrimoine du débiteur. Cette analyse autoriserait la revendication des biens incorporés, transformés ou fongibles. Cette solution résulte de l'interprétation des dispositions de l'article 103, alinéa 3, du nouvel l'AUPC qui précisent que la revendication est possible pour « *...des marchandises et objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». Or, lorsque l'on se réfère aux dispositions de l'AUS relatives à la réserve de propriété, on se rend compte que le législateur envisage la possibilité d'une réserve de propriété des biens fongibles (a-1-a) ou incorporés (a-1-b).

a-1-a) La revendication des biens fongibles

361. L'article 75 de l'AUS indique que « *La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte* ». Il en résulte que les biens fongibles peuvent faire l'objet d'une réserve de propriété. Or, l'article 103, alinéa 3, précité autorise la revendication des biens faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions prévues par l'AUS. Sur la base de ces deux textes, on pourrait déduire que la revendication des choses fongibles est désormais possible en droit OHADA⁵⁰⁵.

Comme en droit français, il faudrait que les biens de même espèce et de même qualité se retrouvent entre les mains du débiteur ou d'un tiers agissant pour son compte.

⁵⁰³ Cass. com., 24 mars 2004, n° 10-10.280 ; arrêt préc ; Cass. com., 4 janvier 2005, n° 20-10.538 ; Inédit.

⁵⁰⁴ Exemple des sanitaires incorporés à l'immeuble ; Cass. com., 2 mars 1999, n° 95-18.643, *Bull. civ.* IV, n° 50.

⁵⁰⁵ Y. R. KALIEU ELONGO, « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p.1446.

362. L'admission de la revendication sur des biens fongibles amène à prévoir l'hypothèse de conflits en cas de pluralité de revendiquants. Une partie de la doctrine⁵⁰⁶ considère qu'en cas de pluralité de revendiquants sur des mêmes biens, ceux-ci viennent en concours et les biens sont répartis entre eux à proportion des sommes restant dues à chacun. La solution serait donc une répartition proportionnelle du montant de la créance. La doctrine déduit cette solution des dispositions de l'article 75 de l'AUS qui précise que la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer à concurrence de la créance restant due. Est donc ici exclue l'idée d'une répartition tenant compte de la date des inscriptions, et qui résoudrait le conflit au profit du premier revendiquant comme cela a pu être soutenu en droit français⁵⁰⁷.

Dans tous les cas, si un jour la jurisprudence africaine est amenée à se prononcer sur la question, elle pourra adopter une des différentes solutions proposées par la doctrine française, et notamment la réparation proportionnelle à la quantité des biens fongibles⁵⁰⁸.

a-1-a) La revendication des biens incorporés

363. L'alinéa 1^{er} de l'article 76 de l'AUS énonce que « *L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits des créanciers lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage* ». Cet article qui autorise la réserve de propriété sur un bien incorporé souligne par ailleurs que l'incorporation n'empêche pas aux créanciers d'exercer leurs droits. On pourrait donc considérer que l'incorporation du bien n'interdit pas sa revendication lorsque la séparation avec les autres biens peut s'effectuer sans dommage. Comme en droit français, le critère ici serait l'absence de dommage au moment de la séparation. Toutefois, la revendication serait impossible lorsque la séparation ne peut s'effectuer sans dommage. Dans ce cas, l'alinéa 2 de l'article 76 de l'AUS précise qu'« *À défaut, le tout appartient au propriétaire de la chose qui forme la partie principale, à charge pour lui de payer à l'autre la valeur estimée, à la date du paiement, de la chose qui y a été unie* ». La restitution du bien revendiqué étant devenue impossible, il revient au propriétaire de la chose principale de payer la valeur de la chose au réservataire, créancier de la restitution⁵⁰⁹. À la différence du droit français, le législateur communautaire africain règle lui-même le sort des biens incorporés dont la séparation est impossible sans dommage.

364. Tout bien considéré, s'il est certain que le créancier réservataire peut, en application de l'article 103, alinéa 3, de l'AUPC, revendiquer les biens mobiliers faisant l'objet d'une réserve de

⁵⁰⁶ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.-J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, *op. cit.*, n° 218.

⁵⁰⁷ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 1942.

⁵⁰⁸ F. PÉROCHON, « La revendication favorisée », art. préc.

⁵⁰⁹ Y. R. KALIEU ELONGO, « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », art. préc., p. 1446.

propriété, la réforme fait, en revanche, naître le doute sur la condition d'existence en nature des biens revendiqués au jour de la décision d'ouverture. En attendant des éclaircissements jurisprudentiels et compte tenu de l'évolution du droit, nous sommes plutôt favorables à une revendication ouverte pour les biens fongibles et incorporés, sous réserve du respect des conditions prévues par l'AUS.

365. La réforme jette également le trouble quant à la possibilité de revendiquer la créance de prix subrogée au bien en cas d'aliénation dudit bien.

Avant la réforme de l'AUPC, l'hypothèse de la revendication du prix ou la partie du prix restant dû en cas d'aliénation du bien était prévue par l'alinéa 4 de l'article 103 de l'ancien AUPC. Cet alinéa intervenait après que le législateur ait envisagé la possibilité de revendiquer des biens meubles faisant l'objet d'une réserve de propriété. Il ne faisait alors aucun doute qu'en cas de vente de biens faisant l'objet d'une réserve de propriété, le propriétaire initial de ces biens pouvait revendiquer la créance du prix subrogée au bien⁵¹⁰.

Avec la réforme, la situation n'est plus tout à fait la même. Le législateur a déplacé les dispositions de l'ancien alinéa 4 pour les placer à l'alinéa 2 de l'article 103. Or, cet alinéa intervient avant l'hypothèse d'une revendication des biens meubles faisant l'objet d'une réserve de propriété.

366. Ce changement amène à s'interroger sur l'intention du législateur.

En modifiant la configuration de l'article 103 de l'AUPC, le législateur entend-t-il exclure la possibilité de revendiquer la créance du prix subrogée au bien en présence des biens faisant l'objet d'une réserve de propriété ?

En tout état de cause, rien ne saurait justifier cette solution. En effet, le débiteur ne peut, par principe, procéder à la vente d'un bien dont il n'est pas le propriétaire. Il ne peut transmettre plus de droit qu'il en a lui-même. Une telle vente doit normalement être interdite. Mais si le sous-acquéreur a été mis en possession de la chose de bonne foi, de sorte qu'il ignorait la clause de réserve de propriété qui grevait le bien, il doit normalement être protégé⁵¹¹.

⁵¹⁰ Article 103 de l'ancien AUPC : « Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de tout autre contrat à charge de restitution.

Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier.

Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas.

En cas d'aliénation de ces marchandises et objets mobiliers, peut être revendiqué, contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur ».

⁵¹¹ En application des dispositions de l'article 2276 du Code civil ou des dispositions équivalentes prévues dans les Etats partis.

En conséquence, si le sous-acquéreur de bonne foi peut s'opposer à la revendication du bien par le propriétaire initial, cette faculté ne lui est pas reconnue lorsque ce dernier revendique le prix de revente des biens mobiliers. Aussi, lorsque les biens vendus par le débiteur faisaient l'objet d'une réserve de propriété, il est tout à fait normal que les droits du propriétaire initial soient préservés. Le priver d'une revendication sur la créance du prix subrogée au bien constituerait à n'en point douter une violation considérable de ses droits.

Par ailleurs, la revendication de la créance subrogée au bien a explicitement été consacrée en droit commun. L'article 78 de l'AUS prévoit que « *Lorsque le bien⁵¹² est vendu ou détruit, le droit de propriété se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sous l'indemnité d'assurance subrogée au bien* ». A priori, rien ne s'oppose à l'application de ces dispositions en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Pour toutes ces raisons, nous pensons que le déplacement des dispositions de l'ancien alinéa 4 doit simplement s'analyser comme une maladresse législative. Aussi, convient-il à présent d'analyser les conditions de la revendication de la créance subrogée au bien.

a-2) La revendication de la créance de prix subrogée au bien

367. L'alinéa 2 de l'article 103 de l'AUPC précise qu' « *En cas d'aliénation de ces marchandises et objets mobiliers, peut être revendiqué, contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé entre le débiteur et le sous-acquéreur, au jour de la décision d'ouverture* ». À l'instar du droit français, la revendication porte sur la créance du prix, ce qui suppose que le vendeur réservataire en a acquis la propriété par le mécanisme de la subrogation réelle⁵¹³. Le droit de propriété se reporte donc automatiquement sur la créance du prix de revente demeurée impayée au jour de la décision d'ouverture.

Le jeu de la subrogation est possible dans tout contrat translatif de propriété et pas seulement dans le cadre d'un contrat de vente⁵¹⁴. Le mécanisme de la subrogation réelle peut donc être invoqué contre le tiers acquéreur qui a acquis la chose revendiquée dans le cadre d'un contrat de vente ou d'entreprise⁵¹⁵.

⁵¹² Sous entendu, le bien faisant l'objet d'une réserve de propriété.

⁵¹³ Cf. article 78 de l'AUS. Par ailleurs, la jurisprudence française est constante sur la question : Cass. com., 8 mars 1988, n°86-15.751, *Bull. civ. IV*, n° 99 ; Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12.884, *Bull. civ. IV*, n° 31 ; Cass. com., 5 mai 2004, n°01-16.191, Inédit.

⁵¹⁴ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.-J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, *op. cit.*, n° 220.

⁵¹⁵ Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-11.209, *Bull. civ. IV*, n° 108 ; *JCP E*, 1998, I, 167, note Ph. PÉTEL ; La Cour décide que « le régime de la clause de réserve de propriété n'est pas différent, selon que la transmission des biens litigieux aurait lieu en vertu d'un contrat de vente ou en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage » ; V. aussi Cass. com., 5 novembre 2003, n° 00-21.357, *Bull. civ. IV*, n° 162 ; *LPA*, 19 février 2004, n° 36, p. 9.

368. Notons que la thèse d'une double action en revendication du prix, telle que l'a soutenue le professeur PÉROCHON⁵¹⁶, n'a pas encore été envisagée en droit OHADA. L'action en revendication de la créance du prix par le vendeur initial semble plutôt s'analyser comme une action directe du vendeur initial contre le sous-acquéreur⁵¹⁷, le vendeur initial étant autorisé à s'adresser directement au débiteur de son débiteur⁵¹⁸.

À la différence du droit français, cette analyse pourrait avoir l'avantage de la simplicité et de la rapidité puisque le vendeur initial peut s'adresser directement au sous-acquéreur sans exercer au préalable d'action réelle en revendication contre le débiteur initial. La thèse de la double action en revendication, bien que complexe, a, en revanche, l'avantage de l'efficacité car le vendeur initial ne peut se voir contester son droit de propriété qu'il a rendu opposable à la procédure collective par l'exercice de l'action en revendication.

369. Quoi qu'il en soit, la revendication de la créance du prix de revente permet au créancier réservataire d'échapper au concours avec les autres créanciers du débiteur, puisque ceux-ci n'ont aucun droit sur la créance de prix qui n'est jamais entrée dans le patrimoine de l'acheteur⁵¹⁹. Le créancier réservataire a donc un droit exclusif sur la créance du prix de revente. Comme en droit français, l'exercice de cette action est toutefois conditionné par la réunion de certaines conditions. D'une part, la revente du bien et, d'autre part, le défaut de paiement de tout ou partie du prix par le sous-acquéreur au jour de la décision d'ouverture. Le prix ne doit avoir été ni payé en valeur, ni compensé entre le débiteur initial et le sous-acquéreur⁵²⁰.

Qu'il s'agisse d'une action directe ou pas, la règle permet au vendeur réservataire de revendiquer le prix de revente du bien, mais uniquement dans la limite de la somme dont il est le créancier. Aussi, lorsque le prix est insuffisant à couvrir la totalité de sa créance, il devra déclarer le reliquat dans la procédure collective. Sur ce reliquat, le revendiquant sera traité comme un créancier chirographaire.

370. Mais que faut-il décider si le prix de revente est supérieur à sa créance. Le créancier peut-il revendiquer la totalité du prix revente ? Autrement dit, le prix revenant au vendeur initial peut-il inclure la marge bénéficiaire supportée par le sous-acquéreur ou doit-il se limiter au prix de vente initiale ?

⁵¹⁶ F. PÉROCHON, « La revendication des choses fongibles par le vendeur », art. préc.

⁵¹⁷ En droit français, la doctrine a aussi raisonné en termes d'action directe ; V. G. RIPPET, R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t.2, 15^e éd., LGDJ, n° 3144.

⁵¹⁸ A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, t.2, Les Garanties réelles, Diffusion PUF, Paris, Dianoïa, 2010, n° 809 ; J.-R. GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, op. cit., n° 194.

⁵¹⁹ A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, op. cit., n° 809.

⁵²⁰ Avant la réforme, le législateur prévoyait que le prix ne devait pas avoir été compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur. En droit français, cette précision a disparu avec l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Selon l'opinion majoritaire⁵²¹, rien ne s'oppose à la revendication incluant la marge bénéficiaire dès lors que la vente originaire est anéantie⁵²². La jurisprudence française s'est cependant prononcée en sens contraire, en précisant que le vendeur réservataire ne pouvait exercer sa revendication que sur le prix tel qu'il a été fixé lors de la convention conclue avec l'acquéreur⁵²³.

371. Pour finir, la revendication peut ne pas porter sur le prix de revente, mais sur l'indemnité à verser suite à la destruction ou à la perte du bien grevé. Bien que ce cas de figure ne soit pas prévu par l'AUPC, cela n'a pas empêché la doctrine de se pencher sur la question. En se référant au droit français, les auteurs⁵²⁴ considèrent qu'en cas de sinistre, l'indemnité d'assurance subrogée au bien détruit ou perdu n'entre pas dans le patrimoine du débiteur. Le vendeur réservataire qui voit son droit de propriété se reporter sur l'indemnité d'assurance peut donc l'appréhender par le biais de la revendication⁵²⁵.

Nous venons ainsi d'analyser l'objet de la revendication en droit OHADA. Intéressons-nous à présent à la procédure à laquelle elle donne lieu.

b- La procédure de revendication

L'analyse du délai (b-1) de revendication précèdera celle du déroulement de la procédure (b-2).

b-1) Le délai de la revendication

372. Avant la réforme, l'article 101, alinéa 2, de l'ancien AUPC disposait que « *Les revendications admises par le syndic, le juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications* ». Cette formulation qui pouvait prêter à confusion a heureusement été modifiée. L'article 101 du nouvel AUPC précise que « *Nonobstant les dispositions du présent Acte uniforme, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de quatre-vingt-dix jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'Etat partie concerné* ». La modification du délai

⁵²¹ M. BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », art. préc., p. 314; E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », art. préc., p. 33 et s. sp. p. 35.

⁵²² C'est l'expression employée par les auteurs ; il s'agit éventuellement de la résolution de la vente.

⁵²³ Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12.884, arrêt préc. Cependant certains auteurs ne partagent pas cette position, v. M. CABRILLAC, in *JCP E* 1991, I, 102, n° 10.

⁵²⁴ M. BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », art. préc., pp. 315 et 316; E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », art. préc., p. 35.

⁵²⁵ Cf. Art. 78 de l'AUS ; F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 286.

de revendication est une conséquence logique de la suppression de l'obligation de production qui pesait sur les revendiquants. N'étant plus soumis à la production de créances, il n'est plus possible d'attendre la publicité du dépôt de l'arrêté des créances ou encore la décision d'admission des créances pour faire courir le délai de revendication.

373. Cependant, le législateur reste silencieux sur la sanction du non-respect du délai de revendication. Sous l'empire de la législation antérieure, la doctrine avait, en se fondant sur la sanction du non-respect du délai (qui était la forclusion), soutenu qu'il s'agissait d'un délai préfix, comme en droit français⁵²⁶.

374. Pour finir, il résulte des dispositions de l'article 101 de l'AUPC que la revendication n'est possible qu'après l'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens. Le texte ne fait aucune référence au règlement préventif.

Est-ce à dire que la revendication est impossible après l'ouverture d'un règlement préventif et que, de ce fait, les revendiquants en général et les réservataires en particulier seraient soumis à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles pendant cette procédure ? Nous ne le pensons pas.

L'article 9 de l'AUPC qui institue la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles dans la procédure de règlement préventif précise, en son alinéa 3, que la règle ne s'applique pas aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées. Sur la base de ces dispositions, il est difficile d'affirmer que le créancier réservataire ne peut, au cours de la procédure de règlement préventif, procéder à la revendication.

À notre avis, il s'agit là encore d'une des nombreuses maladroites du législateur OHADA. Nous espérons qu'il s'en rende compte assez rapidement et qu'il procède à une modification des textes pour en faciliter l'application. En attendant, il convient à présent d'analyser le déroulement de la procédure de revendication.

b-2) Le déroulement de la procédure

375. La suppression de l'obligation de production qui pesait sur les revendiquants a également eu des effets sur la procédure de la revendication. Avant la réforme, la procédure de revendication était la même que celle de la production et de la vérification des créances prévue par les articles 78 à 90 de l'ancien AUPC. En se référant à ces dispositions, un auteur avait considéré que la procédure de revendication se déroule, selon les cas, en une ou deux phases. Une première phase amiable et, en cas d'échec, une seconde phase contentieuse devant le tribunal⁵²⁷.

⁵²⁶ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, *op. cit.*, n° 278; J.-R. GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, *op. cit.*, n° 195.

⁵²⁷ E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *op. cit.*, pp. 35-36.

Aujourd'hui, même si la procédure de revendication n'est plus alignée sur celle de la production et de la vérification des créances, elle se déroule toujours en deux phases : une phase amiable (b-2-a) et une phase contentieuse (b-2-b)

b-2-a) La phase amiable

376. La phase amiable effectuée auprès du syndic peut aboutir à l'acquiescement de la demande en revendication. En application de l'article 101-1 de l'AUPC, la demande adressée au syndic se fait dans le délai de quatre-vingt-dix jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'Etat partie concerné, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Si le syndic acquiesce à la demande en revendication, la procédure prend fin. Le créancier peut alors solliciter la restitution de son bien⁵²⁸. En revanche, le rejet de la demande entraîne l'ouverture de la phase contentieuse.

b-2-a) La phase contentieuse

377. La phase contentieuse se déroule devant le juge-commissaire⁵²⁹. En l'absence de réponse du syndic dans un délai de trente jours à compter de la réception de la demande en acquiescement ou en cas de refus, le juge-commissaire peut-être saisi. Il revient au revendiquant lui-même de procéder à la saisine du juge-commissaire. Celle-ci doit s'effectuer dans un délai de trente jours à compter de l'expiration du premier délai⁵³⁰ ou du refus du syndic. Au vu des observations du revendiquant, du débiteur et du syndic, le juge-commissaire statue dans un délai de huit jours à compter de sa saisine, par voie d'ordonnance sur les droits du revendiquant et sur le sort du contrat. L'ordonnance du juge-commissaire est ensuite déposée sans délai au greffe qui la communique au syndic et la notifie aux parties. À la demande du ministère public, la décision du juge-commissaire lui sera communiquée sans délai.

378. Dans un délai de huit jours à compter de sa notification ou communication, l'ordonnance du juge-commissaire statuant sur la demande en revendication est susceptible de recours devant la juridiction compétente dans les conditions prévues par l'article 40 de l'AUPC⁵³¹. Le ministère

⁵²⁸ Cf. ns° 492 et s.

⁵²⁹ Art. 101-1, al. 3 et 4 de l'AUPC.

⁵³⁰ Il s'agit des trente jours dont dispose le syndic pour répondre à la demande en acquiescement.

⁵³¹ Art. 40 de l'AUPC : « Le juge-commissaire statue sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence, dans le délai de huit jours à partir de sa saisine. S'il n'a pas statué dans ce délai, il est réputé avoir rendu une décision de rejet de la demande.

Les décisions du juge-commissaire sont immédiatement déposées au greffe et notifiées par les soins du greffe, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, à toutes personnes à qui elles sont susceptibles de faire grief.

public peut également, par requête motivée, saisir, dans les huit jours de la communication qui lui est faite de l'ordonnance, la juridiction compétente. Enfin, lorsque le juge-commissaire n'a pas statué dans les huit jours de sa saisine, la juridiction compétente peut, à la demande des parties ou du ministère public, être saisie dans les mêmes conditions.

Dans tous les cas, dès lors que la juridiction compétente juge bien fondée la demande en revendication, le créancier peut, en application des dispositions de l'article 101-3, solliciter la restitution de son bien.

Cela nous amène donc à voir les effets de la revendication.

2- Les effets de la revendication

379. Le réservataire qui exerce sa demande en revendication dans les conditions exigées doit, à défaut de paiement à l'échéance, obtenir la restitution du bien de la part du débiteur ou encore le paiement de la créance du prix subrogée au bien. La remise effective du bien ou le paiement de la créance subrogée devrait avoir lieu après la demande en restitution.

Si, comme en droit français, on considère que les biens vendus avec clause de réserve de propriété ne font pas l'objet d'un contrat en cours, la remise du bien devrait donc intervenir immédiatement après la demande en restitution. Cependant, à ce jour, la jurisprudence africaine n'a rendu aucune décision en la matière. Ainsi, dans l'hypothèse où ses droits venaient à être paralysés, la paralysie résulterait du défaut du respect des conditions liées à la revendication et non pas de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles.

Le droit de revendiquer constitue-t-il cependant une arme aussi efficace pour le fiduciaire ?

Paragraphe 2 : Le droit de revendiquer du fiduciaire en droit français

380. Le régime de la revendication ayant été longuement traité dans la partie consacrée à la revendication du créancier réservataire, l'accent sera mis ici sur les spécificités relevant de l'exercice de l'action en revendication du fiduciaire. Par ailleurs, étant donné que les titulaires d'une fiducie-sûreté ne bénéficient pas en droit OHADA d'un droit à la revendication, le présent paragraphe sera consacré à l'analyse de la situation en droit français.

Bien qu'étant expressément admise en droit français, la revendication du fiduciaire suscite encore des interrogations. Aussi, avant d'analyser le régime de la revendication (B), il convient, au préalable, d'apporter quelques éclaircissements (A).

Elles peuvent être frappées d'opposition formée par simple déclaration au greffé de la juridiction compétente dans les huit jours de leur dépôt ou de leur notification ou suivant le délai prévu à l'alinéa premier du présent article. Pendant ce même délai, la juridiction compétente peut se saisir d'office et réformer ou annuler les décisions du juge-commissaire. La juridiction compétente statue à la première audience utile ».

A- Le droit de revendiquer du fiduciaire : une source d'interrogations

381. Par principe, s'il n'est pas un créancier éligible au traitement préférentiel, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, comme tous les autres créanciers, est soumis à l'arrêt des poursuites individuelles dès lors que leur débiteur fait l'objet d'une procédure collective. Toutefois, à l'instar du réservataire, le bénéficiaire de la fiducie se trouve dans une situation particulière. Les biens objets de la garantie étant sortis du patrimoine du débiteur, du moins à titre temporaire, les effets réels de la procédure, en l'occurrence la règle de l'arrêt des poursuites individuelles, ne devraient avoir aucune conséquence sur le créancier bénéficiaire.

Il existe cependant une différence selon qu'il s'agit de fiducies avec ou sans dépossession. La revendication n'est admise que pour les secondes. Nous verrons donc les fiducies sans dépossession (1) puis les fiducies avec dépossession du constituant (2).

1- L'admission de la revendication pour les fiducies sans dépossession

382. Les contrats de fiducie sont, pour certains, assortis d'une convention en vertu de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance des actifs fiduciaires. Dans cette hypothèse, le législateur autorise la revendication des biens. En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, peuvent être revendiqués, les biens meubles transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant. Il en résulte que l'existence d'une convention de mise à disposition implique l'obligation de revendiquer pour tous les propriétaires de meubles qui souhaitent faire reconnaître leur droit à la procédure collective. Le débiteur ayant les biens en sa possession, il faut éviter toute apparence de solvabilité de nature à tromper les tiers⁵³².

En l'absence de précision législative, il y a lieu de considérer que ce texte s'applique aussi bien à la fiducie-sûreté qu'à la fiducie-gestion. Seule l'existence d'une convention de mise à disposition est exigée pour revendiquer. Par ailleurs, le texte ne précise pas à qui incombe la revendication. Logiquement, en tant que propriétaire même temporaire, la revendication devrait être effectuée par le fiduciaire⁵³³.

383. De prime abord, on pourrait penser que les dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, précité s'opposent à celles de l'article L. 622-23-1 du Code de commerce, desquelles il résulte que lorsque les 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 de transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de

⁵³² S. FARHI, « Le banquier garanti par une fiducie-sûreté et la procédure collective », in *Contentieux bancaire des procédures collectives, l'établissement de crédit et l'entreprise en difficulté*, sous la dir. de E. LE CORRE-BROLY, Bruylant, 2014, p. 109 et s, sp. p. 113.

⁵³³ *Ibid.*

l'ouverture de la procédure. En effet, pour un auteur⁵³⁴, la neutralisation des effets de la fiducie qui découle de cet article constitue l'équivalent, pour les fiduciaires ou les bénéficiaires de la fiducie, de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. L'article L. 622-23-1 paralyse les effets de la fiducie dès lors que celle-ci est assortie d'une convention de mise à disposition au profit du débiteur. De la sorte, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté ne peut plus réaliser sa sûreté pendant toute la période d'observation et d'exécution du plan de continuation⁵³⁵.

384. Comment alors concilier ces deux articles ? La neutralisation des effets de la fiducie fait-elle obstacle au droit de revendiquer des fiduciaires ? La question se pose d'autant plus que l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, vise les biens dont le débiteur-constituant conserve l'usage ou la jouissance en vertu d'une convention de mise à disposition. Or, c'est l'existence même d'une telle convention qui neutralise les effets de la fiducie.

Une première approche aurait consisté à considérer que la paralysie de la fiducie empêche la revendication du fiduciaire. En effet, la sûreté elle-même étant paralysée, il paraît logique que les avantages qui en découlent soient eux aussi neutralisés. Aussi, pendant tout le temps que dure la paralysie, le fiduciaire ne pourrait pas revendiquer. Cela aurait pour conséquence de soumettre le créancier bénéficiaire à l'arrêt des poursuites individuelles.

À cette analyse, on pourrait opposer que le droit de revendiquer visant simplement à faire reconnaître le droit de propriété d'un créancier sur un bien, il est tout à fait normal que ce droit soit reconnu à tout propriétaire. Ainsi, malgré la neutralisation des effets de la fiducie, le fiduciaire ne perd pas sa qualité de propriétaire. Par ailleurs, les biens étant laissés aux mains du débiteur-constituant, les tiers auraient pu lui consentir des crédits sur la base de ces biens, alors même qu'il n'en est plus le propriétaire. Le droit de revendiquer constitue, par conséquent, un excellent moyen d'éviter toute apparence de solvabilité de nature à tromper les tiers.

385. En réalité, aucune difficulté ne se pose pour la conciliation des articles sus cités. L'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, admet de manière expresse la revendication des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire, nonobstant l'existence d'une convention de mise à disposition paralysant la fiducie. Bien plus, l'existence d'une telle convention justifie la revendication. La neutralisation des effets de la fiducie ne constitue donc pas un obstacle à la revendication du fiduciaire. Comme le créancier réservataire, le fiduciaire est en droit de revendiquer les biens mobiliers dont il est devenu propriétaire, fut-il temporairement.

Cette revendication est admise dans toutes les phases de la procédure collective. Aussi, même lorsque la convention de mise à disposition n'a aucune incidence sur les effets de la fiducie, le

⁵³⁴ F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », art. préc., p. 59 et s. sp. p. 65; « Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté, Droit 360°*, sous la dir. de Ph. ROUSSEL GALLE, Lexisnexis, 2012, p. 405 et s. sp. p. 421.

⁵³⁵ Cette solution s'applique également dans la procédure de redressement judiciaire.

propriétaire est tout de même tenu de revendiquer. C'est le cas en liquidation judiciaire mais aussi lorsqu'un redressement judiciaire a été prononcé à la suite d'une résolution du plan de sauvegarde.

386. En somme, la neutralisation de la fiducie sans dépossession interdit au créancier bénéficiaire de réaliser sa sûreté. On peut alors considérer qu'il est soumis à l'arrêt des poursuites individuelles, puisqu'il ne peut solliciter le transfert de la propriété des actifs fiduciaires pendant toute la durée de la neutralisation de la fiducie. Un auteur considère d'ailleurs que dans cette hypothèse, le bénéficiaire de la fiducie est traité comme un créancier antérieur soumis aux interdictions de la discipline collective⁵³⁶. En revanche, cette neutralisation ne fait pas obstacle à la revendication du fiduciaire. Cependant, la revendication n'est pas autorisée pour toutes les fiducies.

2- L'absence de revendication pour les fiducies avec dépossession

387. En application de l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, seules les fiducies assorties d'une convention de mise à disposition des biens mobiliers au profit du débiteur-constituant doivent faire l'objet d'une revendication. Il n'y a donc pas lieu de revendiquer lorsqu'il est question de fiducies avec dépossession. En effet, les biens se trouvant non seulement dans le patrimoine mais aussi entre les mains du fiduciaire, il n'est pas nécessaire de revendiquer. À défaut de paiement à l'échéance, le bénéficiaire devrait pouvoir mettre en œuvre la sûreté.

388. Mais que faut-il décider si le bénéficiaire de la fiducie et le fiduciaire sont deux personnes distinctes ? À notre avis, le fiduciaire devrait opérer un transfert des actifs fiduciaires vers le patrimoine personnel du bénéficiaire, sans aucune revendication de la part de ce dernier. La réalisation de la fiducie s'opérant en dehors de toute procédure collective, logiquement, le bénéficiaire de la fiducie n'a pas à faire reconnaître son droit de propriété à l'égard de la procédure collective. Et si le fiduciaire est soumis à une procédure collective, cela ne devrait, en principe, poser aucun problème puisque les actifs transférés sont tenus dans un patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Les créanciers du fiduciaire ne devraient donc pas pouvoir appréhender le patrimoine fiduciaire, mais uniquement le patrimoine personnel du fiduciaire. Cependant, la confusion est possible puisque le fiduciaire est tout de même propriétaire des actifs transférés. Aussi, on pourrait envisager la possibilité pour le bénéficiaire de la fiducie de procéder exceptionnellement à la revendication des actifs fiduciaires.

389. Quoiqu'il en soit, le bénéficiaire d'une fiducie avec dépossession échappe à l'arrêt des poursuites individuelles⁵³⁷ dans toutes les procédures collectives, et cela, en l'absence de toute revendication. Les biens fiduciaires étant sortis du patrimoine du débiteur, d'une part, et n'étant pas soumis à la revendication, d'autre part, il pourrait, nonobstant l'ouverture d'une procédure

⁵³⁶ S. FARHI, *La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, op. cit., pp. 418 et s ; « Le banquier garanti par une fiducie-sûreté et la procédure collective », art. préc., p. 118

⁵³⁷ *Ibid.*

collective, réaliser sa sûreté à l'échéance de la créance garantie, et ainsi obtenir le paiement de sa créance. Cette situation est d'autant plus envisageable que les fiducies avec dépossession ne subissent aucune neutralisation de leurs effets⁵³⁸.

Logiquement, il devrait en être de même en cas de résiliation de la convention de mise à disposition. En effet, la convention résiliée, le bénéficiaire de la fiducie devrait pouvoir mettre en œuvre sa sûreté, sous réserve cependant de l'exigibilité de la créance. De cette manière, il pourrait ordonner le transfert des actifs fiduciaires dans son patrimoine. Il échapperait ainsi à l'arrêt des poursuites individuelles.

390. En définitive, contrairement à ce que pourrait laisser à penser la lecture des articles suscités, c'est l'existence même d'une convention de mise à disposition qui justifie l'exercice de l'action en revendication du fiduciaire. Les biens meubles étant laissés à la disposition du débiteur-constituant, il revient au propriétaire de ces meubles de les revendiquer, peu important que les effets de sa sûreté soient ou non neutralisés. Ces précisions apportées, il convient à présent d'aborder brièvement le régime de la revendication du fiduciaire.

B- Le régime de la revendication du fiduciaire

L'analyse des conditions (1) de la revendication des fiduciaires précèdera celle de ses effets (2).

1- Les conditions de la revendication du fiduciaire

391. Les conditions de la revendication du fiduciaire sont semblables à celles qui s'imposent pour le vendeur réservataire. La revendication s'effectue donc sur les meubles objets d'une fiducie-sûreté, à condition qu'ils existent en nature au jour du jugement d'ouverture de la procédure. Le législateur n'ayant introduit aucune distinction entre les revendiquants, le fiduciaire peut, comme le réservataire sous certaines conditions, revendiquer des actifs fiduciaires incorporés, transformés ou remplacés par d'autres biens fongibles. Quant au délai de revendication, il demeure de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. En outre, la revendication du fiduciaire obéit aux mêmes conditions procédurales que celle du créancier réservataire.

La différence entre ces deux catégories de revendiquants réside toutefois dans les effets de l'action en revendication.

2- Les effets de la revendication du fiduciaire

392. Comme nous l'avons vu, la revendication du fiduciaire ne se justifie qu'en présence d'une convention de mise à disposition des biens meubles au profit du débiteur. Or, selon les dispositions

⁵³⁸ V. ns° 1068 et s.

du Code de commerce⁵³⁹, cette convention est, dans certaines procédures, soumise au régime des contrats en cours. Aussi, pour les bénéficiaires de la fiducie, les conséquences de l'exercice de l'action en revendication diffèrent selon la procédure.

Dans le cadre d'une procédure de sauvetage, la convention de mise à disposition est soumise au régime des contrats en cours. La restitution du bien sera donc différée au jour de la résiliation ou du terme de la convention. En revanche, dans la liquidation judiciaire, la convention de mise à disposition ne bénéficiant plus du régime des contrats en cours, aucune continuation forcée n'est possible. La restitution interviendra donc immédiatement sauf si, naturellement, le bien n'existe plus ou, éventuellement, l'exécution du contrat se poursuit. Il en sera de même en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à la suite de la résiliation d'un plan de sauvegarde⁵⁴⁰.

393. En définitive, bien qu'étant soumise à des conditions d'exercice rigoureuses, la revendication revêt une importance capitale pour les propriétaires aussi bien en droit français qu'en droit OHADA⁵⁴¹. En l'absence de revendication, leur droit de propriété demeure inopposable à la procédure collective ou à la masse des créanciers. Les propriétaires ne pourront pas obtenir restitution du bien⁵⁴². Le défaut de revendication rend donc les propriétaires vulnérables. Aussi, comme les autres créanciers chirographaires ou titulaires de sûretés réelles classiques, ils ne disposeront d'aucune arme pour échapper à l'arrêt des poursuites individuelles.

Conclusion du chapitre

394. L'arrêt des poursuites individuelles est une règle fondamentale et traditionnelle du droit des procédures collectives. Elle paralyse le droit de poursuites des créanciers contre le débiteur. Cette règle de portée très générale est toutefois limitée par certaines prérogatives conférées par les sûretés réelles exclusives, en l'occurrence la rétention du bien et l'action en revendication. Compte tenu de sa nature, le jugement d'ouverture n'a aucune incidence sur l'exercice du droit de rétention. Quant à l'action en revendication, elle n'entre pas dans le domaine de l'arrêt des poursuites individuelles. Dans les deux cas, ces prérogatives garantissent la protection des droits des créanciers munis de sûretés réelles exclusives contre l'arrêt des poursuites individuelles. Mais cette protection là, elle se manifeste également par le maintien de leur droit au paiement.

⁵³⁹ Art. L. 622-13-VI et L. 641-11-1-VI du Code de commerce.

⁵⁴⁰ Nous reviendrons sur cette question dans les chapitres suivants.

⁵⁴¹ Sauf pour le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire de somme d'argent.

⁵⁴² Sauf dans l'hypothèse d'une fiducie avec dépossession.

CHAPITRE 2/ LA PROTECTION DU DROIT AU PAIEMENT DES CRÉANCIERS MUNIS DE SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES

395. En droit français tout comme en droit OHADA, il existe une règle complémentaire à la suspension et l'interdiction des poursuites individuelles : c'est la règle de l'interdiction des paiements des créances.

Règle traditionnelle des procédures collectives, l'interdiction des paiements permet de geler le passif du débiteur en empêchant le désintéressement des créanciers pendant la procédure. Il faut y voir la manifestation du principe d'égalité entre les créanciers⁵⁴³. Le débiteur qui, par hypothèse, ne peut pas payer tous les créanciers, ne doit donc en payer aucun⁵⁴⁴. Mais la règle ne signifie pas qu'il n'y ait plus du tout de paiement des créanciers, elle interdit seulement le paiement individuel d'un créancier pendant la procédure collective, alors que le reste des créanciers n'est pas payé. Par principe, les créanciers doivent être payés dans le cadre des distributions collectives. Ainsi, en cas d'adoption d'un plan de continuation ou d'un concordat⁵⁴⁵, ils seront payés conformément aux délais du plan ou des termes du concordat. En l'absence de plan ou encore dans le cadre d'une procédure de liquidation, le paiement se fera en fonction de l'ordre établi pour la répartition des deniers provenant de la vente des actifs.

396. En droit français, l'interdiction des paiements des créances fût créée par la loi du 13 juillet 1967. Au départ, elle ne s'appliquait qu'aux seules créances chirographaires. La loi du 25 janvier 1985 l'a ensuite étendue aux créances antérieures assorties de sûretés réelles⁵⁴⁶. Enfin, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, en bouleversant la distinction traditionnelle entre les créances antérieures et les créances postérieures⁵⁴⁷, l'a encore étendue à certaines des créances postérieures⁵⁴⁸. Aujourd'hui, l'article L. 622-7- I, alinéa 1^{er}, du Code de commerce précise que « *Le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le*

⁵⁴³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 695 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 563 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 631.13 ; V. aussi Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-13.987, Inédit (cité par P.M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 631.13.)

⁵⁴⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n°563.

⁵⁴⁵ Pour le droit OHADA.

⁵⁴⁶ Art. 33 et 47 de la loi du 25 janvier 1985.

⁵⁴⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n°564. Pour l'auteur, la distinction fondée sur un critère chronologique, était pratiquement la *summa divisio* de la matière, dotée d'enjeux fondamentaux.

⁵⁴⁸ La liste des créances postérieures concernées par l'interdiction a été modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17 ». Désormais, sauf exception expressément prévue par le législateur, la règle s'applique à toutes les créances non-méritantes. Il s'agit des créances antérieures et des créances postérieures non-éligibles au traitement préférentiel⁵⁴⁹.

397. Posée dans la procédure de sauvegarde, la règle de l'interdiction des paiements s'applique par renvoi au redressement (article L. 631-14-I du Code de commerce) et à la liquidation judiciaire (article L. 641-3, alinéa 1^{er} du Code de commerce).

L'application de la règle à la nouvelle procédure de sauvegarde instituée par la loi du 26 juillet 2005 n'a pas laissé la doctrine indifférente, tant la mesure est remarquable. En effet, le débiteur n'est pas encore en état de cessation des paiements. Ainsi, certains considèrent qu'il s'agit d'une « faveur extraordinaire »⁵⁵⁰ au profit du débiteur, tandis que d'autres y voient « une innovation majeure... une disposition sans précédent, imposant à un débiteur qui est encore en état de payer ses dettes de ne pas le faire, et cela de manière générale, non par équité »⁵⁵¹.

398. Par ailleurs, seuls les paiements réalisés par le débiteur ou les organes de la procédure sont concernés par l'interdiction légale. Sont donc exclus, les paiements faits au profit du débiteur. De même, le paiement émanant d'un tiers ne tombe pas sous le coup de l'interdiction législative. Cependant, certains tiers tels que les garants personnes physiques d'un débiteur bénéficient, dans certaines phases de la procédure⁵⁵², de la règle de l'interdiction des paiements des créances⁵⁵³.

399. En cas de paiement interdit, des sanctions sont prévues.

D'une part, en application des dispositions du paragraphe III de l'article L. 622-7 du Code de commerce, le paiement interdit peut être annulé à la demande du ministère public ou de tout intéressé. La demande doit être faite auprès du tribunal, dans un délai de trois mois à compter du paiement. Une juridiction de fond a considéré qu'il s'agissait donc d'une nullité absolue⁵⁵⁴.

D'autre part, le débiteur ou l'administrateur qui ne respecte pas l'interdiction encourt des sanctions pénales. Il peut être condamné à la faillite personnelle (article L. 653-5-4^o du Code de commerce). Cette sanction ne s'applique pas dans la procédure de sauvetage puisque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Elle ne concerne que les procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

⁵⁴⁹ Sur la nouvelle définition des créances soumises à la règle v. P.-M. LECORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.*, mars-avril 2009, du 8 au 10 mars 2009, *Doctr.*, pp. 810 et s. sp. p. 811.

⁵⁵⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 563.

⁵⁵¹ S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *LPA*, 8 février 2006, p. 43.

⁵⁵² Pendant la période d'observation des procédures de sauvetage et pendant l'exécution du plan de sauvegarde mais non de redressement.

⁵⁵³ V. P.-M. LECORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *art. préc.*, p. 810.

⁵⁵⁴ CA Versailles, 15 janvier 1998, *D. Aff.* 1998, p. 915; *RJDA* 1998/4, n° 457.

En outre, l'article L. 654-8-1° du Code de commerce prévoit que la personne qui effectue un paiement en violation des dispositions de l'article L. 622-7, est passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30000 euros. Cette sanction est également encourue par le créancier ou toute personne ayant reçu le paiement, si elle avait connaissance de la situation du débiteur (article L. 654-8-3° du Code de commerce).

400. En droit OHADA, l'article 11 de l'AUPC pose la règle de l'interdiction des paiements. L'alinéa 1^{er} du texte précise que : « *Sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, la décision d'ouverture du règlement préventif interdit au débiteur, à peine de nullité de droit : de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture ; de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté* ». L'interdiction vise ici toutes les créances antérieures à la décision d'ouverture d'un règlement préventif, sans distinction de leurs statuts chirographaires ou assorties de sûretés réelles. L'interdiction vaut également pour le désintéressement des cautions et des personnes ayant affecté ou cédé un bien à titre de garantie, lorsqu'elles ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture⁵⁵⁵.

Notons que l'article 11 a été modifié lors de la réforme de l'AUPC. En effet, avant la réforme, l'interdiction ne s'appliquait pas à tous les créanciers antérieurs, mais aux seuls créanciers dont la créance figurait sur la liste déposée par le débiteur, afin d'obtenir suspension des poursuites individuelles⁵⁵⁶. Désormais, la règle revêt un caractère plus général.

Comme en droit français, le non-respect de l'interdiction entraîne des sanctions. Au plan civil, le paiement d'une créance antérieure est frappé de nullité de droit⁵⁵⁷. Au plan pénal, le débiteur ou le syndic qui ne respecte pas l'interdiction encourt la banqueroute⁵⁵⁸.

401. Mais, bien qu'étant reconnue dans les deux législations, la règle admet des spécificités propres à chacune d'elles. Contrairement au droit français, le législateur communautaire africain a limité l'interdiction des paiements aux seuls créanciers antérieurs. En outre, en droit OHADA, il n'existe, dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, aucun renvoi aux dispositions de l'article 11 de l'AUPC. L'interdiction de payer les créances antérieures n'est donc posée que pour le règlement préventif.

402. Face au silence législatif, doit-on considérer que le débiteur ou le syndic peut continuer de payer librement les créances antérieures au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ? Le doute est permis.

⁵⁵⁵ Art. 11, al. 2 de l'AUPC.

⁵⁵⁶ Art. 11 de l'ancien AUPC « Sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente, la décision de règlement préventif interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit :
- de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci ».

⁵⁵⁷ Avant la réforme, la sanction était l'inopposabilité de droit (Art. 11 de l'ancien AUPC).

⁵⁵⁸ Art. 229, 5° de l'AUPC.

D'abord, au regard des finalités du droit des entreprises en difficulté, il est difficilement concevable qu'un débiteur puisse continuer de payer individuellement les créanciers antérieurs au cours de la procédure. Cette situation risquerait de compromettre les chances de sauvetage de l'entreprise lorsque le débiteur ne fait pas l'objet d'une liquidation.

Ensuite, bien que la règle de l'interdiction de paiements des créances antérieures ait été expressément posée dans le cadre du règlement préventif, il existe d'autres moyens permettant de neutraliser ou, du moins, limiter le paiement individuel des créanciers au cours de la procédure collective. C'est notamment le cas de la suspension des poursuites individuelles⁵⁵⁹, de l'interdiction de réaliser la sûreté⁵⁶⁰ ou encore de la constitution des créanciers en une masse⁵⁶¹.

Enfin, l'interprétation a contrario des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 149 de l'AUPC qui subordonnent le paiement d'un créancier à l'autorisation du juge-commissaire, permet de penser que le syndic agissant pour le compte du débiteur ne peut, au cours de la procédure de liquidation, librement payer un créancier antérieur. Ainsi, l'absence d'une règle d'interdiction des paiements créances expressément posée en redressement judiciaire et en liquidation des biens est, à notre sens, une maladresse législative.

403. Quoiqu'il en soit, en droit français⁵⁶², il existe, en plus de l'interdiction des paiements des créances, une autre règle susceptible de porter atteinte ou, du moins, réduire le paiement des créanciers : c'est la règle de la consignation des fonds provenant de la vente de biens grevés de sûretés réelles. En effet, l'article L. 622-8 du Code de commerce précise qu'« *En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Après l'adoption du plan, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux et conformément à l'article L. 626-22 lorsqu'ils sont soumis aux délais du plan* ». Cette règle, posée pour la période d'observation des procédures de sauvetage, se retrouve également en cas d'adoption d'un plan de continuation. En effet, l'article L. 622-26 du Code de commerce prévoit qu'« *En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations et les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix après le paiement des créances*

⁵⁵⁹ Cf chapitre 3 ; Art. 9 et 75 de l'AUPC.

⁵⁶⁰ Art. 18, al. 2 et 134, al. 4 de l'AUPC.

⁵⁶¹ Art. 72 de l'AUPC.

⁵⁶² En droit OHADA, il n'existe pas de règle similaire à la consignation du prix. Malheureusement, même après la réforme de l'AUPC, le législateur communautaire africain n'a pas prévu l'hypothèse d'une vente de biens grevés de sûretés réelles spéciales au cours des procédures de sauvetage.

garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2 à L. 3253-4, L. 742-6 et L. 7313-8 du Code du travail »⁵⁶³.

Cette règle qui vise à assurer une trésorerie à l'entreprise en difficulté, va, en revanche, desservir les créanciers⁵⁶⁴. Sa mise en œuvre entraîne, d'une part, un paiement différé et expose, d'autre part, les créanciers à une réduction substantielle de leur paiement. En effet, il résulte des dispositions des articles L. 622-8 et L. 626-22 précités que le paiement des créanciers ne se fera qu'après l'adoption d'un plan, et cela, même lorsque la vente des biens grevés a eu lieu au cours de la période d'observation⁵⁶⁵. Par ailleurs, au moment de la répartition du prix de la réalisation, les bénéficiaires de sûretés réelles seront primés non seulement par les créanciers de salaires, mais aussi par les créanciers de meilleur rang. Les créanciers qui subissent la loi du concours, courent ainsi le risque de recevoir un paiement considérablement réduit⁵⁶⁶.

404. Fort heureusement, les dispositions de cette règle ne s'appliquent pas aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives. Au regard de l'énumération faite par les articles L. 622-8 et L. 626-22, seules les sûretés réelles préférentielles sont expressément visées. Or, ni le droit de rétention, ni les propriétés-sûretés, ne confèrent, en principe, à leur bénéficiaire un droit de préférence.

Par ailleurs, s'agissant du droit de rétention⁵⁶⁷, un auteur a soutenu que « retenir et consigner ne vaut »⁵⁶⁸. Il affirme que, si le législateur oblige à payer le créancier rétenteur pour retirer la chose retenue, il ne peut être question de lui imposer une consignation du prix, puisque cela serait faire échec au droit de rétention sans paiement⁵⁶⁹. Or, seul le paiement du créancier rétenteur permet d'éteindre efficacement le droit de rétention. La consignation du prix provenant de la vente d'un bien grevé est donc incompatible avec un droit de rétention opposable. Cette stérilisation du prix au préjudice de tous est en effet inconcevable en présence d'un créancier rétenteur⁵⁷⁰.

Quant aux propriétés-sûretés, le débiteur n'étant plus ou pas encore le propriétaire du bien, la vente du bien ne devrait, par principe, pas être possible⁵⁷¹. En conséquence, le bien objet de la garantie devrait échapper à l'effet réel de la procédure collective.

⁵⁶³ Cette règle applicable pour le plan de sauvegarde s'applique également au plan de redressement (art. L. 631-19).

⁵⁶⁴ Un auteur y voit une altération de l'assiette des sûretés qui se manifeste par un morcellement de la valeur de l'assiette des sûretés réelles et a pour conséquence, une réduction de l'assiette des sûretés. (I. ADJAGBA, *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, op. cit., pp. 348 et s)

⁵⁶⁵ Sauf en cas de paiement provisionnel des créanciers réalisé conformément aux dispositions de l'al. 2 de l'article L. 622-8 du Code de commerce.

⁵⁶⁶ Sur les effets de la consignation du produit de la vente ; v. P.M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., ns° 482.21 et 482.31.

⁵⁶⁷ À condition que ce droit de rétention soit opposable.

⁵⁶⁸ P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 633.33.

⁵⁶⁹ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n°1322.

⁵⁷⁰ P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 482.11 ; « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001, p. 2815.

⁵⁷¹ En cas de vente, logiquement les droits du propriétaire devraient être protégés. De plus, il s'agit d'un abus puni sur le plan pénal.

405. En somme, la règle de la consignation des fonds n'étant pas applicable aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives, nous n'allons pas nous y étendre. En revanche, la question qui nous intéresse est celle de savoir si, comme l'ensemble des créanciers antérieurs titulaires ou non de sûretés réelles, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives vont être soumis à la règle de l'interdiction des paiements ou si, au contraire, leur droit au paiement est protégé ?

Compte tenu de la particularité des sûretés réelles exclusives, les législateurs français et africain ont aménagé quelques exceptions au profit des créanciers qui en bénéficient. Ces derniers ont, en effet, la possibilité d'être désintéressés nonobstant l'ouverture d'une procédure collective. Il en résulte un maintien de leur droit au paiement.

Nous verrons donc le paiement du créancier rétenteur (section 1), avant de faire la même analyse pour les créanciers propriétaires (section 2).

Section 1/ Le paiement du créancier rétenteur

406. Le créancier rétenteur a la faculté de retenir un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance. L'ouverture d'une procédure collective n'a aucun effet sur la rétention du créancier. Le droit de rétention est donc efficace dans toutes les procédures collectives⁵⁷².

Toutefois, cette efficacité est susceptible de paralyser le bon déroulement de la procédure. Aussi, le législateur français prévoit la possibilité, pour le rétenteur, d'obtenir le paiement de sa créance en dépit de l'interdiction législative de payer les créances non-méritantes.

Le paiement du créancier rétenteur obéit cependant à des objectifs différents qui varient en fonction de la procédure dont le débiteur fait l'objet. Dans les procédures de sauvetage⁵⁷³, le paiement de la créance est justifié uniquement par la poursuite de l'activité. En revanche, dans la liquidation judiciaire, l'entreprise n'ayant pas survécu entre les mains du débiteur, le paiement vise, soit à favoriser la poursuite de l'activité entre les mains d'un repreneur, soit à permettre une meilleure réalisation des actifs. Dans tous les cas, le paiement qui s'effectue par principe dans l'intérêt du débiteur, va permettre au rétenteur d'échapper à la règle de l'interdiction des paiements des créances.

407. Quant au législateur communautaire africain, il envisage la possibilité d'un paiement exceptionnel du créancier rétenteur uniquement dans la procédure de liquidation des biens. Cette différence entre les législations nous conduit à voir, dans un premier temps, le paiement du créancier rétenteur dans les procédures de sauvetage du droit français (paragraphe 1), avant

⁵⁷² Il s'agit ici du droit de rétention effectif.

⁵⁷³ La sauvegarde et le redressement judiciaire.

d'étudier, dans un second temps, les possibilités de son paiement dans les procédures de liquidation des deux législations (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ Le paiement du créancier rétenteur dans les procédures de sauvetage du droit français

408. L'article L. 622-7, II, alinéa 2, du Code de commerce précise que le juge-commissaire peut autoriser le paiement des créances antérieures pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité. Il résulte des dispositions de ce texte que le créancier rétenteur peut, sur autorisation du juge-commissaire, obtenir le paiement individuel de sa créance antérieure au cours de la procédure collective, nonobstant la règle de l'interdiction des paiements des créances. Ce paiement, autorisé dans le but de favoriser la poursuite de l'activité du débiteur, s'effectue au moyen de la technique du retrait contre paiement dont peut se prévaloir le rétenteur.

409. Cependant, en droit français, il existe deux catégories de créanciers rétenteurs. D'une part, ceux qui détiennent effectivement le bien retenu en leur possession ; il s'agit des rétenteurs autonomes et des gagistes avec dépossession. D'autre part, les créanciers dont la détention du bien n'est que fictive ; ce sont les gagistes sans dépossession ou encore le bénéficiaire d'un nantissement sur des comptes-titres.

Le paiement d'un créancier rétenteur varie donc selon qu'il s'agit du titulaire d'un droit de rétention effectif (A) ou du titulaire d'un droit de rétention fictif (B).

A- Le paiement du créancier titulaire d'un droit de rétention effectif

410. Au cours des périodes d'observation des procédures de sauvetage, le paiement du créancier rétenteur, titulaire d'une créance antérieure, est subordonné à deux conditions. D'abord, il doit être justifié par la poursuite de l'activité (1). Ensuite, il doit être autorisé par le juge-commissaire (2).

1- Un paiement justifié par la poursuite de l'activité

411. Le retrait contre paiement n'est ordonné que lorsque le bien légitimement retenu⁵⁷⁴ par un rétenteur se révèle nécessaire à la poursuite de l'activité. Dans cette situation, le créancier est tenu de restituer, en contrepartie du paiement intégral de sa créance, le bien au débiteur. L'objectif ici est d'éviter que la détention matérielle d'un bien, par un seul créancier, ne compromette la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise.

⁵⁷⁴ Pour que le droit de rétention soit légitime, il faut un lien de connexité entre la créance garantie et la rétention du bien (art. 2286 du Code civil).

412. Le retrait du bien peut d'abord être justifié par l'importance de son utilisation matérielle. Le bien dont il s'agit d'obtenir le retour dans l'entreprise doit se révéler utile à l'exploitation de l'activité. Il peut, par exemple, s'agir des matières premières nécessaires à la production de l'entreprise. Le retrait peut ensuite être autorisé afin de vendre le bien retenu. L'utilité du bien réside ici dans les liquidités provenant de sa réalisation. Dans cette hypothèse, le prix de vente du bien doit être supérieur au montant de la créance du rétenteur. Cette solution a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence. La Cour de cassation a, en effet, jugé que le retrait du gage est le préalable nécessaire à la vente du bien gagé⁵⁷⁵.

L'interprétation large des dispositions de l'article L. 622-7, II, alinéa 2, résulte de la substitution, lors des travaux préparatoires de la loi du 25 janvier 1985, à l'expression retrait « nécessaire à la poursuite de l'activité » à l'expression retrait « justifié par la poursuite de l'activité »⁵⁷⁶.

En tout état de cause, même lorsque le bien se révèle utile pour la poursuite de l'activité, il faut encore obtenir du juge-commissaire l'autorisation de paiement.

2- Un paiement autorisé par le juge-commissaire

413. Pendant la période d'observation, le paiement individuel des créances antérieures s'effectue de manière exceptionnelle. Il est, en conséquence, subordonné à l'autorisation du juge-commissaire. Ainsi, lorsque l'utilité du bien est reconnue, le juge-commissaire autorise le débiteur ou, le cas échéant, l'administrateur à procéder au paiement du créancier.

Le problème qui se pose ici est celui de la détermination de la personne habilitée à introduire une requête en autorisation de paiement auprès du juge-commissaire. La solution diffère selon qu'il s'agit d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Dans la procédure de sauvegarde, la requête émanera toujours du débiteur. Cette solution résulte des dispositions de l'ordonnance du 18 décembre 2008 dont le souhait était de rendre plus attractive la sauvegarde en renforçant les pouvoirs du débiteur. En revanche, dans le redressement judiciaire, la demande n'émanera du débiteur qu'en l'absence d'un administrateur. En présence de celui-ci, une distinction se fera en fonction de l'étendue de ses missions. Si l'administrateur a une mission d'assistance, la demande émanera concurremment de lui et du débiteur. Mais, si l'administrateur a une mission de représentation, la demande émanera de lui seul. En aucun cas, la demande ne viendra des créanciers⁵⁷⁷, de leur représentant ou, encore, du commissaire à l'exécution du plan⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-11.280, *Bull. civ.* IV, n° 98; *D. Aff.* 1999, p. 943, obs. A. LIÉNARD; *JCP E*, 1999, 1532, n° 39, obs. M. CABRILLAC.

⁵⁷⁶ P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 633.31.

⁵⁷⁷ CA Dijon, 23 mai 1995, *Gaz. Pal.* 1998/ 1, somm. p. 380.

⁵⁷⁸ Cass. com., 2 mars 1999, n° 95-20.068, Inédit.

L'autorisation du juge-commissaire doit intervenir préalablement au paiement du créancier. Il s'agit d'une formalité substantielle dont l'omission ouvre droit à l'annulation du contrat⁵⁷⁹.

414. Si l'efficacité du droit de rétention effectif ne pose aucun problème au cours de la période d'observation, qu'en est-il en cas d'adoption d'un plan de continuation ?

Une bonne partie de la doctrine⁵⁸⁰ considère qu'en l'absence de dispositions spécifiques à l'opposabilité du droit de rétention effectif dans le cadre d'un plan de continuation, son efficacité résultant de l'article L. 622-7, II, alinéa 2, doit être maintenue.

Cependant, un auteur⁵⁸¹ émet quelques réserves à ce sujet, en raison des délais de paiement imposés par le plan. Il considère que le droit de rétention fondé sur une connexité naturelle suppose que la créance soit exigible. Dès lors, il est permis de douter de la possibilité pour le rétenteur de continuer à opposer son droit de rétention en garantie d'une créance qui, du fait de son exigibilité, est échelonnée par le plan⁵⁸².

Sur cette question, nous rejoignons la position défendue par la majorité de la doctrine. Le droit de rétention ne s'éteignant qu'au moyen du paiement, il nous semble difficile d'envisager un autre mode d'extinction de ce droit, et cela, même si le rétenteur est soumis aux délais du plan. Ainsi, lorsqu'un bien retenu est nécessaire pour la continuation du plan, il faudrait au préalable désintéresser le créancier pour en obtenir la restitution. Comme en période d'observation, le créancier ne devrait être contraint de se dessaisir du bien qu'en contrepartie du paiement complet de sa créance. Engagerait ainsi sa responsabilité le commissaire à l'exécution du plan qui autoriserait le retrait du bien sans au préalable payer le créancier.

415. A contrario, aucune difficulté ne se pose quant à l'efficacité du droit de rétention effectif dans l'hypothèse où un plan de cession est envisagé dans la procédure de sauvegarde⁵⁸³ ou de redressement⁵⁸⁴. Le créancier rétenteur peut, en effet, opposer son droit de rétention au cessionnaire de l'entreprise⁵⁸⁵. Cette opposabilité au tiers acquéreur s'impose qu'il s'agisse de la cession isolée du bien ou de sa transmission dans le cadre d'une cession globale de l'entreprise.

416. Somme toute, le créancier qui retient légitimement un bien utile à la poursuite de l'activité se trouve dans une situation fortement enviable, puisqu'il va pouvoir obtenir un paiement exclusif de sa créance. En effet, le paiement du créancier rétenteur s'effectue indépendamment du

⁵⁷⁹ CA Paris, 19 mai 1995, *D.* 1995, somm. p. 309, obs. A. HONORAT.

⁵⁸⁰ P.-M. LE CORRE, « Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et la règle du concours », art. préc., p. 39 ; C. POURQUIER, « Faculté de rétention et procédures collectives », art. préc., p. 937; Ph. PÉTEL, « Procédure collective et continuation d'activité : comment le gage résiste-t-il ? », *RJ com.* 1994, n° 10, p. 144.

⁵⁸¹ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement, op. cit.*, n° 497.

⁵⁸² V. aussi J. DEVÈZE, « Les créanciers titulaires d'un gage, d'un nantissement ou d'un droit de rétention ». *Rev. Proc. Coll.* 1992/2, pp. 119 et s. sp. p. 128. L'auteur reconnaît la force du droit de rétention durant l'exécution du plan, cependant il soumet le rétenteur au respect des délais du plan.

⁵⁸³ Art. L. 626-1 du Code de commerce.

⁵⁸⁴ Art. L. 631-22 du Code de commerce.

⁵⁸⁵ Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, arrêt préc ; *D. Aff.* 1997, p. 763; *JCP E*, 1997, I, n° 681, obs. M. CABRILLAC; F.-J. CRÉDOT, « La supériorité irréductible du droit de rétention », *LPA*, 28 juillet 1997, n° 90, p. 24.

paiement des créanciers privilégiés et même superprivilégiés tels que les salariés ou, encore, des créanciers postérieurs éligibles au traitement préférentiel. Ainsi, non seulement le rétenteur échappe à la règle de l'interdiction des paiements des créances ; bien plus, il est à l'abri de tout concours.

En l'absence de précision législative, il faudrait considérer que la technique du retrait contre paiement bénéficie au créancier, peu important que le droit de rétention s'exerce sur un meuble ou immeuble. Dès lors qu'un droit de rétention effectif est reconnu à la sûreté, le créancier devrait pouvoir se prévaloir du retrait contre paiement. C'est notamment le cas du gage immobilier⁵⁸⁶. Par ailleurs, il a été soutenu qu'en l'absence de distinction dans le texte, le paiement des créanciers interviendra même si la créance n'est pas encore exigible⁵⁸⁷. Cette solution vient sans doute renforcer la position privilégiée du créancier rétenteur, dans la mesure où il peut être payé avant l'échéance de la créance.

Quoi qu'il en soit, le paiement du rétenteur permet d'éviter qu'un seul créancier ne paralyse le bon déroulement de la procédure par la rétention d'un bien utile.

Les solutions envisagées pour le paiement de créanciers titulaires d'un droit de rétention effectif sont-elles applicables au titulaire d'un droit de rétention fictif ?

B- Le paiement du créancier titulaire d'un droit de rétention fictif

417. Depuis la loi sur la modernisation de l'économie, il existe désormais deux types de créanciers titulaires d'un droit de rétention fictif. D'abord, ceux qui détiennent ce droit en vertu des dispositions spéciales. Ensuite, ceux dont le droit de rétention résulte des dispositions de l'article 2286, 4° du Code civil. Cependant, l'ordonnance du 18 décembre 2008, face aux modifications apportées par la loi sur la modernisation de l'économie, a déclaré inopposable le droit de rétention conféré par l'article susvisé. Cette inopposabilité qui n'est pas sans incidence sur le paiement des créanciers rétenteurs (1) s'étend-elle aux gagistes sans dépossession qui détiennent leur droit de rétention des législations spéciales (2) ?

1- L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil : un frein au paiement du créancier rétenteur

418. Après avoir énoncé le principe de l'interdiction des paiements des créances antérieures et postérieures non éligibles au traitement préférentiel, l'article L. 622-7-I en pose un autre : celui de l'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil. Ce droit de

⁵⁸⁶ C'est la nouvelle appellation de l'antichrèse ; Art. 2391 du Code civil, art. 10, I, 32° à 37° L. n° 2009-526 du 12 mai 2009.

⁵⁸⁷ F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, pp. 651 et s. sp. p. 656.

rétenion étant inopposable pendant toute la période d'observation et celle de l'exécution du plan, le cas des créanciers qui en bénéficient⁵⁸⁸ est réglé.

Comme l'ensemble des créanciers non-méritants, les titulaires d'un droit de rétenion fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil ne peuvent plus, à compter du jugement d'ouverture, espérer un paiement individuel de leur créance. En cas d'adoption d'un plan de continuation, leur paiement se fera conformément aux délais du plan. Au moment de la répartition du prix, ils devront, en cas de vente du bien grevé d'un gage, subir le concours des autres créanciers. Ils seront, en conséquence, primés par tous les créanciers de meilleur rang, et notamment par le superprivilège des salaires.

Par ailleurs, l'inopposabilité du droit de rétenion devrait empêcher au créancier de se prévaloir de la technique du retrait contre paiement. Ainsi, logiquement, le bien pourrait être vendu aux cours des périodes d'observation ou d'exécution du plan. Cependant, si le droit de rétenion est inopposable, le gage ne l'est pas. Leur statut de créancier gagiste devra être respecté. En application des dispositions de l'article L. 622-8 du Code de commerce, le prix correspondant au montant de la créance garantie sera consigné à la Caisse de dépôts et de consignation. Il est donc possible de vendre un bien faisant l'objet d'un gage sans dépossession, à condition de consigner mais non d'utiliser la quote-part correspondant au montant de la créance garantie par le gage⁵⁸⁹.

En définitive, la solution est relativement claire pour les titulaires du droit de rétenion conféré par l'article 2286, 4° du Code civil. En sera-t-il de même pour les créanciers dont le droit de rétenion résulte des législations spéciales ?

2- Le paiement des créanciers titulaires d'un droit de rétenion fictif issu de lois spéciales

419. Pour les créanciers dont le droit de rétenion fictif résulte d'autres dispositions, en l'occurrence le titulaire d'un gage sur les véhicules automobiles⁵⁹⁰ ou encore le bénéficiaire d'un nantissement de compte-titres⁵⁹¹, en principe, la question de l'opposabilité du droit de rétenion ne devrait pas se poser. L'article L. 622-7-I, alinéa 2, susvisé ne déclare inopposable que le droit de rétenion conféré par l'article 2286, 4° du Code civil.

On s'interroge, en revanche, sur la possibilité pour ces créanciers de se prévaloir de la technique du retrait contre paiement. La confusion provient sans doute de la rédaction de l'article L. 622-7-II, alinéa 2, qui fait référence à « *la chose légitimement retenue* ».

⁵⁸⁸ Il s'agit du gagiste sans dépossession de droit commun, du gagiste sur stocks, du gagiste sur l'outillage et le matériel d'équipement professionnel, et éventuellement, les créanciers titulaires d'un warrant agricole (sur cette question v. E. LE CORRE-BROLY, « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », art. préc.

⁵⁸⁹ Sur la vente d'un bien gagé ; cf. ns° 1015 à 1018.

⁵⁹⁰ Art. 2352 du Code civil.

⁵⁹¹ Art. L. 221-20, IV du Code monétaire et financier.

420. Sur cette question, la position de la jurisprudence n'est pas tout à fait claire. Si, dans un arrêt du 9 avril 1991⁵⁹², la Cour de cassation avait refusé de faire application de la technique du retrait contre paiement au profit du créancier titulaire d'un droit de rétention fictif issu d'un warrant agricole et dont le statut est discuté en doctrine⁵⁹³, elle a, quelques années plus tard, dans un arrêt du 31 mai 1994⁵⁹⁴, reconnu l'opposabilité à la procédure collective d'un droit de rétention sur les documents administratifs inhérents à la circulation, tels que des cartes grises de véhicules automobiles, des certificats de jauge ou encore des actes de francisation de bateaux. Cette solution a ensuite été confirmée dans un arrêt du 22 mars 2005⁵⁹⁵.

Peut-on sur la base de ces décisions conclure à la reconnaissance de la technique du retrait contre paiement au profit des rétenteurs fictifs ? Le doute est permis. En effet, conformément à la solution législative⁵⁹⁶, l'opposabilité d'un droit de rétention fictif ne résultant pas de l'article 2286, 4° du Code civil ne devrait plus poser problème⁵⁹⁷. La difficulté ici est de savoir si le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif opposable peut efficacement se prévaloir du retrait contre paiement.

421. L'incertitude est encore plus grande en doctrine. Cette question a en effet provoqué des vives controverses doctrinales.

D'une part, il y a ceux qui sont attachés à la lettre du texte. Ils considèrent que le terme "retrait" implique nécessairement la détention matérielle du bien. Pour retenir il faut au préalable détenir. Ainsi, le titulaire d'un droit de rétention fictif, fut-il opposable, ne peut se prévaloir de la technique du retrait contre paiement dans la mesure où, le bien se trouvant entre les mains du débiteur, il n'exerce aucun pouvoir de blocage sur ce dernier. Dans ce courant doctrinal, on retrouve les professeurs POURQUIER⁵⁹⁸, COQUELET⁵⁹⁹, AYNÈS⁶⁰⁰, JEANTIN et LE CANNU⁶⁰¹.

Madame BOUGEROL-PRUD'HOMME a récemment rejoint ce courant de doctrine. Dans sa thèse, elle défend l'idée que le bien gagé se trouvant entre les mains du débiteur, la poursuite de l'activité

⁵⁹² Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-14.942, *Bull. civ.* IV, n° 131; *JCP E*, 1991, I, 102, n° 19, obs. M. CABRILLAC ; *JCP E*, 1991, II, 232, note P.- M. LE CORRE.

⁵⁹³ V. E. LE CORRE-BROLY, « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », art. préc ; Ch. JUILLET, « Le warrant agricole, les sûretés mobilières spéciales et le droit commun du gage », *D.* 2016, p. 178

⁵⁹⁴ Cass. com., 31 mai 1994, n° 91-20.677, *Bull. civ.* IV, n° 196; *JCP E*, 1995, I, 417, n° 18, obs. M. CABRILLAC.

⁵⁹⁵ Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-12.881, Inédit, *D.* 2005, somm. p. 2089 ; *JCP G*, 2005, I, 135, n° 17, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁵⁹⁶ Art. 622-7-I, al. 1^{er} du Code de commerce.

⁵⁹⁷ F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. préc., p. 656.

⁵⁹⁸ C. POURQUIER, « Faculté de rétention et procédures collectives », art. préc., p. 937; « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD com.* 2000, p. 573. Pour l'auteur le texte (ancien article 33 al. 3, de la loi du 25 janvier 1985, ne s'applique qu'au créancier d'un gage avec dépossession).

⁵⁹⁹ M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, HyperCours Dalloz, 4 éd., 2011, n° 188.

⁶⁰⁰ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G*, 2009, I, 119, ns° 4 et 5.

⁶⁰¹ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2007, n° 374.

ne saurait justifier un quelconque retrait. En conséquence, « l'absence d'utilité du retrait doit conduire à priver tout rétenteur fictif du bénéfice de l'exception à l'interdiction des paiements »⁶⁰².

D'autre part, il y a ceux qui dépassent la lettre du texte. Ils estiment que le retrait contre paiement d'un bien fictivement retenu peut intervenir lorsque le débiteur entend disposer du bien (au cours de la période d'observation ou de l'exécution du plan). Ainsi, le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif autre que celui conféré par l'article 2286, 4° du Code civil, doit pouvoir bénéficier de la technique du retrait contre paiement. Les principaux défenseurs de cette thèse sont les professeurs LE CORRE⁶⁰³ et PÉROCHON⁶⁰⁴.

422. Cette dernière solution⁶⁰⁵ nous paraît la plus convaincante. En effet, l'utilité d'un bien à la procédure collective ne résulte plus uniquement de son utilisation matérielle, mais aussi des liquidités qu'il peut procurer du fait de sa vente. Aussi, le créancier qui exerce son droit de rétention, fût-il fictif, sur un bien nécessaire à la poursuite de l'activité, devrait, en cas de réalisation dudit bien, pouvoir se prévaloir de la technique du retrait contre paiement. En conséquence, aucune vente ne devrait intervenir sans que le créancier ne soit préalablement désintéressé.

Cette analyse suppose alors qu'il faille dépasser la simple lettre du texte qui fait référence au retrait de la chose. Face à ces créanciers, l'objectif n'est pas d'obtenir la restitution matérielle du bien, puisqu'il se trouve déjà entre les mains du débiteur. Le but ici est de libérer juridiquement le bien contre tout obstacle à sa réalisation. Par analogie à la technique du retrait contre paiement, le législateur pourrait ainsi instituer, pour les rétenteurs fictifs, la technique de "la vente contre paiement". Toutefois, cette vente n'a d'intérêt que si le prix du bien est supérieur au montant de la créance du rétenteur.

Nous sommes confortés dans cette analyse par l'article L.622-7, I alinéa 2, qui précise que l'inopposabilité ne s'applique qu'au seul droit de rétention fictif conféré par les dispositions du Code civil. A contrario, le droit de rétention fictif issu des dispositions spéciales reste parfaitement opposable. Le créancier qui en bénéficie peut donc faire valoir ses droits. Il devrait pouvoir s'opposer à la réalisation du bien, si aucun paiement n'a préalablement été effectué.

En pratique, cette solution ne devrait pas poser trop de difficulté, car même si le créancier n'est pas en possession du bien, il bénéficie néanmoins d'un pouvoir de blocage. C'est notamment le cas du gagiste automobile qui, du fait du reçu de la déclaration du gage, est réputé avoir conservé le bien

⁶⁰² L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.*, n° 496.

⁶⁰³ P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 633.31; « Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, pp. 68.

⁶⁰⁴ F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. préc., p. 656 ; *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 614.

⁶⁰⁵ D'autres auteurs considèrent que les titulaires d'un droit de rétention fictif peuvent bénéficier du retrait contre paiement, v. S. PIÉDELIÈVRE, « La mise en œuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 12 ; E. LE CORRE-BROLY, « Le droit de rétention sur documents d'immatriculation », *D. Aff.* 1998, pp. 1802 et 1838.

en sa possession⁶⁰⁶. Il en sera de même pour le créancier nanti sur un compte-titres. En effet, dès lors que la déclaration du nantissement est adressée à l'établissement teneur du compte-titre, le constituant perd la libre disposition des titres financiers⁶⁰⁷.

423. Il résulte que dans les procédures de sauvetage, le paiement exceptionnel du créancier rétenteur doit nécessairement être justifié par la poursuite de l'activité. Lorsque le bien retenu ne favorise pas la poursuite de l'activité, peu important alors que le créancier soit titulaire d'un droit de rétention réel ou fictif, il ne peut prétendre au paiement individuel de sa créance. La situation est plus grave encore pour le titulaire d'un droit de rétention fictif issu de l'article 2286, 4° du Code civil. Son droit de rétention étant inopposable pendant toute la période d'observation et celle de l'exécution du plan, il ne peut plus, à compter du jugement d'ouverture, obtenir le paiement individuel de sa créance. Si le bien gagé se révèle par la suite nécessaire à la poursuite de l'activité, il pourrait être vendu sans que le créancier ne soit payé immédiatement. L'inopposabilité du droit de rétention place le rétenteur dans la position précaire de simple créancier gagiste. En conséquence, il n'échappe pas à la règle de l'interdiction des paiements des créances.

424. Cependant, il existe un bémol lorsque le bien objet de la garantie est compris dans une cession d'activité décidée dans la procédure de sauvegarde, en application de l'article L. 626-1 du Code de commerce, ou dans la procédure de redressement, en application de l'article L. 631-22 dudit Code. Dans ces conditions, le droit de rétention qui était inopposable au débiteur devient opposable au repreneur. Ainsi, le repreneur qui souhaite acquérir un bien fictivement retenu doit préalablement payer le rétenteur⁶⁰⁸. En principe, tant qu'il n'est pas totalement désintéressé, le créancier va pouvoir faire obstacle à la cession du bien gagé. Dans l'hypothèse d'un plan de cession, le créancier peut donc se prévaloir de la technique du retrait contre paiement. Cependant, compte tenu de l'absence du pouvoir de blocage du droit de rétention fictif, un auteur émet quelques réserves à ce sujet⁶⁰⁹.

425. En définitive, en instituant le mécanisme du retrait contre paiement, le législateur français a prévu un moyen pour le créancier rétenteur de se faire payer au cours des procédures de sauvetage, en dépit de la règle de l'interdiction de paiement des créances non-méritantes. Ce mécanisme qui joue fortement en faveur du rétenteur n'est toutefois possible que lorsque le bien dont on veut obtenir le retrait est utile à la poursuite de l'activité. Le paiement exceptionnel du créancier rétenteur est donc subordonné à l'utilité du bien retenu.

⁶⁰⁶ Art. 2352 du Code civil

⁶⁰⁷ Art. L. 211-20 du Code monétaire et financier

⁶⁰⁸ Posée par la jurisprudence v. Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, arrêt préc. *D.* 1997. Somm. p. 312, obs. A. HONORAT ; *D.* 1998. Somm. p. 102, obs. S. PIÉDELIÈVRE; la solution a été confirmée par le législateur dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 le législateur (article L. 622-7, I, al. 2 et article L. 642-12, al. 5 - dans l'hypothèse où le plan de cession est envisagé en liquidation judiciaire-).

⁶⁰⁹ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 7.

426. En revanche, le législateur communautaire africain n'ayant pas prévu de technique similaire au retrait contre paiement, le créancier rétenteur africain ne peut, en théorie et à ce jour, espérer un paiement exceptionnel de sa créance au cours du règlement préventif ou du redressement judiciaire. Sur cette base, le rétenteur devrait être soumis à la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures.

Ce vide juridique est susceptible de causer de nombreuses difficultés pratiques. En effet, que faut-il décider si un bien retenu par un créancier se révèle nécessaire à la poursuite de l'activité ? La question se pose d'autant plus que le droit de rétention n'étant plus assimilé au gage, le créancier ne peut plus être contraint de s'en dessaisir notamment par une substitution de garantie. Doit-on alors laisser un seul créancier compromettre le sauvetage de toute une entreprise ? Autant d'interrogations qui demeurent malheureusement sans réponse à ce jour.

427. En tenant compte des finalités du droit des entreprises en difficulté, et notamment de l'objectif de sauvetage des entreprises, on pourrait hésiter à admettre une réponse positive. Il faudrait, en revanche, envisager l'application des solutions prévues en droit français. Une fois de plus, nous exprimons notre déception au regard de la réforme de l'AUPC. Nous espérons que celle-ci apporterait des solutions à ce sujet.

Quoi qu'il en soit, lorsqu'il est question du paiement exceptionnel du créancier rétenteur dans les procédures de sauvetage, le législateur français conserve une longueur d'avance sur le législateur communautaire africain. Le constat est-il le même dans le cadre de la procédure de liquidation ?

Paragraphe 2/ Le paiement du créancier rétenteur dans les procédures de liquidation des deux législations

428. Les législations française et africaine prévoient toutes les deux la possibilité pour le créancier rétenteur de se faire payer dans la procédure de liquidation. Dans cette procédure, le paiement du créancier n'est plus uniquement conditionné par la poursuite de l'activité. Il peut aussi être autorisé dans le but de faciliter l'apurement du passif du débiteur. Le désintéressement du créancier peut se faire de deux manières. Il peut résulter d'un paiement en espèces (A) ou encore d'un paiement en nature (B).

A- Le paiement en espèces du créancier rétenteur

429. Le paiement en espèces s'oppose au paiement en nature. Il se fait par la remise au créancier d'une somme d'argent correspondant au montant de sa créance. Aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, le paiement en espèces des créanciers est soumis à une autorisation judiciaire préalable. Ce paiement ne nécessite pas le consentement du créancier. Ce dernier est

généralement contraint de se dessaisir du bien retenu en contrepartie du paiement complet de sa créance.

En droit français, deux moyens permettent au créancier rétenteur d'obtenir le paiement de sa créance au cours de la liquidation judiciaire (1). En revanche, le législateur OHADA n'envisage qu'une seule hypothèse de paiement (2).

1- Les modalités de paiement du créancier rétenteur en droit français

Dans la liquidation judiciaire, le paiement en espèces du rétenteur intervient deux hypothèses soit en cas de retrait (a) ou en cas de vente du bien (b).

a- Le retrait du bien

430. L'article L. 641-3, alinéa 2, du Code de commerce permet au juge-commissaire d'autoriser le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné un, à payer une créance antérieure pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue. Il s'agit là d'une transposition à la liquidation judiciaire des exceptions posées au principe de l'interdiction des paiements des créances. Le texte ne précise pas s'il s'applique au droit de rétention fictif ou réel. De plus, le législateur n'effectue aucun renvoi aux dispositions de l'article L. 622-7, I, alinéa 1^{er}, faisant référence à l'opposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286, 4^o du Code civil. Ce droit de rétention est donc pleinement efficace dans la liquidation judiciaire. On peut ainsi déduire que dans la procédure de liquidation, le bénéfice du retrait contre paiement est reconnu à l'ensemble des créanciers rétenteurs, peu important que la rétention soit réelle ou fictive.

431. Le retrait contre paiement du créancier titulaire d'un droit de rétention effectif ne pose a priori aucune difficulté. Il obéit au même régime que celui que nous avons étudié pour les procédures de sauvetage, à la différence que dans la liquidation judiciaire, le retrait contre paiement n'est plus subordonné à la seule utilité du bien pour la poursuite de l'activité. Il peut également être justifié pour les besoins de la liquidation ; c'est le cas lorsqu'aucune cession n'est envisagée. Ainsi, lorsque le retrait n'est pas justifié par la poursuite de l'activité, il doit néanmoins être opportun⁶¹⁰. Le bien dont il s'agit d'obtenir la restitution doit avoir un intérêt particulier pour la liquidation. Pour que le juge-commissaire autorise l'administrateur ou le liquidateur à payer un créancier antérieur, il faudrait, par exemple que le bien retenu soit d'une grande valeur marchande et donc susceptible de procurer des liquidités à l'entreprise. À défaut, le prix de vente du bien doit au moins être supérieur à la créance du rétenteur. Comme l'a souligné un auteur⁶¹¹, le retrait contre paiement doit permettre au liquidateur de réaliser le bien dans les meilleures conditions.

⁶¹⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°1206.

⁶¹¹ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *op. cit.*, n° 8.

Si le retrait contre paiement n'est motivé par aucune de ces raisons, nous percevons difficilement ce qui peut pousser le juge-commissaire à autoriser le paiement exceptionnel du créancier rétenteur. En effet, dans ce cas, le retrait contre paiement ne bénéficie ni à l'entreprise ni aux autres créanciers. Le paiement du créancier ne présente ici aucun intérêt. Dans tous les cas, le juge-commissaire doit s'assurer qu'il dispose des fonds suffisants pour autoriser le retrait.

432. Le problème qui se pose à nouveau est celui de la reconnaissance, au profit des créanciers titulaires d'un droit de rétention fictif, de la technique du retrait contre paiement, peu important ici que ce droit leur soit conféré par des lois spéciales ou par les dispositions de l'article 2286, 4° du Code civil. En effet, ce dernier étant opposable dans la liquidation judiciaire, il n'y a plus lieu de distinguer entre les différentes rétentions fictives.

Comme dans les procédures de sauvetage, certains considèrent que le retrait contre paiement est difficilement conciliable avec un droit de rétention fictif⁶¹², tandis que d'autres n'y voient aucun obstacle⁶¹³, si l'initiative est prise par le mandataire habilité⁶¹⁴.

Au-delà de ces querelles doctrinales, nous pensons que dans la liquidation judiciaire, le problème est tout autre. Comme nous l'avons vu, pour les bénéficiaires d'un droit de rétention fictif, la question du retrait contre paiement se pose véritablement au moment de la réalisation du bien. Or, le problème ne devrait a priori pas se poser dans la procédure de liquidation. En effet, le liquidateur peut, en raison du mécanisme du report du droit de rétention sur le prix de vente, procéder, sous certaines conditions, à la réalisation du bien, sans pour autant que le créancier ne soit préalablement désintéressé. À notre sens, sauf éventuellement dans la liquidation judiciaire simplifiée, en raison de la durée limitée de cette procédure⁶¹⁵, il nous paraît bien difficile de comprendre les raisons qui pourraient pousser le juge-commissaire à autoriser le retrait d'un bien fictivement retenu, en contrepartie du paiement d'un créancier.

433. Dans tous les cas, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Ainsi, en attendant que la jurisprudence tranche le débat, il convient de reconnaître ce droit à tous les créanciers rétenteurs, peu important que leur droit de rétention soit effectif ou fictif.

Il existe cependant des incertitudes quant à l'application du retrait contre paiement lorsque le droit de rétention s'exerce sur des immeubles. Alors que le législateur se contente de viser la chose légitimement retenue, sans aucune autre précision, la jurisprudence a, quant à elle, refusé

⁶¹² L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op. cit.*, n° 498; A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 8.

⁶¹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°1356 ; P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 563.62 ; Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. - Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 » *JCP E*, 2009, 1049, n° 52.

⁶¹⁴ F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. préc., p. 657; « À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.* mars- avril 2009, du 8 au 10 mars 2009, *Doctr.*, p. 796.

⁶¹⁵ Selon l'article L. 644-5 la liquidation judiciaire simplifiée dure maximum un an et peut être prorogée pour une durée qui ne peut excéder trois mois.

l'application du retrait contre paiement au profit du rétenteur d'un immeuble⁶¹⁶. Une partie de la doctrine⁶¹⁷ considère que cette solution qui a été rendue sous l'empire de la législation antérieure⁶¹⁸, devrait être abandonnée dans la mesure où elle est difficilement justifiable au regard des textes. Même lorsque le créancier n'a pas reçu le paiement de sa créance par le biais de la technique du retrait contre paiement, il peut encore l'obtenir dans l'hypothèse d'une réalisation du bien par le liquidateur.

b- La vente du bien

434. Selon les dispositions de l'article L. 642-20-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, à défaut du retrait du gage ou de la chose légitimement retenue, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement ouvrant la liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation du bien. Le liquidateur est tenu de notifier cette autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation. Sauf en cas de recours, le créancier est tenu de se dessaisir du bien entre les mains du liquidateur pour qu'il soit procédé à la vente. Cette réalisation est suivie du report du droit de rétention sur le prix⁶¹⁹.

Pour éviter la situation de paralysie pouvant résulter de la rétention d'un bien par un créancier, le juge-commissaire peut autoriser le liquidateur à réaliser ce bien. D'une manière générale, il est admis que le report du droit de rétention sur le prix interviendra lorsque le juge-commissaire n'a pas autorisé le retrait contre paiement, soit parce qu'il ne l'a pas jugé utile, soit parce que le liquidateur ne disposait pas de fonds suffisants pour payer le créancier rétenteur. Dans ce dernier cas, le report du droit de rétention sur le prix apparaît comme une mesure qui vise à favoriser la réalisation des actifs.

Le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix suscite néanmoins deux interrogations. La première est relative à sa nature (b-1), tandis que la seconde concerne ses bénéficiaires (b-2).

b-1) La nature du mécanisme du report du droit de rétention sur le prix de vente

435. L'analyse du mécanisme du report du droit de rétention sur le prix suscite quelques divergences au sein de la doctrine.

⁶¹⁶ Cass. civ. 3^e, 23 octobre 2002, n° 98-18.109, *Bull. civ.* III, n° 209 ; *JCP E*, 2003, 194, n° 7, obs. M. CABRILLAC ; *JCP G*, 2003, I, 124, n° 13, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁶¹⁷ A. AYNÈS, *Le droit de rétention : Unité ou pluralité*, *op. cit.*, n° 377 ; Cass. civ. 3^e, 23 octobre 2002, arrêt préc ; F. MACORIG-VENIER, « Immeuble et droit de rétention » in *Mél. R. SAINT-ALARY*, 2006, pp. 333 et s., sp. pp. 349 et 350 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1206.

⁶¹⁸ Avant la loi du 12 mai 2009, consacrant le gage immobilier, cette sûreté était exclusivement mobilière.

⁶¹⁹ Art. L. 642-20-1, al. 3 du Code de commerce. Le législateur reprend là une ancienne solution jurisprudentielle ; Cass. com., 4 juillet 1962, *JCP G*, 1962, II, 12885.

Un premier courant doctrinal analyse le mécanisme comme une hypothèse de subrogation réelle⁶²⁰. Dans le même sens, un auteur⁶²¹ affirme que la subrogation de la créance du prix au bien initialement retenu dans le droit de rétention ne saurait conférer au rétenteur un droit de recevoir une partie de ce prix. Ainsi, le report du droit de rétention sur le prix permet seulement de créer un pouvoir de blocage indirect du rétenteur sur la créance de prix s'exerçant par l'intermédiaire de l'acheteur qui en est le débiteur. Ce blocage aboutirait, en pratique, au désintéressement du rétenteur avant tout autre créancier.

En revanche, un autre courant doctrinal voit dans le report du droit de rétention sur le prix une substitution de garantie qui remplace le droit de rétention par un droit à la préférence absolue⁶²². Le mécanisme suppose la modification de la nature même du droit de rétention qui passerait ainsi d'un droit exclusif de tout concours à un droit de préférence absolu sur la valeur du bien. Le rétenteur serait donc payé dans le concours mais en priorité absolue⁶²³. Dans le même sens, une partie de la doctrine considère le report du droit de rétention sur le prix comme la reconnaissance, au bénéfice de rétenteur dessaisi, d'un droit de préférence de premier rang⁶²⁴.

Par ailleurs, pour d'autres auteurs⁶²⁵, la solution est mitigée. Ceux-ci voient, dans le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix, aussi bien la manifestation du jeu de la subrogation réelle que la reconnaissance au bénéfice des rétenteurs d'un privilège.

436. Quelle que soit la solution qu'on retient, le report du droit de rétention sur le prix apparaît comme un mécanisme qui préserve largement les intérêts du créancier rétenteur. En effet, peu

⁶²⁰ Dans ce sens v. M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, préf. A. BRETON, Th. Alger, 1952, t.1, p. 66; J. NECTOUX, note sous Cass. com., 4 juillet 1962, *JCP G*, 1962, II, 12885; L'auteur atténue tout de même sa position puisqu'il affirme ensuite qu'il « s'opère alors une compensation légale comme toutes les fois que le droit de rétention porte sur une somme d'argent, de sorte qu'automatiquement le créancier gagiste est payé le premier et passe avant le Trésor »; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1207; A. MARTIN-SERF, obs. sur Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-10.784, *Bull. civ.* IV, n° 288; *RTD com.* 1992, p. 464; L'auteur affirme qu'« il n'est plus question du rang de son privilège mais d'une situation particulière réservée à un créancier à qui est conféré un pouvoir particulièrement fort - le droit de rétention- qui par un mécanisme de subrogation organisée par la loi s'étend au prix provenant de la vente »; C. POURQUIER, « Faculté de rétention et procédures collectives », *art. préc.*, p. 938; V. également, M. BOURASSIN, V. REMOND, M.- N. JOBARD-BACHELLIE, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 2667. Ces auteurs affirment que par le jeu de la subrogation réelle, le droit de rétention est remplacé par un véritable privilège, peu important qu'il soit ou non lié à un gage avec dépossession ou qu'il soit, selon la jurisprudence, réel ou fictif.

⁶²¹ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, op. cit., n° 411.

⁶²² G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987, n° 57; Le droit de rétention qui est reporté sur le prix se transforme de facto en droit de préférence doté de priorité absolue; La jurisprudence reconnaît au rétenteurs le droit d'être payé avant le salariés super- privilégiés.

⁶²³ J. MESTRE, E. PUTMAN, et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHÉSTIN, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 80; Les auteurs considèrent que le texte confère au rétenteur un droit d'exclure, ou droit de non-concours. Ils opposent cette analyse à celle d'un simple droit de préférence, en l'occurrence primé par le superprivilège.

⁶²⁴ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op. cit., 644; Pour ces auteurs, la règle du report du droit de rétention sur le prix « dissimule en réalité, la substitution d'un véritable privilège de premier rang au droit de rétention »; A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, op. cit., n° 377; L'auteur évoque un « droit prioritaire sur le prix »; « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *art. préc.*, n° 8.

⁶²⁵ Y. GUYON, *Droit des Affaires*, t.2, *Entreprises en difficultés-Redressement judiciaire-Faillite*, 9e éd., Economica, 2003, ns° 1344 et s; G. RIPERT et R. ROBOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 17e éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 2004, n° 3259.

important que le paiement soit exclusif de tout concours ou non, le rétenteur va bénéficier d'une priorité de paiement sur le prix de vente⁶²⁶, puisqu'il sera désintéressé avant tous les autres créanciers de meilleur rang, et même avant les créanciers superprivilégiés⁶²⁷. En pratique, cela aboutit à une sorte de paiement exclusif, puisque l'existence d'autres créanciers n'a aucune incidence sur le paiement du rétenteur. Le droit de rétention est donc parfaitement respecté.

Mais à qui le mécanisme profite-t-il réellement ?

b-2) Les bénéficiaires du report du droit de rétention sur le prix

437. Comme pour la technique du retrait contre paiement, le texte ne fait aucune différence entre les créanciers. Le législateur fait simplement référence à la chose gagée ou « *légitimement retenue* ». Il n'y a pas lieu de distinguer là où le texte ne distingue pas. Il faut alors considérer que le mécanisme s'applique à tous les créanciers rétenteurs. Mais là encore, il existe quelques divergences doctrinales. Alors qu'un auteur émet des réserves sur la reconnaissance de cette mesure aux titulaires d'un droit de rétention fictif⁶²⁸, un autre considère, en revanche, que la mesure ne devrait s'appliquer qu'à ces créanciers⁶²⁹.

Mais, en réalité, la question ne devrait plus se poser puisque la jurisprudence a déjà tranché le débat. La Cour de cassation a affirmé l'applicabilité de cette mesure au gagiste automobile⁶³⁰. En cas de réalisation forcée d'un véhicule automobile, le titulaire d'un gage sur le bien voit donc son droit de rétention se reporter sur le produit de la réalisation. La haute Cour a récemment confirmé la solution à propos du bénéficiaire d'un warrant agricole sans dépossession⁶³¹. La solution devrait donc pouvoir s'étendre à tous les créanciers titulaires d'un droit de rétention fictif, même lorsque celui-ci résulte de l'article 2286, 4° du Code civil. On peut donc conclure que le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix s'applique à tous les créanciers bénéficiaires d'un droit de rétention réel ou fictif.

438. Par ailleurs, la réalisation du bien peut être faite par le créancier lui-même. L'article L. 643-2 du Code de commerce autorise en effet certains créanciers dont le gagiste, à exercer leur droit de poursuite individuel dès lors qu'ils ont déclaré leur créance, si le débiteur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement de liquidation judiciaire. Cette mesure permet de pallier l'inertie du liquidateur. Le gagiste- rétenteur qui ne veut

⁶²⁶ V. Cass. com., 21 mars 2006, JurisData n° 2006-032837; *JCP G*, 2006, I, 195, n° 15, obs. Ph. DELEBECQUE; *RLDC* 2006/33, n° 2037, obs. A. AYNÈS.

⁶²⁷ Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-10.784, *Bull. civ.* IV, n° 288 ; *RTD com.* 1992, p. 464, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E*, 1992, I, 138, n° 25, obs. M. CABRILLAC.

⁶²⁸ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 8.

⁶²⁹ P.-M. LE CORRE, « Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », art. préc., p. 68; Pour l'auteur « le report sur le prix suppose un droit de rétention fictif »

⁶³⁰ Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-10.784, arrêt préc.; *JCP G*, 1992, I, 3623, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁶³¹ Cass. com., 26 janvier 2010, n° 08-21.340, Inédit, *D.* 2011, pan. 413, obs. P. CROCQ; *JCP G*, 2010, 708, n°18, obs. Ph. DELEBECQUE.

plus demeurer dans une situation passive peut demander la réalisation forcée du bien. Dans cette hypothèse, le droit de rétention ne se reporte pas sur le prix de vente. Au contraire, la vente fait perdre au créancier le bénéfice de son droit de rétention. Il sera alors considéré comme un simple gagiste et pourra se prévaloir de son droit de préférence sur le prix de la réalisation. Dans cette situation, le créancier qui s'expose au concours des autres créanciers, est payé selon le rang de sa créance en application des dispositions de l'article L. 641-13 du Code de commerce. Il sera en conséquence primé par les créanciers de meilleur rang, et notamment par le superprivilège des salaires. En revanche, le rétenteur autonome ne peut se prévaloir de cette mesure. Ne bénéficiant pas d'un droit de préférence, il ne peut procéder à la réalisation du bien. Assurément, la vente du bien lui fera perdre son droit de rétention⁶³².

439. En définitive, dans la liquidation judiciaire, le créancier rétenteur dispose de plusieurs moyens pour obtenir le paiement individuel et exceptionnel de sa créance. Mais, en réalité, la technique du retrait contre paiement et celle du report du droit de rétention sur le prix sont des mesures alternatives et non-cumulables. Le report du droit de rétention sur le prix ne se fera qu'en l'absence de mise en œuvre du retrait contre paiement.

Nous pensons que le retrait contre paiement devrait surtout bénéficier au créancier titulaire d'un droit de rétention réel, tandis que celui qui bénéficie d'un droit de rétention fictif pourra surtout se prévaloir du report du droit de rétention sur le prix de vente. Dans tous les cas, le législateur français assure l'efficacité du droit de rétention tout en permettant une meilleure réalisation des actifs. Il concilie, de cette manière, les intérêts en présence.

Qu'en est-il du paiement du créancier rétenteur africain ?

2- Les modalités de paiement du créancier rétenteur en droit OHADA

440. Le législateur OHADA n'a pas posé de manière explicite un principe interdisant le paiement des créances antérieures dans la liquidation des biens. Cependant, dans les dispositions qui régissent cette procédure, on retrouve un texte dont l'interprétation a contrario pourrait conduire à l'admission d'un tel principe. Aux termes des dispositions de l'article 149, alinéa 1^{er} de l'AUPC, « *Le syndic, autorisé par le juge-commissaire peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage, le nantissement ou le droit de rétention conventionnel constitué sur un bien du débiteur* ».

À notre avis, le remboursement de la dette n'est rien d'autre que le paiement individuel d'un créancier. Le syndic qui souhaite procéder au paiement d'un créancier doit au préalable obtenir l'autorisation du juge-commissaire. Or, soumettre ainsi le paiement d'un créancier à l'autorisation du juge-commissaire laisse penser qu'il s'agit bien d'une mission exceptionnelle qui dépasse l'étendue

⁶³² Cass. com., 15 janvier 1957, D. 1957, p. 267, note HÉMARD.

des pouvoirs conférés au syndic⁶³³. Sur la base de ce texte, on peut donc supposer qu'à l'image du droit français, le législateur communautaire africain a entendu limiter la perte des actifs du débiteur, de sorte que le paiement individuel des créanciers antérieurs n'intervienne qu'à titre exceptionnel.

441. Par ailleurs, plus que l'admission d'un principe interdisant le paiement des créances antérieures, ce texte renvoie surtout à l'idée du retrait contre paiement tel que conçu en droit français. Il autorise en effet le syndic à retirer un bien gagé, nanti ou retenu en contrepartie du remboursement de la dette du créancier.

Il convient ainsi d'analyser la portée de ce texte en étudiant, d'une part, son domaine d'application (a) et, d'autre part, les conditions du remboursement de la dette (b).

a- Le domaine d'application du texte

442. Ce qui nous intéresse dans ce texte, c'est notamment son application au droit de rétention. Ainsi, pour commencer, il nous faut préciser que l'article 149, alinéa 1^{er}, a fait l'objet d'une modification lors de la réforme de l'AUPC. En effet, si le texte vise aujourd'hui les biens gagés, nantis ou retenus, il ne s'appliquait, dans sa rédaction antérieure, qu'au gage et au nantissement. Il ne faisait en revanche aucune mention au droit de rétention. Cette situation avait amené la doctrine à s'interroger sur l'application de ce texte au rétenteur autonome.

En faveur de son extension au rétenteur, un auteur⁶³⁴ avait considéré que le texte devait s'appliquer au simple créancier rétenteur dont la garantie primaire a été élevée, par le législateur communautaire africain, au rang de sûreté à part entière, assimilable au gage.

Une solution contraire était difficilement envisageable. Le droit de rétention ayant longtemps été assimilé au gage, le créancier rétenteur bénéficiait des mêmes prérogatives que le créancier gagiste. C'est donc logiquement que le texte devait s'appliquer au droit de rétention autonome. Par ailleurs, avec la réforme de l'AUS, le législateur avait, en supprimant l'assimilation du droit de rétention au gage, reconnu au rétenteur la faculté de retenir le bien du débiteur jusqu'au complet paiement de créance⁶³⁵. Transposé au droit des procédures collectives, rien ne saurait justifier un dessaisissement du créancier au mépris de son droit de rétention.

Avec la réforme, les choses changent. L'article 149, alinéa 1^{er}, de l'AUPC ajoute le droit de rétention conventionnel à l'énumération des sûretés pour lesquelles le syndic peut être autorisé par le juge-commissaire à payer une créance antérieure pour retirer le bien concerné. Le créancier rétenteur peut désormais se prévaloir de la technique du retrait contre paiement.

⁶³³ Art. 147, al.1^{er} de l'AUPC, le syndic poursuit seul la vente des marchandises et meubles du débiteur, le recouvrement des créances et le règlement des dettes de celui-ci.

⁶³⁴ J.-C, JAMES, « Le droit de rétention en droit uniforme africain », *Afrique juridique et politique, La revue du CERDIP*, vol. 1, n° 2, juillet- décembre 2002, p. 3.

⁶³⁵ Cf. art 67 de l'AUS.

Nous nous réjouissons de ce que le législateur ait, par cette innovation, pris en compte la réforme de l'AUS. Un bémol existe cependant car il a limité l'application du texte au seul droit de rétention conventionnel. Limitation qui nous est difficilement explicable car, en pratique, elle risquerait de créer des complications dont on aurait pu se passer si le législateur avait seulement cité le droit de rétention sans aucune distinction. L'avenir nous en dira certainement plus.

Dans tous les cas, cette disposition qui s'applique désormais au droit de rétention conventionnel devrait permettre au créancier rétenteur d'obtenir le paiement individuel de sa créance, dès lors que le bien retenu présente un intérêt pour la masse. De cette manière, le créancier va pouvoir échapper à la loi du concours et bénéficier d'un paiement exclusif, indépendamment des dispositions des articles 166 et 167 de l'AUPC. Le retrait contre paiement permet en outre d'éviter la paralysie qui pourrait découler de la rétention du bien par un créancier.

443. Le texte s'applique par ailleurs au gage et au nantissement. Son application au gage nous semble tout à fait logique puisque le gage, du moins avec dépossession, est assorti d'un droit de rétention réel. Le créancier exerce donc une emprise matérielle sur le bien. En revanche, l'application de ce texte au nantissement nous paraît surprenante. Les bénéficiaires d'un nantissement n'ont en effet aucune emprise matérielle sur le bien grevé. De plus, la grande majorité des créanciers nantis ne sont pas assortis d'un droit de rétention, à l'exception du créancier nanti sur un compte de titres financiers⁶³⁶. Quoiqu'il en soit, c'est la solution admise par le législateur.

444. L'examen du domaine de l'article 149, alinéa 1^{er}, de l'AUPC étant déterminé, il convient à présent d'étudier les conditions du remboursement de la dette du créancier.

b- Les conditions du remboursement de la dette

À l'analyse des dispositions de l'article 149, alinéa 1^{er}, de l'AUPC, deux conditions se dégagent ; d'une part, l'autorisation du juge-commissaire et, d'autre part, le retrait effectué au profit de la masse.

b-1) L'autorisation du juge-commissaire

445. Comme en droit français, le paiement des créanciers est subordonné à l'autorisation du juge-commissaire. La demande en remboursement de la dette est introduite sur requête par le syndic qui joue ici le rôle du liquidateur. Le juge-commissaire qui estime que la demande est justifiée, autorise alors le syndic à payer le créancier pour retirer le bien concerné. Le texte ne précise pas le délai dans lequel la demande doit être présentée.

⁶³⁶ Art. 141 de l'AUS.

b-2) Un retrait au profit de la masse

446. Pour autoriser le syndic à payer un créancier, le juge-commissaire apprécie l'opportunité du retrait. Celui-ci doit s'effectuer au profit de la masse.

Que faut-il entendre par la masse ?

L'alinéa 1^{er} de l'article 72 de l'AUPC dispose que « *la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager* ».

La masse est donc constituée par les créanciers du débiteur. L'alinéa 3 de l'article précité précise que « *La masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69 ci-dessus* ».

Les créanciers formant la masse sont donc ceux dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture et qui devront accomplir toutes les formalités résultant de l'ouverture d'une procédure collective.

En droit OHADA, la masse est le critère de distinction entre les créanciers⁶³⁷. Il y a d'une part les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture qui sont les créanciers formant la masse ou créanciers dans la masse. En principe, les créanciers subissent toutes les règles de la discipline collective. Aux créanciers dans la masse on oppose les créanciers contre la masse ou créanciers de la masse. Il s'agit des créanciers postérieurs soumis à un régime plus favorable. Une troisième catégorie est composée des créanciers hors de la masse. Il s'agit des créanciers antérieurs mais dont la créance n'est pas régulièrement constituée.

Quoi qu'il en soit, il est admis que la masse des créanciers est une personne morale dotée d'un patrimoine propre⁶³⁸. Ce patrimoine est constitué par les biens du débiteur.

447. Pour revenir au paiement du débiteur, le retrait doit être fait au profit de la masse ; c'est-à-dire au profit des créanciers antérieurs réguliers. À l'instar du droit français, le texte ne prévoit pas que le retrait doit être justifié par la poursuite de l'activité. Cette solution est logique, puisque l'ouverture d'une procédure de liquidation suppose que l'entreprise n'a pu être redressée entre les mains du débiteur. Le retrait peut donc être justifié par plusieurs raisons, par exemple pour inclure le bien dans une cession d'actifs ou encore pour favoriser les opérations de liquidation.

Mais, dans tous les cas, le retrait doit profiter à la masse. Pour cela, le juge-commissaire doit s'assurer que le montant de la dette du créancier est inférieur à la valeur du bien à retirer, de sorte que la vente dudit bien permette un meilleur désintéressement des créanciers formant la masse.

⁶³⁷ C'était également le cas en France sous l'empire des législations antérieures à 1985.

⁶³⁸ H. SALEY SIDIBÉ, *Le sort des créances postérieures en droit français et en droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, op. cit., ns° 29 et 396 et s.

Le retrait doit en effet présenter un réel intérêt pour les créanciers de la masse. Nous pensons que la seule justification au retrait réside dans la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette. En cas de différence considérable, le juge-commissaire a tout intérêt à donner son approbation. Dans le cas contraire, il devrait refuser l'autorisation au syndic.

448. Au demeurant, l'alinéa 2 de l'article 149 précise que « *Si, dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou du nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic* ». Ce texte amène à formuler quelques observations.

D'abord, il en résulte que le législateur autorise la vente de biens gagés ou nantis au cours de la procédure de liquidation. En revanche, il n'est nullement fait mention du droit de rétention. Cela peut laisser supposer qu'il est impossible de vendre un bien retenu au cours de ladite procédure. Ensuite, à la différence du législateur français, le législateur OHADA n'envisage pas la possibilité d'un report du droit de rétention sur le prix en cas de vente d'un bien gagé.

449. Ce vide juridique est susceptible de paralyser le déroulement des opérations de liquidation. En effet, le bien retenu ne pouvant être vendu, que faut-il décider lorsque le syndic ne dispose pas de fonds suffisants pour retirer le bien en contrepartie du paiement du créancier rétenteur ?

Pour pallier au silence de l'AUPC, on pourrait éventuellement faire application des dispositions de l'article 70 de l'AUS qui, d'une part, autorise la vente de bien retenu à certaines conditions et, d'autre part, prévoit que dans ce cas le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné. Ainsi, même si le texte n'envisage la possibilité de vendre un bien retenu que lorsque l'état ou la nature périssable dudit bien le justifie, ou encore si les frais occasionnés par sa garde son hors de proportion avec sa valeur, on pourrait décider que, dans le cadre de la liquidation des biens la vente du bien retenu est possible lorsqu'il s'agit d'éviter la paralysie de la procédure. De cette manière, il y a respect des différents intérêts en présence. En effet, on évite le blocage des opérations de liquidation et on préserve les droits du créancier rétenteur.

En tout état de cause, malgré la réforme de l'AUPC, le législateur OHADA ne s'est pas aligné au droit français en posant, dans le cadre de la liquidation des biens, l'application du principe du report du droit de rétention sur le prix. Il ne reste plus qu'à espérer que la jurisprudence se prononce sur la question. Comme l'indique un auteur⁶³⁹, « Elle peut soit confirmer une fragilisation évidente de la situation du créancier rétenteur, soit alors s'incliner devant sa supériorité naturelle découlant de l'emprise matérielle qu'il exerce sur le bien, et qui devrait conduire le syndic à le désintéresser en

⁶³⁹ J.-C. JAMES, « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p. 1112, n° 37.

priorité s'il souhaite réaliser sa sûreté au profit de la masse des créanciers ». En l'état actuel du droit commun, nous pensons que si les juges avaient à se prononcer sur cette question, ils pencheraient en faveur de la reconnaissance de la supériorité du droit de rétention.

450. Enfin, l'alinéa 2 de l'article 149 de l'AUPC prévoit que si dans un délai de trois mois à compter de la liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le bien gagé ou nanti ou procédé à sa réalisation, les créanciers gagistes ou nantis peuvent reprendre leur droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic. Si, pour les créanciers nantis et gagistes dépourvus d'un droit de rétention, ce texte peut avoir un intérêt dans la mesure où ils vont pouvoir faire jouer leur droit de préférence sur le prix de réalisation du bien, pour les créanciers gagistes avec dépossession, l'intérêt de ce texte est beaucoup moindre. En effet, s'ils peuvent, eux aussi, se prévaloir d'un droit de préférence sur le prix de vente, la réalisation du bien gagé s'apparente néanmoins à un dessaisissement volontaire et, donc, à une perte de leur droit de rétention. De cette manière, ils renoncent à leur statut de créanciers exclusifs et s'exposent au paiement préférentiel.

451. Nous venons de voir les moyens par lesquels le créancier rétenteur peut obtenir le paiement en espèces de sa créance, et cela, en dépit de l'interdiction législative de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture. Le désintéressement du créancier se fait donc, qu'il s'agisse du retrait contre paiement ou du report du droit de rétention sur le prix, par le versement d'une somme d'argent correspondant au montant de sa créance.

Il existe toutefois un autre moyen permettant au rétenteur d'échapper à l'interdiction législative. Le créancier peut, en effet, introduire auprès d'un juge-commissaire une demande en attribution du bien. En cas d'accord, l'attribution judiciaire s'analyse alors comme un paiement en nature, puisque le créancier sera payé à hauteur de la valeur du bien.

B- Le paiement en nature du créancier rétenteur

452. Dans la procédure de liquidation, le créancier, à défaut du paiement en espèces, a la possibilité d'obtenir un paiement en nature. Nous verrons d'abord la situation en droit français (1) avant de nous pencher sur le droit OHADA (2).

1- Le paiement en nature du créancier rétenteur en droit français

Le paiement en nature s'effectue au moyen d'une demande en attribution judiciaire dont il nous faut déterminer les bénéficiaires (a) ainsi que les modalités d'attribution (b).

a- Les bénéficiaires de l'attribution judiciaire

453. Il convient au préalable de noter que, contrairement au paiement en espèces qui se fait à la demande du liquidateur ou de l'administrateur judiciaire lorsqu'il en a été désigné un, le paiement en nature s'effectue sur demande du créancier.

En droit commun, le créancier gagiste impayé peut solliciter l'attribution judiciaire du bien gagé. Cette prérogative lui est offerte par l'article 2347 du Code civil qui précise que « *Le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement* ». Sauf exclusion expresse par un texte spéciale, l'attribution judiciaire s'applique à toutes les sûretés classiques, y compris les hypothèques⁶⁴⁰ et le gage immobilier⁶⁴¹.

En droit des procédures collectives, contrairement au pacte comissoire dont la mise en œuvre est impossible, l'attribution judiciaire du bien est ouverte au créancier mais uniquement dans la liquidation judiciaire. L'alinéa 2 de l'article L. 642-20-1 du Code de commerce précise que le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire du bien.

454. Ce texte qui fait référence au seul créancier gagiste peut-il s'étendre au rétenteur autonome ?

Un fort courant doctrinal avait lié l'attribution judiciaire au droit de rétention⁶⁴². Pour les partisans de cette thèse, cette dation en paiement qui assure au créancier l'exclusivité du bien ne se justifie que par la mainmise effective de son bénéficiaire sur la chose. Aussi, la primauté du droit de rétention étant admise, l'attribution judiciaire constitue le prolongement naturel qui permet de sortir de la situation de blocage qu'il engendre.

Un autre courant de doctrine lie, en revanche, l'attribution judiciaire au gage et non au droit de rétention⁶⁴³. L'attribution n'est pas liée au droit de rétention puisqu'elle peut bénéficier aux créanciers non titulaires d'un droit de rétention. Les défenseurs de cette thèse soutiennent que ce n'est pas l'attribution judiciaire qui constitue le prolongement du droit de rétention, mais bien l'inverse étant donné que la rétention est une des techniques qui facilitent l'attribution.

Quant à la jurisprudence, elle s'est prononcée dans un arrêt du 5 avril 1994⁶⁴⁴. Dans cette décision, le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir subordonné la possibilité d'une attribution judiciaire à l'existence d'un droit de rétention. Ainsi, même pour la Cour de cassation, les créanciers rétenteurs non-gagistes ne peuvent solliciter l'attribution judiciaire du bien⁶⁴⁵.

Nous rejoignons cette dernière position qui consiste à lier l'attribution judiciaire au gage. En effet, si le législateur – qui jusque-là a toujours pris soin de mentionner le gage et la chose légitimement retenue – supprime cette dernière précision lorsqu'il est question de l'attribution judiciaire, on

⁶⁴⁰ Sauf si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur (art. 2458 du Code civil)

⁶⁴¹ Art. 2388, al. 2 du Code civil.

⁶⁴² V. notes F. DERRIDA, diverses notes: *D.* 1979, p. 354; *D.* 1985, p. 36; *D.* 1990, p. 311; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e édition, par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987, n° 98.

⁶⁴³ V. note. MESTRE, *Rev. Proc. Coll.* 1979, p. 298 ; CHARTIER, note *JCP G*, 1979, II, 19316 ; *Gaz. Pal.* 1985, p. 236.

⁶⁴⁴ Cass. com., 5 avril 1994, n° 90-11.559, *Bull. civ.* IV, n° 146, p. 116.

⁶⁴⁵ Cass. com., 9 juin 1998, n° 96-12.719, *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *D. Aff.* 1998, p. 1323, obs. A. LIÉNHARD ; *JCP E*, 1998, 618, n° 12, obs. M. CABRILLAC ; *RTD com.*, 1999, p. 751, obs. A. MARTIN-SERF.

pourrait voir dans cette suppression la manifestation d'une réelle volonté d'exclure les rétenteurs autonomes du bénéfice de l'attribution judiciaire. Nous sommes confortés dans cette analyse par le droit commun des sûretés qui reconnaît la possibilité de faire une demande en attribution à l'ensemble des créanciers titulaires d'une sûreté classique, même dépourvue d'un droit de rétention⁶⁴⁶. Il faudrait donc considérer que les créanciers rétenteurs non-titulaires d'un gage ne peuvent demander que le bien leur soit attribué en propriété.

La demande en attribution judiciaire est donc réservée aux seuls créanciers gagistes, rétenteurs ou non. Au demeurant, cette précision n'a plus lieu d'être depuis que la loi sur la modernisation de l'économie a conféré un droit de rétention à tous les créanciers gagistes sans dépossession. Désormais, tous les titulaires d'un gage avec ou sans dépossession bénéficient d'un droit de rétention au moins fictif⁶⁴⁷. L'attribution judiciaire est donc liée à la qualité de gagiste et non de rétenteur d'un créancier.

455. S'agissant des créanciers gagistes, un auteur considère que cette prérogative bénéficie à tous les titulaires d'un gage quelconque de meubles corporels avec ou sans dépossession et au titulaire d'un gage immobilier⁶⁴⁸, puisque le texte ne distingue pas.

Les précisions sur les personnes habilitées à solliciter une attribution judiciaire étant apportées, analysons maintenant les modalités de cette attribution.

b- Les modalités de l'attribution judiciaire

456. La demande en attribution du bien doit être présentée par le créancier lui-même, avant la réalisation du bien gagé. La jurisprudence précise que cette demande doit avoir lieu avant que l'ordonnance du juge-commissaire autorisant le liquidateur à vendre le bien soit passée en force de chose jugée⁶⁴⁹. Le créancier qui souhaite éviter la réalisation forcée du bien gagé peut en demander au juge-commissaire l'attribution en pleine propriété.

457. Le juge-commissaire doit en outre déterminer la valeur du bien. Pour ce faire, il serait souhaitable de procéder à une expertise. Une fois que le jugement d'attribution judiciaire est rendu, trois possibilités peuvent se présenter.

D'abord, la valeur du bien est supérieure au montant de la créance. Le créancier doit alors restituer le surplus au liquidateur. Ensuite, la valeur du bien est inférieure au montant de la créance. Dans ce cas, le créancier devient chirographaire pour le reliquat. Il va ainsi concourir avec les autres créanciers au moment du paiement. Enfin, si la créance du gagiste est finalement rejetée en tout ou

⁶⁴⁶ Cass. ass. plén., 26 octobre 1984, n° 83-10.055, *Bull. Ass. plén.* n° 6 ; *D.* 1985, p. 33, conclusion CABANNES, note F. DERRIDA. Dans cet arrêt la Cour cassait une décision des juges de fond ayant lié l'exercice de l'attribution au droit de rétention.

⁶⁴⁷ On peut avoir des créanciers gagistes non rétenteurs, lorsque ceux-ci ont abandonné leur droit, par un dessaisissement volontaire par exemple.

⁶⁴⁸ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°1209.

⁶⁴⁹ Cass. com., 16 avril 1996, n° 93-208.86, *Bull. civ. IV*, n° 122 ; *JCP E*, 1996, I, 584, n° 16, obs. M. CABRILLAC.

partie, celui-ci doit restituer le bien au liquidateur. Lorsque le bien a été vendu, c'est sa valeur qui est restituée, déduction faite du montant de l'admission de la créance.

458. En somme, le créancier qui obtient le bien en propriété suite à une attribution judiciaire reçoit un paiement exclusif. Il échappe ainsi à la concurrence des autres créanciers, y compris à ceux qui l'auraient primé sur le prix tels que les supersprivilégiés. En effet, l'attribution judiciaire est « *indépendante des règles concernant l'ordre dans lequel s'exercent sur le prix les divers privilèges en cas de vente du bien nanti* »⁶⁵⁰.

L'intérêt de l'attribution judiciaire réside en outre dans la libre disposition du bien. En effet, le créancier qui se voit attribuer la propriété du bien peut ensuite le vendre librement. Il peut donc éventuellement en tirer un meilleur parti que le liquidateur⁶⁵¹. Par ailleurs, il a été jugé que l'attribution judiciaire du gage ne fait pas perdre au créancier son droit de rétention⁶⁵², contrairement au cas d'une réalisation entreprise à l'initiative du créancier.

Nous venons de voir comment le rétenteur peut, en droit français, obtenir un paiement en nature. Mais qu'en est-il en droit OHADA ?

2- Le paiement en nature du créancier rétenteur en droit OHADA

459. L'attribution judiciaire du gage n'est pas réglementée dans l'AUPC. Cependant, elle est prévue en droit commun des sûretés. L'alinéa 2 de l'article 104 de l'AUS précise que « *Le créancier peut aussi faire ordonner par la juridiction compétente que le bien gagé lui sera attribué en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation suivant les cours et à dire d'expert* ». A priori, rien ne semble s'opposer à l'application de ce texte au droit des procédures collectives. Aussi, un auteur a estimé que les créanciers gagistes ou nantis ne retrouvent leur droit de poursuite individuelle que lorsque le syndic n'a pas, dans les trois mois qui suivent le jugement de liquidation des biens, retiré le gage ou le nantissement, ou entrepris de réaliser la sûreté. Ce n'est que dans cette hypothèse que le créancier rétenteur, gagiste ou nanti pourrait éventuellement profiter de l'inertie du syndic, en sollicitant soit la réalisation forcée du bien, soit l'attribution judiciaire à due concurrence⁶⁵³. Ainsi, le créancier qui sollicite l'attribution judiciaire du bien devrait s'adresser au tribunal compétent, en l'occurrence celui qui a ouvert la procédure collective.

460. Lorsque la juridiction autorise l'attribution judiciaire du bien et si la valeur dudit bien excède le montant de sa créance, le créancier gagiste doit consigner une somme égale à la différence, s'il existe d'autres créanciers bénéficiant d'un gage sur le même bien ou, à défaut, verser

⁶⁵⁰ Cass. com., 12 février 1979, n° 77-12.887, *Bull. civ. IV*, n° 58; *D.* 1979, p. 354, note F. DERRIDA ; Cass. com., 6 janvier 1998, n° 95-17.399, *Bull. civ. IV*, n° 9.

⁶⁵¹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1208.

⁶⁵² Cass. com., 18 décembre 1990, n° 89-16.260, *Bull. civ. IV*, n° 329; *RTD civ.* 1991, p. 573, obs. M. BANDRAC.

⁶⁵³ J.-C. JAMES, « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », art. préc., p. 1112, n° 38.

cette somme au constituant⁶⁵⁴. L'AUS ne précise pas ce qu'il y a lieu de faire si la valeur du bien est inférieure au montant de la créance. Nous pensons, comme en droit français, que le gagiste reste créancier du reliquat.

S'il est certain que l'alinéa 2 de l'article 104 de l'AUS s'applique au gagiste-rétenteur, rien ne permet, au contraire, de l'appliquer au rétenteur autonome, sauf si l'on fait une transposition de la solution admise par une partie de la doctrine française.

461. Quoiqu'il en soit, lorsque l'attribution judiciaire est possible, elle permettra au créancier d'obtenir un paiement exclusif au détriment des autres créanciers, y compris ceux qui sont privilégiés. De cette manière, le créancier échappe à la loi du concours.

Mais, en réalité, le silence de l'article 149 de l'AUPC laisse place au doute. Il reste, en effet, difficile de définir, dans le cadre d'une procédure collective, les modalités d'une attribution judiciaire, notamment en ce qui concerne les bénéficiaires de la mesure et le moment de l'introduction de la demande. Là encore, le législateur OHADA a manqué, avec la réforme de l'AUPC, une belle opportunité d'apporter des solutions à ce propos.

462. En définitive, il convient de retenir qu'aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, le législateur a prévu la possibilité pour le créancier rétenteur d'être payé au cours de la procédure collective, nonobstant l'interdiction législative de payer les créances antérieures ou postérieures non-méritantes après le jugement d'ouverture. Les moyens d'obtenir le paiement diffèrent cependant selon que le sauvetage de l'entreprise soit encore possible ou non. Lorsque le sauvetage de l'entreprise est envisageable, le paiement des créanciers rétenteurs se fera exclusivement par la technique du retrait contre paiement. En revanche, dans la procédure de liquidation, le paiement se fera soit par la technique du retrait contre paiement, soit après la réalisation du bien ou encore son attribution judiciaire.

463. Il faut ici de remarquer que les récentes réformes intervenues en droit des procédures collectives aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, ont permis aux différents législateurs de réaffirmer le statut particulièrement enviable du créancier rétenteur.

En effet, avec l'ordonnance du 12 mars 2014, le législateur français a modifié le II de l'article L. 641-13 du Code de commerce. Le texte qui organise l'ordre de paiement des créances postérieures éligibles au traitement préférentiel précise désormais que lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, sans préjudice des droits de rétention opposables à la procédure collective. Ce texte, qui vient réparer une maladresse législative, consacre la sortie du rétenteur gagiste ou non du classement des

⁶⁵⁴ Art. 105 de l'AUS

créanciers⁶⁵⁵. Le législateur comprend que l'existence d'un droit de rétention est incompatible avec tout concours. Ainsi, à condition que le droit de rétention soit opposable à la procédure collective, le créancier rétenteur a vocation à être payé en dehors de tout classement sur le prix de vente des biens gagés ou retenus.

Le droit OHADA n'est pas en reste. Avec la réforme de l'AUPC, le législateur communautaire africain, tenant compte de la réforme de l'AUS, consacre l'exclusion du droit de rétention, mais aussi des droits exclusifs, de tout classement. En effet, l'article 167 de l'AUPC précise que « *Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant* ». Ainsi, le législateur, avant d'établir l'ordre de paiement des créanciers, prend soin d'en exclure les créanciers rétenteurs ou munis d'un droit de paiement exclusif.

464. Dans tous les cas, le législateur français conserve cependant une nette longueur d'avance sur son homologue africain, puisqu'en droit OHADA, le paiement exceptionnel des créanciers rétenteurs n'est expressément prévu que dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens. Ce retard n'est pas négligeable. Il risque en effet d'être une source de difficultés pratiques. Mais, en attendant des éclaircissements de la part de la jurisprudence, il faut à présent s'intéresser au paiement des créanciers propriétaires.

Section 2/ Le paiement des créanciers propriétaires

465. Compte tenu de la particularité des propriétés-sûretés, les créanciers restent propriétaires des biens objets de la garantie. En conséquence, lorsqu'à l'échéance ils ne sont pas désintéressés, ils peuvent solliciter la restitution du bien. Cette restitution vaut paiement en nature puisqu'elle éteint la créance à hauteur de la valeur du bien.

Cependant, dans certaines situations, le juge-commissaire peut ordonner le paiement en espèces des créanciers propriétaires. C'est notamment le cas lorsque le bien objet de la garantie se révèle nécessaire à l'exploitation de l'activité. Ainsi, comme le rétenteur, le créancier réservataire (paragraphe 1) et le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté (paragraphe 2) disposent de plusieurs moyens leur permettant de déroger à la règle de l'interdiction des paiements des créances.

Paragraphe 1/ Le paiement du créancier réservataire

466. Il existe deux moyens permettant au créancier réservataire d'obtenir exceptionnellement le paiement de sa créance au cours de la procédure collective. D'une part, un paiement en espèces réalisé dans l'intérêt de l'entreprise en difficulté (A) et, d'autre part, un paiement en nature repris

⁶⁵⁵ P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, p. 733

à l'initiative et dans l'intérêt du créancier (B). Ces deux modes de paiements sont admis aussi bien en droit français qu'en droit OHADA.

A- Le paiement en espèces du créancier réservataire

467. Le paiement en espèces s'oppose au paiement en nature. Il suppose un versement d'espèces au créancier. Logiquement, ce paiement est réalisé avant l'échéance de la dette puisqu'il intervient exceptionnellement pour paralyser la revendication du créancier en empêchant la restitution d'un bien utile. Les sommes versées doivent correspondre au montant de la créance garantie. Nous analyserons donc les modalités de paiement en espèces du créancier réservataire en droit français (1), avant de nous pencher sur le droit OHADA (2).

1- Le paiement en espèces du créancier réservataire en droit français

468. L'article L. 624-16, alinéa 4, du Code de commerce précise qu' « *Il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement* ». Il résulte des dispositions de ce texte que même lorsque les conditions de la revendication ont été parfaitement remplies, cette revendication peut être tenue en échec par le paiement immédiat du créancier. Cette mesure qui semble à l'avantage du créancier vise, en réalité, à protéger les intérêts de l'entreprise débitrice. En effet, dans cette situation, le paiement du créancier consiste à empêcher la restitution d'un bien utile à l'entreprise. Notons que ce texte prévu pour la sauvegarde s'applique également dans les procédures de redressement⁶⁵⁶ et de liquidation judiciaire⁶⁵⁷.

469. Toutefois, ce texte vise la revendication sans aucune autre précision. Or, la revendication n'est pas ouverte au seul créancier réservataire. D'autres propriétaires peuvent revendiquer. C'est notamment le cas du fiduciaire ou encore du crédit-bailleur⁶⁵⁸. Peut-on alors conclure que les dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 4, s'appliquent indifféremment au réservataire et au bénéficiaire d'une fiducie ? Le bénéficiaire d'une fiducie peut-il, comme le réservataire, et cela, en application des dispositions de l'article ci-dessus, obtenir le paiement en espèces de sa créance ? Avant d'analyser les conditions (b) puis les caractéristiques (c) du paiement en espèces résultant des dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 624-16, il convient au préalable de déterminer le domaine d'application de ce texte (a).

a- Le domaine d'application de l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 du Code de commerce

470. La lecture des dispositions de l'article L. 624-16 nous amène à formuler quelques observations.

⁶⁵⁶ Art. L. 631-18-1 du Code de commerce.

⁶⁵⁷ Art. L. 641-14, al. 1^{er} du Code de commerce.

⁶⁵⁸ Art. L. 624-16, al. 1^{er} du Code de commerce.

D'abord, il ressort que l'alinéa 4 n'intervient qu'après que le législateur ait expressément admis l'hypothèse d'une revendication sur des biens meubles vendus avec clause de réserve de propriété, mais aussi des biens meubles remis à titre précaire ou transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance. Ensuite, l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 qui précise que « *Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement* », nous semble assez imprécis. En effet, le législateur ne donne aucune indication sur la portée réelle de ce texte. Il se contente de viser la revendication sans aucune autre précision. Or, d'une part, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas et, d'autre part, en application de l'alinéa 1^{er} et 2 de l'article susvisé, la revendication est admise aussi bien dans le cadre d'une clause de réserve de propriété que lorsque des biens ont été transférés dans un patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire, comme le réservataire, a la possibilité de revendiquer lorsque la fiducie-sûreté⁶⁵⁹ a été conclue avec une convention de mise à disposition.

Compte tenu de tous ces éléments, on pourrait conclure que l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 s'applique à tous les revendiquants. Ainsi, tout propriétaire pour lequel la revendication est admise devrait pouvoir obtenir paiement de sa créance, dès lors que le bien revendiqué se révèle nécessaire à l'entreprise. Tel serait le cas non seulement pour le créancier réservataire mais aussi pour le fiduciaire, ou encore le crédit-bailleur⁶⁶⁰.

471. Cependant, cette solution n'a pas été admise par la jurisprudence. En effet, dans un arrêt du 19 juin 2007⁶⁶¹ relatif au crédit-bail, la Cour de cassation a considéré que « *La faculté prévue à l'article L. 621-122, alinéa 4, du code de commerce, d'interprétation stricte en ce qu'il déroge à l'interdiction de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture, ne permet pas de s'opposer à la restitution du bien, objet d'un contrat de crédit-bail, en payant les échéances antérieures au jugement d'ouverture restées impayés* ». La haute Cour avait donc cassé un arrêt d'une cour d'appel qui avait jugé que « *L'alinéa 4 de l'article L. 621-122 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994, qui paralyse la revendication lorsque le prix est immédiatement payé, est applicable dans tous les cas où la revendication est possible et notamment en cas de contrat de crédit-bail et qu'il en résulte que le liquidateur est en droit de lever l'option d'achat des contrats poursuivis après la liquidation judiciaire et de s'opposer à la revendication en réglant immédiatement les échéances impayées avant l'ouverture de la procédure collective, ayant fait l'objet des déclarations des créances* ». Il en résulte que la Cour de cassation limite l'application des dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 au seul créancier réservataire.

⁶⁵⁹ Il peut également s'agir d'une fiducie gestion puisque le texte ne distingue pas.

⁶⁶⁰ V. dans ce sens C. HOUIN-BRESSAND, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », art. préc., p. 97, note 10.

⁶⁶¹ Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-15.447, *Bull. civ.* IV, n° 166, *D.* 2007, p. 2363, note E. LE CORE BROLY ; *D.* 2007, p. 1878, obs. A. LIÉNHARD ; F. PÉROCHON, *D.* 2009, p. 651 ; *JCP G*, 2008, I, 117, n° 6, obs. M. CABRILLAC.

Ainsi, même si dans les faits de cet arrêt, il ne s'agissait pas spécialement de la fiducie, nous pensons que le raisonnement de la Haute juridiction pourrait également justifier l'exclusion de la fiducie du domaine d'application de l'alinéa 4 de l'article précité.

Dans le même sens, une partie de la doctrine⁶⁶² limite l'application de ce texte au seul créancier réservataire. Cette solution se comprend puisque le texte vise le paiement d'un « prix » et non d'une somme d'argent ou de la créance restant due. Or, le prix fait nécessairement penser au prix de vente. En effet, traditionnellement la clause de réserve de propriété était limitée au contrat de vente. L'origine historique de ce texte pourrait donc expliquer sa limitation au seul créancier réservataire⁶⁶³.

472. Par ailleurs, dans la pratique, le bénéfice d'un paiement en espèces en application du texte ci-dessus cité est, à notre avis, envisageable surtout pour les créanciers dont le bien ne fait pas l'objet d'un contrat en cours. Dans cette hypothèse, la restitution du bien intervient, en principe, immédiatement après la demande en restitution. À l'opposé, lorsque le bien fait l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective, la restitution intervient au jour de la résiliation ou au terme du contrat⁶⁶⁴. Or, logiquement, le paiement qui intervient pour faire échec à la revendication vise, en réalité, à empêcher la restitution d'un bien utile. Ainsi, le créancier dont le bien ne fait pas l'objet d'un contrat en cours a beaucoup plus de chances d'obtenir un paiement immédiat, en application des dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 624-16. C'est notamment le cas pour le contrat de vente avec clause de réserve de propriété dont la qualification de contrat en cours a été refusée par la jurisprudence⁶⁶⁵. En revanche, pour le créancier dont le contrat est soumis aux règles relatives à la continuation des contrats en cours, les chances d'obtenir un paiement immédiat dans ces conditions sont réduites. C'est par exemple le cas du bénéficiaire d'une fiducie sans dépossession, notamment dans les procédures de sauvetage, puisque la convention de mise à disposition qui conditionne la revendication est soumise au régime des contrats en cours⁶⁶⁶. Ainsi, la restitution du bien est différée à la résiliation ou au terme de la convention. Le débiteur n'est donc pas contraint de se dessaisir d'un bien utile dans l'immédiat. Rien ne saurait, en effet, justifier la décision du juge-commissaire qui autoriserait le paiement immédiat du bénéficiaire de la fiducie.

⁶⁶² V. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 619 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., ns° 633.21 et 816.62 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 898.

⁶⁶³ C. HOUIN-BRESSAND, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », art. préc., p. 97.

⁶⁶⁴ Art. L. 624-10-1 du Code de commerce.

⁶⁶⁵ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201-01-17.590, *Bull. civ.*, IV, n° 81 ; *D.* 2004, AJ, p. 1525, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2004, somm. p. 2144, obs. LUCAS ; *Rev. Proc. Coll.* 2004, p. 225, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *JCP E*, 2004, 1295, n° 51, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 2004, somm. p. 2144, obs. F.-X. LUCAS ; *Act. Proc. Coll.* 2004/6, n°1, obs. F. PÉROCHON.

⁶⁶⁶ Art. L. 622-13, VI du Code de commerce.

473. Un bémol existe cependant en cas de réalisation du bien. Lorsque l'utilité du bien ne provient plus de son utilisation matérielle, mais des fonds que peut procurer sa vente, le bénéficiaire de la fiducie pourrait valablement espérer un paiement immédiat. Dans cette situation, il faudrait d'abord le désintéresser avant de vendre le bien. Le paiement se ferait ici non pas pour empêcher la restitution du bien, mais pour en obtenir la libre disposition. Par ailleurs, dans la liquidation judiciaire, la convention de mise à disposition n'est plus soumise au régime des contrats en cours. Ainsi, lorsque la convention n'est pas continuée, la remise du bien intervient, en principe, immédiatement après la demande en restitution. Dans ce cas, il serait encore possible d'envisager un paiement du bénéficiaire de la fiducie, en application des dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 624-16.

Toutefois, cette solution n'étant pas admise par la jurisprudence ni même envisagée par la doctrine, seul le paiement du créancier réservataire sera retenu ici. Nous verrons donc les conditions de ce paiement avant d'en étudier les caractéristiques.

b- Les conditions du paiement en espèces

474. Le paiement du réservataire dans les conditions prévues par l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 consiste à payer une créance antérieure. C'est pourquoi, il est subordonné à l'autorisation du juge-commissaire à qui il revient la charge d'apprécier l'opportunité du paiement. Il doit donc juger de l'utilité ou non du bien pour l'entreprise. Le fait pour le juge-commissaire d'autoriser le paiement d'une créance antérieure ne fait pas perdre à cette créance son antériorité⁶⁶⁷.

475. La loi ne le précise pas mais logiquement, la demande d'autorisation de paiement devrait émaner du débiteur ou de l'organe judiciaire agissant pour son compte, en l'occurrence l'administrateur ou liquidateur⁶⁶⁸.

Une fois l'ordonnance d'autorisation rendue par le juge-commissaire, il appartient à l'organe compétent d'effectuer le paiement. Lorsqu'un administrateur a été désigné, c'est à lui qu'incombe le paiement du créancier, tant dans la procédure de sauvegarde que dans le redressement judiciaire. En l'absence d'administrateur, cette tâche revient au débiteur lui-même. Dans la procédure de liquidation judiciaire, la situation est un peu plus complexe. L'ancien article 121, alinéa 2, de la loi 25 janvier 1985 n'avait donné le droit d'empêcher la revendication qu'à l'administrateur ou au débiteur⁶⁶⁹. On pouvait donc considérer que cette mesure, en l'occurrence le paiement du créancier pour empêcher la restitution du bien, n'était pas possible en liquidation judiciaire. Aujourd'hui, le législateur ayant supprimé cette précision, plus rien ne s'oppose a priori à l'application de cette

⁶⁶⁷ Cass. com. 10 mai 2012, n° 11-15.015 ; Inédit.

⁶⁶⁸ V. en ce sens, P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 816.62.

⁶⁶⁹ V. P. CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. - Situation du vendeur de meuble- Clause de réserve de propriété- », *JCL.com.*, 6 juin 2015, fasc. n° 2545, ns°123 et s.

mesure à la liquidation judiciaire. Dans ce cas, logiquement il reviendrait au liquidateur d'effectuer le paiement.

c- Les caractéristiques du paiement en espèces

Le paiement en espèces du réservataire intervient en principe immédiatement (c-1), mais il peut être différé en cas d'octroi de délai de paiement (c-2).

c-1) Le principe d'un paiement immédiat

476. Aux termes des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 4, le prix doit être payé immédiatement après l'autorisation du juge-commissaire. Le vendeur réservataire bénéficie donc d'un paiement immédiat. Mais, plus qu'un paiement immédiat, cette mesure consacre au profit du créancier réservataire, à notre avis, la possibilité d'un paiement exclusif. Ce paiement s'effectuerait indépendamment de l'existence des autres créanciers.

Ainsi, lorsque le juge-commissaire souhaite faire obstacle à la restitution d'un bien, le réservataire devrait être payé indépendamment des autres créanciers, y compris les créanciers superprivilégiés. De cette manière, il échapperait au paiement concurrentiel.

On pourrait considérer que le créancier devrait bénéficier non pas d'un paiement exclusif, mais seulement d'une créance postérieure privilégiée. Mais cette solution ne nous convainc pas tout à fait. À notre sens, cela reviendrait à réduire les droits du créancier réservataire qui, compte tenu de son statut de propriétaire, devrait recevoir un paiement exclusif et non simplement un paiement privilégié à l'échéance. Cependant, le paiement peut ne pas être immédiat. C'est le cas lorsque des délais de paiement ont été octroyés avec le consentement du créancier.

c-2) L'exception d'un paiement différé

477. L'article L. 624-16, alinéa 4, dispose que « *Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement* ». Les dispositions de ce texte consacrent la possibilité d'un paiement différé. Ainsi, nous en analyserons les conditions (c-2-a) puis les conséquences (c-2-b).

c-2-a) Les conditions du paiement différé

Le paiement différé est soumis à une double condition : le consentement du créancier (c-2-a-1) et l'octroi d'un délai de paiement par le juge-commissaire (c-2-a-2).

c-2-a-1) Le consentement du créancier

478. Le délai de paiement doit être accepté par le créancier requérant, quelle que soit la personne qui en fait la demande. L'originalité de cette mesure mérite ici d'être soulignée. En effet, des autorisations du juge-commissaire il y en a souvent, mais avec l'accord du créancier, c'est assez rare. Toutefois, il peut arriver que ce délai lui soit imposé. Dans ce cas, il y a violation des droits du créancier. Il doit alors former un recours devant le tribunal à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire. Faute de recours, le délai de paiement s'impose définitivement au créancier.

c-2-a-2) L'octroi des délais de paiement par le juge-commissaire

479. Le paiement du créancier réservataire n'est pas immédiat lorsqu'un délai de paiement a été consenti. Le délai doit être sollicité auprès du juge-commissaire par l'organe compétent. Le texte est cependant incomplet puisqu'il reste muet sur la durée du délai, mais aussi sur la personne habilitée à le solliciter.

480. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la durée du délai de paiement était limitée. Elle ne pouvait dépasser l'issue de la période d'observation initiale, soit six mois à compter de la date du jugement d'ouverture. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juin 1994, le délai de paiement n'est plus limité dans le temps. Mais, en pratique, comme l'affirme un auteur⁶⁷⁰, le juge-commissaire ne devra pas retenir un délai trop long au risque de décourager le créancier, car il n'a pas le pouvoir d'imposer le délai.

481. Quant à la personne habilitée à solliciter les délais, des auteurs⁶⁷¹ considèrent à juste titre que le débiteur et, le cas échéant, l'administrateur ont certainement cette qualité. En revanche, ils émettent des réserves sur la reconnaissance de cette qualité au mandataire judiciaire et aux contrôleurs, car « l'intérêt collectif des créanciers semble plus lointain ». Le débiteur ou, éventuellement, l'administrateur qui sollicite un délai doit s'assurer qu'il disposera des fonds nécessaires pour payer le créancier. Il a été jugé que, le non-paiement de la créance du prix, suite à l'obtention du délai, constitue, en effet, une source d'engagement de leur responsabilité⁶⁷².

c-2-b) Les conséquences d'un paiement différé

482. Si le délai de paiement est finalement accepté, le texte précise que « *Le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17* ». Le traitement de la créance du vendeur réservataire est cependant discuté en doctrine.

⁶⁷⁰ P. CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire Situations du vendeur de meubles.- Clause de réserve de propriété-», art. préc., n° 125.

⁶⁷¹ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, op. cit., ns° 362 et 674 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 816.62.

⁶⁷² CA Paris, 20 septembre 1996, *JCP E*, 1996, 1147.

Un auteur⁶⁷³ considère que le créancier doit bénéficier de l'intégralité du traitement préférentiel prévu par l'article L. 622-17 du Code de commerce, à savoir un traitement à l'échéance ou, à défaut, un traitement par privilège. L'auteur affirme dans ce cas que l'octroi de délai de paiement peut être considéré, du fait de la fiction juridique, comme une continuation d'un contrat en cours. En conséquence, le créancier réservataire devrait bénéficier du 2^e rang dans le classement figurant aux articles L. 622-17-III et L. 641-13 du Code de commerce⁶⁷⁴.

D'autres⁶⁷⁵ estiment, en revanche, que le créancier réservataire doit bénéficier du seul paiement à l'échéance et, qu'en conséquence, la créance du créancier réservataire passe, en cas de concours, après toutes les autres créances mentionnées par l'article L. 622-17.

483. Si cette dernière solution nous semble la plus conforme à la lettre du texte, car le renvoi opéré par l'article L. 624-16, alinéa 4, uniquement au I de l'article L. 622-17 et faisant référence au paiement à l'échéance, devrait logiquement conduire à exclure le créancier réservataire du bénéfice d'un paiement par privilège. Cette solution n'est cependant pas du tout à l'avantage du créancier réservataire. Elle semble même contraire au traitement qu'il détient de sa qualité de propriétaire. Ainsi, à moins d'être suicidaire, le créancier n'aura aucun intérêt à octroyer de délai de paiement puisque cela aura pour conséquence de retarder son paiement ; mais, plus grave encore, de le soumettre à la loi du concours. Il sera ainsi primé par les créanciers de meilleur rang. Pour l'encourager, il faudrait que l'effort fourni soit récompensé par un meilleur traitement de sa créance.

484. Dans tous les cas, le créancier réservataire n'aura pas à démontrer, quel que soit le traitement réservé à sa créance du fait de la fiction légale, qu'il est éligible au traitement préférentiel en fonction des critères posés par l'article L. 622-17-I⁶⁷⁶. Par ailleurs, même si aucun article n'envisage l'hypothèse d'un paiement différé dans le cadre d'une liquidation judiciaire, rien ne semble a priori s'opposer à la transposition des solutions énoncées pour la sauvegarde.

485. En somme, lorsque le bien faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété se révèle utile à l'exploitation de l'activité, le juge-commissaire peut, dans le but de s'opposer à la restitution de ce bien, autoriser le paiement immédiat du créancier, sauf lorsque ce dernier octroi un délai de paiement au débiteur. Le créancier qui reçoit ainsi le paiement de sa créance va pouvoir échapper à la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures.

L'analyse des modalités d'un paiement en espèces du créancier réservataire en droit français étant effectuée, il sied à présent de se pencher sur le droit OHADA.

⁶⁷³ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 816.62.

⁶⁷⁴ *Ibid* ; F. PÉROCHON, « La revendication favorisée », art. préc., p. 254 ; P. CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire - Situations du vendeur de meubles. - Clause de réserve de propriété- », art. préc., n° 127 ; Ce rang concerne : les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement en différé.

⁶⁷⁵ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 674.

⁶⁷⁶ H. LECUYER, « De la détermination du patrimoine du débiteur », *LPA*, n° sp., 8 février 2006, n° 28, pp. 66 et s. sp., p. 69.

2- Le paiement en espèces du créancier réservataire en droit OHADA

486. Le législateur communautaire africain envisage, comme en droit français, l'hypothèse d'une paralysie de la revendication dans le but de préserver les chances de redressement de l'entreprise. Ainsi, l'alinéa 4 de l'article 103 de l'AUPC précise que « *Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic après autorisation du juge-commissaire* ». Il en résulte que la revendication est impossible lorsque le créancier reçoit exceptionnellement le paiement de sa créance. À l'instar du droit français, le paiement a pour objectif d'empêcher la restitution du bien.

Cependant, en droit OHADA, le domaine d'application du texte ne pose aucune difficulté, car il vise spécialement les marchandises et objets consignés au débiteur et vendus avec clause de réserve de propriété. Il ne fait donc aucun doute que le texte ne s'applique pas à la fiducie. Aussi, convient-il de voir les conditions du paiement en espèces (a) du créancier avant d'en déterminer les caractéristiques (b).

a- Les conditions du paiement en espèces

487. Le texte indique que le paiement s'effectue par le syndic sur autorisation du juge-commissaire. Le syndic qui agit au nom et pour le compte du débiteur doit donc solliciter l'accord du juge-commissaire. La réforme de l'AUPC a opéré une modification importante de l'alinéa 4 de l'article 103. En effet, avant celle-ci, le texte⁶⁷⁷ ne précisait pas que le paiement était subordonné à l'autorisation judiciaire. On pouvait alors considérer qu'il revenait au syndic d'apprécier l'opportunité du paiement.

Désormais, le texte est clair à ce propos. Comme en droit français, le paiement est subordonné à l'autorisation du juge-commissaire. C'est donc à lui de juger de l'opportunité du paiement ; le but ici étant de paralyser la revendication en empêchant la restitution du bien revendiqué. Par principe, le juge-commissaire ne devrait ordonner le paiement du créancier que lorsque ce bien se révèle utile à l'entreprise débitrice. En cas d'accord du juge-commissaire, le syndic procède au paiement du créancier. Pour ce faire, il doit s'assurer que l'entreprise dispose des fonds suffisants. Le paiement ne peut en aucun cas être réalisé par le débiteur lui-même.

Mais alors, quelles sont les caractéristiques de ce paiement ?

⁶⁷⁷ Art. 103, al. 3 de l'ancien AUPC « *Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas* ».

b- Les caractéristiques du paiement en espèces

488. L'alinéa 4 de l'article 103 de l'AUPC précise *in fine* que « *Le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic après autorisation du juge-commissaire* ». Le paiement en espèces du créancier est donc intégral et immédiat (b-1).

b-1) Un paiement en espèces immédiat et intégral

489. Lorsque le syndic souhaite faire obstacle à la revendication du créancier, ce dernier reçoit, en contrepartie de la restitution du bien, un paiement immédiat de sa créance. Le syndic qui effectue le paiement est tenu de verser au créancier immédiatement l'intégralité du montant de sa créance. En effet, en plus d'un paiement immédiat, le législateur communautaire africain consacre le paiement intégral du créancier. Ainsi, contrairement au droit français, il n'existe pas en droit OHADA, la possibilité pour le créancier d'octroyer des délais de paiement au débiteur. Le paiement du créancier ne peut donc être morcelé en plusieurs échéances. Il s'agit là d'un avantage considérable pour le réservataire africain puisque, en réalité, il n'a aucun intérêt à octroyer des délais de paiements qui ont pour conséquence non seulement de retarder son paiement mais aussi de le soumettre à la loi du concours.

À notre avis, le créancier devrait être payé en dehors de tout concours. Plus qu'un paiement immédiat, le réservataire devrait bénéficier d'un paiement exclusif indépendamment de l'existence des autres créanciers. Il devrait donc échapper aux règles de la répartition du prix prévues par les articles 166 et 167 de l'AUPC.

490. En somme, le créancier réservataire peut, lorsque le bien revendiqué est utile à l'entreprise, bénéficier d'un paiement en espèces intégral et immédiat. Toutefois, une difficulté subsiste puisque le législateur OHADA n'a pas, dans l'hypothèse où les parties étaient liées par un contrat en cours, réglé le sort de l'action en revendication.

Dans les développements consacrés au droit français, nous avons vu que le paiement en espèces visant en réalité à empêcher la restitution d'un bien utile, va surtout bénéficier aux créanciers liés au débiteur par un contrat qui n'est pas en cours car, dans cette hypothèse, la restitution du bien doit être immédiate. En revanche, pour les créanciers liés au débiteur par un contrat en cours, la restitution effective du bien étant différée au terme ou à la résolution du contrat, le bénéfice d'un paiement direct est moins envisageable.

En référence au droit français, on pourrait considérer que la vente avec clause de réserve de propriété n'est pas un contrat en cours et que, de ce fait, le réservataire a toutes les chances de bénéficier des dispositions de l'article 103, alinéa 4, de l'AUPC. Dans le cas contraire, le créancier peut encore, au moyen de la restitution du bien, obtenir le paiement en nature de sa créance.

B- Le paiement en nature du créancier réservataire

491. Le paiement en nature du créancier intervient exceptionnellement lorsque, à l'échéance de la dette, le créancier n'est pas totalement désintéressé. Il peut alors solliciter la remise effective du bien dont il est resté propriétaire. Ce paiement qui se fait au moyen de la restitution du bien suppose donc l'absence de tout versement d'espèces. Par ailleurs, il est limité à la valeur du bien. Enfin, en raison de la particularité de la clause de réserve de propriété, la restitution du bien constitue également le mode de réalisation de cette sûreté.

Tout compte fait, le paiement en nature du créancier réservataire au moyen de la restitution du bien est admis aussi bien par le législateur français que par le législateur communautaire africain. Nous verrons donc les modalités de ce paiement successivement en droit français (1) puis en droit OHADA (2).

1- Le paiement en nature du créancier réservataire en droit français

492. L'article L. 624-16, alinéa 4, précise qu'il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. L'interprétation a contrario de ces dispositions laisse supposer que la revendication et, donc à terme, la restitution du bien devraient avoir lieu lorsqu'à l'échéance de la créance, le prix n'a pas été intégralement payé. Dans ces conditions, la restitution d'un bien au propriétaire vaut paiement puisqu'elle emporte extinction d'une obligation au sens de l'article 1235 du Code civil.

493. La restitution du bien peut intervenir de deux manières.

Elle peut d'abord résulter d'une action en revendication. C'est le cas lorsque le contrat portant sur le bien faisant l'objet d'une réserve de propriété n'a pas fait l'objet d'une publicité ; auquel cas, la demande en revendication emporte de plein droit demande en restitution. Ainsi, lorsque l'action en revendication du réservataire aboutit, elle établit son droit de propriété à l'égard de la procédure collective. Celui-ci peut alors demander que le bien dont il a conservé la propriété lui soit restitué. La restitution du bien peut ensuite intervenir directement à la suite d'une demande en restitution. En effet, le propriétaire d'un bien portant sur un contrat publié est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété. Il n'est donc pas astreint à la revendication⁶⁷⁸.

Bénéficiaire de cette dispense, les établissements de crédit-bail dont les contrats sont systématiquement publiés⁶⁷⁹, mais aussi de tous les autres contrats ayant fait l'objet d'une publicité régulière avant le jugement d'ouverture, et en vertu desquels un bien mobilier est remis à titre précaire au débiteur. La publicité du contrat doit être conforme au registre dont il relève. Cette

⁶⁷⁸ Art. L. 624-10 du Code de commerce.

⁶⁷⁹ La publication régulière est la condition de leur opposabilité aux tiers; Art. L. 313-10, R. 313-4 s. du Code monétaire et financier

solution a d'abord été admise par la jurisprudence⁶⁸⁰ avant d'être consacrée par le législateur⁶⁸¹. En l'absence de réglementation particulière, le propriétaire d'un bien qui souhaite échapper à la revendication doit faire publier son contrat avant le jugement d'ouverture, et ce, selon les dispositions de l'article R. 624-15, alinéa 2, du Code de commerce⁶⁸². Si le contrat ne fait l'objet d'aucune publicité, la dispense ne joue pas.

494. En définitive, bien que le bien vendu avec une clause de réserve de propriété fasse ou non l'objet d'un contrat publié, le créancier qui souhaite le récupérer doit faire une demande en restitution. Celle-ci constitue en effet un préalable obligatoire au paiement en nature du créancier réservataire (a). Cependant, il existe des situations face auxquelles le paiement en nature des créanciers se révèle compromis, voire impossible (b).

a- La demande en restitution : un préalable obligatoire au paiement en nature du créancier

L'analyse des conditions de la demande en restitution (a-1) précédera celle de ses effets (a-2).

a-1) Les conditions de la demande en restitution

495. Le créancier dont le droit de propriété a été reconnu peut solliciter la restitution de son bien. Ainsi, aux termes des dispositions de l'article R. 624-14 du Code de commerce, la demande en restitution faite par le propriétaire est adressée par courrier recommandé avec demande d'avis de réception à l'administrateur s'il en a été désigné ou, à défaut, au débiteur. Une copie de la demande doit être transmise au mandataire judiciaire. Faute d'accord dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande ou en cas de contestation, il peut y avoir saisine du juge-commissaire à la diligence du propriétaire. Mais, même en l'absence d'une demande en restitution préalable, le juge-commissaire peut être saisi directement par l'administrateur ou, à défaut, le débiteur. Cela permet ainsi d'éviter le blocage de la situation en cas d'inertie du propriétaire⁶⁸³.

À la différence de l'action en revendication, l'action en restitution n'est enfermée dans aucun délai⁶⁸⁴. L'absence de délai joue aussi bien pour la demande préalable en restitution que pour la

⁶⁸⁰ Cass. com., 15 mars 2005, n° 00-18550, *Bull. civ. IV*, n° 60; *D.* 2005, p.,890, obs. A. LIÉNHARD; *JCP E*, 2005, 1274, n°16, obs. M. CABRILLAC.

⁶⁸¹ Art. R. 624-15 du Code de commerce.

⁶⁸² Aux termes de cet article, « En l'absence de réglementation particulière, le propriétaire du bien doit avoir fait publier le contrat avant le jugement d'ouverture, selon le cas, au registre mentionné à l'article R. 313-4 du Code monétaire et financier ou au registre prévu au troisième alinéa de l'article R. 621-8 du présent code ».

⁶⁸³ Art R. 641-32 du Code de commerce.

⁶⁸⁴ CA Douai, 6 novembre 2003, *Gaz. Pal.* 8-10 février 2004, p. 10, note E. LE CORRE-BROLY; Cass. com., 5 juillet 2005, n° 04-11.320 ; *Bull. civ. IV*, n° 154; *D.* 2005, AJ, p. 2165, note E. LE CORRE-BROLY et AJ. p. 1999, obs. A. LIÉNHARD.

saisine directe du juge-commissaire. L'absence de délai constitue un avantage considérable pour les propriétaires dont les contrats ont été publiés, puisqu'ils échappent à tout risque de forclusion⁶⁸⁵.

496. Lorsqu'il est fait droit à la demande en restitution, le bien est remis au propriétaire. Le moment de la remise diffère cependant selon que le bien fait ou non l'objet d'un contrat en cours. Si le bien ne fait pas l'objet d'un contrat en cours, la restitution effective intervient immédiatement après que la demande en restitution ait été acceptée. Dans le cas contraire, la restitution effective interviendra au jour de la résiliation ou du terme du contrat. En effet, le régime des contrats en cours impose au propriétaire de laisser le bien à la disposition de son cocontractant tant que celui-ci exécute correctement ses obligations. La restitution ne peut donc avoir lieu tant que le propriétaire est tenu de laisser le bien à la disposition du débiteur. La restitution différée du bien permet ainsi de concilier les différents intérêts en présence.

497. Mais la question qui se pose est de savoir si le bien meuble vendu sous clause de réserve de propriété peut faire l'objet d'un contrat en cours ?

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence a clairement répondu par la négative dans un arrêt du 5 mai 2004⁶⁸⁶. La Cour de cassation a en effet eu l'occasion de préciser qu'« *Un contrat de vente de biens mobiliers dont la propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé lors de l'ouverture de la procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce et que le délai de revendication a pour point de départ la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective* ». En décidant de soustraire les contrats de vente mobilière sous réserve de propriété au régime des contrats en cours, la haute Cour a consacré, de façon implicite, le principe d'une restitution immédiate au profit des vendeurs réservataires. Ces derniers ne sont donc pas concernés par la restitution différée du bien. La solution ainsi dégagée par la jurisprudence joue fortement à l'avantage des vendeurs réservataires.

Pour finir, le régime de la restitution qui est défini par l'article R. 624-14 est applicable dans les trois procédures par renvoi des articles R. 631-31 et R. 641-31 du Code de commerce.

a-2) Les effets de la restitution effective du bien

498. Lorsqu'un prix est dû, la restitution effective du bien vaut paiement du créancier réservataire. En effet, bien qu'il n'ait reçu aucune somme d'argent, le créancier récupère le bien dont il est demeuré propriétaire. Cette restitution, qui s'analyse comme un mode d'extinction de la créance, vaut donc paiement en nature du créancier.

⁶⁸⁵ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1642: l'auteur atténue cet avantage dans le cas où le cocontractant du propriétaire a remis le bien à un tiers, soumis ensuite à une procédure collective. Dans ce cas, la publicité ne sera d'aucun secours au propriétaire, qui sera astreint de revendiquer puisque la publicité n'a pas été au nom de ce détenteur, mais seulement au nom du propriétaire.

⁶⁸⁶ Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201-01-17.590; arrêt préc.

Cependant, le paiement ne se fera qu'à concurrence de la valeur du bien repris. Ainsi, lorsque la valeur du bien est inférieure au montant de la créance, la différence doit être déclarée au passif de la procédure⁶⁸⁷. En revanche, si la valeur du bien est supérieure au montant de la créance, l'excédent doit être restitué à la procédure collective.

L'analyse qui consiste à voir dans la restitution du bien un mode de paiement en nature des créanciers à hauteur de la valeur du bien repris provient de la jurisprudence. La Cour de cassation avait, dans un arrêt du 5 mars 1996, jugé que « *La créance du vendeur qui a revendiqué dans la procédure collective les marchandises vendues avec clause de réserve de propriété et retrouvé le droit d'en disposer est éteinte à concurrence de la valeur des marchandises reprises ; si cette valeur excède le solde du prix resté dû lors de l'exercice de l'action, le vendeur doit restituer à l'acheteur la somme reçue en excédent* »⁶⁸⁸. Cette solution a ensuite été confirmée par le droit commun puisque l'article 2371 du Code civil issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 précise qu'« *À défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer. La valeur du bien repris est imputée, à titre de garantie, sur le solde de la créance garantie. Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence* ». Le vendeur payé au moyen de la restitution du bien retrouve donc le droit d'en disposer librement.

499. La restitution du bien au vendeur réservataire pose en outre le problème du sort réservé au contrat de vente. La restitution du bien au créancier emporte-t-elle résolution du contrat de vente ? La jurisprudence qui refusait d'analyser la réserve de propriété comme sûreté⁶⁸⁹ avait considéré que la restitution du bien au créancier emportait résolution du contrat de vente. Dans ce cas, le vendeur était tenu de restituer les acomptes perçus⁶⁹⁰.

Mais la jurisprudence a évolué et a fini par reconnaître la nature de sûreté à la réserve de propriété⁶⁹¹. Elle a ensuite tiré les conséquences d'une telle analyse en posant comme règle que le jeu de la clause de réserve de propriété n'avait pas pour effet d'entraîner la résolution du contrat de vente⁶⁹². On peut, en conséquence, déduire⁶⁹³ que les vendeurs n'ont plus à restituer les acomptes perçus. Cependant, comme nous l'avons vu, le propriétaire ne peut appréhender la valeur du bien grevé que dans la limite de sa créance⁶⁹³.

⁶⁸⁷ Cass. com., 1er octobre 1985, n° 84-15.038, *Bull. civ. IV*, n° 223.

⁶⁸⁸ Cass. com., 5 mars 1996, 93-12.818, *Bull. civ. IV*, n° 72; *RTD civ.* 1996, p. 443, obs. P. CROCQ ; *JCP E*, 1996, I, 584, n° 11, obs. M. CABRILAC; *D.* 1996, somm. p. 222, obs. F. PÉROCHON.

⁶⁸⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN « Rapport de synthèse », art. préc., p. 45.

⁶⁹⁰ CA Versailles, 20 mai 1987, *D.* 1988, somm. p. 8, obs. F. DERRIDA; *Rev. Proc. Coll.* 1987/4, p. 72, obs. B. SOINNE; CA Bordeaux, 27 février 1990, *D.* 1990, p. 191, note F. PÉROCHON.

⁶⁹¹ Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, arrêt préc ; Cass. com., 23 janvier 2001, n° 97-21.660, arrêt préc.

⁶⁹² Cass. com., 1er octobre 1985, arrêt préc; *D.* 1986, IR. 169, obs. F. DERRIDA; *D.* 1986, p. 246, note M. CABRILLAC; Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20-811, Inédit; *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. CROCQ.

⁶⁹³ Cass. com., 23 janvier 2001, n° 97-21.660, *Bull. civ. IV*, n° 23; *RTD com.* 2001, p. 218, obs. A MARTIN-SERF.

500. En définitive, la restitution effective du bien au créancier réservataire doit nécessairement s'accompagner d'une détermination de la valeur dudit bien. Une fois la valeur déterminée, il faut ensuite la comparer au prix restant dû.

La jurisprudence pose en règle que pour apprécier si la valeur du bien restitué excède le prix du solde restant dû, il faut considérer la fraction du prix convenu entre les parties demeurée impayée, indépendamment d'une déclaration de créance totale ou partielle⁶⁹⁴. Cette mesure est cependant cantonnée à l'hypothèse d'une procédure de liquidation judiciaire. Ainsi, lorsqu'un bien vendu sous clause de réserve de propriété ne fait l'objet d'aucune réclamation, il peut être vendu à l'expiration du délai d'un mois, après l'envoi d'une mise en demeure au propriétaire. La mise en demeure est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au dernier domicile connu du propriétaire. En l'absence de réponse du propriétaire, le bien est vendu par le liquidateur. Le prix de la vente est alors consigné à la Caisse des dépôts et consignations et, après déduction des frais, il est tenu à la disposition du propriétaire. Après la clôture de la procédure, le montant consigné est remis, à sa demande, au créancier ou à ses ayants droit. Il s'agit, là encore, d'une mesure qui protège les réservataires puisque ces derniers vont, dans cette hypothèse, bénéficier d'un paiement hors concours.

Certaines circonstances peuvent cependant perturber la restitution effective du bien au créancier, nous les qualifions d'obstacles au paiement en nature.

b- Les obstacles au paiement en nature du créancier réservataire

501. Il peut arriver que la restitution effective du bien soit devenue impossible. C'est notamment le cas lorsque le bien vendu a disparu après le jugement d'ouverture, alors que son existence était établie à cette date (b-1). Dans cette situation, les créanciers réservataires ne peuvent plus bénéficier d'un paiement en nature. Le paiement se fera alors par le versement d'une somme d'argent. En outre, même lorsque le bien vendu n'a pas disparu, le paiement en nature des réservataires peut être compromis en cas de pluralité de revendiquants. Il faut alors déterminer au profit de quel revendiquant se règlera le conflit (b-2).

b-1) La disparition du bien : l'impossibilité d'un paiement en nature

502. Lorsque la disparition du bien vendu intervient postérieurement au jugement d'ouverture, pour une quelconque raison (vente, perte, ou destruction), sa restitution effective n'est plus possible. Dans cette situation, le législateur reste muet. Quant à la jurisprudence, elle trouve, fort heureusement, le moyen de protéger les intérêts du créancier réservataire.

⁶⁹⁴ Cass. com., 1er avril 2008, n° 07-11.726, *Bull. civ.* IV, n° 74; *D.* 2008, AJ. p. 1142; *JCPE*, 2008, 2062, n° 12, obs. M. CABRILLAC; *RTD com.* 2008, p. 623, n° 2, obs. A. MARTIN-SERF; *Rev. Proc. Coll.* 2008, p. 46, n° 152, note MONSÉRIÉ-BON.

S'agissant de la revente du bien, il faut distinguer selon qu'elle est réalisée par un organe de la procédure ou par l'acquéreur-débiteur. Comme nous l'avons vu⁶⁹⁵, en cas de revente du bien par l'acquéreur en principe *in bonis*, donc avant le jugement d'ouverture, le droit de revendiquer se reporte sur la créance du prix subrogée au bien. Le vendeur doit alors revendiquer le prix de revente, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le prix a été ou non payé avant la demande en revendication⁶⁹⁶. Au moment de la restitution, c'est ce prix qui doit être versé au créancier. En effet, l'article R. 624-16 précise qu'« *En cas de revendication du prix des biens en application de l'article L. 624-18, les sommes correspondantes payées par le sous-acquéreur postérieurement à l'ouverture de la procédure doivent être versées par le débiteur ou l'administrateur entre les mains du mandataire judiciaire. Celui-ci les remet au créancier revendiquant à concurrence de sa créance* ». En principe, cette vente s'effectue antérieurement au jugement d'ouverture, puisqu'un débiteur faisant l'objet d'une procédure collective ne peut lui-même procéder à la vente des biens.

En revanche, lorsque la vente est réalisée postérieurement au jugement d'ouverture par un organe de la procédure, on considère qu'elle est faite dans l'intérêt de l'entreprise débitrice. Aussi, en tenant compte des droits du créancier, la jurisprudence⁶⁹⁷ impose une affectation des sommes perçues au paiement de la créance du vendeur réservataire. Bien plus qu'une créance postérieure privilégiée au sens de l'article L. 622-17-1, le créancier devrait, dans ce cas, bénéficier d'un paiement exclusif de tout concours.

Cependant, la jurisprudence avait, avant cette solution, antérieurement décidé qu'en cas de vente du bien par le liquidateur, le vendeur réservataire était titulaire d'une créance garantie par l'article L. 622-17-1. Le vendeur réservataire était donc créancier d'une dette éligible au traitement préférentiel. Comme le créancier qui octroie un délai de paiement, sa créance était alors assimilée à une créance postérieure éligible au traitement préférentiel⁶⁹⁸.

503. Le paiement en nature des créanciers réservataires peut, en outre, être compromis par l'existence d'autres créanciers se prévalant des droits sur le même bien.

⁶⁹⁵ Chapitre précédent : v. revendication du prix de revente (ns° 324 et s.)

⁶⁹⁶ Cass. com., 3 décembre 2003, n° 00-15.929, *Bull. civ. IV*, n° 191 ; *D.* 2004, p. 140, obs. A. LIÉNHARD ; *JCP E*, 2004, 783, n° 12, obs. M. CABRILLAC.

⁶⁹⁷ Cass. com., 4 janvier 2000, n° 96-18.638, *Bull. civ. IV*, n° 5 ; *JCP E*, 2000, p. 701, n° 7, obs. M. CABRILLAC ; *V.* aussi Cass. com., 26 novembre 2002, n° 01-03.980, *Bull. civ. IV*, n° 176 ; *RTD com.* 2003, p. 570, obs. A. MARTIN-SERF.

⁶⁹⁸ Cass. com., 11 mars 1997, n° 94-20.069, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *D. Aff.* 1997, p. 510 ; *Dr. et patr.*, juin 1997, p. 85, obs. M-H. MONSÉRIÉ.

b-2) Les conflits entre les créanciers : un frein au paiement en nature des créanciers réservataires

Il existe plusieurs types de conflits. D'abord, ceux qui opposent le créancier réservataire à d'autres créanciers (les conflits externes), (b-2-a), ensuite ceux qui opposent les réservataires entre eux (les conflits internes), (b-2-b).

b-2-a) Les conflits externes

504. Au moment de la restitution du bien, le créancier réservataire peut se trouver en conflit avec un créancier gagiste entré en possession du bien de bonne foi. Ce conflit se résout en faveur du créancier gagiste, puisque ce dernier est protégé par l'article 2276, alinéa 1^{er}, du Code civil⁶⁹⁹ qui prévoit qu' « *en fait de meuble, la possession vaut titre* ». Dans cette situation, la restitution effective du bien au profit du créancier réservataire se révèle impossible.

Le créancier réservataire peut également se trouver en conflit avec un créancier rétenteur. La jurisprudence a jugé que le droit de propriété l'emportait face au droit de rétention du commissaire, si celui-ci avait connu l'existence de la clause au jour de la remise des marchandises⁷⁰⁰. Cette solution, qui a été posée pour le commissaire, peut, à notre sens, s'appliquer à l'ensemble des créanciers rétenteurs effectifs. A contrario, lorsque le rétenteur a ignoré l'existence de la clause de réserve de propriété au jour de la remise des marchandises, le conflit devrait se trancher en sa faveur. Dans cette hypothèse, la restitution du bien au créancier réservataire devient là aussi impossible. En revanche, lorsque le conflit oppose un créancier réservataire et un rétenteur fictif, nous pensons que le conflit doit être résolu au profit du réservataire, puisque le titulaire d'un droit de rétention fictif n'a pas le bien en sa possession, il n'est donc pas protégé par l'alinéa 1 de l'article 2276 du Code civil.

505. Il peut également avoir des conflits lorsque la revendication porte sur la créance du prix de revente. C'est notamment le cas dans le conflit qui oppose le créancier réservataire au banquier cessionnaire Dailly. La jurisprudence considère à juste titre que le vendeur réservataire doit l'emporter sur le cessionnaire Dailly. La Cour de cassation⁷⁰¹ avait en effet approuvé la décision rendue par la cour d'appel de Paris⁷⁰² qui avait jugé qu' « *en cédant à une banque, par bordereau Dailly, sa créance sur le sous-acquéreur du matériel grevé d'une clause de réserve de propriété, l'acquéreur n'a pu transférer au cessionnaire plus de droits qu'il n'en avait, lesquels, en ce qui concerne le matériel, se trouvaient fixés par la vente avec clause de réserve de propriété jusqu'au*

⁶⁹⁹ Cass. com., 14 novembre 1989, 88-11.790, *Bull. civ.* IV, ns° 290 ; Cass. com., 28 novembre 1989, n°87-19.626, *Bull.civ.* IV, n° 300.

⁷⁰⁰ CA Paris, 4 février 2000, *RJDA*, 200/9-10, n° 894.

⁷⁰¹ Cass. com., 20 juin 1989, *JCP E* 1990, II, 15668, n° 14, obs. M. CABRILLAC; D. 1989, p. 431, note F. PÉROCHON; *RTD com.* 1989, p. 702, obs. M. CABRILLAC et note A. MARTIN-SERF.

⁷⁰² CA Paris, 3 février 1988, *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 12, *Conc.* SAUVEL, note GARNIER et LEBOND.

complet paiement du prix stipulé ». Le créancier réservataire l'emporte donc sur le cessionnaire Dailly, dès lors que le sous-acquéreur n'a pas encore payé le cessionnaire⁷⁰³.

506. La solution est la même en cas d'affacturage. Le créancier réservataire l'emporte sur l'affactureur, lorsqu'il revendique la créance du prix de revente entre les mains du sous-acquéreur⁷⁰⁴. Mais lorsque la créance du prix de revente a déjà été versée à l'affactureur, la revendication est admise seulement si le vendeur réservataire prouve que le paiement effectué par le sous-acquéreur est intervenu après le jugement d'ouverture. À défaut, la revendication du prix de revente n'est plus possible, seule est admise la revendication du prix dû au jour du jugement d'ouverture.

b-2-b) Les conflits internes

507. Cette situation est surtout envisageable lorsque la revendication porte sur des biens fongibles. En effet, lorsqu'il n'est pas question de biens fongibles, un conflit ne peut véritablement se poser, et cela, en raison de l'exigence d'identification du bien. Il suffit pour le créancier qui souhaite revendiquer de prouver qu'il est le véritable propriétaire du bien. Ainsi, au moment de la restitution effective, le bien lui sera remis a priori sans aucune difficulté, dès lors que toutes les conditions de la revendication ou de la restitution sont remplies.

En revanche, lorsque la revendication porte sur des biens fongibles, des conflits peuvent exister. Faute d'identification, plusieurs vendeurs peuvent en effet revendiquer les mêmes marchandises vendues au débiteur-acheteur. Le problème va se poser surtout lorsque les biens qui se trouvent entre les mains du débiteur ne peuvent suffire à désintéresser tous les revendiquants. Au profit de quel revendiquant doit-on alors résoudre le conflit ?

508. Comme nous l'avons vu précédemment⁷⁰⁵, plusieurs solutions doctrinales ont été proposées pour la résolution de ce type de conflits. Mais, quelle que soit la solution retenue, le paiement en nature du créancier réservataire reste incertain.

Si on opte pour la solution qui règle le conflit au profit du premier revendiquant⁷⁰⁶, rien ne garantit que le bien grevé soit restitué à son véritable propriétaire. En effet, la remise des marchandises au vendeur réservataire plutôt qu'à un autre revendiquant repose sur un critère subjectif. En conséquence, la restitution effective des marchandises au véritable propriétaire demeure aléatoire. Si, en revanche, comme la majorité de la doctrine⁷⁰⁷, on opte pour une répartition proportionnelle

⁷⁰³ Cass. com., 10 juillet 2001, *Act. Proc. Coll.* 2001/4, p. 1, n° 181, obs. D. MAINGUY.

⁷⁰⁴ Cass. com., 26 avril 2000, *Bull. civ.* IV, n° 89; Cass. com., 15 mars 2005, *D.* 2005, AJ, 1351, obs. A. LIÉNHARD; *RTD com.* 2006, p. 185, obs. B. BOULOC et 2007, p. 235, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷⁰⁵ V. chapitre précédent sur la revendication des biens fongibles (ns°321 et s.)

⁷⁰⁶ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives, op. cit.*, n° 1942.

⁷⁰⁷ F. PÉROCHON, « La revendication favorisée », art. préc., p. 251; M.-J. CAMPANA, « Les revendications après la réforme du 10 juin 1994 », art. préc., p. 197 ; REVET, *RTD civ.* 2002, p. 327; M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, ns° 344 et s.

des marchandises entre les revendiquants, le risque ici est que la valeur des marchandises restituées ne soit largement inférieure à la valeur des marchandises initialement vendues à l'acheteur. En conséquence, le véritable propriétaire, contraint de subir une répartition proportionnelle, aura un paiement en nature limité puisque celui-ci se fait à hauteur des marchandises remises.

509. En somme, les conflits internes ou externes constituent, à n'en point douter, un obstacle au paiement en nature du créancier réservataire. En effet, à défaut d'une restitution incertaine, le créancier réservataire court au moins le risque d'un paiement partiel du fait d'une répartition proportionnelle des marchandises entre plusieurs revendiquants.

Nous venons de voir de quelle manière le créancier réservataire français peut obtenir le paiement en nature de sa créance. Ce mode de paiement qui se fait par la restitution effective du bien suscite néanmoins quelques difficultés pratiques. En sera-t-il de même pour le créancier réservataire africain ?

2- Le paiement en nature du créancier réservataire en droit OHADA

510. Aux termes de l'article 103, alinéa 4, de l'AUPC, il n'y a pas lieu à la revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé par le syndic. À l'instar du droit français, un raisonnement a contrario conduit à considérer que, lorsque le créancier n'a pas exceptionnellement reçu un paiement pour empêcher la restitution du bien, d'une part, et qu'à l'échéance de la dette il n'est pas totalement désintéressé, d'autre part, il doit pouvoir réclamer que le bien lui soit restitué. Cette restitution vaut donc paiement en nature puisqu'elle devra éteindre la créance à hauteur de la valeur du bien. Ainsi, nous analyserons les conditions (a) puis les effets du paiement en nature du créancier réservataire (b).

a- Les conditions du paiement en nature

511. Bien que le nouvel article 101-3 aborde désormais la question de la restitution du bien, le texte reste, en revanche, assez imprécis sur les modalités de la demande en restitution. En effet, après avoir indiqué que « *Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité* »⁷⁰⁸, l'alinéa 2 du même article précise qu'« *Il peut réclamer la restitution de son bien par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressé au syndic qui peut acquiescer à cette demande* ». Le propriétaire qui à l'échéance de la créance n'est pas payé, peut donc solliciter la restitution de son bien auprès du syndic. Comme en

⁷⁰⁸ Le législateur rejoint ainsi la position d'un auteur qui avait suggéré d'appliquer la solution prévue en droit français, laquelle consiste à dispenser le propriétaire du bien de faire reconnaître son droit de propriété que lorsque le contrat portant sur ce bien a été régulièrement publié ; V. J.-R. GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 189.

doit français, la restitution du bien est à l'initiative du créancier. De même, la demande en restitution n'est enfermée dans aucun délai. Mais, à la différence du droit français, le texte ne précise pas que la demande en revendication emporte demande en restitution. On pourrait donc considérer que le propriétaire dont le contrat n'est pas publié et qui a exercé une demande en revendication, n'est pas tenu d'exercer une demande en restitution. De cette manière, la restitution du bien devrait intervenir immédiatement après la revendication sans aucune formalité supplémentaire, lorsqu'évidemment la créance est devenue exigible.

512. Dans tous les cas, lorsque le créancier fait une demande en restitution auprès du syndic, il peut, à défaut d'accord dans le délai de trente jours à compter de la réception de la demande ou en cas de contestation, saisir le juge-commissaire afin qu'il soit statué sur ses droits⁷⁰⁹. Là encore, le fait que le législateur communautaire africain⁷¹⁰ ne se soit pas encore prononcé sur le sort du contrat de vente avec clause de réserve de propriété au regard des règles de la continuation des contrats, pose problème.

À quel moment donc la restitution effective du bien interviendra-t-elle ?

Pour pallier au vide juridique, les solutions du droit français pourraient s'appliquer. Ainsi, le créancier lié au débiteur par un contrat en cours ne se verra restituer le bien qu'au moment de la résolution ou du terme du contrat. En revanche, la restitution du bien aura lieu immédiatement lorsque le contrat n'est pas en cours. Mais quel que soit le moment de la restitution du bien, celle-ci devra nécessairement produire un effet de paiement.

b- Les effets de la restitution du bien

513. Lorsqu'un prix est encore dû au réservataire, la restitution du bien s'analyse comme un mode de paiement en nature. Par analogie au droit français, on peut considérer que la créance s'éteint à hauteur de la valeur du bien remis. Cela suppose que la valeur du bien doit préalablement être déterminée. Si la valeur du bien est inférieure au montant de la créance, le créancier réservataire devient chirographaire pour le solde. Il doit alors produire sa créance au passif du débiteur, à condition tout de même qu'il soit encore dans les délais ; sinon, il encourt la forclusion. En revanche, si la valeur du bien est supérieure au solde impayé, le créancier doit, pour éviter tout enrichissement sans cause, restituer l'excédant.

514. Mais, en droit OHADA, la restitution du bien au créancier fait naître un problème qui a déjà été résolu en droit français. Il se pose en effet la question de savoir si le revendiquant, et notamment le vendeur réservataire, qui récupère son bien est tenu de restituer les acomptes versés par le débiteur ?

⁷⁰⁹ Art. 101-3, al. 3 de l'AUPC.

⁷¹⁰ Encore moins la jurisprudence africaine.

Une partie de la doctrine⁷¹¹ considère que lorsque la revendication ou l'action en restitution aboutit, le vendeur réservataire doit restituer les acomptes perçus. Ainsi, pour un auteur⁷¹², la réponse à cette question est fonction du fait de savoir si la défaillance de l'acquéreur entraîne la résolution ou la caducité du contrat de vente. En matière de clause de réserve de propriété, le paiement du prix constituant une condition suspensive pour le transfert de la propriété, la défaillance du débiteur entraîne la caducité de la vente⁷¹³.

Cette solution est toutefois contraire à la logique du droit français. En effet, la clause de réserve de propriété étant reconnue comme une sûreté, la jurisprudence a jugé que la restitution du bien n'a pas pour effet d'entraîner la résolution du contrat de vente⁷¹⁴. En conséquence, le créancier n'a pas à restituer les acomptes qu'il a perçus du débiteur. Aussi, la solution dégagée par la doctrine africaine nous paraît bien surprenante, puisque depuis la réforme de l'AUS, en décembre 2010, la clause de réserve de propriété est reconnue en droit OHADA comme une sûreté réelle. Logiquement, la revendication ou la restitution du bien n'entraînant plus la résolution de la vente, le créancier ne devrait plus restituer les acomptes versés par le débiteur.

515. La restitution des acomptes soulève par ailleurs le problème du versement des dommages-intérêts au vendeur réservataire. Se pose en effet la question de savoir si les acomptes peuvent être compensés avec les dommages-intérêts éventuellement réclamés par le vendeur réservataire en raison, par exemple de la dévaluation des marchandises ou des perturbations de la trésorerie du vendeur dues ou non-respect des échéances. Par ailleurs, on peut également s'interroger sur la possibilité pour le vendeur réservataire de retenir une partie des acomptes en contre partie de la jouissance du bien par l'acheteur. Pour y répondre, un auteur a soutenu que les acomptes versés par l'acheteur pourraient représenter la contrepartie de sa jouissance⁷¹⁵. L'acquéreur à crédit du bien qui en a fait usage doit au moins payer la jouissance de la chose. Une autre solution serait d'insérer une clause dans le contrat de vente qui stipule que les acomptes versés seront conservés par le vendeur à titre d'indemnité⁷¹⁶.

516. Le vide juridique existant en la matière nous permet de considérer que si un jour la CCJA est amenée à se prononcer sur ces questions, elle pourrait faire application des solutions en

⁷¹¹ Y. R. KALIEU ELONGO, « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p. 1446, n°15; M. BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », art. préc., p. 313 ; A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, op. cit., n° 808.

⁷¹² M. BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », art. préc., p. 315.

⁷¹³ *Ibid.*

⁷¹⁴ Cass. com., 1er octobre 1985, n° 84-12.015, *Bull.civ*, IV, n° 222, arrêt préc; D. 1986. IR. 169, obs. F. DERRIDA ; D. 1986. 246, note M. CABRILLAC ; Cass. Com., 9 mai 1995, n° 92.20-811, Inédit; *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. CROCQ.

⁷¹⁵ E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », art. préc., p.35.

⁷¹⁶ A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, op. cit., n° 808.

vigueur en droit français et juger que le vendeur réservataire n'a plus à restituer les acomptes perçus puisque le jeu de clause de réserve de propriété, en tant que sûreté, n'entraîne pas la résolution du contrat de vente. De cette manière, elle réglerait toutes les difficultés pouvant résulter de la restitution des acomptes.

Mais, en attendant, en droit OHADA comme en droit français, le paiement en nature du réservataire demeure, sauf mauvaise foi du sous-acquéreur, impossible lorsque le bien a été revendu. En cas de revente du bien à un sous-acquéreur avant le jugement d'ouverture, c'est le prix de la créance subrogée au bien qui devra être remis au créancier. En outre, le législateur OHADA n'a pas prévu l'hypothèse d'une vente du bien par le syndic. Mais, là encore, on pourrait considérer qu'en cas de vente du bien par l'organe de la procédure, le créancier doit bénéficier d'un traitement privilégié puisque la vente s'effectuera certainement dans l'intérêt de la masse.

517. En définitive, la restitution effective du bien constitue un véritable moyen pour le réservataire d'obtenir le paiement de sa créance. Cependant, à la différence du paiement en espèces qui, en principe, est intégral et immédiat, le paiement en nature ne se fait qu'à l'échéance de la créance garantie et à hauteur de la valeur du bien. Dans tous les cas, le créancier réservataire français ou africain dispose de véritables moyens pour échapper à la règle de l'interdiction des paiements des créances et, de ce fait, obtenir le paiement individuel de sa créance au cours de la procédure collective.

Qu'en est-il alors du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ?

Paragraphe 2/ Le paiement du bénéficiaire de la fiducie-sûreté

518. Le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut lui aussi échapper à l'interdiction des paiements des créances. Toutefois, il existe une différence remarquable entre les législations. Alors que le législateur français prévoit expressément des moyens permettant au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté d'échapper à l'interdiction législative, le législateur communautaire africain reste muet à ce propos. En effet, aucune disposition dans l'AUPC n'envisage expressément la possibilité pour le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire d'obtenir paiement de sa créance au cours de la procédure collective. Ainsi, nous analyserons d'abord le paiement du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté en droit français (A) avant de dégager quelques solutions en droit OHADA (B).

A- Le paiement du bénéficiaire de la fiducie-sûreté en droit français

519. À l'instar des autres créanciers munis de sûretés réelles exclusives, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté dispose, en droit français, de plusieurs moyens lui permettant d'échapper à règle de l'interdiction des paiements des créances. D'une part, un paiement en espèces et immédiat réalisé dans l'intérêt de l'entreprise débitrice (1) et, d'autre part, un paiement en nature, dans l'intérêt du créancier, n'intervenant qu'à l'échéance de la créance garantie (2).

1- Le paiement en espèces du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté

520. Nous avons vu que le bénéficiaire de la fiducie ne peut, a priori, se prévaloir des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 4. Aucun paiement immédiat sur autorisation du juge-commissaire ne devrait donc intervenir pour empêcher la restitution des biens fiduciaires. Toutefois, le créancier dispose d'autre moyen lui permettant d'obtenir le paiement en espèces de sa créance en dépit de l'ouverture d'une procédure collective. En effet, parmi les exceptions posées au principe de l'interdiction des paiements des créances antérieures, on retrouve l'article L. 622-7-II, alinéa 2, qui précise que le juge-commissaire peut, pour obtenir le retour des biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement d'ouverture. Il en résulte que le fiduciaire peut être contraint de se dessaisir des actifs transférés en contrepartie du paiement de la créance.

Nous analyserons donc les conditions du retour contre paiement (a) avant d'en déterminer les bénéficiaires (b).

a- Les conditions du retour contre paiement

521. Le retour contre paiement est soumis aux mêmes conditions que le retrait contre paiement⁷¹⁷. Comme pour le créancier rétenteur, le juge-commissaire n'autorisera le paiement du créancier bénéficiaire que lorsqu'il sera justifié par la poursuite de l'activité du débiteur. Lorsque le juge-commissaire statue sur la demande d'autorisation, le greffier doit convoquer le débiteur, l'administrateur, s'il en a été désigné, et le mandataire judiciaire.

Conformément aux dispositions réglementaires qui visent les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens dont la vente est envisagée, un auteur⁷¹⁸ a considéré que la convocation du créancier auquel le retour est imposé paraît nécessaire, même si la vente du bien dont le retour est demandé n'est pas envisagée. Lorsque la demande lui semble fondée, le juge-commissaire autorise l'organe compétent⁷¹⁹ à payer la créance du bénéficiaire de la fiducie-sûreté

522. Il existe toutefois une différence notable dans le paiement de ces deux catégories de créanciers. Alors que le créancier rétenteur peut se prévaloir du retrait contre paiement dans toutes les phases de la procédure collective, et même dans la liquidation judiciaire. Pour le bénéficiaire de la fiducie-sûreté, le retour contre paiement n'est possible que dans les procédures de sauvetage⁷²⁰. En effet, l'article L. 641-3 du Code de commerce ne prévoit pas, dans le cadre de la liquidation

⁷¹⁷ V. ns° 410 et s.

⁷¹⁸ P.-M. LE CORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.*, mars-avril 2009, du 8 au 10 mars 2009, Doctr., pp. 810 et s.

⁷¹⁹ Il s'agit du débiteur ou, le cas échéant, de l'administrateur.

⁷²⁰ En redressement judiciaire son application résulte du renvoi opéré par l'article L. 631-14, al. 1^{er} du Code de commerce.

judiciaire, l'hypothèse d'un retour contre paiement. Le paiement du créancier bénéficiaire se fera alors par d'autres moyens.

Toutefois, le problème qui se pose ici est surtout celui de la détermination des bénéficiaires de la mesure.

b- Les bénéficiaires du retour contre paiement

523. Tout bénéficiaire d'une fiducie peut-il se prévaloir de la technique du retour contre paiement ? Une réponse négative s'impose. Il résulte des dispositions de l'article L. 622-7-II, alinéa 2, que les biens ou droits doivent avoir été transférés dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie. Il en résulte que le retour contre paiement n'est envisageable qu'en présence d'une fiducie avec création d'un patrimoine d'affectation, d'une part, et, d'autre part, il doit s'agir d'une fiducie-sûreté, c'est-à-dire d'un transfert fiduciaire pour garantir le paiement de créance.

La mesure ne s'applique donc pas à la fiducie-gestion puisqu'il n'y a aucun paiement attendu du constituant⁷²¹. Elle ne s'applique pas non plus aux autres fiducies sans création d'un patrimoine d'affectation, notamment la cession Dailly.

524. Cependant, tout le problème n'est pas résolu. Il se pose encore la question de savoir si la mesure s'applique uniquement dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté avec dépossession du constituant. De prime à bord, on pourrait considérer que le retour contre paiement ne s'applique qu'en présence d'une fiducie-sûreté avec dépossession du constituant. Le débiteur n'ayant pas conservé l'usage ou la jouissance des biens en vertu d'une convention de mise à disposition, il faut, pour obtenir le retour de ces biens dans le patrimoine du débiteur, payer préalablement le créancier bénéficiaire. Ce paiement ne se fera toutefois qu'à condition que les biens retenus dans un patrimoine fiduciaire soient nécessaires à la poursuite de l'activité.

C'est en tout cas la position défendue par le professeur LE CORRE⁷²². L'auteur considère que la règle du retour contre paiement « n'a vocation à jouer que si les biens et droits sont effectivement entre les mains du fiduciaire, le débiteur n'en ayant plus l'usage ou la jouissance ». L'auteur estime qu'en présence d'une convention de mise à disposition, il faut se référer à l'action en revendication. Dans le même ordre d'idées, le professeur PÉROCHON⁷²³, après avoir indiqué que l'article L. 622-7, II, alinéa 2 « régit potentiellement toute fiducie-sûreté, que le débiteur ait ou non la jouissance des actifs fiduciaires » considère que le retour qu'il s'agit d'obtenir grâce au paiement peut s'entendre du seul transfert ou de la rétrocession des biens et droits au constituant, lorsque ce dernier est le bénéficiaire du contrat de fiducie. L'auteur affirme par ailleurs que, compte tenu des

⁷²¹ Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 décembre 2008, Titre I, chap. II-3. art. 22.

⁷²² P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 633.54.

⁷²³ F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art préc, p. 658.

dispositions sur les contrats en cours, « la faculté de retour contre paiement est même surtout utile lorsque le débiteur ne détient pas le bien et qu'il envisage de le réaffecter ». En revanche, le professeur MACORIG-VENIER⁷²⁴ estime que le retour contre paiement doit s'appliquer à toutes les fiducies-sûretés, même sans dépossession, dès lors que le bien objet de la garantie présente une utilité pour la poursuite de l'activité⁷²⁵.

Nous rejoignons la position défendue le dernier auteur cité. À notre avis, le retour contre paiement devrait s'appliquer à toutes les fiducies-sûretés, peu important que le débiteur constituant ait été dépossédé ou non. Comme pour le droit de rétention fictif, on peut considérer que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession peut se prévaloir du retour contre paiement, uniquement dans l'hypothèse où l'on entend réaliser les biens transférés dans un patrimoine fiduciaire. Ainsi, il faudrait désintéresser le créancier bénéficiaire avant de procéder à la réalisation. Les biens dont on envisage ainsi la vente doivent être libérés de toute emprise juridique. En outre, le paiement des créanciers étant conditionné par l'utilité du bien à l'entreprise, celle-ci devra, le cas échéant, découler de l'apport en trésorerie procuré par la vente du bien et non plus simplement de son utilisation matérielle, puisque les biens ont été laissés entre les mains du débiteur. De cette manière, le débiteur qui n'avait conservé qu'un droit d'usage ou de jouissance sur le bien peut, dans ces conditions, obtenir le droit d'en disposer.

Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que le retour contre paiement, dont le caractère assez récent doit être souligné⁷²⁶, se conçoit plus facilement dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté avec dépossession du constituant. Le paiement du créancier par le mécanisme du retour contre paiement met fin au transfert fiduciaire. Les biens ou droits transférés retrouvent ainsi leur patrimoine d'origine.

525. Cependant, en présence d'une fiducie-sûreté rechargeable, le retour des biens dans le patrimoine du débiteur peut être contesté. On se demande en effet si la convention de rechargement peut tenir en échec le retour des biens dans le patrimoine du débiteur alors que le juge-commissaire a autorisé le paiement des créanciers. Certains estiment que le caractère formel et d'ordre public de l'article L. 622-7, II, alinéa 2, qui permet d'imposer le retour des actifs est suffisant pour tenir en échec la convention de rechargement⁷²⁷. À l'inverse, d'autres pensent que l'existence d'une convention de rechargement de la fiducie-sûreté peut fonder un refus d'autorisation du juge-commissaire⁷²⁸.

⁷²⁴ F. MACORIG-VENIER, « Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté », art. préc., p. 413.

⁷²⁵ V aussi C. HOUIN-BRESSAND, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », art préc, p. 97.

⁷²⁶ La mesure est issue des dispositions de l'article 22 de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

⁷²⁷ F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art préc, p. 658

⁷²⁸ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 633.54.

526. En définitive, le mécanisme du retour contre paiement permet au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté d'échapper à la règle de l'interdiction de paiement des créances, pour autant que les actifs fiduciaires soient utiles à la poursuite de l'activité. Comme le rétenteur, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté n'est maître de rien. Il ne fait que subir le paiement. Ainsi, bien que le retour contre paiement permette au créancier d'obtenir le paiement de sa créance, cette mesure vise en réalité à favoriser les intérêts de l'entreprise en difficulté. Pour cela, il faudrait assurer une coordination entre les règles de la fiducie-sûreté et celles du droit des entreprises en difficulté⁷²⁹. Bien qu'avantageux, le paiement en espèces ne s'effectue pas d'abord dans l'intérêt des créanciers et encore moins à leur initiative. Il ne vise qu'à favoriser l'exploitation de l'activité. On ne pourrait cependant en dire autant lorsqu'il s'agit d'un paiement en nature.

2- Le paiement en nature du bénéficiaire de la fiducie-sûreté

527. Comme le créancier réservataire, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut obtenir le paiement en nature de sa créance lorsque, à l'échéance de la dette, il n'a pas complètement été désintéressé. Cependant, à la différence du réservataire qui ne peut obtenir le paiement en nature qu'à la suite d'une demande en restitution, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté dispose de deux moyens distincts pour obtenir un tel paiement. La particularité de sa sûreté lui permet en effet d'obtenir le paiement en nature de sa créance, soit par la remise effective du bien suite à l'exercice d'une action en restitution (a), soit par la réalisation de sa sûreté (b). Toutefois, il peut également y avoir des obstacles à ce mode de paiement (c).

a- Un paiement en nature par la restitution effective du bien

528. Le fiduciaire⁷³⁰ qui, en application des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, fait une demande en revendication ou, s'il en est dispensé⁷³¹, une demande en restitution, doit à terme obtenir la restitution effective du bien. Sans revenir sur le régime de la restitution étudié dans les développements relatifs au paiement du créancier réservataire, il y a toutefois lieu d'apporter quelques précisions nécessaires.

529. D'abord, l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, peut, de prime abord, paraître inconciliable avec les dispositions du droit commun de la fiducie. En effet, conformément à l'article 2019 du Code civil, « *À peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans un délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domiciliés en France* ». L'article 2020 du même Code

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ Logiquement, tant que le jeu de la fiducie ne s'est pas fait, il appartient au fiduciaire de revendiquer puisqu'il est le propriétaire temporaire des actifs fiduciaires ; V. aussi, S. FARHI, « Le banquier garanti par une fiducie-sûreté et la procédure collective », art. préc, p.113.

⁷³¹ Art. L. 624-10 du Code de commerce.

précise qu'« un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État ». L'enregistrement du contrat de fiducie est donc exigé, à peine de nullité. Or, l'enregistrement peut s'analyser comme une formalité de publicité⁷³².

En application de l'article L. 624-10 qui dispense de revendication les propriétaires de contrat publié, le fiduciaire ne devrait donc pas revendiquer puisque le contrat de fiducie doit être enregistré pour être valable. Il devrait simplement faire une demande en restitution. Cependant, il ne s'agit pas d'une véritable publicité. Elle n'est ouverte qu'aux agents du Trésor public. Elle n'est donc pas accessible à tous et n'a pas pour but de rendre la fiducie opposable aux tiers.

Pour cette raison, le fiduciaire qui souhaite rendre son droit de propriété opposable à la procédure collective, devrait revendiquer les biens meubles faisant l'objet d'une fiducie sans dépossession⁷³³. Un auteur⁷³⁴ a considéré que le fiduciaire pouvait se soustraire à l'obligation de revendication, s'il procède à la publicité de convention de mise à disposition puisque, dans ce cas, il serait titulaire d'un contrat publié au sens de l'article L. 624-10 du Code de commerce.

530. Ensuite, le terme "restitution" semble à notre sens inapproprié pour le bénéficiaire de la fiducie-sûreté puisque, d'une part, il n'a jamais été le véritable propriétaire des biens et, d'autre part, il n'a jamais été en possession des actifs fiduciaires. S'agissant de la propriété, elle joue ici simplement un rôle de garantie et elle peut ne pas devenir définitive. C'est par exemple le cas lorsque le paiement du créancier est autorisé par le juge-commissaire pour obtenir le retour d'un bien utile à l'entreprise. Quant à la possession des biens, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté n'entre pas en possession des actifs fiduciaires. C'est le cas lorsqu'en vertu d'une convention de mise à disposition, le débiteur constituant conserve les actifs fiduciaires entre ses mains. Et, même dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté avec dépossession du constituant, les biens fiduciaires sont tenus par le fiduciaire et non le bénéficiaire, sauf lorsque le fiduciaire est également le bénéficiaire.

Compte tenu de tous ces éléments, on ne saurait véritablement parler d'une restitution au profit du créancier bénéficiaire⁷³⁵. La restitution s'entend en effet comme l'action de rendre quelque chose à son propriétaire d'origine⁷³⁶. Le terme de "remise" semble plus adapté à leur situation. La remise est comprise comme l'action de mettre quelque chose en la possession de quelqu'un⁷³⁷. Dans le cas de la fiducie-sûreté, il s'agit de remettre aux créanciers bénéficiaires des biens dont ils n'ont jamais eu la possession⁷³⁸. Le bénéficiaire qui se voit ainsi remettre le bien de façon effective en acquiert par

⁷³² Nous reviendrons sur cette question dans le prochain chapitre

⁷³³ V. en ce sens ; F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », art. préc., p.63 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., 812.21.

⁷³⁴ S. FARHI, « Le banquier garanti par une fiducie-sûreté et la procédure collective », art. préc, p.114.

⁷³⁵ On pourrait également faire les mêmes observations dans le cas de la clause de réserve de propriété lorsque la créance du prix a par exemple été cédée à un banquier qui revendique. Il agira en revendication et « restitution » alors même qu'il n'a jamais été propriétaire du bien

⁷³⁶ Dictionnaire Larousse en ligne, www.larousse.fr

⁷³⁷ Dictionnaire Larousse en ligne, www.larousse.fr

⁷³⁸ Sauf lorsque le fiduciaire est aussi le bénéficiaire.

la même occasion la propriété définitive. Quoi qu'il en soit, la restitution est le terme employé par le texte, on ne peut que s'y référer.

531. Par ailleurs, le moment de la remise du bien au bénéficiaire de la fiducie va, à la différence du créancier réservataire, dépendre de la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur. Dans les procédures de sauvetage, la convention de mise à disposition qui conditionne l'exercice de la revendication bénéficie du régime des contrats en cours⁷³⁹. Ainsi, en cas de continuation du contrat, la remise du bien au créancier est différée au jour de la réalisation ou du terme de la convention. En revanche, dans la liquidation judiciaire, les dispositions relatives à la continuation des contrats n'étant plus applicables à la convention de mise à disposition⁷⁴⁰, la remise des actifs fiduciaires peut intervenir immédiatement après la demande en restitution.

532. Enfin, lorsque la fiducie-sûreté a été constituée sans dépossession, il revient au débiteur constituant la tâche de remettre le bien au fiduciaire (qu'il soit ou non le bénéficiaire), à charge pour lui de le remettre au bénéficiaire au moment de la réalisation de la sûreté. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une fiducie-sûreté avec dépossession, le fiduciaire a déjà le bien en sa possession ; il n'y a donc pas de revendication. La remise du bien n'interviendra ici qu'au moment du dénouement de la sûreté.

533. Quoi qu'il en soit, le bien remis éteint la créance à hauteur de sa valeur. La détermination de la valeur du bien se fait par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf s'il s'agit d'une somme d'argent ou si le bien fait l'objet d'une cotation officielle. Si la valeur du bien excède le montant de la créance, la différence doit être restituée. À l'inverse, si la valeur du bien est inférieure au montant de la créance, le bénéficiaire demeure créancier du solde restant dû.

Toutefois, lorsque le créancier n'obtient pas la restitution du bien dans le cadre d'une action en revendication ou en restitution, il peut encore espérer un paiement en nature au moment de la réalisation de la sûreté.

b- Un paiement en nature par la réalisation de la fiducie-sûreté

534. Le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté qui, à l'échéance, n'a pas reçu le paiement en espèces de sa créance peut, en principe, réaliser sa sûreté en dépit de l'ouverture d'une procédure collective. Cette réalisation s'analyse à notre sens comme un paiement en nature puisque, par ce moyen, le créancier obtient le bien en pleine propriété. Il acquiert ainsi le droit d'en disposer librement. Cependant, le législateur n'autorise la réalisation de la fiducie-sûreté qu'à certaines conditions. À la différence, là encore, du créancier réservataire à l'égard duquel la sûreté demeure efficace dans

⁷³⁹ Art. L. 622-13, IV du Code de commerce.

⁷⁴⁰ Art. L. 641-11-1, VI du Code de commerce.

toutes les phases de la procédure collective⁷⁴¹, certains bénéficiaires de fiducie voient, lorsqu'il existe encore des chances de redressement de l'entreprise, l'efficacité de leur sûreté neutralisée. L'article L. 622-23-1 du Code de commerce précise en effet que « *Lorsque les biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers* ».

Cet article posé pour la procédure de sauvegarde vaut aussi pour le redressement judiciaire⁷⁴². Il en résulte que la fiducie-sûreté ou gestion⁷⁴³ ne peut être réalisée pendant la période d'observation ou d'exécution du plan d'une procédure de sauvetage. En revanche, cette interdiction n'existe pas dans le cadre de la liquidation judiciaire. Le créancier peut donc librement réaliser sa sûreté et ainsi obtenir le paiement en nature de sa créance.

Par ailleurs, il résulte des dispositions de ce texte que la neutralisation de la fiducie dépend également de l'existence ou non d'une convention de mise à disposition. Ainsi, nous verrons la réalisation d'une fiducie-sûreté sans dépossession (b-1) puis avec dépossession (b-2).

b-1) La réalisation d'une fiducie-sûreté sans dépossession

535. Lorsque le débiteur conserve, en vertu d'une convention de mise à disposition, l'usage ou la jouissance des actifs fiduciaires, ceux-ci sont supposés être utiles à la poursuite de l'activité. Aussi, pour préserver toutes les chances de sauvetage de l'entreprise, l'article L. 622-23-I interdit le jeu de la fiducie du seul fait de l'ouverture d'une procédure, de l'arrêté d'un plan ou encore du défaut de paiement d'une créance née avant l'ouverture de la procédure.

536. De plus, en application des dispositions de l'article L. 622-13-VI, la convention qui assure au débiteur l'usage ou la jouissance des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire obéit aux règles de la continuation des contrats en cours. Ainsi, la convention de mise à disposition ne peut être résiliée par l'application d'une clause résolutoire de plein droit en raison de l'ouverture d'une procédure collective. En outre, il revient à l'administrateur ou, en son absence, au débiteur, sur avis conforme du mandataire judiciaire, de se prononcer sur la poursuite ou non du contrat. À défaut de réponse dans le délai du mois qui suit la mise en demeure d'avoir à se prononcer, la convention est résiliée. La restitution du bien pourrait alors intervenir. Il en irait de même en cas de non-paiement à bonne date des sommes dues au titre de la poursuite de la convention. Par ailleurs, en l'absence de mise en demeure, l'administrateur peut solliciter la résiliation de la convention de mise à disposition auprès du juge-commissaire.

⁷⁴¹ Et même dans toutes les procédures collectives

⁷⁴² Art. L. 631-14 du Code de commerce

⁷⁴³ Il en sera de même pour la fiducie-gestion puisque le législateur ne fait aucune distinction.

537. Dans tous les cas, la soumission de la convention de mise à disposition au régime applicable à la continuation des contrats en cours justifie l'interdiction de réaliser la fiducie-sûreté. La sanction du non-respect de l'interdiction est la nullité du transfert ou de la cession. L'interdiction de réaliser n'est cependant valable qu'au cours des périodes d'observation et d'exécution des plans des procédures de sauvetage ; elle ne l'est plus en cas de résiliation de la convention. Ainsi, dès lors que l'organe compétent a opté pour la continuation du contrat, l'exécution du plan, et notamment le paiement des dividendes au bénéficiaire de la fiducie, fait obstacle à la réalisation de la fiducie-sûreté. Faute d'exécution des engagements, le plan peut être résolu⁷⁴⁴.

538. Le législateur a prévu l'hypothèse toute particulière de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou, lorsque le redressement est impossible, de liquidation judiciaire à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde, sur constat de la cessation des paiements⁷⁴⁵. Dans ce cas, il est admis que la convention de mise à disposition ne bénéficie pas des règles relatives à la continuation des contrats en cours⁷⁴⁶. En conséquence, la réalisation de la fiducie-sûreté devient possible. Le bénéficiaire peut alors demander que les actifs fiduciaires lui soient transférés. Dans ce cas précis, la réalisation de la fiducie-sûreté intervient au cours de la période d'observation de la procédure de redressement. Dans le même ordre d'idées, la doctrine considère que cette solution doit également s'appliquer, sans qu'il y ait cessation des paiements, en cas de résolution du plan pour inexécution des engagements puisque la procédure collective a pris fin⁷⁴⁷. En revanche, si le bénéficiaire ne fait pas jouer sa fiducie-sûreté immédiatement et si après la résolution du plan pour inexécution des engagements, s'ouvre un redressement judiciaire, la convention de mise à disposition doit à nouveau bénéficier du régime applicable à la continuation des contrats en cours⁷⁴⁸.

539. C'est cette dernière solution qui s'applique dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire. Le débiteur ayant perdu toute chance de redressement, l'article L. 641-3 ne renvoie pas à l'article L. 622-23-1. En outre, la convention de mise à disposition n'étant plus soumise au régime des contrats en cours⁷⁴⁹, plus rien ne fait obstacle à la réalisation de la fiducie-sûreté par le bénéficiaire impayé à l'échéance. Aussi, la convention de mise à disposition pourrait être résiliée du seul fait de l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Dans l'hypothèse où une clause de résiliation aurait été convenue, celle-ci serait alors parfaitement efficace.

540. En définitive, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession peut réaliser sa sûreté dès lors que la convention de mise à disposition est résiliée ou arrivée à son terme. Les biens

⁷⁴⁴ Art. L. 626-27, al. 2 du Code de commerce.

⁷⁴⁵ Art. L. 626-27, al. 3 du Code de commerce.

⁷⁴⁶ Art. L. 631-14, al. 4 du Code de commerce.

⁷⁴⁷ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 633.57; F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. préc., p. 659.

⁷⁴⁸ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 633.57.

⁷⁴⁹ Art. L. 641-11-1 du Code de commerce.

restés entre les mains du débiteur doivent ainsi être remis au fiduciaire, à charge pour lui de les transférer au bénéficiaire. La paralysie du jeu de la fiducie-sûreté résultant de l'existence et de la poursuite d'une convention de mise à disposition fait donc obstacle au paiement en nature du créancier bénéficiaire. Par conséquent, tant que la convention de mise à disposition est exécutée, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne peut valablement échapper à la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures, au moyen de la réalisation de leur sûreté.

541. Toutefois, il y a lieu d'observer que la restitution du bien au moyen de la réalisation d'une fiducie sans dépossession ne peut avoir lieu lorsque le fiduciaire a procédé à la revendication. En effet, dès lors que le fiduciaire a revendiqué, il n'y a plus réellement d'intérêt à réaliser la sûreté puisque le créancier devrait, par principe, obtenir le paiement en nature de sa créance dans ce cadre là. À l'instar de la clause de réserve de propriété, la revendication apparaît comme un mode de réalisation de la fiducie-sûreté. En revanche, la réalisation retrouve un intérêt dans le cadre d'une fiducie-sûreté avec dépossession puisque, dans cette hypothèse, la revendication n'est pas possible.

b-2) La réalisation d'une fiducie-sûreté avec dépossession

542. Le législateur n'a pas neutralisé le jeu de la fiducie-sûreté lorsque le débiteur constituant n'a pas conservé les biens transmis dans le patrimoine fiduciaire par le biais d'une convention de mise à disposition. Cette analyse résulte de l'interprétation a contrario des dispositions de l'article L. 622-23-1 susvisé qui visent exclusivement l'hypothèse d'une fiducie-sûreté sans dépossession du constituant. L'interdiction posée par ce texte devrait donc être inapplicable aux bénéficiaires d'une fiducie-sûreté avec dépossession. Ce serait notamment le cas lorsque la fiducie-sûreté a pour objet des comptes d'instruments financiers ou des sommes d'argent⁷⁵⁰. Ainsi, le bénéficiaire d'une fiducie avec dépossession qui n'est pas payé à l'échéance, devrait pouvoir réaliser sa sûreté nonobstant l'ouverture d'une procédure collective, peu important dans ce cas qu'il s'agit d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Il pourrait alors solliciter la remise en pleine propriété des actifs fiduciaire.

543. Tout bien considéré, lorsque la réalisation de la fiducie-sûreté intervient, elle constitue un moyen d'assurer le paiement en nature du créancier bénéficiaire. Il sera désintéressé à hauteur de la valeur du bien fiduciaire. Il faut donc procéder à une détermination de la valeur dudit bien. En principe, la détermination se fait par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf s'il s'agit de sommes d'argent ou si le bien fait l'objet d'une cotation officielle. Si la valeur du bien est supérieure au montant de la créance, le fiduciaire doit restituer l'excédent après paiement des

⁷⁵⁰ R. DAMMANN, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 64

créanciers dont la créance est née pour la conservation ou la gestion du patrimoine fiduciaire. En revanche, si la valeur des biens est inférieure, le bénéficiaire reste créancier du solde.

Cependant, il peut exister, notamment en cas de survenance de conflits, comme pour le créancier réservataire, des obstacles au paiement en nature du créancier bénéficiaire.

c- Les obstacles au paiement en nature du bénéficiaire

544. À la différence de ce qu'il en est pour le créancier réservataire, les obstacles proviendront ici surtout des conflits entre les créanciers. Le législateur n'a en effet nullement envisagé l'hypothèse d'une vente des actifs fiduciaires par un organe de la procédure. En outre, la vente des biens fiduciaires se conçoit difficilement dans le cadre d'une fiducie avec dépossession du constituant. Par ailleurs, si le débiteur qui a conservé les biens par une convention de mise à disposition les vend à un tiers-acquéreur avant l'ouverture d'une procédure collective, on pourrait sans doute considérer que le droit de propriété du bénéficiaire de la fiducie-sûreté se reporte, comme pour le réservataire, sur la créance du prix subrogée au bien. Ce serait donc le prix de vente qui serait remis au créancier au titre du paiement de sa créance.

545. S'agissant des conflits, il peut en avoir d'abord au moment de la revendication des biens fongibles. Le problème se pose ici dans les mêmes termes que la revendication des créanciers réservataires. À qui doit-on remettre le bien ?

Par analogie aux solutions préconisées pour la résolution des conflits entre les réservataires, on pourrait soit trancher en faveur du premier revendiquant, en application de la règle *prior tempore, potiore jure*⁷⁵¹, soit opter pour une répartition proportionnelle des biens⁷⁵².

Les conflits peuvent également surgir lorsque les actifs fiduciaires sont, en vertu d'une convention de rechargement, transférés à plusieurs bénéficiaires. Dans ce cas, un rang doit être établi en fonction de la date d'enregistrement de chacune des conventions de rechargement. Le paiement se fera donc conformément au rang établi. En outre, le transfert des biens au bénéficiaire n'emporte pas purge des inscriptions antérieures. Le bénéficiaire de la fiducie-sûreté s'expose donc au droit de suite des créanciers régulièrement inscrits sur le bien avant la constitution la fiducie-sûreté. Cette mesure est prévue par l'article 2025, alinéa 1^{er}, du Code civil qui protège ainsi les créanciers titulaires d'un droit de suite sur des biens ultérieurement cédés à titre de garantie.

546. Il existe ainsi plusieurs événements qui constituent, à notre sens, des obstacles au paiement en nature des créanciers bénéficiaires. Aussi, qu'il s'agisse de la survenance des conflits ou du respect du droit de suite des créanciers antérieurement inscrits sur les biens transférés,

⁷⁵¹ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1942.

⁷⁵² F. PÉROCHON, « La revendication favorisée », art préc., p. 251 ; M.-J. CAMPANA, « Les revendications après la réforme du 10 juin 1994 », art préc., p. 197 ; M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, op. cit., n° 344 et s.

l'exclusivité du bénéficiaire de la fiducie-sûreté sur les biens transférés se trouve quelque peu altérée⁷⁵³. Cette situation n'est pas sans conséquence sur leur paiement qui devient soit impossible, soit réduit dans le meilleur des cas.

Le paiement est impossible lorsqu'en application de la règle *prior tempore, potiore jure*, le conflit se règle en faveur du premier revendiquant. En effet, les autres créanciers qui se prévalaient également des droits sur les actifs transférés perdent toute chance de paiement, puisque le bien a été remis à un seul créancier. En revanche, le paiement est réduit lorsqu'il est fait application de la règle de la répartition proportionnelle. Le créancier ne peut plus se prévaloir d'un paiement à hauteur de la valeur du bien puisque que celle-ci est, le cas échéant, répartie proportionnellement entre les différents créanciers qui se prévalent des droits sur les biens transférés. Le paiement sera également réduit lorsque le bénéficiaire se trouve confronté aux titulaires d'un droit de suite.

547. En tout état de cause, en cas de réalisation de la fiducie-sûreté, le paiement du bénéficiaire peut intervenir sous différentes formes.

D'abord, le bénéficiaire peut solliciter du fiduciaire le transfert des biens dans son patrimoine personnel. Dans ce cas, il acquiert les biens en pleine propriété. Ainsi, la propriété jadis temporaire devient définitive.

Le bénéficiaire peut donc librement disposer des biens. Si le fiduciaire est également le bénéficiaire, il y aura transfert des biens du patrimoine fiduciaire vers son patrimoine personnel. Notons que la transmission des droits au bénéficiaire nécessite l'accomplissement d'une formalité d'enregistrement selon les conditions prévues par l'article 2019 du Code civil⁷⁵⁴. Le bénéficiaire peut ensuite, si le contrat de fiducie le prévoit, demander au fiduciaire de réaliser les biens selon les formes prévues dans le contrat. Dans ce cas, le créancier se fait remettre tout ou partie du prix correspondant au montant de sa créance. La différence entre le prix et le montant de la créance est restituée au débiteur constituant dans les mêmes conditions qu'en cas d'excédent de la valeur du bien par rapport au montant de la créance. La vente des biens par le fiduciaire n'est pas soumise aux règles relatives aux procédures d'exécution, sauf si cela a été prévu dans le contrat de fiducie⁷⁵⁵.

Nous achevons ainsi l'analyse des différents moyens permettant au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté d'obtenir, en droit français, le paiement exceptionnel de leur créance, nonobstant l'interdiction législative de payer les créances non-méritantes.

Qu'en est-il du paiement de ce créancier en droit OHADA.

⁷⁵³ F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », art. préc., p. 67

⁷⁵⁴ Art. 2019, al. 3 du Code civil.

⁷⁵⁵ Ph. DUPICHOT, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G*, 2009, I, 132, n° 13.

B- Le paiement du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire en droit OHADA

548. Dans l'espace communautaire africain, la fiducie revêt une forme particulière. Elle vise exclusivement le transfert de somme d'argent. C'est d'ailleurs pourquoi le législateur utilise l'expression « *transfert fiduciaire d'une somme d'argent* » pour désigner cette sûreté.

Le mécanisme de la fiducie en droit OHADA se révèle donc différent de celui du droit français. L'alinéa 1^{er} de l'article 87 du nouvel AUS précise que « *Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation* ». Et l'alinéa 2 d'ajouter que les « *fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir* ». La forme particulière de la fiducie n'est pas sans incidence sur le paiement du créancier bénéficiaire.

549. En analysant les dispositions précitées, on peut affirmer que le créancier africain qui bénéficie d'un transfert fiduciaire de somme d'argent ne peut prétendre qu'à un mode de paiement : le versement des fonds transférés, c'est-à-dire un paiement en espèces. Ainsi, à la différence du droit français, la distinction entre paiement en espèces et paiement en nature n'a pas lieu d'être ici. En outre, le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire de somme d'argent ne disposant pas d'un droit à la revendication, aucun paiement immédiat ne saurait intervenir à son profit pour faire obstacle à la revendication, pas plus qu'une remise des fonds consécutive à une demande en revendication ou en restitution des fonds. Par ailleurs, le législateur communautaire africain n'a pas prévu de technique similaire à celle du retour contre paiement pour payer le créancier au cours de la procédure collective. Bien plus, le législateur n'a pas envisagé le sort du bénéficiaire de la fiducie en cas de défaillance d'un débiteur qui n'est pas *in bonis*. En conséquence, les solutions que nous allons ici étudier sont celles prévues par le droit commun des sûretés. Ainsi, nous verrons qu'en droit OHADA, le paiement du bénéficiaire de la fiducie intervient toujours à l'échéance de la dette garantie (1) et au moyen de la réalisation de la sûreté (2).

1- Un paiement à l'échéance

550. Le paiement du bénéficiaire intervient à l'échéance de la dette garantie et cela uniquement en cas de défaillance du débiteur constituant. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 91 de l'AUS prévoit qu'« *à l'échéance et en cas de complet paiement de la créance garantie, les fonds inscrits sur le compte sont restitués au constituant* ». Le complet paiement de la dette avant l'échéance fait donc obstacle à la réalisation de la fiducie. La doctrine⁷⁵⁶ considère à cet effet qu'en application du principe d'indivisibilité des sûretés réelles, les fonds inscrits sur le compte bloqué

⁷⁵⁶ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.-J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, n° 256.

doivent y demeurer tant que la créance garantie n'a pas été intégralement payée. Elle envisage toutefois la possibilité pour les parties au contrat de fiducie d'insérer une clause qui autoriserait la restitution proportionnelle des fonds inscrits en cas de paiement partiel.

Mais cette solution est difficilement recevable puisque l'alinéa 3 de l'article 91 de l'AUS indique que « *toute clause contraire au présent article est réputée non écrite* ». Ce texte consacre donc le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 91.

551. Les dispositions de l'article précité, transportées au droit des entreprises en difficulté, ne sauraient s'appliquer puisque l'ouverture d'une procédure collective emporte interdiction pour le débiteur de payer des créances antérieures, sauf exception⁷⁵⁷. Aussi, dans l'hypothèse où le débiteur, qui ne peut plus payer les créanciers antérieurs, fait l'objet d'une procédure collective, le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire se trouve contraint, pour réaliser sa sûreté, d'attendre l'échéance de sa créance.

2- La réalisation de la sûreté

552. Aux termes de l'article 91, alinéa 2 de l'AUS, « *En cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances demeurant impayées* ». La défaillance du débiteur à l'échéance de la créance garantie autorise le créancier bénéficiaire à réaliser sa sûreté. Cette réalisation se fait par une demande d'attribution des fonds correspondant au montant des sommes impayées.

Le texte ne le précise pas, mais logiquement la demande devrait être adressée à l'établissement de crédit teneur du compte ou, au besoin, à l'organe judiciaire si la banque refuse de s'exécuter. La réalisation est cependant soumise au respect d'un délai minimum de huit jours à compter de l'avertissement donné au constituant. Là encore, face au silence législatif, nous pensons que l'avertissement peut être donné par tout moyen laissant trace écrite. L'alinéa 3 de l'article 91 précise, in fine, que toute clause contraire est réputée non écrite. Il s'agit, par exemple d'une clause qui ne respecterait pas le délai minimum de huit jours pour procéder à la réalisation de la sûreté.

La particularité formelle de la fiducie en droit OHADA présente quelques avantages au moment de la réalisation. Elle permet d'éviter les contraintes relatives à la détermination de la valeur des biens transférés, et notamment l'application des règles de détermination, la désignation d'un expert et le coût parfois élevé de l'expertise. Cela permet de gagner du temps mais aussi de réaliser des économies.

553. Comme la fiducie-sûreté en droit français, le transfert fiduciaire de somme d'argent place son bénéficiaire dans une situation confortable. Le compte étant ouvert au nom du bénéficiaire, il

⁷⁵⁷ Cette règle est posée par l'article 11 de l'AUPC pour le règlement préventif.

devient propriétaire des sommes qui y sont transférées. Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure collective, ni le débiteur, ni ses créanciers ne devraient pouvoir retirer les sommes transférées sans désintéressement préalable du créancier bénéficiaire. En outre, la règle prévue par les articles 18, alinéa 2 et 134, alinéa 4, de l'AUPC, qui subordonne la réalisation d'une sûreté à l'annulation ou à la résolution du concordat préventif ou de redressement, ne devrait avoir aucun effet sur le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire. En effet, les sommes transférées ne faisant plus partir du patrimoine du débiteur, elles devraient échapper à l'effet réel de la procédure collective. En conséquence, la réalisation de la fiducie permettrait au créancier bénéficiaire d'obtenir un paiement exclusif sur les actifs fiduciaires. Il échapperait ainsi aux règles de la répartition du prix prévues par les articles 166 et 167 de l'AUPC.

Bien que le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire se trouve dans une situation enviable au regard des dispositions de l'AUS, nous regrettons tout de même le fait que le législateur n'ait pas profité de la réforme de l'AUPC pour régler le sort de la fiducie en cas d'ouverture d'une procédure collective.

554. Somme toute, il résulte que les créanciers propriétaires disposent, comme le créancier rétenteur, des moyens leur permettant d'obtenir le paiement individuel de leur créance, en dépit de l'ouverture d'une procédure collective ; d'une part, un paiement en espèces immédiat, et, d'autre part, un paiement en nature différé à l'échéance de la créance garantie, sauf pour le fiduciaire en droit OHADA. Mais quelle que soit la forme du paiement, les créanciers propriétaires échappent non seulement à la règle de l'interdiction des paiements des créances, mais aussi, en principe, au paiement concurrentiel.

Les biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété sont, à l'instar des actifs fiduciaires, hors du patrimoine du débiteur. De ce fait, les créanciers devraient recevoir un paiement exclusif de leur créance, et cela, indépendamment de l'existence des autres créanciers, y compris les créanciers superprivilégiés tels que les salariés.

Conclusion du chapitre

555. En définitive, l'interdiction des paiements des créances, règle de portée générale, en principe, se trouve néanmoins limitée par la présence, au sein des créanciers du débiteur, de titulaires de sûretés réelles exclusives. Les législateurs français et africain ont en effet prévu la possibilité pour ces créanciers d'être payés immédiatement ou à l'échéance, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective. Le paiement dont bénéficient les créanciers leur permet ainsi d'échapper à l'interdiction législative. Là encore, en favorisant le maintien du droit au paiement des créanciers, l'exclusivité assure la protection des sûretés en dépit des règles de la procédure collective.

Conclusion du titre 2

556. L'ouverture d'une procédure collective peut à plusieurs égards limiter les droits des créanciers. Cette limitation résulte notamment de l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur et son corollaire l'interdiction des paiements des créances. Toutefois, le caractère exclusif des sûretés réelles met quelque peu les créanciers à l'abri de ces règles traditionnelles de la discipline collective. En effet, qu'il s'agisse du rétenteur, du réservataire ou du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, ces créanciers vont pouvoir conserver une partie des prérogatives découlant de leur sûreté. Ils échappent ainsi à l'arrêt des poursuites individuelles. Par ailleurs, ils peuvent, dans certaines conditions, obtenir un paiement en espèce ou en nature de leur créance. Par principe, le paiement des créanciers interviendra en dehors de tout concours. Il en résulte une protection des sûretés réelles exclusives qui passe ici par le maintien des droits des créanciers.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

557. L'examen de l'effectivité de la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives a permis de montrer que, contrairement aux sûretés préférentielles, les sûretés réelles exclusives échappent à certaines règles de la discipline collective.

558. Les premières règles auxquelles elles se soustraient sont celles dont la mise en application est susceptible d'altérer l'assiette des sûretés, en l'occurrence l'affectation d'une quote-part du prix de cession et la substitution de garantie. Compte tenu de la modicité habituelle des prix de cession, l'affectation d'une quote-part de ce prix aux créanciers, pour l'exercice de leurs droits, peut considérablement réduire l'étendue de l'assiette de leurs sûretés. Par ailleurs, la substitution de garantie entraîne nécessairement un changement de l'identité de l'assiette et éventuellement la nature même des sûretés, le créancier devant en principe obtenir une garantie de substitution équivalente. N'entrant pas dans le domaine d'application de chacune de ces règles, les sûretés réelles exclusives sont totalement protégées contre une altération de leur assiette. Il s'ensuit une préservation de l'étendue et de l'identité de l'assiette de ces sûretés.

559. Les sûretés réelles exclusives permettent également aux créanciers d'échapper aux règles pouvant restreindre leur droit de poursuite et leur droit au paiement. Le jugement d'ouverture emporte traditionnellement interdiction pour les créanciers de poursuivre le débiteur et, pour ce dernier, l'interdiction de payer individuellement les créances non méritantes en droit français. Là encore, l'exclusivité assure la protection des sûretés et, par voie de conséquence, des créanciers bénéficiaires. En effet, compte tenu de sa nature juridique, le droit de rétention effectif échappe efficacement à l'arrêt des poursuites individuelles. N'étant pas une demande en justice et pas davantage une mesure d'exécution, l'exercice du droit de rétention n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective. De même, l'action en revendication n'est pas neutralisée puisqu'elle ne fait pas partie des actions visées par l'arrêt des poursuites individuelles. De cette manière, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives vont pouvoir quelque peu contourner les restrictions au droit d'agir contre le débiteur. Par ailleurs, il existe, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, des moyens qui permettent aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives d'obtenir le paiement individuel de leur créance en dépit de l'interdiction législative faite au débiteur.

560. Mais, si la protection des sûretés réelles exclusives se manifeste lorsqu'elles échappent aux règles de la discipline, ces sûretés ne sont cependant pas en dehors des procédures collectives. De cette manière, l'effectivité de la protection dont elles bénéficient est subordonnée aux exigences desdites procédures.

DEUXIÈME PARTIE : UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE AUX EXIGENCES DES PROCÉDURES COLLECTIVES

561. Si la protection des sûretés réelles exclusives est une réalité dans les procédures collectives, elle n'est cependant pas automatique. Pour être efficacement protégées, ces sûretés doivent être conformes à certaines exigences.

Comme nous l'avons vu, l'ouverture d'une procédure collective entraîne la mise en œuvre de règles spéciales. Au-delà des atteintes aux droits des créanciers ou à l'assiette des sûretés, cette situation influe sur l'existence même des sûretés.

Pour exister et produire les effets recherchés dans la procédure collective, la sûreté doit non seulement être valable, mais elle doit aussi être opposable. Ces exigences s'appliquent quasiment à toutes les sûretés réelles, même à celles qui placent leurs titulaires dans une situation d'exclusivité. Ainsi donc, pour être protégées, les sûretés doivent au préalable exister.

562. Par ailleurs, une étude portant sur la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives ne peut ne pas tenir compte des objectifs poursuivis par le droit qui régit ces procédures. En effet, le droit des procédures collectives poursuit certains objectifs dont le plus important est le sauvetage des entreprises défaillantes.

Cette situation amène à s'interroger sur l'impact de ces objectifs au regard de la protection des sûretés réelles exclusives. Toutefois, les sûretés réelles exclusives étant protégées, elles assurent par conséquent la protection des créanciers qui en sont titulaires. Quelles sont donc les conséquences de cette protection sur la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives ? Autrement dit, la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives n'est-elle pas en mesure de constituer un frein pour la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives ? Cette protection est-elle au-dessus des objectifs des procédures collectives ou est-elle subordonnée à leur réalisation ?

563. Contrairement à l'idée qui pourrait se dessiner à première vue, nous verrons que le législateur français et, dans une mesure beaucoup moindre, le législateur OHADA, subordonnent d'une certaine manière la protection des créanciers munis des sûretés réelles exclusives à la réalisation des objectifs des procédures collectives.

564. Tout compte fait, si la protection des sûretés réelles exclusives est largement subordonnée à leur existence dans les procédures collectives (titre 1), les objectifs desdites procédures peuvent également influencer sur cette protection (titre 2).

TITRE 1/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR EXISTENCE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

565. L'ouverture d'une procédure collective exerce une influence sur la pérennité des sûretés. En effet, parmi les règles de la discipline collective, certaines régissent l'existence des sûretés. Pour exister et produire ses effets, la sûreté doit non seulement être valablement constituée, mais son opposabilité doit également être garantie. Sauf exception, ces exigences s'appliquent à toutes les sûretés. Ainsi, contrairement à ce que nous avons vu dans la première partie de cette étude, les sûretés réelles exclusives, pour la plupart ne peuvent s'y soustraire. Cette-fois, l'exclusivité ne les place pas toujours à l'abri des effets de la procédure collective. Le jugement d'ouverture peut donc agir sur l'existence des sûretés réelles exclusives.

En somme, pour être efficacement protégées, les sûretés réelles exclusives doivent exister. Dans le cadre d'une procédure collective, cette existence passe par la reconnaissance de ces sûretés (chapitre 1) et par une absence de leur remise en cause (chapitre 2).

CHAPITRE 1/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR RECONNAISSANCE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

566. À l'ouverture d'une procédure collective, le créancier dont la sûreté n'est pas reconnue ne peut valablement s'en prévaloir. Il se trouve alors dans la situation d'un créancier chirographaire. Pour éviter cette position peu enviable, le créancier doit faire reconnaître sa sûreté. Or, la reconnaissance d'une sûreté dans les procédures collectives passe par l'opposabilité de cette dernière.

L'opposabilité, c'est le rayonnement d'un acte juridique ou d'un jugement à l'égard de ceux qui n'ont été ni parties, ni représentés⁷⁵⁸ ; c'est l'aptitude d'un acte à produire ses effets à l'égard des tiers⁷⁵⁹. Dans le cadre d'une procédure collective, l'opposabilité permet à la sûreté d'être connue des tiers et de produire des effets à leur égard.

567. De manière générale, qu'il s'agisse du droit français ou du droit OHADA, deux règles assurent la reconnaissance des sûretés réelles en cas d'ouverture d'une procédure collective. D'une part, une règle active qui met à la charge du créancier une obligation de faire ; celle de déclarer ou de produire sa créance. Et, d'autre part, une règle passive qui interdit au créancier de procéder à l'inscription de sa sûreté après le jugement d'ouverture.

Contrairement à la première règle qui sanctionne l'inactivité, entendue ici comme le défaut de déclaration de créance, la seconde sanctionne l'activité du créancier, c'est-à-dire le fait d'inscrire sa sûreté après le jugement d'ouverture. Cela implique donc, pour l'opposabilité de la sûreté, une obligation active de publier avant le jugement d'ouverture.

568. Ces règles, qui assurent la reconnaissance des sûretés, garantissent leur opposabilité dans les procédures collectives. Aussi, le non-respect de l'une ou l'autre de ces règles est sanctionné par l'inopposabilité de la sûreté et, dans certains cas, de la créance elle-même. En cas d'inopposabilité, la sûreté est certes valable entre les parties, mais les organes de la procédure de même que les tiers sont fondés à l'ignorer pendant au moins toute la durée de la procédure collective.

569. Dans le cadre de cette étude, notre intérêt se portera sur le sort des sûretés réelles exclusives au regard de chacune des règles précitées. La question qui se pose est de savoir si la reconnaissance des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives est subordonnée à la déclaration des créances et à leur inscription.

⁷⁵⁸ Lexique des termes juridiques, 2015-2016 Dalloz, p. 728.

⁷⁵⁹ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, op. cit., p. 711.

570. Il convient cependant de noter que, s'agissant de la réserve de propriété, il existe une particularité. En plus des règles d'opposabilité traditionnelles que sont la déclaration des créances et l'arrêt des inscriptions, communes à toutes les sûretés, les législateurs français et africain ont posé des règles spécifiques pour garantir la reconnaissance de la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives.

571. Ainsi, dans un premier temps, nous verrons les conditions générales de la reconnaissance des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives (section 1), avant de voir, dans un second temps, le cas particulier de la réserve de propriété (section 2).

Section 1/ La reconnaissance générale des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives

572. Comme nous l'avons dit, la réserve de propriété est, pour sa reconnaissance dans le cadre d'une procédure collective, soumise à des conditions spécifiques. Aussi, dans la présente section, il s'agira de confronter uniquement le droit de rétention et la fiducie-sûreté aux règles qui assurent la reconnaissance ou l'opposabilité des sûretés réelles dans les procédures collectives.

Nous verrons donc si la reconnaissance de ces sûretés est fondée sur la déclaration ou la production des créances (paragraphe 1) et sur leur inscription (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ La reconnaissance des sûretés réelles exclusives fondée sur la déclaration ou la production des créances

573. La déclaration de créances est l'acte par lequel le créancier manifeste aux organes de la procédure son intention de faire connaître sa créance au passif du débiteur afin d'en obtenir, autant qu'il sera possible, le paiement dans le cadre de la procédure collective. Elle poursuit un double objectif : la connaissance du passif du débiteur, d'une part, et l'opposabilité des créances, d'autre part.

La déclaration des créances est une mesure incontournable du droit des procédures collectives. Déjà sous l'empire des législations françaises antérieures, les créanciers étaient contraints de faire connaître leur créance au passif du débiteur. En effet, depuis le Code de commerce de 1807, l'obligation de produire pèse sur les créanciers antérieurs. La production désignait ainsi l'acte par lequel les créanciers antérieurs portaient leur créance à la connaissance du syndic, organe de la

procédure collective⁷⁶⁰. De même, la jurisprudence⁷⁶¹ analyse la production de créance en une demande en justice adressée au juge-commissaire, par l'intermédiaire du syndic, manifestant sans équivoque la volonté du créancier de se faire payer dans le cadre de la procédure collective.

Avec le temps, cette obligation n'a pas été atténuée, bien au contraire. La loi du 25 janvier 1985, qui a substitué au vocable production des créances celui de déclaration des créances, a étendu l'obligation de déclarer aux créanciers privilégiés et, de façon générale, aux titulaires de sûretés. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, en soumettant les créanciers postérieurs non privilégiés à la déclaration des créances, lui a donné une portée encore plus grande. Quant à la récente réforme du droit des procédures collectives intervenue avec l'ordonnance du 12 mars 2014 puis son décret d'application du 30 juin de la même année, elle n'a pas apporté de grandes modifications au domaine de la règle.

Aujourd'hui, l'article L. 622-24 du Code de commerce pose, en droit français, la règle de la déclaration des créances. Il ressort des dispositions de ce texte qu'à l'exception des créanciers qui en sont expressément dispensés⁷⁶², tous les créanciers antérieurs ou postérieurs non-éligibles au traitement préférentiel sont tenus de déclarer leur créance. La déclaration des créances a donc un domaine d'application très vaste.

574. La déclaration se fait au passif du débiteur soumis à la procédure collective. Sauf en cas de confusion ou fictivité des patrimoines, il doit s'agir de créances contre le débiteur lui-même⁷⁶³. Par principe, on déclare les créances de sommes d'argent. Cette solution résulte des dispositions de l'article L. 622-25 du Code de commerce qui énonce que « *La déclaration porte sur le montant de la créance* ». Toutefois, la déclaration n'est pas cantonnée aux obligations pécuniaires. Les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvant en dommages-intérêts en cas d'inexécution⁷⁶⁴, par précaution, le créancier devrait déclarer.

575. Par ailleurs, la déclaration des créances s'impose aux créanciers, quelle que soit la procédure collective engagée. Elle est régie par le Code de commerce ; en sauvegarde, par les articles L. 622-24 et suivants ; en redressement judiciaire, par les articles L. 631-14 et L. 631-18 et enfin, en liquidation judiciaire, par les articles L. 641-3, alinéa 1^{er} et L. 641-14. Les créanciers sont

⁷⁶⁰ A. GHOZI, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives » *RTD. com.* 1978, p.1 ; P.-M. LE CORRE, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *LPA*, 28 novembre 2008, n° 239, p. 72.

⁷⁶¹ Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-11.657, *Bull. civ.* IV, n° 297 ; *JCP E*, 1992, I, 136, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. Proc. Coll.* 1992, p. 185, obs. B. DUREUIL.

⁷⁶² La dispense peu être légale ou jurisprudentielle.

⁷⁶³ Cass. com., 4 mars 2014, n° 12-26.983, Inédit ; *BJS*, mai 2014, n°5, p. 337, obs. E. MOUIAL-BASSILANA.

⁷⁶⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1519

également tenus à la déclaration lorsque le débiteur fait l'objet d'une sauvegarde financière accélérée⁷⁶⁵ ou d'une sauvegarde accélérée⁷⁶⁶.

576. Le droit OHADA n'est pas en reste. L'article 78 de l'AUPC dispose qu'« *À partir de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens et jusqu'à l'expiration du délai de soixante jours (...) tous les créanciers composant la masse, à l'exception des créanciers d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leur créance auprès du syndic* ». Il en résulte une obligation de production des créances pour les créanciers dans la masse. Cependant, le législateur africain se distingue de son homologue français puisqu'il est resté attaché au vocable de production des créances. Autre différence, selon la lettre de l'article 78 du nouvel AUPC, la production des créances n'est admise que dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens. En conséquence, les créanciers n'auraient pas à produire leur créance dans l'hypothèse d'un règlement préventif. Cette solution nous paraît tout de même surprenante.

577. Quoiqu'il en soit, il ne s'agit pas ici d'étudier le régime de la déclaration ou de la production des créances de manière générale. Il s'agit plutôt de voir l'impact de ce régime sur les sûretés réelles exclusives (A). Il faut, pour cela, déterminer si les créanciers munis de telles sûretés sont soumis à l'obligation de déclaration et, dans l'affirmative, préciser la sanction qu'ils encourent en cas défaut de déclaration (B).

A- Les sûretés réelles exclusives et le régime de la déclaration ou de la production des créances

578. Etudier le sort des sûretés réelles exclusives dans le régime de la déclaration des créances revient à déterminer la place de ces sûretés dans le domaine de la déclaration (1) puis, dans le cas où les créanciers munis de sûretés réelles exclusives seraient soumis à l'obligation de déclarer, à mesurer les conséquences des modalités de la déclaration de créances sur ces derniers (2).

1- Le domaine de la déclaration ou de la production des créances

Nous examinerons le domaine de la déclaration (a) puis de la production (b) des créances eu égard aux sûretés réelles exclusives.

⁷⁶⁵ L'article L. 628-5, al. 1^{er}, du Code de commerce soumet les créanciers membres du comité des établissements de crédit à la déclaration des créances, à moins qu'ils ne figurent sur la liste des créances établie à la date d'ouverture de la procédure de sauvegarde financière accélérée.

⁷⁶⁶ Art. L. 628-7 du Code de commerce ; La déclaration de créances vise ici tous les créanciers ayant participé à la conciliation.

a- Le domaine de la déclaration des créances en droit français

579. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 622-24 précise notamment qu'« *À partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat* ». Et l'alinéa 6 du même article ajoute que « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que celles mentionnées au I de l'article L. 622-17 sont soumises aux dispositions du présent article* ». Il en ressort que la déclaration des créances s'impose à tous les créanciers antérieurs et postérieurs non-éligibles au traitement préférentiel. En effet, dès lors que la créance ne remplit pas les conditions prévues par l'article L. 622-17 du Code de commerce, le créancier doit, sauf dispense, se soumettre à l'obligation de déclaration.

Sous l'empire des législations anciennes, seules les créances antérieures au jugement d'ouverture devaient être déclarées. Mais, depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les créances postérieures non privilégiées sont également soumises à la déclaration. Quant à l'ordonnance du 12 mars 2014, elle n'a pas effectué de grands changements sur le domaine de la déclaration, mises à part quelques modifications des cas de dispenses⁷⁶⁷ non spécifiques aux sûretés réelles exclusives.

580. Par ailleurs, l'article L. 622-25, alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit que la déclaration faite par le créancier doit préciser la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie. Par cette disposition, le législateur soumet à la déclaration de créance tous les créanciers munis de sûretés réelles. Sauf dispense, l'obligation de déclarer s'applique à tous les créanciers non privilégiés, peu important qu'ils soient titulaires ou non de sûreté réelle.

Le texte ne faisant aucune distinction, on peut considérer que toutes les sûretés réelles⁷⁶⁸, qu'elles soient conventionnelles ou légales, mobilières ou immobilières, sont concernées par la déclaration. Les dispositions du Code de commerce font donc ressortir de manière explicite la soumission des créanciers titulaires de sûretés réelles à l'obligation de déclarer.

581. Si cette affirmation ne fait aucun doute pour les titulaires de sûretés réelles préférentielles⁷⁶⁹, qu'en est-il des créanciers munis de sûretés réelles exclusives ? Ces créanciers sont-ils soumis à l'obligation de déclarer ?

Conformément à la lettre des articles L. 622-24 et L. 622-25 précités, on pourrait conclure que les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives sont eux aussi soumis à l'obligation de déclaration dès lors qu'ils ne sont pas éligibles au traitement préférentiel et qu'ils ne bénéficient d'aucune

⁷⁶⁷ Sur les cas de dispenses de déclaration; V. par exemple P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 663.80 à 663.87; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1522 à 1527.

⁷⁶⁸ D. GALLOIS-COCHET, « Garantie autonome et lettre d'intention », *RLDA*, juillet 2007, n° 850, pp. 68-69.

⁷⁶⁹ Ph. ROUSSEL GALLE, « La déclaration des créances et les sûretés réelles », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, p. 37; Par ailleurs, la Cour de cassation exclut les sûretés personnelles du champ de la déclaration; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2000, n° 97-14.304, Inédit; *Rev. Proc. Coll.* 2000, p. 134, obs. E. KERCKHOVE, relatif au cautionnement.

dispense. Cependant, la particularité de ces sûretés nous impose une analyse plus approfondie avant de tirer les conclusions. Nous examinerons le cas du créancier rétenteur (a-1) puis celui du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté (a-2).

a-1) Le créancier rétenteur et la déclaration des créances

582. En vertu du principe selon lequel tous les créanciers non éligibles au traitement préférentiel doivent déclarer leur créance et la sûreté dont elle serait éventuellement assortie, le créancier rétenteur, dès lors qu'il ne bénéficie pas du privilège des articles L. 622-17 ou L. 641-13 du Code de commerce, n'échappe pas à la déclaration des créances. Mais la mise en application de ces solutions n'est pas toujours simple.

Ainsi, nous verrons d'abord la déclaration de la créance du rétenteur (a-1-a) puis celle du droit de rétention (a-1-b).

a-1-a) La déclaration de créance du rétenteur

583. Conformément aux dispositions du Code de commerce, tous les créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés doivent déclarer leur créance. Le défaut de déclaration est sanctionné par l'inopposabilité de la créance non déclarée. En conséquence, comme tout créancier ne bénéficiant pas du traitement préférentiel, le créancier rétenteur est tenu de déclarer sa créance, sous peine d'inopposabilité.

Sous l'empire des législations antérieures à la loi de sauvegarde, la sanction du défaut de déclaration était l'extinction de la créance. Le rétenteur qui n'avait pas déclaré sa créance perdait ainsi, du fait de l'extinction de cette dernière, le droit de rétention attachée à la garantie de la créance. Désormais, le défaut de déclaration est sanctionné par l'inopposabilité de la créance. Aussi, une partie de la doctrine⁷⁷⁰ considère que le fait de ne pas avoir déclaré sa créance empêche le créancier rétenteur de se prévaloir de son droit de rétention. L'inopposabilité de la créance non déclarée devrait donc entraîner l'inopposabilité du droit de rétention assortissant cette créance.

Si la déclaration de la créance du rétenteur ne suscite pas de grosses interrogations, il n'en est pas ainsi pour la déclaration du droit de rétention.

⁷⁷⁰ P. CROCQ, « L'ordonnance du 17 décembre et le droit des sûretés », *JCP E* 2009, 1313, n° 15; Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 » *JCP E*, 2009, 1049, ns° 31 et 32 ; M. FARGE et O. GOUT, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, n° 58, p.14.

a-1-b) La déclaration du droit de rétention

584. La question qui se pose est celle de savoir si le créancier doit, au moment de la déclaration de sa créance, faire mention du droit de rétention ? Il y a lieu de distinguer selon qu'il s'agit du droit de rétention autonome ou du droit de rétention attaché à une sûreté.

585. S'agissant du droit de rétention autonome, après que sa nature juridique eut longtemps divisé les juridictions du fond⁷⁷¹, la Cour de cassation a finalement tranché le débat en jugeant que le droit de rétention autonome n'est pas une sûreté et qu'il n'est pas assimilable au gage⁷⁷². Dans cet arrêt du 20 mai 1997, la haute Cour a refusé la qualification de sûreté au droit de rétention. Ce refus opéré par la Haute juridiction permet d'exclure le droit de rétention du champ de la déclaration. Ainsi, une simple déclaration de créance à titre chirographaire de la part du rétenteur suffit pour garantir l'opposabilité du droit de rétention à la procédure collective.

586. Cependant, un auteur⁷⁷³ considère qu'il faut dépasser la lettre du texte et étendre l'obligation de déclaration au droit de rétention. L'auteur soutient que « la déclaration de la créance du rétenteur non accompagnée de celle du droit de rétention fait abstraction d'un élément fondamental : le rétenteur devra, en pratique, être payé si le bien retenu est utile à l'entreprise. Il est alors contestable de n'avoir égard qu'à son attitude passive et à l'absence de droit direct sur le bien, en ignorant la dérogation à l'interdiction des paiements que le droit de rétention implique : l'impact sur l'actif du débiteur est en réalité supérieur à celui résultant du droit de préférence ». En revanche, une autre partie de la doctrine⁷⁷⁴ justifie l'absence de déclaration du droit de rétention par l'absence de droit direct sur le bien.

À notre avis, compte tenu de la finalité de la déclaration qui, assure l'opposabilité de la créance et de ses accessoires, et permet en outre la connaissance par les organes de la procédure du passif du débiteur, le créancier rétenteur devrait non seulement déclarer sa créance mais aussi son droit de rétention. Cette information permettrait aux organes de la procédure d'avoir une meilleure connaissance de l'état du passif du débiteur. En effet, même si le droit de rétention n'est pas une sûreté, il s'agit tout de même d'une garantie qui place le rétenteur dans une situation distincte de celle d'un simple créancier chirographaire. Pour cela, le droit de rétention devrait être déclaré.

⁷⁷¹ La Cour d'appel de Pau considérait que le droit de rétention, droit personnel, ne pouvait être assimilé aux privilèges et sûretés, de ce fait, le créancier bien que n'ayant été admis qu'à titre chirographaire, pouvait valablement opposer son droit de rétention. (CA Pau, 11 octobre 1994 ; *RTD civ.* 1995, p. 931, obs. P. CROCQ). En sens contraire, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, avait jugé quelques mois plus tard que le droit de rétention constituait une sûreté mobilière, et, à ce titre, il devait être déclaré conformément à l'ancien article 51 de la loi de 1985. (CA AIX, 2 mars 1995; *RTD civ.* 1995, p. 931, obs. P. CROCQ).

⁷⁷² Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; *JCP E*, 1997, I, 681, n° 10, obs. M. CABRILLAC ; *RTD civ.* 1997, p. 707, obs. P. CROCQ ; *D.* 1998, somm., p. 102, S. PIÉDELIEVRE ; *RTD com.* 1998, p. 202, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷⁷³ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement, op cit.*, n° 489.

⁷⁷⁴ A. GHOZI, « Sur la dualité du droit de rétention, À propos du droit de rétention du commissaire de transport », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Études à P. CATALA*, Litec, 2001, pp. 719. et s ; A. AYNÈS, *Le droit de rétention : Unité ou pluralité, op. cit.*, n° 379.

587. Au-delà de ces querelles doctrinales, la jurisprudence, en déniait la qualification de sûreté au droit de rétention, l'exclut du champ de la déclaration. Plus récemment, la Cour de cassation a clairement posé cette solution. Dans un arrêt du 16 juin 2015⁷⁷⁵, la Haute juridiction a rendu sa décision sur les motifs suivants : « *Mais attendu, d'une part, que le créancier ne peut, sans se contredire, demander à la cour d'appel de prononcer l'admission d'une créance tout en soutenant que cette créance n'est pas soumise à déclaration ; que statuant comme il lui était demandé, dans le cadre de la procédure de vérification et d'admission des créances, la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande en paiement et qui a constaté que les créances complémentaires n'avaient pas été déclarées dans le délai légal, en a exactement déduit qu'elles ne pouvaient être admises ; Et attendu d'autre part, que le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle dont l'existence doit être précisée dans la déclaration de créance, de sorte que la cour d'appel, statuant dans la procédure de vérification et d'admission de créances, n'avait pas à répondre à un moyen inopérant ; D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches* ». Ainsi, envisagé comme une garantie autonome, le droit de rétention n'étant pas une sûreté, il n'a pas à être mentionné dans la déclaration.

588. Mais la solution est différente lorsque le droit de rétention résulte d'une sûreté telle que le gage, le nantissement ou les privilèges.

Le créancier devant déclarer la créance et la sûreté dont elle est assortie, la déclaration de la sûreté implique nécessairement la reconnaissance du droit de rétention. En revanche, lorsque le créancier ne déclare pas sa sûreté, il ne peut être admis qu'à titre chirographaire. Il perd toutes les prérogatives attachées à sa sûreté, et, donc, son droit de rétention. Cette solution a été posée par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juin 1999⁷⁷⁶. Dans cette affaire, il était question du privilège d'un commissionnaire de transport assorti d'un droit de rétention⁷⁷⁷. En l'espèce, le commissionnaire de transport n'ayant pas mentionné le bénéfice de son privilège dans la déclaration, sa créance avait été admise à titre chirographaire. La haute Cour, en rejetant le pourvoi formé, a approuvé la décision de la cour d'appel qui avait considéré le droit de rétention comme perdu en même temps que le privilège dont il est la conséquence.

Dans ses observations, le professeur MARTIN-SERF⁷⁷⁸ considère à juste titre que le droit de rétention inhérent à une sûreté ne peut en tant qu'élément constitutif de la sûreté, survivre à la

⁷⁷⁵ Cass. Com., 16 juin 2015, n° 13-27.736, Inédit.

⁷⁷⁶ Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, *Bull. civ.* IV, n° 125 ; *D.* 2000, somm. p. 388, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *D.* 2000, somm. p. 297, obs. B. MERCADAL ; *JCP G*, 1999, II, n° 10121, rapp. J.-P. REMERY ; *RTD com.* 1999, p. 968, obs. A. MARTIN-SERF ; F. PÉROCHON, « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in *Mél. M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 379.

⁷⁷⁷ V. aussi ; Cass. com., 19 juin 1978, n° 77-10.466, *Bull. civ.* IV, n° 171, p. 145 ; *D.* 1983, IR. p. 122, obs. B. MERCADAL.

⁷⁷⁸ A. MARTIN-SERF, obs. sous Cass. Com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, arrêt préc. ; *RTD com.* 1999, p. 968.

disparition de celle-ci. Aussi, le créancier muni d'une sûreté assortie d'un droit de rétention, doit déclarer la créance et la sûreté, pour opposer son droit de rétention à la procédure.

589. En l'état actuel du droit, lorsque le droit de rétention est envisagé comme une garantie indépendante, il échappe à la déclaration. En revanche, lorsque le droit de rétention résulte d'une sûreté, seule la déclaration de celle-ci permet de rendre le droit de rétention opposable. Mais, dans tous les cas, le créancier rétenteur est, conformément à l'article L. 622-24⁷⁷⁹, tenu de déclarer sa créance.

Qu'en est-il du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ? Est-il soumis à l'obligation de déclarer ?

a-2) Le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté et la déclaration des créances

590. Toujours en application des dispositions des articles L. 622-24 et L. 622-25, les créanciers titulaires de sûretés réelles doivent déclarer leur créance et la sûreté dont elle est éventuellement assortie. Sur la base de ces articles, il faudrait considérer que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté doit non seulement déclarer sa créance, mais aussi la fiducie qui garantit cette créance. En effet, depuis la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie, celle-ci est considérée comme une véritable sûreté par le législateur français. En conséquence, elle ne devrait pas échapper au champ de la déclaration⁷⁸⁰.

Cependant, compte tenu de la particularité du transfert fiduciaire, la solution législative a du mal à s'imposer. En effet, la question relative à la déclaration de la créance (a-2-a) garantie par la fiducie (a-2-b) soulève quelques divergences aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

a-2-a) La déclaration de créance du bénéficiaire de la fiducie-sûreté

591. S'agissant de la déclaration de la créance, une partie de la doctrine⁷⁸¹ y semble plutôt favorable. Le professeur PÉROCHON⁷⁸² considère que le constituant ayant normalement vocation à redevenir propriétaire des actifs transférés, le créancier devrait, par précaution, procéder à la déclaration de sa créance. C'est également le point de vue du professeur ROUSSEL GALLE⁷⁸³.

Sur le modèle de la clause de réserve de propriété, certains auteurs considèrent que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté pourrait se soustraire de la déclaration de créance sans courir le risque de perdre

⁷⁷⁹ E. CADOU, « Justice privée et procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 817.

⁷⁸⁰ En faveur d'une application de l'exigence de déclaration à toutes les sûretés; V. D. GALLOIS-COCHET, « Garantie autonome et lettres d'intention » art. préc., pp. 68 et 69.

⁷⁸¹ Ph PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 » art. préc., n° 44; G. BERTHELOT, « Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives », *Dr. et patr.* 2009, n° 185, pp. 89 et s. p. 92.

⁷⁸² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, ns° 1518 et 1543.

⁷⁸³ Ph. ROUSSEL GALLE, « La déclaration des créances et les sûretés réelles », *op. cit.*, p. 38.

sa sûreté⁷⁸⁴. Mais la jurisprudence n'ayant pas encore statué dans ce sens, transposer cette solution à la fiducie-sûreté pourrait se révéler dangereux pour le créancier qui, de cette manière, s'exposerait éventuellement à la sanction de l'inopposabilité⁷⁸⁵.

Enfin, d'autres optent pour une solution intermédiaire, c'est le cas du professeur LE CORRE⁷⁸⁶. L'auteur considère que la déclaration de créance ne s'impose pas lorsque le bien fiduciaire n'est pas entre les mains du constituant (fiducie avec dépossession), car la réalisation de cette fiducie-sûreté reste possible malgré l'ouverture d'une procédure collective. En revanche, en présence d'une fiducie sans dépossession, le jeu de la convention de mise à disposition a pour effet d'interdire la réalisation de la fiducie-sûreté. Le bénéficiaire, soumis à la discipline collective, devrait donc déclarer sa créance dès lors que la convention de mise à disposition est soumise aux règles de la continuation des contrats en cours. Il en résulterait une obligation de déclaration de créance qui varierait selon la procédure collective dont le débiteur fait l'objet.

En tout état de cause, conformément à la lettre du texte de l'article L. 622-24 et en l'absence de précision jurisprudentielle, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté devrait déclarer sa créance et même sa sûreté.

a-2-b) La déclaration de la fiducie-sûreté

592. Un auteur⁷⁸⁷ considère, au sujet de la mention de la fiducie-sûreté dans la déclaration des créances, que celle-ci n'a pas à être déclarée dans la mesure où les biens ne faisant plus partie du patrimoine du débiteur, le bénéficiaire dispose d'un droit exclusif sur le patrimoine fiduciaire. La déclaration de la fiducie devient donc inutile.

Dans le même sens, la jurisprudence a jugé que l'absence de déclaration à la procédure d'un dépôt de garantie qui correspond à un mécanisme fiduciaire couvrant le paiement des loyers d'un bail commercial, ne fait pas perdre au créancier sa sûreté⁷⁸⁸.

593. En revanche, le professeur CROCQ⁷⁸⁹ avait, dans sa thèse, soutenu que les créanciers munis de propriété-garantie sont comme tous les créanciers soumis à l'obligation de déclarer leur créance. Aussi, dans sa déclaration, le titulaire d'une propriété-garantie est tenu d'indiquer l'existence de sûretés garantissant sa créance. Il précise ensuite que le créancier devra, le cas

⁷⁸⁴ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Sûretés et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007, pp. 1359 et s. sp. p. 1361; M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, pp. 670 et s. sp. p. 672.

⁷⁸⁵ Nous y reviendrons dans la partie consacrée à la sanction du défaut de déclaration.

⁷⁸⁶ M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 633.51.

⁷⁸⁷ N. BORGA, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev.drt. banc et fin.* juin 2009, pp. 9 et s. sp. 10

⁷⁸⁸ Cass. com., 18 janvier 2005, n°02-12.324, *Bull. civ. IV*, n° 11; *D.* 2005, p. 430, obs. A. LIÉNHARD; *D.* 2005, p. 782, note P.-M. LE CORRE; *D.* 2005, p. 2082, obs. P. CROCQ; *RTD com.* 2005, p. 413, obs. A. MARTIN-SERF; *JCP G*, 2005, I, 147, n° 15, obs. M. CABRILLAC.

⁷⁸⁹ P. CROCQ, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 516.

échéant, mentionner la propriété-garantie fiduciaire qui garantit la créance. Mais il ne sera pas tenu de cette obligation pour les propriétés-garanties non fiduciaires telle que la clause de réserve de propriété⁷⁹⁰. De même, Madame BOUGEROL-PRUD'HOMME⁷⁹¹ milite en faveur d'une déclaration des propriétés-garanties. L'auteur considère que la finalité de la déclaration devrait conduire à imposer aux créanciers propriétaires de déclarer la garantie puisque l'objectif est en effet de prendre connaissance du passif du débiteur, d'éclairer la prise de décision pour les suites à donner à la procédure et d'organiser le paiement des créanciers.

594. À notre avis, les titulaires de sûretés réelles exclusives ne devraient déclarer leur créance que lorsqu'en dépit de leur statut de créanciers hors concours, ils n'ont pas bénéficié du paiement exceptionnel de leur créance. En effet, nous avons vu que les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives peuvent, à certaines conditions, obtenir le paiement exceptionnel de leur créance, après le jugement d'ouverture. Ce paiement qui se fait hors concours rend, à notre sens, inutile la déclaration des créances puisque, rappelons-le, l'un des objectifs de la déclaration est d'assurer l'opposabilité de la créance à la procédure collective dans le but de permettre au créancier d'obtenir, autant que possible, un paiement dans le cadre de ladite procédure. Cependant, les délais pour déclarer étant relativement brefs, il est à craindre que même lorsque les créanciers bénéficient d'un paiement exceptionnel, celui-ci n'intervienne qu'après l'expiration des délais de déclaration. Pour éviter toute mauvaise surprise, nous recommandons aux créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives de se soumettre à l'obligation de déclarer.

595. Quant à l'indication de la sûreté au moment de la déclaration, nous pensons que, malgré la lettre de l'article L. 622-25, l'obligation d'indiquer la sûreté réelle dont la créance est assortie s'impose difficilement lorsqu'il est question des sûretés réelles exclusives.

Le professeur LE CORRE⁷⁹² considère d'ailleurs que cette obligation devrait se limiter aux seules sûretés réelles traditionnelles consenties par le débiteur. En effet, du moment que la créance est déclarée, la nécessité de mentionner la sûreté dont elle est assortie doit, dit-il, permettre « de distribuer le prix des actifs du débiteur, en tenant compte du rang de chacun des créanciers. Dès lors qu'elle ne confère aucun droit de préférence, l'indication de la sûreté n'a aucun intérêt et, corrélativement, son absence ne doit pas être sanctionnée ». Ainsi, l'absence d'indication d'une fiducie-sûreté ou d'un droit de rétention ne devrait pas pénaliser le créancier, puisque ces garanties ne confèrent pas à leurs titulaires un droit de préférence. Elles ont revanche vocation à placer leurs titulaires dans une situation d'exclusivité. L'obligation de déclaration devrait donc être écartée étant

⁷⁹⁰ CA Montpellier, 15 mai 1990, *Rev. Proc. Coll.* 1992, p. 425, obs. B. SOINNE.

⁷⁹¹ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op cit.*, n° 489.

⁷⁹² P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 666.42.

donné que la garantie a vocation à placer le créancier hors concours. À l'instar du créancier rétenteur, le bénéficiaire de la fiducie devrait en être dispensé⁷⁹³.

Ainsi, l'absence d'indication de la fiducie-sûreté ou du droit de rétention, au moment de la déclaration, ne devrait avoir aucune incidence sur le paiement des créanciers. Mais, là encore, pour des raisons pratiques, il est préférable de donner cette précision, d'autant plus qu'elle permettrait aux organes de la procédure de mieux connaître l'état et la nature du passif du débiteur.

596. La règle de la déclaration des créances suscite par ailleurs des interrogations sur les personnes habilitées à déclarer. Toutefois, n'étant pas spécifiques aux sûretés réelles exclusives, nous n'allons pas en faire état dans la présente étude⁷⁹⁴.

Nous venons ainsi de voir le champ de la déclaration des créances en droit français, analysons à présent la situation en droit OHADA.

b- Le domaine de la production des créances en droit OHADA

597. L'alinéa 1^{er} de l'article 78 de l'AUPC prévoit *in fine* que « ... tous les créanciers composant la masse à l'exception des créanciers d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leur créance auprès du syndic ». La formulation du texte confère à la production des créances un domaine moins large qu'en droit français. Le texte ne le précise pas, mais les créanciers formant la masse sont des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture. Ainsi, l'obligation de production ne concerne que les créances antérieures. Tout créancier antérieur et composant la masse doit donc produire sa créance, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une créance d'aliments. Peu important que les créances soient certaines ou éventuelles, liquides ou exigibles, conditionnelles ou contestées, ce qui compte, c'est que la créance ne soit pas une créance d'aliments et que le créancier fasse partie de la masse.

Comme en droit français, on peut considérer qu'il devrait s'agir d'une créance de sommes d'argent. En tout état de cause, dès lors que ces conditions sont réunies, le créancier est, en principe, soumis à l'obligation de produire. Il devrait en être ainsi aussi bien pour les créanciers chirographaires que pour les créanciers munis de sûretés.

598. La solution du législateur communautaire africain conduit à s'interroger sur le sort des créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives. Sont-ils également soumis à l'obligation de

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ La détermination de la personne habilitée à déclarer au passif d'une procédure collective qu'elle soit de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire a suscité un contentieux abondant. V. par exemple, Cass. Ass. plén., 26 janvier 2001, n° 99-15.153, *Bull. Ass. plén.*, n° 1; *JCP E*, 2001, 753, n° 8, obs. M. CABRILLAC; *RTD com.* 2001, p. 508, obs. A. MARTIN-SERF; *RTD com.* 2001, p. 746, n° 11, obs. M. CABRILLAC; Cass. com., 28 juin 2005, n° 40-14.651; *Bull. civ IV*, n° 143; *D.* 2005, AJ. p. 1940, obs. A. LIÉNHARD; *RTD com.* 2005, p. 840, n° 1, obs. A. MARTIN-SERF; *D.* 2006, somm. p. 84, obs. P-M. LE CORRE; Cass. Ass. plén., 4 février 2011, n° 09-14.619, *Bull. Ass. plén.*, n° 2; *D.* 2011, AJ. p. 514, obs. A. LIÉNHARD; *JCP E*, 2011, 1263, n° 7, obs. Ph. PÉTEL; Cass. com., 4 mars 2014, n° 12-29.580, Inédit.

produire leur créance ? Seuls le droit de rétention (b-1) et le transfert fiduciaire (b-2) seront ici analysés, puisque les conditions d'opposabilité de la clause de réserve de propriété seront étudiées dans la prochaine section.

b-1) Le créancier rétenteur et l'obligation de production

Deux questions se posent : le créancier rétenteur doit-il produire sa créance ? (b-1-a) Si oui, doit-il faire mention du droit de rétention ? (b-1-b).

b-1-a) La production de créance du créancier rétenteur

599. Conformément aux dispositions de l'article 78 de l'AUPC qui soumettent à la production des créances tous les créanciers qui forment la masse, on peut soutenir que, dès l'instant où le rétenteur fait partie de la masse des créanciers, c'est-à-dire que sa créance est antérieure et qu'elle a été contractée de façon régulière, il doit produire.

Sous l'empire de l'ancien AUS, l'assimilation du droit de rétention au gage pouvait justifier la soumission du créancier rétenteur à la production de créance. En effet, le créancier gagiste devant produire sa créance pour la rendre opposable, il devait en être de même pour le créancier rétenteur. Ce dernier étant exposé à la perte de l'exercice de son droit de rétention, soit par un dessaisissement involontaire (réalisation forcée du bien), soit par une substitution de garantie, il devait donc se soumettre à l'obligation de production, pour assurer la reconnaissance de sa créance auprès des organes de la procédure.

Aujourd'hui, comme en droit français, le droit de rétention n'est plus assimilé au gage. Les solutions avancées en droit français devraient donc pouvoir s'appliquer ici. Ainsi, le créancier rétenteur devrait produire sa créance. Avant la réforme de l'AUPC, la production de créance du rétenteur était d'autant plus recommandée que, dans certaines situations, le droit OHADA admettait encore l'extinction de créance comme sanction du défaut de production⁷⁹⁵.

Qu'en est-il de la déclaration du droit de rétention ?

b-1-b) La déclaration du droit de rétention

600. L'article 80, alinéa 2, de l'AUPC prévoit qu'« Elle (la déclaration) précise la nature de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie ». Le texte ne donne aucune précision sur la nature des sûretés visées. On peut donc considérer que toutes les sûretés doivent être mentionnées dans la production de créance, peu important qu'elles soient personnelles ou réelles. Ainsi, le

⁷⁹⁵ Selon l'article 83, al. 2 de l'ancien AUPC : « En cas de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances, sauf clause de retour à meilleure fortune et sous réserve des remises concordataires »

créancier qui produit sa créance et qui par ailleurs bénéficie d'une sûreté, doit en faire mention dans l'acte de production.

601. S'agissant du droit de rétention, il faut relever que contrairement à la jurisprudence française qui refuse la qualification de sûreté au droit de rétention, en droit OHADA, la nature de sûreté du droit de rétention est admise depuis longtemps⁷⁹⁶. Sur cette base, on peut soutenir que le créancier doit préciser sa qualité de rétenteur au moment de la production de créance. Il ne s'agirait donc pas d'une simple possibilité qui s'offre au rétenteur, mais d'une obligation dont le non-respect serait sanctionné par une privation d'efficacité du droit de rétention dans la procédure collective.

Si, en raison de l'assimilation du droit de rétention au gage sous l'empire de l'ancien AUS, cette précision pouvait se révéler utile, aujourd'hui, le créancier rétenteur étant désormais placé dans une réelle situation d'exclusivité, la mention du droit de rétention dans la production pourrait ne plus avoir un intérêt. En effet, comme le soutient la doctrine française⁷⁹⁷, la précision de la sûreté dont la créance serait assortie au moment de la déclaration n'a d'intérêt qu'en présence d'une sûreté qui confère à son titulaire un droit de préférence. Or, tel n'est plus le cas pour le droit de rétention. Depuis la réforme de l'AUS, le droit de rétention n'est plus assorti d'un droit de préférence. À l'instar du droit français, il se résume à la faculté pour le créancier de retenir la chose jusqu'au complet paiement de sa créance. Ainsi, une partie de la doctrine⁷⁹⁸ considère que le créancier rétenteur africain devrait pouvoir se passer de la mention du droit de rétention lors de la production de créance. Toutefois, cette précision reste utile pour les organes de la procédure. Elle leur permet en effet d'avoir une meilleure connaissance de l'état du passif du débiteur.

Qu'en est-il alors du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire de somme d'argent ?

b-2) Le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire et l'obligation de production

602. Le schéma sera le même ici. Nous tenterons de déterminer si le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire est soumis à la production de créance (b-2-a), avant de nous demander s'il est nécessaire de mentionner cette sûreté dans l'acte de la production (b-2-b).

b-2-a) La production de créance du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire

603. Selon les dispositions de l'article 78 de l'AUPC, tout créancier composant la masse est tenu de produire sa créance. Dès lors que le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire de somme d'argent

⁷⁹⁶ Ancien art. 39 et le nouvel art. 50 de l'AUS ; A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention en droit uniforme (OHADA) », *art. préc.*, p. 279 ; Z. ZERBO, « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA: étude comparative », *art. préc.* ; J.-C. OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », *art. préc.*, p. 75.

⁷⁹⁷ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 666.42.

⁷⁹⁸ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.-J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, *op. cit.*, n° 187 in fine.

fait partie des créanciers composant la masse⁷⁹⁹ et que, antérieure au jugement d'ouverture, il ne s'agit pas d'une créance d'aliments, il devrait se soumettre à la production de créance.

Somme toute, même si le texte reste assez imprécis, on peut considérer que tout créancier, fut-il bénéficiaire d'une sûreté exclusive, est tenu de produire sa créance, à partir du moment où il fait partie de la masse. Si le créancier est tenu de produire sa créance, doit-il également faire mention du transfert fiduciaire dans la production de créance ?

b-2-b) La mention du transfert fiduciaire dans la production de créance

604. Comme pour le droit de rétention, et conformément aux dispositions de l'article 80, alinéa 2 de l'AUPC, on pourrait soutenir que si le transfert fiduciaire est bien une sûreté et que le créancier se soumet à la production de créance, il doit en faire mention au moment de la production de sa créance. Contrairement au droit français, ni la jurisprudence, ni la doctrine africaine ne s'est penchée sur cette question. Il y a donc lieu de considérer qu'en l'état actuel du droit OHADA, le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire doit produire sa créance et faire mention de sa sûreté dans l'acte de production.

605. En définitive, d'après les dispositions de l'article 78 de l'AUPC, le créancier rétenteur et le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire doivent, dès lors qu'ils font partie de la masse, se soumettre à l'obligation de produire leur créance. La lettre de l'article 80 alinéa 2 du même Acte uniforme permet également de les soumettre à l'obligation de mentionner leur sûreté au moment de la production. Dans tous les cas, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives devant, au moins, produire ou déclarer leur créance, cette production ou déclaration devrait s'effectuer dans le respect des modalités prévues à cet effet.

2- Les modalités de la déclaration ou de la production des créances

606. Etudier les modalités de la déclaration ou de la production des créances, revient à analyser la forme⁸⁰⁰, le contenu⁸⁰¹, et les délais de cette dernière. Cependant, la forme et le contenu

⁷⁹⁹ Cf. ns°446 et s.

⁸⁰⁰ En droit français ; La déclaration n'est soumise à aucun formalisme. L'article L. 622-24 se contente d'énoncer que la déclaration doit être faite que les créances soient ou non établies par un titre. Même si le législateur ne le mentionne pas, il est admis que la déclaration de créance doit prendre une forme écrite. Ce qui importe, c'est que la déclaration manifeste sans équivoque la volonté de voir reconnaître le droit du créancier. Comme le précise la Cour, elle doit révéler de façon non équivoque la volonté pour le créancier, de réclamer dans la procédure collective, le paiement de sa créance. (Cass. com., 15 février 2011, n° 10-12.149, *Bull. civ. IV*, n° 26 ; *D.* 2011, p. 673, obs. A. LIËNHARD ; V. aussi A. LIËNHARD, « Modalités de déclaration des créances », *D.* 2001, Chron. p. 1011. La volonté de faire reconnaître le droit du créancier doit être manifeste. Il a ainsi été jugé qu'un commandement de payer ne peut valoir déclaration de créance (Cass. com., 2 octobre 1978, n° 76-15.513, *Bull. com.* n° 214 ; *D.* 1979, p. 13, note A. HONORAT) ; pas plus qu'une assignation en intervention forcée du liquidateur judiciaire dans un litige sur la créance (Cass. com., 22 mars 1994, n° 92-10.663, *Bull. civ. IV*, n°119). En droit OHADA : L'alinéa 1^{er} de l'article 80 de l'AUPC dispose que « Les créanciers remettent au syndic, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, une déclaration ».

⁸⁰¹ En droit français: L'article L. 622-25 énonce que la déclaration « porte le montant de la créance due avec indication des sommes à échoir et la date de leur échéance. Elle précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est

ne sont nullement spécifiques aux sûretés réelles exclusives. Nos développements seront en conséquence axés sur les seuls délais de déclaration (a) ou de production (b).

a- Les délais de la déclaration en droit français

607. Aux termes des dispositions du Code de commerce (articles L. 622-24 et suivants), les créanciers munis de sûretés réelles exclusives ne bénéficient pas d'un délai de déclaration spécial. Cependant, certains peuvent bénéficier de l'avertissement d'avoir à déclarer ; dans ce cas, le risque de forclusion est réduit. Ainsi, nous évoquerons brièvement les délais de déclaration (a-1) avant de nous interroger sur le bénéfice, par les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, de l'avertissement d'avoir à déclarer (a-2).

a-1) Présentation des délais de déclaration⁸⁰²

608. Par principe, le délai pour déclarer est le même pour tous les créanciers ; il est de deux mois. Ce qui change, c'est le point de départ. Conformément aux dispositions de l'article L. 622-24, le point de départ varie selon qu'il s'agit des créanciers antérieurs⁸⁰³, des créanciers postérieurs non-éligibles au traitement préférentiel⁸⁰⁴, des victimes d'une infraction pénale⁸⁰⁵, des créances salariales⁸⁰⁶, et, enfin, des créances fiscales et sociales⁸⁰⁷.

éventuellement assortie ». La déclaration doit donc préciser le montant de la créance, ses accessoires et ses intérêts). En droit OHADA ; Aux termes des dispositions de l'article 80 de l'AUPC, il ressort que le créancier doit préciser le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, les sommes à échoir et les dates de leurs échéances.

⁸⁰² P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, ns° 665.22 à 665.

⁸⁰³ Les créanciers antérieurs doivent adresser leur déclaration au mandataire judiciaire dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. (Art. L. 622-24, al. 1^{er} et R. 622-24, al. 1^{er}). Pour déclarer dans le délai, les créanciers doivent être informés de l'ouverture de la procédure collective. La publicité du jugement d'ouverture y contribue largement. Cette publicité est faite par le greffier dans les quinze jours qui suivent le jugement d'ouverture. Le délai ne court que si la publicité a été régulièrement effectuée. Une irrégularité dans la publication du jugement d'ouverture empêche le court du délai (Cass. com., 14 février 1995, n° 93-10.151, *Bull. civ. IV*, n° 47 ; *D.* 1996, somm. p. 85, obs. A. HONORAT).

⁸⁰⁴ Pour les créanciers postérieurs non privilégiés, le délai de deux mois court à compter de l'exigibilité de la créance. Mais lorsque pour ces créanciers postérieurs, la créance résulte d'un contrat à exécution successive, il y a lieu de distinguer deux situations. Si la créance est née avant le jugement d'ouverture (le contrat a été conclu avant l'ouverture de la procédure), la déclaration est faite pour la totalité des sommes dues et à échoir, sur la base d'une évaluation, dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. En revanche, lorsque la créance est née après le jugement d'ouverture (le contrat a été conclu après le jugement d'ouverture), le créancier doit déclarer la totalité des sommes dues ou à échoir, dans le délais de deux mois à compter de la première échéance impayée peu important qu'elle ait été régularisée ou non

⁸⁰⁵ Le point de départ du délai de déclaration de la partie civile court à compter du jour de la décision définitive fixant le montant de la créance de dommages et intérêts. Ce point de départ n'est valable que lorsque la décision intervient après la publication du jugement d'ouverture, à défaut, c'est le délai de droit commun qui s'applique aux victimes.

⁸⁰⁶ Lorsque l'AGS n'est pas dispensée de déclaration, elle doit déclarer les créances salariales figurant sur les relevés y compris celle qu'elle refuse de régler, dans un délai de quinze jours après l'expiration des délais de règlement édicté par l'article L. 3253-8 du Code de travail.

⁸⁰⁷ Les créanciers publics sont autorisés à se délivrer à eux-mêmes des titres exécutoires au jour de la déclaration. Aussi, la déclaration de leur créance se fait en deux étapes. D'abord une déclaration à titre provisionnel qui doit être faite dans le délai légal de deux mois. Ensuite une déclaration à titre définitif. Cette déclaration complémentaire peut être faite pendant le délai imparti au tribunal pour la vérification des créances. Cependant, le législateur a récemment pris en compte les difficultés rencontrées par le Fisc pour déclarer ses créances d'impôt à titre définitif, lorsqu'elles font l'objet d'une procédure administrative d'établissement. Dans ce cas, l'al. 3, de l'article L. 622-24 précise que l'obligation de

609. Cependant, le principe d'une déclaration de créance dans un délai de deux mois connaît quelques exceptions.

C'est d'abord le cas pour les créanciers domiciliés hors de la France métropolitaine. Ceux-ci bénéficient d'un délai supplémentaire de deux mois, lorsque la procédure est ouverte par une juridiction dont le siège se trouve en France métropolitaine (article R. 622-24 du Code de commerce). Il en est de même lorsque le débiteur et le créancier ne sont pas domiciliés dans le même département ou la même collectivité d'outre-mer⁸⁰⁸.

C'est ensuite le cas des créanciers dont la créance résulte de la résiliation d'un contrat en cours après le jugement d'ouverture. Ces créanciers ont la possibilité de déclarer même si la résiliation est intervenue après l'expiration du délai légal de deux mois. En effet, l'article L. 622-13 indique que Si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du II ou encore si la résiliation est prononcée en application du IV de l'article, l'inexécution peut donner lieu à des dommages au profit du cocontractant dont le montant doit être déclaré au passif. Dans cette situation, le cocontractant dispose, pour déclarer sa créance, d'un délai d'un mois à compter de la date de la résiliation de plein droit ou de la notification de la décision prononçant la résiliation⁸⁰⁹.

610. S'agissant du calcul du délai, il se fait selon les règles de l'article 642 du Code de procédure civile⁸¹⁰. Lorsque la déclaration est expédiée par voie postale, le délai court à compter de la date de l'expédition⁸¹¹ qui figure sur l'enveloppe. En cas d'envoi par lettre simple, des difficultés de calcul du délai de deux mois peuvent survenir, sauf si le mandataire judiciaire a gardé l'enveloppe et s'il la produit⁸¹². Par précaution, il convient d'envoyer la déclaration par lettre recommandée avec avis de réception⁸¹³.

611. Quant à la nature du délai, même si certaines juridictions ont pu analyser le délai de déclaration comme un délai de prescription⁸¹⁴, il est désormais admis qu'il s'agit d'un délai préfix⁸¹⁵, insusceptible de suspension ou d'interruption.

déclaration à titre définitif dans le délai de l'article L. 624-1, ne s'impose pas si une procédure administrative d'établissement de l'impôt a été mise en œuvre. La déclaration à titre définitif doit alors être effectuée avant le dépôt au greffe du compte-rendu de fin de mission par le mandataire judiciaire.

⁸⁰⁸ Cette solution résulte de l'interprétation a contrario d'une décision rendue par la jurisprudence. La Cour a décidé que le délai n'était pas augmenté de deux mois lorsque le créancier et le débiteur résident dans le même département ou territoire ; Cass. com., 13 juillet 2010, n° 09-13.103, *Bull. civ. IV*, n° 125 ; *JCP E*, 2010, 1744, note. Ph. ROUSSEL GALLE.

⁸⁰⁹ Art. R. 622-21, al. 2 du Code de commerce.

⁸¹⁰ Si le délai expirait un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il doit être prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ; Cass. com., 17 février 1998, n° 95-18.686, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; *RJDA* 1998/6, n° 764.

⁸¹¹ Cass. com., 28 janvier 1997, n° 94-21.125, *Bull. civ. IV*, n° 30 ; *D.* 1997, somm. p. 214, obs. A. HONORAT ; *JCP G*, 1997, n° 17, note M. CABRILLAC ; *D. Aff.* 1997, p. 902 ; *D. Aff.* 1998, p. 1004.

⁸¹² Cass. com., 16 février 1981, n° 79-13.174, *Bull. civ. IV*, n° 81.

⁸¹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 777.

⁸¹⁴ CA Paris, 6 décembre 1991, *Rev. Proc. Coll.* 1992, p. 83, obs. B. DUREUIL ; T. com. Paris 2 mars 1990, *RJ com.* 1990, p. 265, note J.-M. CALENDINI ; *Rev. drt. banc et fin.*, 1990, p. 173, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.

La nature préfixe du délai de déclaration n'est pas sans inconvénients pour les créanciers. Il a par exemple été jugé que la déclaration des créances adressée à une personne autre que le mandataire n'interrompt pas le délai. Ainsi, la déclaration envoyée à l'administrateur judiciaire est inopérante⁸¹⁶, sauf si ce dernier a le réflexe de la transmettre à son tour au mandataire judiciaire, tout en respectant le délai de deux mois⁸¹⁷.

Le délai de déclaration est bref et le risque de forclusion est réel. C'est pourquoi, le législateur prévoit une mesure qui consiste à avertir les créanciers.

a-2) L'avertissement d'avoir à déclarer la créance

612. L'alinéa 1^{er} de l'article 622-24 énonce que les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu, d'avoir à déclarer. C'est le représentant des créanciers (le mandataire judiciaire ou le liquidateur) qui avertit les créanciers, par lettre recommandée avec avis de réception, dans le délai de quinze jours à compter du jugement d'ouverture⁸¹⁸.

Conformément à l'article L. 622-24, seuls les créanciers dont la sûreté ou le contrat est publié à la date du jugement d'ouverture seront avertis⁸¹⁹. Tel sera par exemple le cas pour le Trésor public, dès lors qu'il a publié son privilège général mobilier⁸²⁰. En revanche, ne sera pas informé le créancier titulaire d'un nantissement non soumis à la publicité, c'est le cas du nantissement de parts sociales, contrairement à celui de parts de société civile⁸²¹. Il en sera de même pour un syndicat de copropriétaires dont le privilège est occulte⁸²².

613. Le législateur ne donnant aucune précision quant à la nature des contrats publiés, on peut considérer que la mesure s'applique à l'ensemble des créanciers titulaires d'un contrat publié, quel que soit l'objet du contrat et peu important que la publicité soit obligatoire ou facultative. Doivent ainsi être avertis, les créanciers liés au débiteur par un crédit-bail ou une location financière. Qu'en est-il alors des créanciers munis de sûretés réelles exclusives ? Sont-ils titulaires de sûretés publiées ?

⁸¹⁵ Cass. com., 1^{er} juillet 1997, n° 95-13.602, *Bull. civ.* IV, n° 210 ; B. SOINNE, « Le contenu de la déclaration de créance et la preuve de sa réception », *LPA*, 1998, n° 130, p. 19.

⁸¹⁶ Cass. com., 22 juin 1993, n° 87-19.183, *Bull. civ.* IV, n° 260; *D.* 1993, somm. p. 365, obs. A. HONORAT.

⁸¹⁷ Cass. com., 6 janvier 1998, n° 95-11.894, *Bull. civ.* IV, n° 3; *RTD com.* 2000, p. 718, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸¹⁸ L'article R. 622-21, al. 3 précise le contenu de l'avertissement : « L'avertissement du mandataire judiciaire reproduit les dispositions légales et réglementaires relatives aux délais et formalités à observer pour la déclaration des créances, pour la demande en relevé de forclusion et pour les actions en revendication et en restitution ».

⁸¹⁹ La Cour a par exemple jugé que la disparition de la sûreté après le jugement d'ouverture reste sans conséquence sur l'obligation d'avertissement du créancier (Cass. com., 6 décembre 2011, n° 10-24.968, *Bull. civ.* IV, n° 201; *D.* 2012, *AJ.* p.7, obs. A. LIÉNHARD).

⁸²⁰ Cass. com., 4 juillet 2000, n° 97-22.414, *Bull. civ.* IV, n° 137; *JCP E*, 2001, 219, n° 11, obs. Ph. PÉTEL. Cass. com., 9 janvier 2001, n° 98-15.102, *Bull. civ.* IV, n° 6; *JCP E*, 2001, 752, n° 7, obs. M. CABRILLAC.

⁸²¹ Cass. com., 16 mai 2006, n° 05-12.400, *Bull. civ.* IV, n° 121; *JCP E*, 2006, 2236, note. J. VALLANSAN ; *D.* 2006, *AJ.* p. 1528, obs. A. LIÉNHARD.

⁸²² Cass. com., 4 mars 2003, n° 00-11.952, *Bull. civ.* IV, n° 35; *JCP E*, 2003.1396, n° 7, obs. M. CABRILLAC; *D.* 2003, *AJ.* p. 909, obs. A. LIÉNHARD.

a-2-a) Les créanciers munis de sûretés réelles exclusives et l'avertissement

614. Dès lors qu'un créancier est titulaire d'une sûreté publiée ou qu'il est lié au débiteur par un contrat publié, il bénéficie de l'avertissement. La question sous-jacente ici est celle de la publicité des sûretés réelles exclusives.

Envisageons sommairement cette question que nous retrouverons dans le prochain paragraphe consacré à l'étude de l'arrêt ou de l'interdiction des inscriptions des sûretés.

* S'agissant du créancier rétenteur.

615. La publicité a pour but de faire connaître la sûreté et de la rendre opposable aux tiers. Envisagé comme une garantie autonome, le droit de rétention est fondé sur la faculté de retenir le bien. Or, cette seule rétention suffit à rendre le droit de rétention opposable. Cette solution découle de la jurisprudence. La Haute juridiction a en effet jugé que le droit de rétention est opposable *erga omnes*⁸²³. Aucune formalité autre que la rétention du bien n'est exigée pour assurer l'opposabilité du droit de rétention. Le créancier rétenteur n'a donc pas à publier son droit de rétention pour le faire connaître et le rendre opposable. En conséquence, le rétenteur ne devrait pas bénéficier de l'avertissement d'avoir à déclarer sa créance.

616. Cependant, cette solution doit être atténuée lorsqu'il s'agit du droit de rétention attaché à un gage, et notamment au gage sans dépossession. Le créancier n'étant pas physiquement en possession du bien, il doit publier sa sûreté pour la rendre opposable. En effet, conformément à l'article 2337 du Code civil, « *Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet* ». L'opposabilité du gage sans dépossession est assurée par la publicité. Celle-ci est faite par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'État⁸²⁴. En revanche, lorsque le gage est assorti d'une dépossession, celle-ci est suffisante pour rendre la sûreté opposable. La publicité n'est donc pas obligatoire pour les gages avec dépossession. Mais, a priori, rien n'empêche au créancier qui le désire de procéder à l'inscription de son gage. Dans tous les cas, compte tenu de sa qualité de créancier gagiste sans dépossession, le titulaire d'un droit de rétention fictif devrait bénéficier de l'avertissement d'avoir à déclarer.

⁸²³ Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, arrêt préc.; *D.* 1999, somm. p. 5, obs. F. DERRIDA; *RTD civ.* 1997, p. 707, P. CROCQ; V. aussi, Cass. com., 3 mai 2006, n°40-15.262, *Bull. civ.* IV, n° 106; *JCP E*, 2006, 2824, n° 15, obs. Ph. DELEBECQUE; Cass. 1^{re} civ. 24 septembre 2009, n° 08-10.165, *Bull. civ.* IV, n°178; *D.* 2009, AJ, p. 2275, obs. X. DELPECH.

⁸²⁴ Art. 2338 du Code civil.

* Qu'en est-il du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ?

617. Pour être opposable aux tiers, la fiducie doit respecter les conditions posées par le droit commun⁸²⁵. L'article 2019, alinéa 1^{er} du Code civil, dispose qu'« *À peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans un délai d'un mois à compter de leur date, au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France* ». Et l'alinéa 2 du même texte précise que « *Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits immobiliers, ils (le contrat de fiducie et ses avenants) sont, sous la même sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du Code général des impôts* ». En outre, l'article 2018, alinéa 2, du Code civil précise que « *La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui est faite par le cédant ou le fiduciaire* »

Ces quelques dispositions révèlent que les fiducies sont de manière générale soumises à l'enregistrement ; et que les fiducies immobilières font, en plus, l'objet d'une publicité foncière obligatoire. Ainsi, si l'on considère l'enregistrement comme une formalité de publicité, il y a lieu de considérer que le bénéficiaire d'une fiducie mobilière doit être averti d'avoir à déclarer. En revanche, la question ne se pose pas pour le bénéficiaire d'une fiducie immobilière⁸²⁶. La publicité de la fiducie-sûreté nécessite cependant quelques éclaircissements que nous apporterons par la suite.

Quoi qu'il en soit, conformément à l'article L. 622-24, le bénéficiaire d'une fiducie immobilière doit être averti d'avoir à déclarer. Le doute est cependant permis pour la fiducie portant sur des meubles.

618. En définitive, le titulaire d'un droit de rétention fictif et le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté devant publier leur sûreté, ils rentrent dans la catégorie des créanciers titulaires de sûretés publiées et bénéficient donc de l'avertissement d'avoir à déclarer. En conséquence, ces créanciers se trouvent dans une situation quelque peu enviable, puisqu'à leur égard le délai de déclaration ne court qu'à compter de la notification de l'avertissement⁸²⁷. La situation ne change pas même si les créanciers sont informés de l'ouverture de la procédure collective. Il semblerait que ce délai ne puisse expirer avant le délai de droit commun, considéré comme un délai minimal⁸²⁸.

619. Pour faire courir le délai de déclaration, l'avertissement doit remplir toutes les conditions exigées par les textes. Ainsi, la notification faite aux titulaires d'une sûreté publiée par simple lettre

⁸²⁵ Sur le droit commun de la fiducie voir les articles 2011 à 2030 du Code civil.

⁸²⁶ S. FARHI, « Le banquier garanti par une fiducie-sûreté et la procédure collective », art. préc., p. 120.

⁸²⁷ Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-20.715, *Bull. civ.* IV, n° 56; *D.* 2000, AJ, p. 168, obs. A. LIÉNARD ; V. aussi, Cass. com., 12 octobre 2004, n° 02-20.367, Inédit.

⁸²⁸ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1548.

au lieu d'une lettre recommandée ne fait pas courir la prescription⁸²⁹. Il en sera de même lorsque l'avertissement ne comporte pas toutes les mentions requises par l'article R. 622-21, alinéa 3 du Code de commerce. Un tel avertissement est irrégulier et privé d'effet, et cela, indépendamment de tout préjudice subi par le destinataire⁸³⁰. Par ailleurs, la Cour de cassation a considéré que le créancier titulaire d'une sûreté ou d'un contrat publié qui déclare dans le délai légal sans avoir été averti, ne peut évoquer l'absence d'avertissement pour compléter ou rectifier sa déclaration. La modification ne pourra intervenir qu'à l'intérieur du délai initial, et le créancier se trouve alors exposé à la forclusion⁸³¹. Mais lorsque l'avertissement est reçu avant la publication du jugement d'ouverture au BODACC, il faut alors revenir au principe initial et faire courir le délai de deux mois à compter de cette publication⁸³². Le mandataire judiciaire qui omet d'avertir peut voir sa responsabilité engagée à l'égard des créanciers oubliés⁸³³.

620. Conformément à l'article R. 622-21 précité, les créanciers connus bénéficient également de l'avertissement individuel d'avoir à déclarer. Le mandataire judiciaire doit, dans les quinze jours du jugement d'ouverture, avertir les créanciers connus d'avoir à déclarer leurs créances dans le délai mentionné à l'article R. 622-24 du Code de commerce. Si les créanciers munis de sûretés réelles exclusives font partie des créanciers connus, il ne se pose alors aucun problème. Ils seront alors avertis d'avoir à déclarer conformément aux articles R. 622-21 et R. 622-24.

621. Les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, en bénéficiant de l'avertissement d'avoir à déclarer, voient leur délai de déclaration différé à la réception de l'avertissement⁸³⁴. Tant qu'ils n'ont pas été avertis, le délai de déclaration ne court pas⁸³⁵. Cette situation les placent dans une situation confortable car le risque de forclusion est considérablement limité, voire inexistant⁸³⁶. Nous venons de voir les solutions relatives au délai de déclaration en droit français, le droit OHADA prévoit-il des solutions identiques ?

b- Les délais de production en droit OHADA

À l'instar du droit français, une brève présentation des délais de production (b-1) précèdera l'analyse de l'avertissement d'avoir à produire (b-2).

⁸²⁹ Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-14.912; *Bull. civ.*, IV, n° 57; *JCP E* 2000, 1563, § 6, n° 40.

⁸³⁰ Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-16.306, *Bull. civ.* IV, n° 88; *JCP E*, 2001, 1470, n° 9, obs. M. CABRILLAC.

⁸³¹ Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-12.354, *Bull. civ.* IV, n° 76; *D.* 2003, p. 1563, obs. A. LIÉNHARD; *RTD com.* 2003, p. 818, obs. A. MARTIN-SERF; *JCP E*, 2003, 1396, obs. Ph. PÉTEL.

⁸³² Art. R. 622-24; Cass. com., 30 octobre 2012, n° 11-22.836, *Bull. civ.* IV, n° 196; *JCP E*, 2012, 1757, n° 13, obs. Ph. PÉTEL.

⁸³³ Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-15.111, Inédit; *Act. Proc. Coll.* 2001/11, n° 135.

⁸³⁴ Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-20.715, *Bull. civ.* IV, n° 56; *D.* 2000, AJ, p. 168, obs. A. LIÉNHARD.

⁸³⁵ Cass. com., 30 janvier 2007, n° 05-13.751, *Bull. civ.* IV, n° 15; *RTD com.* 2007, p. 449, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸³⁶ Cass. com., 4 octobre 2005, n° 04-17.817, Inédit; Cass. com., 6 décembre 2011, n° 10-24.968, *Bull. civ.* IV, n° 201; *BJE*, mai 2012, p. 160, note F. MACORIG-VENIER.

b-1) Présentation des délais de production

622. L'alinéa 1^{er} de l'article 78 de l'AUPC énonce qu' « *À partir de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens et jusqu'à l'expiration d'un délai de soixante (60) jours suivant la deuxième insertion dans un Journal d'annonces légales de l'État partie concerné tel que défini à l'article 1-3 ci-dessus, tous les créanciers composant la masse, à l'exception des créances d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic* ». Il en résulte que le délai de production est de soixante jours.

Ce texte, modifié par la réforme de l'AUPC, avait divisé la doctrine. Il se posait en effet la question de la détermination du point de départ du délai de production. L'ancien article 78 disposait qu'« *À partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales prévu par l'article 36 ci-dessus, ou suivant celle faite au journal officiel prévue par l'article 37 ci-dessus, lorsque celle-ci est obligatoire, tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés composant la masse doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic* ».

Un auteur⁸³⁷ a considéré que les créanciers composant la masse doivent produire leur créance auprès du syndic dans le délai de trente jours suivant la deuxième insertion du jugement d'ouverture dans le journal d'annonces légales (en application de l'article 36), ou suivant l'insertion dudit jugement au Journal Officiel (en application de l'article 37). Pour une autre partie de la doctrine⁸³⁸, le délai de production commence en principe à courir dès le jugement d'ouverture, et se poursuit jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours suivant la deuxième insertion du jugement d'ouverture dans le journal d'annonces légales prévue par l'article 36, ou suivant celle faite au Journal Officiel prévue par l'article 37. Avec la réforme, le législateur a simplement prolongé le délai de trente à soixante jours.

623. Toutefois, il n'a malheureusement pas résolu le problème de la détermination du point de départ du délai de production. Ce délai commence-t-il à courir au jour de la décision d'ouverture de la procédure ou au jour de la deuxième insertion de la décision d'ouverture dans un Journal d'annonces légales

En s'appuyant sur les solutions doctrinales qui ont été proposées sous l'empire de l'ancien AUPC, nous sommes plutôt favorables à la solution qui fixe le point de départ du délai de production au jour de la deuxième insertion de la décision d'ouverture dans un Journal d'annonces légales. En effet, eu égard à la brièveté du délai, il nous semble logique de le faire courir à partir du moment où les créanciers sont informés de l'ouverture de la procédure collective. Or, cette situation est

⁸³⁷ J.-R GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 153.

⁸³⁸ F.-M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 213.

difficilement envisageable le jour même de la décision d'ouverture sauf, éventuellement, pour les créanciers professionnels.

Mais quel que soit son point de départ, le délai de production est quasiment le même pour l'ensemble des créanciers. Seuls ceux domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte disposent d'un délai de quatre-vingt dix jours.

624. Par ailleurs, l'alinéa 1^{er} de l'article 79 de l'AUPC prévoit notamment que « *Le délai de production des créances ne commence à courir à l'égard des créanciers bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité ou liés au débiteur par un contrat publié qu'à compter de la notification de l'avertissement* ». Comme en droit français, les créanciers avertis bénéficient d'un point de départ différent de celui des autres créanciers.

Il nous faut donc à présent déterminer le sort des créanciers munis de sûretés réelles exclusives face à l'avertissement d'avoir à produire, avant d'en analyser les conséquences.

b-2) L'avertissement d'avoir à produire

625. Aux termes des dispositions de l'article 79, alinéa 1^{er} de l'AUPC, les créanciers titulaires de sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié doivent être avertis d'avoir à produire leur créance. Les créanciers bénéficient d'un avertissement personnel ou à domicile élu. Cette mesure a pour but d'éviter la forclusion. L'avertissement d'avoir à produire est faite par le syndic. Il peut être donné aux créanciers par lettre au porteur contre récépissé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou encore par tout moyen laissant trace écrite. L'avertissement doit également être donné aux créanciers connus mais aussi au contrôleur représentant des créanciers, s'il en a été nommé un.

Mais alors, qu'en est-il des créanciers munis de sûretés réelles exclusives ?

b-2-a) Les créanciers munis de sûretés réelles exclusives et l'avertissement

626. Comme en droit français, l'avertissement du syndic bénéficie aux seuls créanciers dont la sûreté a été publiée à la date du jugement d'ouverture. Il nous faut donc voir si les sûretés réelles exclusives sont soumises à publicité.

*** S'agissant du droit de rétention**

627. Il repose sur un pouvoir de blocage. En effet, le droit de rétention permet à son bénéficiaire de refuser la restitution du bien tant qu'il n'est pas intégralement payé. De par sa nature, le droit de rétention est opposable à tous les créanciers du débiteur sauf à ce que la loi en décide autrement. Ainsi, le droit de rétention autonome n'a pas à être publié pour être opposable. Le rétenteur autonome ne devrait donc pas bénéficier de l'avertissement d'avoir à déclarer.

628. La situation est quelque peu différente pour le titulaire d'un gage. Conformément à l'article 97 de l'AUS, en l'absence de remise de la chose, le contrat du gage est opposable aux tiers par l'inscription au RCCM. Il en résulte que lorsque le droit de rétention découle d'un gage avec dépossession, l'opposabilité du gage et par conséquent du droit de rétention, résulte de la remise de la chose au créancier ou au tiers convenu. Mais lorsqu'il s'agit du gage sans dépossession, non assorti d'un droit de rétention⁸³⁹, l'opposabilité résulte de l'inscription au RCCM. Toutefois, rien dans l'article 97 de l'AUS, n'interdit au créancier titulaire d'un gage avec dépossession de procéder à l'inscription de sa sûreté au RCCM.

Quoi qu'il en soit, lorsque le droit de rétention du créancier découle d'un gage ayant fait l'objet d'une inscription, le créancier doit être considéré comme titulaire d'une sûreté publiée. Ainsi, lorsqu'à l'ouverture de la procédure, la publicité de la sûreté est avérée, le gagiste-rétenteur devrait bénéficier de l'avertissement d'avoir à déclarer ; dans le cas contraire, il en sera exclu.

*** Que peut-on dire du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire ?**

629. L'article 89, de l'AUS dispose que « *Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué* ». Il en résulte que l'opposabilité du transfert fiduciaire est assurée par sa notification. Le texte ne fait pas référence à la nécessité d'une publicité au RCCM. En effet, la constitution de la fiducie suppose la dépossession du constituant. Les sommes données en garantie sont inscrits dans un compte tenu par un tiers. Par principe, la seule notification du transfert fiduciaire suffit donc à rendre la sûreté opposable.

En conséquence, si on considère la notification comme une forme de publicité, on peut soutenir que le bénéficiaire du transfert fiduciaire bénéficie de l'avertissement d'avoir à produire. En revanche, si l'on considère que la notification n'est pas un mode de publicité comme le serait par exemple l'inscription au RCCM, en ce sens qu'elle ne permet pas à toute personne désireuse d'être informée de l'existence d'un transfert fiduciaire, on peut considérer que la fiducie n'est pas une sûreté publiée et que son titulaire ne devrait pas bénéficier de l'avertissement d'avoir à produire.

630. À notre avis, le but de l'avertissement étant d'informer les créanciers dont la créance ou la sûreté est officiellement connue de l'obligation qu'ils ont de produire, le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire devrait, si les organes de la procédure ont connaissance de l'existence de ce transfert, bénéficier de l'avertissement d'avoir à produire. Cet avertissement devrait lui être donné

⁸³⁹ L'article 107, al. 2 du nouvel AUS affirme que « Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et nonobstant, le droit de rétention de ce dernier ». Et l' al. 3 du même article dispose que « Lorsqu'un bien donné en gage avec dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage sans dépossession, le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur qui ne pourra prétendre exercer ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé ».

indépendamment de la particularité de la publicité du transfert-fiduciaire, qui se résume ici à la notification à l'établissement teneur du compte.

631. Etant acquis que l'avertissement bénéficie aux créanciers munis de sûretés publiées, il reste à la jurisprudence de préciser la portée de cette mesure. Une portée large consisterait à rendre bénéficiaire de l'avertissement tous les créanciers dont l'opposabilité de la sûreté est garantie par l'accomplissement d'une quelconque formalité de publicité (notification, enregistrement, ou inscription sur un registre), à l'exclusion de la simple dépossession ou de la rétention de la chose. À l'inverse, une portée limitée consisterait à faire bénéficier l'avertissement aux seuls créanciers dont la sûreté fait l'objet d'une publicité, au sens d'une inscription sur un registre particulier comme le gage, le nantissement ou l'hypothèque.

632. Dans tous les cas, le défaut d'avertissement dans les délais et formes requis engage la responsabilité du syndic, en cas de forclusion des créanciers. À l'instar du droit français, le délai de production a une nature préfixe. Il n'est donc susceptible ni d'interruption, ni de suspension.

633. En définitive, du moment qu'un créancier est tenu de déclarer ou de produire sa créance, cette obligation doit être effectuée selon les modalités fixées par le législateur. Mais la déclaration ou la production de créance n'est que la première étape de la phase qui consiste à déterminer le passif du débiteur. Elle est suivie d'une procédure de vérification et d'admission de créances. Les titulaires d'une sûreté réelle exclusive ne bénéficiant pas en la matière d'un régime spécial, leurs créances ne dérogent pas à la règle. Ainsi, à l'exception des créances salariales ou d'aliments, toutes les autres créances doivent, pour être opposables, être déclarées ou produites puis examinées dans le cadre d'une procédure rigoureuse de vérification et d'admission de créance, et cela, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA.

634. Le créancier qui a déclaré ou produit en bonne et due forme et qui, après vérification, a été admis au passif est assuré de l'opposabilité de sa créance, d'une part, et de sa participation aux répartitions et dividendes, d'autre part. En revanche, le défaut de déclaration ou de production est sanctionné.

B- Le défaut de déclaration ou de production

Nous examinerons les conséquences du défaut de déclaration des sûretés réelles exclusives en droit français (1), puis en droit OHADA (2)

1- Le défaut de déclaration des sûretés réelles exclusives en droit français

635. L'article L. 622-26, alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit qu' « À défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission du débiteur lors de

l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6. Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande ». L'alinéa 2 du même article précise que « Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont opposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus ».

L'analyse de ces dispositions nous conduit à distinguer deux situations ; d'abord, lorsque le créancier non déclarant a bénéficié d'un relevé de forclusion (a) ; ensuite, lorsque cette opportunité ne lui a pas été offerte, sa créance étant alors déclarée opposable (b).

a- La possibilité d'un relevé de forclusion pour les créanciers non déclarant

636. En principe, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans les délais impartis est forclos. Cependant, il a la possibilité d'adresser une demande en relevé de forclusion s'il établit que la défaillance n'est pas due à son fait, ou bien que celle-ci est due à une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste des créances prévue par l'article L. 622-6 du Code de commerce.

Dans le cadre de cette étude, il ne s'agit pas d'analyser en profondeur les cas de relevé de forclusion, a priori non spécifiques, il s'agit en revanche de voir si les créanciers munis de sûretés réelles exclusives peuvent s'en prévaloir (a-1), et dans quelles conditions (a-2).

a-1) Les cas de relevé de forclusion

637. Pour être relevé de forclusion, le créancier doit prouver que la défaillance n'est pas due à son fait. C'est le cas traditionnel du relevé de forclusion. Il faut réussir à convaincre le juge-commissaire que le défaut de déclaration résulte d'un fait extérieur au créancier⁸⁴⁰. Le créancier doit démontrer qu'il a été dans l'impossibilité de déclarer sa créance. Cette preuve est laissée à l'appréciation des juges du fond⁸⁴¹.

638. S'agissant des créanciers munis de sûretés réelles exclusives, nous avons vu que même si leur sûreté les place dans une situation d'exclusivité, ils doivent par précaution déclarer leur créance, quand bien même ils seraient dispensés de mentionner la sûreté dont la créance est assortie. La déclaration de créances doit donc se faire dans les délais légaux.

Nous avons également vu que certains créanciers, notamment le titulaire d'un droit de rétention fictif et le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté immobilière, sont avertis d'avoir à déclarer. Pour ces derniers, le point de départ du délai de déclaration est différé au jour de la notification de l'avertissement. En conséquence, il serait difficile pour ces créanciers munis de sûretés réelles

⁸⁴⁰ Cass. com., 1er février 2005, n° 03-17.845, Inédit.

⁸⁴¹ Cass. com., 4 octobre 2005, n° 04-15.535, *Bull. civ.*, IV, n° 200 ; D. 2005, AJ. 2742, obs. A. LIÉNHARD; Cass. com., 10 juin 2008, n° 07-14.017, Inédit; *RTD com.* 2008, p. 863, obs. A. MATIN-SERF; Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-20.059.

exclusives de prouver devant le juge-commissaire que la défaillance n'est pas due à leur fait, sauf si, comme cela a pu être jugé, la défaillance provient d'un cas de force majeure, par exemple la maladie du créancier personne physique⁸⁴².

639. La jurisprudence considère que le créancier qui a légitimement ignoré l'ouverture de la procédure collective peut être relevé de sa forclusion⁸⁴³. Cet argument est difficilement soutenable par les créanciers munis de sûretés réelles exclusives dans la mesure où, ces derniers bénéficient de l'avertissement d'avoir à déclarer⁸⁴⁴ et qu'à leur égard, le délai de déclaration ne court qu'à compter de la notification de l'avertissement. Par principe, ces créanciers ne peuvent passer à côté de l'information relative à l'ouverture de la procédure de leur débiteur sauf, par exemple en cas de grève de la poste.

640. La jurisprudence se montre parfois particulièrement exigeante quant à l'appréciation de la preuve d'une défaillance non due au fait du créancier. Ainsi, la Cour de cassation a jugé insuffisant pour admettre un relevé de forclusion, l'envoi de la lettre d'avertissement à la mauvaise adresse⁸⁴⁵. De même, une juridiction de fond a refusé le relevé de forclusion au motif de l'absence d'avertissement et reprochait au créancier non-institutionnel de n'avoir pas lu le BODACC⁸⁴⁶. En revanche, elle a, dans d'autres situations, fait preuve de souplesse en acceptant, par exemple de relever de sa forclusion le créancier dont l'envoi de la déclaration au représentant des créanciers a été retardé par la vérification du commissaire aux comptes de la société⁸⁴⁷. De même, la Cour de cassation s'est montrée bienveillante à l'égard d'une personne n'ayant pas de rapport d'affaires avec le débiteur⁸⁴⁸. Quoiqu'il en soit, cette question fait l'objet d'un contentieux important⁸⁴⁹.

641. Dans tous les cas, s'agissant des créanciers munis de sûretés réelles exclusives et bénéficiaires de l'avertissement, ils n'encourent pas la forclusion en cas d'absence d'avertissement⁸⁵⁰. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde, la Haute juridiction avait jugé que la sanction du défaut d'avertissement était l'inopposabilité de la

⁸⁴² Par exemple, l'altération des facultés mentales ; CA Toulouse, 21 novembre 2001 ; *Rev. drt. banc et fin.*, 2002, n° 100, p. 133, obs. F.X. LUCAS.

⁸⁴³ Cass. com., 5 février 2002, n° 99-10.606, Inédit ; Cass. com., 2 octobre 2007, n° 06-15.510, Inédit ; *Gaz. Proc. Coll.* 2008/1, p.55, note E. LE CORRE-BROLY. (En l'espèce la Cour avait autorisé le relevé de forclusion d'un créancier non institutionnel qui ne disposait pas de services suffisamment importants pour lire le BODACC).

⁸⁴⁴ CA Paris, 3^e ch. B, 20 juin 2003, RG n° 2002/11518.

⁸⁴⁵ Cass. com., 23 janvier 2001, n° 98-15.487, Inédit.

⁸⁴⁶ CA Paris, 3^e ch. A, 28 octobre 2003, RG, n° 2003/06184.

⁸⁴⁷ Cass. com., 29 mai 1990, n° 88-16.434, *Bull. civ.* IV, n° 155 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1990, p. 408 ; *RTD com.* 1990, p. 490, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸⁴⁸ Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-19.152, *Bull. civ.*, IV, n° 92.

⁸⁴⁹ Il a par exemple été jugé que le créancier qui a déclaré dans les délais, mais irrégulièrement, ne peut être relevé de sa forclusion (CA Rennes, 2^e ch. com., 3 juillet 2002, *Rev. Proc. Coll.*, 2003/1, p. 24, obs. F. LEGRAND). Il en est de même lorsque le créancier a déclaré au passif, dans les délais, une autre créance (CA Paris, 3^e ch. com., 6 juin 2003, RG, n° 2002/19721). Tel sera encore le cas du créancier qui a eu connaissance de l'ouverture de la procédure, même s'il est domicilié à l'étranger (CA Rouen, 2^e ch., 13 juillet 1999, *JCP E*, 2000. Pan. 1789).

⁸⁵⁰ Cass. com., 6 décembre 2011, n° 10-24.968, arrêt préc ; *D.* 2012, AJ, p.7, obs. A. LIÉNHARD ; *LXB hebdo*, 19 janvier 2012, n° 280, note E. LE CORRE-BROLY.

forclusion⁸⁵¹. Aujourd'hui, le point de départ du délai de déclaration étant différé à la notification de l'avertissement, cette sanction n'a plus lieu d'être. Le bénéficiaire de l'avertissement qui n'a pas été averti ne peut, par hypothèse, être forclos, le délai n'ayant pas commencé à courir. La situation est tout de même différente si, bien qu'ayant été averti, le créancier n'a pas déclaré sa créance.

642. En définitive, en raison de l'avertissement dont bénéficient les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, il est probable que la jurisprudence ne se montre pas indulgente à leur égard, mais l'avenir nous en dira plus.

Ce premier cas de relevé de forclusion, créé depuis la loi du 25 janvier 1985⁸⁵², n'a connu à ce jour aucune modification. La situation est différente pour le second cas, institué par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.

643. L'article L. 622-26, alinéa 1^{er}, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, précise que le créancier peut être relevé de sa forclusion en cas d'omission de la part du débiteur lors de l'établissement de la liste des créances de l'article L. 622-6. Ce cas de relevé de forclusion, institué en 2005, pour contredire une jurisprudence antérieure qui n'admettait pas que l'omission de la liste des créances soit un motif de relevé de forclusion⁸⁵³, mais uniquement un motif de responsabilité civile, a été modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014⁸⁵⁴. Le législateur a supprimé la référence au caractère volontaire de l'omission. Sous l'empire de la législation antérieure, le créancier devait prouver que le débiteur avait volontairement omis d'insérer sa créance dans la liste remise au représentant des créanciers. La difficulté était justement de prouver le caractère volontaire de l'omission. L'oubli devait être intentionnel⁸⁵⁵. Désormais, le simple oubli d'un créancier de la liste de créances lui donne droit au relevé de forclusion.

644. Cette modification qui ôte au juge-commissaire son pouvoir d'appréciation, n'a pas laissé la doctrine insensible. Certains y voient une automaticité⁸⁵⁶ dans le prononcé d'un relevé de forclusion ou encore un cas obligatoire⁸⁵⁷ du relevé de forclusion.

⁸⁵¹ Cass. com., 27 mars 2007, n° 05-20.757, Inédit; *Gaz. Pal.*, 20 juillet 2007, n° 201, p.47, note E. LE CORRE-BROLY.

⁸⁵² Art. 53 de la loi du 25 janvier 1985.

⁸⁵³ Sauf en cas de fraude, Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-16.146, *Bull. civ.* IV, n° 81; *JCP E*, 2001. 1470, obs. Ph. PÉTEL.

⁸⁵⁴ C'est éventuellement pour mettre fin aux discussions sur la démonstration du caractère volontaire de l'omission, mais surtout pour renforcer la protection des créanciers et de faire jouer un rôle plus important à la liste des créances établie par le débiteur à l'ouverture de la procédure collective, que le législateur de 2014 a modifié l'article L. 622-26, alinéa 1^{er}, en y supprimant le terme " volontaire (Art. 29 de l'ordonnance du 12 mars 2014).

⁸⁵⁵ Cela a dans certains cas conduit à rechercher de la fraude du débiteur (Cass. com., 14 octobre 2008, n° 07-16.983, Inédit, *Gaz. Proc. Coll.* 21/22 janvier 2009, p. 38, obs. E. LE CORRE-BROLY, *RTD com.* 2009, p. 453, obs. A. MARTIN-SERF). Même si la jurisprudence se montrait assez bienveillante à l'égard du créancier, l'appréciation du caractère volontaire de l'omission a suscité un contentieux abondant (V. P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 665.53).

⁸⁵⁶ F.-X. LUCAS, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars 2014, n° 2, pp. 111 et s. sp. 115; F. LEGRAND, M.-N. LEGRAND, M.-H. MONSERIE-BON, « Qu'est ce qui change pour les partenaires de l'entreprise en difficulté ? », *Rev. Proc. Coll.* mars 2014, n° 2, dossier 18, p. 49.

⁸⁵⁷ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 665.53.

Mais quelle que soit l'analyse qui en est faite, la modification effectuée va améliorer la situation des créanciers. Désormais, ceux-ci vont bénéficier de « la simple négligence »⁸⁵⁸ du débiteur, peu important qu'ils aient eu connaissance du jugement d'ouverture. Cette modification élargit en effet les hypothèses de relevé de forclusion.

645. S'agissant des créanciers munis de sûretés réelles exclusives, dans le cas où ils ne bénéficieraient pas de l'avertissement d'avoir à déclarer a priori, rien ne s'oppose à ce qu'ils puissent se prévaloir de l'omission du débiteur pour être relevé de leur forclusion.

La recevabilité de la demande en relevé de forclusion est soumise au respect de certaines conditions. Toutefois, n'étant pas spécifiques aux sûretés de réelles exclusives, nous n'allons pas nous étendre sur cette question.

a-2) Les conditions de la demande en relevé de forclusion

646. Le législateur n'ayant pas précisé la forme de la demande en relevé de forclusion, la Cour de cassation a estimé que celle-ci prend la forme d'une requête adressée⁸⁵⁹ ou remise au greffe. La requête peut être transmise à la juridiction par lettre recommandée avec avis de réception, par télécopie, ou même sous la forme d'un courrier électronique. Ce qui importe, c'est que la requête soit envoyée et non pas reçue avant l'expiration du délai de forclusion. La demande en relevé de forclusion est adressée au juge-commissaire ou au tribunal, lorsque le juge-commissaire a cessé ses fonctions⁸⁶⁰. La demande doit être formulée par le créancier ou son mandataire.

647. Il est admis que le relevé de forclusion est une décision de justice. Aussi, le préposé qui agit doit avoir reçu un pouvoir spécial à cette fin, sauf à considérer comme en matière de déclaration que le créancier pourra ratifier la demande faite par un tiers, mais le législateur n'a rien dit dans ce sens. Dans tous les cas, la personne qui adresse la demande en relevé de forclusion doit avoir un intérêt à agir⁸⁶¹.

648. L'instance en relevé de forclusion est de nature contentieuse. Le principe du contradictoire doit donc être respecté, sous peine de nullité de l'ordonnance du juge-commissaire. Doivent être convoqués à l'instance, le créancier, le débiteur et les organes de la procédure⁸⁶². En outre, les frais de l'instance en relevé de forclusion sont à la charge du créancier défaillant. Cependant, l'article 51 du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 a supprimé la charge systématique

⁸⁵⁸ A. LIÉNHARD, « Réforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014, p. 25.

⁸⁵⁹ Cass. com., 28 janvier 2014, n° 12.-27.728, *Bull. civ. IV*, n° 25; *D.* 2014, AJ, p. 369, obs. A. LIÉNHARD; *JCP E*, 2014, 1173, n° 2, note Ph. PÉTEL.

⁸⁶⁰ CA Rennes, 2e ch., 25 janvier 1989, *RJ com.* 1990, n° 368, obs. GALLET.

⁸⁶¹ On peut également se demander si le débiteur qui, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, a la possibilité de déclarer pour le compte du créancier, peut aussi adresser une demande en relevé de forclusion lorsqu'il n'aura pas porté la créance à la connaissance du mandataire judiciaire. La réponse négative paraît s'imposer puisque dans ce cas, le créancier peut éventuellement prouver que la défaillance n'est pas due à son fait et obtenir ainsi un relevé de forclusion.

⁸⁶² Cass. com., 13 décembre 2005, n° 04-18.391, *Bull. civ. IV*, n° 250; *Gaz. Proc. Coll.*, 2006/2, p. 43, obs. P.-M. LE CORRE; *D.* 2006, AJ, p. 228, obs. A. LIÉNHARD.

des frais par le créancier. Le nouvel article les met également à la charge du débiteur lorsqu'il n'aura pas mentionné la créance sur la liste prévue à l'article L. 622-6 ou n'aura pas porté la créance à la connaissance du mandataire judiciaire.

La modification relative à la charge des frais de l'instance n'est pas la seule innovation quant aux conditions de la demande en relevé de forclusion. En effet, le législateur de 2014 a profondément réformé la matière s'agissant des délais.

a-2-a) Les délais du relevé de forclusion

649. Sous l'empire de la loi de sauvegarde, le délai pour formuler la requête en relevé de forclusion était de six mois⁸⁶³. Ce délai reste inchangé avec l'ordonnance du 12 mars 2014. Ce qui varie, c'est le point de départ du délai.

L'article L. 622-26 prévoit que « *L'action en relevé de forclusion ne peut être exercée que dans le délai de six mois. Ce délai court à compter de la publication du jugement d'ouverture ou, pour les institutions mentionnées à l'article L. 3253-14 du code du travail, de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant du contrat de travail sont garanties par ces institutions* ». Le délai du relevé de forclusion court donc à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. À partir de cette date, les créanciers défaillants disposent d'un délai de six mois pour tenter de se faire relever de leur forclusion.

650. Pour les créanciers titulaires d'une sûreté réelle publiée ou d'un contrat publié dont le titulaire d'un droit de rétention ou le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peuvent faire partie, le délai de relevé de forclusion court à compter de la réception de l'avis qui leur est donné.

Cette solution est tout à fait conforme à l'article L. 622-24 qui diffère, à leur égard, le délai de déclaration au jour de la notification de l'avertissement d'avoir à déclarer. Si malgré cet avertissement, les créanciers sont forclos et qu'ils parviennent tout de même à justifier d'un des cas de relevé de forclusion, leur demande en relevé de forclusion doit être adressée dans les six mois qui suivent la réception de l'avis d'avoir à déclarer.

Mais, en pratique, on imagine difficilement qu'un créancier averti adresse une requête de relevé de forclusion, sauf à envisager l'hypothèse d'un défaut d'avertissement, d'un avertissement irrégulier, d'un avertissement tardif ou encore d'une omission de la part du débiteur dans l'établissement de la liste des créances. En cas de défaut d'avertissement, aucun délai de forclusion ne devrait courir à l'encontre du créancier puisque le point de départ du délai de déclaration est reporté au jour de la réception de l'avertissement.

⁸⁶³ Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde, le délai était d'un an à compter du jugement d'ouverture.

Dans tous les cas, le créancier qui n'est pas averti d'avoir à déclarer peut mettre en jeu la responsabilité du mandataire judiciaire⁸⁶⁴.

651. En plus du délai « normal » de six mois, la loi de sauvegarde avait institué un délai annuel exceptionnel à l'égard des créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance, avant l'expiration du délai six mois du relevé de forclusion. Ces créanciers pouvaient introduire leur requête en relevé de forclusion, dans le délai d'un an à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC.

La réforme de 2014 a modifié ce délai. Désormais, le délai d'un an est ramené à six mois. Par ailleurs, il court non plus à compter de la publication du jugement d'ouverture, mais à compter de la connaissance par le créancier de l'existence de la créance. En effet, l'article L. 622-26, alinéa 3, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars, prévoit que le délai de relevé de forclusion court à compter de la date à laquelle il est établi que le créancier, qui justifie avoir été placé dans l'impossibilité de connaître l'obligation du débiteur avant l'expiration du délai de six mois précité, ne pouvait plus ignorer l'existence de sa créance.

S'il est vrai qu'un auteur se montre peu satisfait de la modification, car il estime qu'on ne peut faire courir un délai de forclusion à l'encontre d'un créancier placé dans l'impossibilité d'agir, d'une part, et qu'il aurait été préférable de décaler le point de départ du délai de déclaration de ces créanciers, au jour de la connaissance de leur créance, d'autre part⁸⁶⁵, il est tout aussi vrai que cette modification est un pas en avant dans la protection des créanciers.

652. Il convient aussi de noter que cette modification consacre une solution prétorienne. En effet, la Cour de cassation ayant eu à connaître d'une question prioritaire de constitutionnalité intéressant la question, avait considéré qu'un créancier placé dans l'impossibilité de connaître l'existence de sa créance au-delà d'un an de la publication du jugement d'ouverture au BODACC, pouvait introduire sa demande en relevé de forclusion nonobstant le dépassement de ce délai⁸⁶⁶. Elle avait ainsi fait application de la règle *contra non valentem* prévue par l'article 2234 du Code civil. Ainsi, bien que la réforme ait raccourci le délai de moitié, il est néanmoins devenu plus efficace. En effet, le créancier à l'encontre duquel le délai court ne devrait plus ignorer l'existence de la créance, et il a bien conscience qu'il faut la déclarer s'il veut la faire connaître à la procédure. Ce report du point de départ du délai peut ainsi permettre à un créancier de déclarer sa créance bien longtemps après la publication du jugement d'ouverture. On peut, en revanche, craindre que cette modification conduise à un ralentissement de la procédure de vérification et d'admission des créances.

⁸⁶⁴ Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-21.493, *Bull. civ. IV*, n° 109 ; *JCP E*, 2000. 1140, note P.-M. LE CORRE.

⁸⁶⁵ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 665.55.

⁸⁶⁶ Cass. com., 5 septembre 2013, n° 13-40.034, *Bull. civ. IV*, n° 127 ; *D.* 2013, AJ, p. 2100, obs. A. LIÉNARD ; *Rev. soc.* 2013, p. 726, note HENRY ; *RTD com.* 2013, p. 807, obs. A. MARTIN-SERF ; *BJE* novembre 2013 ; *LXB* hebdo, 17 octobre 2013, n° 355, note E. LE CORRE-BROLY.

653. Par ailleurs, la réforme vient répondre à une interrogation que la jurisprudence avait déjà cherché à résoudre. C'est la question relative au moment où le créancier, qui adresse une requête en relevé de forclusion, doit déclarer sa créance. Fallait-il attendre ou pas que le juge-commissaire statue sur le relevé de forclusion ?

Déjà, sous l'empire des législations antérieures à la loi de sauvegarde, la Cour de cassation avait jugé que « *si aucun texte n'oblige le créancier défaillant à déclarer sa créance avant la saisine du juge-commissaire de sa demande en relevé de forclusion, il est néanmoins tenu de déclarer dans le délai préfix d'un an à compter de la décision d'ouverture de la procédure, même si le juge-commissaire n'a pas statué sur la demande de relevé de forclusion à l'intérieur de ce délai* »⁸⁶⁷. Cette solution a ensuite été reproduite sous l'empire de la loi de sauvegarde⁸⁶⁸. Avant la réforme, le créancier qui avait demandé à être relevé de sa forclusion, n'avait donc aucun délai précis pour déclarer. La seule obligation lui incombant était celle de le faire à l'intérieur du délai préfix, peu important que le juge-commissaire ait ou non statué.

L'ordonnance du 12 mars 2014 vient répondre de manière précise à la question du moment de la déclaration. L'article L. 622-24, alinéa 1^{er}, précise que lorsque le créancier a été relevé de sa forclusion, les délais pour déclarer ne courent qu'à compter de la notification de cette décision. Le texte ajoute qu'ils sont alors réduits de moitié. Désormais, le créancier doit, pour déclarer sa créance, attendre que le juge-commissaire statue sur la demande en relevé de forclusion. La déclaration doit alors s'effectuer dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision du juge-commissaire. Le délai sera de deux mois pour les créanciers domiciliés hors de la France métropolitaine.

654. Le législateur ne donne cependant aucune précision quant aux bénéficiaires de sûretés publiées dont font éventuellement partie les titulaires de sûretés réelles exclusives. Nous pensons qu'ils ne dérogent pas à la règle. Comme les autres créanciers, ils doivent attendre la décision du juge-commissaire pour procéder à la déclaration de leur créance.

Le délai du relevé de forclusion, comme celui de la déclaration, est de nature préfixe. Il ne peut donc être interrompu ou suspendu.

655. Tout compte fait, le créancier qui est relevé de sa forclusion n'est pas dispensé de la déclaration. Il bénéficie d'un nouveau délai pour déclarer sa créance (un mois ou deux à compter de la notification de la décision du juge-commissaire). Si la déclaration est faite régulièrement dans les

⁸⁶⁷ Cass. com., 9 mai 2007, n° 05-21.357, *Bull. civ.* IV, n° 125; *D.* 2007, AJ, p. 1424, note A. LIÉNHARD; *JCP E*, 2007. 2119, n° 8, obs. Ph. PÉTEL; *RTD com.* 2008, p. 192, obs. A. MARTIN-SERF; *RJ com.* 2007, p. 367, note Ph. ROUSSEL GALLE.

⁸⁶⁸ Cass. com., 23 avril 2013, n° 11-25.963, *Bull. civ.* IV, n° 73; *Gaz. Pal.* 12 juillet 2013, n° 193, p. 22, note P.-M. LE CORRE; *RTD com.* 2013, p. 583, obs. A. MARTIN-SERF; *D.* 2013, AJ, p. 1129, obs. A. LIÉNHARD; *JCP E*, 2013. 1434, n° 4, obs. Ph. PÉTEL.

délais impartis, le créancier peut à nouveau participer aux répartitions et dividendes. Mais le texte précise qu'il ne participera qu'aux distributions postérieures à sa déclaration.

Logiquement, cette mesure ne concerne pas les créanciers munis de sûretés réelles exclusives qui auront, compte tenu de l'utilité de leur bien, exceptionnellement obtenu le paiement individuel de leur créance. En revanche, tel ne sera pas le cas si le bien objet de la garantie n'est pas utile à l'entreprise. Les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, sous réserve là encore de sollicitation d'un paiement en nature, devraient subir le même sort que les autres créanciers.

656. Toutefois, si un créancier est relevé de sa forclusion et qu'il ne déclare toujours pas sa créance, il ne peut plus être relevé de sa forclusion une seconde fois. Dans ce cas, sa créance est définitivement inopposable à la procédure, sous réserve de l'ouverture d'une nouvelle procédure suite à une résolution du plan.

Il a été jugé qu'un nouveau délai de forclusion court à compter de la seconde décision d'ouverture⁸⁶⁹. En cas de conversion d'une procédure, nous pensons que le créancier ne bénéficiera pas de nouveaux délais puisqu'il n'y a pas de nouveau jugement d'ouverture.

657. L'ordonnance qui relève le créancier de sa forclusion doit lui être notifiée. Elle doit également être notifiée au débiteur. Le législateur ne donne aucune précision sur les voies de recours ouvertes contre la décision statuant sur le relevé de forclusion. En l'absence de précision législative, la doctrine⁸⁷⁰ considère que l'ordonnance du juge-commissaire peut faire l'objet d'un recours dans les conditions du droit commun. Ainsi, l'ordonnance du juge-commissaire statuant sur le relevé de forclusion est susceptible d'un recours porté à l'origine devant le tribunal, et depuis la loi de 1994, devant la cour d'appel⁸⁷¹, dans le délai de dix jours à compter de la notification de la décision. En revanche, les tiers peuvent contester la décision par la tierce-opposition. Elle doit être formée dans un délai de dix jours à compter du prononcé de l'ordonnance⁸⁷², puisque celle-ci n'a pas à être notifiée au tiers, même s'il s'agit des cautions⁸⁷³. Un recours en cassation est ensuite possible contre la décision de la cour d'appel⁸⁷⁴.

658. En définitive, même lorsqu'un créancier est relevé de forclusion, le législateur le sanctionne tout de même puisqu'il ne pourra concourir que pour les distributions postérieures à sa demande. Mais cette sanction est sans commune mesure avec la sanction du créancier non déclarant

⁸⁶⁹ Cass. com., 1er juillet 1997, n° 94-21.894, *Bull. civ. IV*, n° 211; *RTD com.* 1998, p. 937, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸⁷⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1557 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 788 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 665.61.

⁸⁷¹ Cass. com., 23 avril 2013, n° 12-19.184, *Bull. civ. IV*, n° 74; *D.* 2013, p. 1128; *RTD com.*, 2013, p. 586, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸⁷² Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-11.508, *Bull. civ. IV*, n° 175; *D.* 2006, AJ, p. 2100, obs. A. LIÉNARD.

⁸⁷³ Cass. com., 26 mai 1999, n° 97-14.276, *Bull. civ. IV*, n° 111.

⁸⁷⁴ Cass. com., 26 octobre 1999, n° 97-13.238, *Bull. civ. IV*, n° 187 : sur la recevabilité du pourvoi du débiteur contre un arrêt rejetant un appel-nullité formé contre le jugement relevant le créancier de la forclusion.

qui n'a pas été relevé de forclusion. En effet, l'absence de déclaration est sanctionnée par l'inopposabilité de la créance non déclarée.

Quel est donc l'impact du défaut de déclaration sur les sûretés réelles exclusives ?

b- La sanction du défaut de déclaration

659. Aux termes des dispositions de l'article L. 622-26, une double sanction est prévue pour les créanciers non déclarant, d'une part, l'absence de participations aux distributions collectives (b-1), et, d'autre part, l'inopposabilité des créances non déclarées (b-2).

b-1) L'absence de participations aux répartitions et dividendes

660. La sanction de l'exclusion des répartitions et dividendes a été instituée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005⁸⁷⁵. Elle vient en remplacement de la très lourde sanction de l'extinction des créances non déclarées, créée par la loi du 25 janvier 1985. Aujourd'hui, la sanction de l'absence de participations aux répartitions et dividendes est posée par l'alinéa 1^{er}, de l'article L. 622-26. Il résulte des dispositions de ce texte que le créancier défaillant ne peut prétendre au règlement de sa créance dans le cadre de la procédure collective. En effet, le défaut de déclaration est sanctionné par une absence de participations aux différents modes de paiement résultant de la procédure collective. En sauvegarde et en redressement judiciaire, le créancier ne participe pas aux distributions ou versements des dividendes prévus par le plan et, en liquidation judiciaire, aux répartitions effectuées à la suite de la réalisation des actifs. Le créancier défaillant perd donc son droit de participer à la procédure puisque sa créance ne figure pas au passif de celle-ci. Le défaut de déclaration interdit également au créancier d'invoquer la compensation⁸⁷⁶.

661. Cependant, s'agissant des sûretés réelles exclusives, comme nous l'avons vu⁸⁷⁷, elles placent leurs titulaires dans une situation particulièrement avantageuse puisqu'elles leur confèrent, dans certaines situations, le droit de se faire payer indépendamment des répartitions et dividendes. Ainsi, lorsque les biens grevés se révèlent utiles la procédure, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives vont échapper à la sanction de la non-participation aux répartitions et dividendes. En revanche, lorsque les biens objets de la garantie ne sont pas utiles à l'entreprise, les créanciers seront logiquement soumis au régime général des créanciers non-méritants. En l'absence de déclaration des créances, ils ne pourront pas participer aux répartitions et dividendes. Cette hypothèse vient confirmer l'importance, pour ces créanciers, et notamment pour le créancier rétenteur, de déclarer leur créance.

⁸⁷⁵ F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures », *LPA*, 22 mars 2006, n° 58, p.7.

⁸⁷⁶ Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-16.155, Inédit ; *D.* 2011, p. 1215, obs. A. LIÉNHARD ; *Rev. soc.*, mars 2011, p. 194, note Ph. ROUSSEL-GALLE.

⁸⁷⁷ Chapitre préc.

662. Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article L. 622-26, tel que modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, précise que les créances non déclarées régulièrement dans les délais sont inopposables. Désormais, en plus de l'exclusion des répartitions et dividendes, les créanciers défaillants voient leur créance frappée d'inopposabilité.

b-2) L'inopposabilité des créances non déclarées

663. Il est admis que l'inopposabilité n'a pas vocation à faire disparaître l'acte juridique irrégulier. Le but est de neutraliser ses effets à l'égard des tiers. Dans le cadre du défaut de déclaration, la créance non déclarée reste valable entre les parties ; simplement, ses effets sont rendus inefficaces. Selon un auteur, dans ce cas précis, « l'inopposabilité ne tend pas seulement à protéger, mais à sanctionner la rupture d'égalité dans le cadre d'une organisation collective »⁸⁷⁸.

L'inopposabilité des créances non déclarées a pour conséquence de mettre les créanciers défaillants hors procédure. Les organes de la procédure collective sont ainsi fondés à ignorer l'existence des créances non déclarées, et cela, au moins pendant toute la durée de la l'exécution du plan. En effet, l'alinéa 2, de l'article L. 622-26, précise que « *Les créances non déclarées régulièrement dans les délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ». L'énoncé de cet article nous conduit à voir les effets de l'inopposabilité des créances non déclarées (b-2-a), avant de déterminer la portée de cette sanction (b-2-b).

b-2-a) Les effets de l'inopposabilité des créances non déclarées

664. Aux termes des dispositions de l'article L. 622-26, alinéa 2, il y a lieu de distinguer les effets de l'inopposabilité dans les rapports entre le créancier et le débiteur, d'une part (b-2-a-1), et dans les rapports entre le créancier et les tiers, d'autre part (b-2-a-2).

b-2-a-1) Les effets de l'inopposabilité dans les rapports entre le créancier et le débiteur

L'article L. 622-26, alinéa 2, prévoit que les créances non déclarées sont inopposables au débiteur. Sans perdre sa créance, le créancier qui n'a pas déclaré ne peut l'opposer au débiteur. Il faut ici distinguer plusieurs situations.

⁸⁷⁸ M.-A. RAKOTOVAHINY, « L'inopposabilité dans les procédures collectives », *LPA*, 05 juillet 2011, n° 132, p. 9.

*** La créance elle-même n'a pas été déclarée**

665. La créance non déclarée est inopposable, cela signifie qu'elle ne figure pas au passif de la procédure. Le créancier ne peut donc prétendre à aucun paiement dans le cadre de la procédure. En pratique, tout se passe comme si la créance n'existait pas. La doctrine a ainsi parlé de créancier invisible⁸⁷⁹, ou de créances endormies⁸⁸⁰. Le créancier défaillant perd tous les droits attachés à l'admission de sa créance.

Le défaut de déclaration de la créance a pour conséquence le défaut de déclaration de ses accessoires. Ainsi, l'inopposabilité de la créance non déclarée entraîne l'inopposabilité des sûretés dont la créance était assortie. En revanche, le créancier peut avoir déclaré sa créance, mais pas les accessoires.

***La créance a été déclarée mais pas ses accessoires**

666. Le créancier, qui n'a fait que déclarer sa créance en occultant la sûreté, ne peut être admis au passif qu'à titre chirographaire. Comme les créances, les sûretés non déclarées sont inopposables. Le défaut de déclaration fait perdre aux créanciers tous les avantages liés à leur sûreté. Ils ne peuvent en conséquence se prévaloir d'aucun des droits que leur conférait leur sûreté. Lorsque le créancier devait, du fait de sa sûreté, être admis au titre des créanciers privilégiés, le défaut de déclaration de la sûreté lui fait perdre ce droit. Il sera, en conséquence, considéré comme un simple créancier chirographaire, prenant rang après tous les créanciers privilégiés, dont les chances d'un désintéressement sont considérablement réduites.

L'inopposabilité des sûretés va en outre permettre de réaliser les actifs du débiteur qui en sont grevés sans qu'il n'en soit tenu compte. Ainsi, le créancier défaillant ne saurait exercer aucun droit de préférence sur le prix de réalisation du bien grevé. De même, si le bien est inclus dans un plan de cession, aucune quote-part du prix ne lui sera affectée⁸⁸¹.

667. Quoi qu'il en soit, le créancier ne pourra à nouveau se prévaloir des sûretés garantissant sa créance qu'à la clôture de la procédure ou après la résolution d'un plan pour défaut d'exécution. Mais qu'en est-il des sûretés réelles exclusives ?

Le défaut de déclaration entraîne-t-il leur inopposabilité ?

- Le droit de rétention et l'inopposabilité

Il faut distinguer selon que la créance a été déclarée ou non.

⁸⁷⁹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1563.

⁸⁸⁰ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 506.

⁸⁸¹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1563.

668. L'hypothèse d'une créance non déclarée.

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la solution était simple. La créance non déclarée était éteinte et, par voie de conséquence, tout ce qui s'y rapportait était également éteint. Le droit de rétention garantissant le paiement de la créance non déclarée était donc éteint. Désormais, la solution est plus complexe. La créance non déclarée n'est plus éteinte, mais inopposable. Que faut-il alors décider quant au droit de rétention assortissant la créance ?

669. Il existe des controverses doctrinales sur la question.

Certains auteurs⁸⁸² considèrent que l'inopposabilité de la créance empêche le rétenteur d'exercer légitimement son droit de rétention. La créance étant inopposable, l'exercice du droit de rétention devient illégitime. Le créancier rétenteur défaillant doit donc se dessaisir du bien retenu. D'autres, en revanche, considèrent que même si la créance est inopposable, cela n'empêche pas le rétenteur d'exercer son droit de rétention. Pour les défenseurs de cette thèse⁸⁸³, seule l'existence de la créance importe. Dès que la créance existe encore, le rétenteur devrait pouvoir continuer d'exercer son droit de rétention. Cette dernière position ne nous convainc pas tout à fait, nous sommes plutôt favorables à la première thèse. En effet, l'inopposabilité de la créance fait perdre au créancier défaillant son statut de créancier, du moins, pendant la durée de la procédure et celle de l'exécution du plan. Et comme l'a à juste titre affirmé un auteur⁸⁸⁴, pour être rétenteur, il faut d'abord être créancier. Or, ce n'est plus tout à fait le cas du créancier défaillant, puisque le défaut de déclaration ou la déclaration irrégulière lui interdit de se prévaloir de sa créance dans la procédure collective, du moins pendant l'exécution du plan. En conséquence, le défaut de déclaration de la créance pourrait bien justifier le dessaisissement du créancier.

670. Qu'en est-il lorsque la créance a été déclarée, mais que le droit de rétention n'a pas été mentionné dans la déclaration ?

Il y a lieu de distinguer selon que le droit de rétention est envisagé comme une garantie autonome ou comme découlant d'une sûreté.

Envisagé comme une garantie autonome, le droit de rétention n'est pas une sûreté. C'est un droit réel opposable à tous. Il n'est donc pas soumis à la déclaration. Ainsi, comme l'a récemment confirmé la Cour de cassation⁸⁸⁵, le créancier qui déclare sa créance n'est pas tenu de préciser qu'il est titulaire d'un droit de rétention. Même sans être mentionné dans la déclaration, le droit de

⁸⁸² *Ibid* ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 665.76 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 2494 ; F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures », *art. préc.*, p. 8 ; F. MACORIG-VENIER et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. drt. banc. et fin.*, janvier 2006, n° 1, p. 60 et s., sp.p. 65.

⁸⁸³ A. AYNÈS, *Le droit de rétention : Unité ou pluralité*, op. cit., n° 378 ; P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, pp. 1306 et s. sp. p. 1307 ; V. aussi, E. LE CORRE-BROLY, note sous Cass. com. 3 novembre 2010, n° 09-70.312, *Bull. civ. IV.* n° 165 ; *Gaz. Pal.*, 08 janvier 2011, n° 8, pp. 18 à 20.

⁸⁸⁴ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 665.76.

⁸⁸⁵ Cass. Com., 16 juin 2015, n° 13-27.736, arrêt préc.

rétenion reste opposable, à condition que la créance ait été déclarée. Le créancier peut alors se prévaloir de la technique du retrait contre paiement pour refuser le dessaisissement du bien retenu. En revanche, lorsqu'il résulte d'une sûreté, notamment le gage, l'absence de mention de la sûreté dans la déclaration devrait rendre inopposable le droit de rétenion. Le créancier ne pouvant se prévaloir de sa sûreté, il nous semble logique qu'il ne puisse pas non plus se prévaloir du droit de rétenion qui résulte de cette sûreté. Dans cette situation, l'inopposabilité de la sûreté principale entraîne par voie de conséquence celle du droit de rétenion⁸⁸⁶. Le créancier devra donc être considéré comme un simple créancier chirographaire.

Ces solutions sont-elles valables pour la fiducie-sûreté ?

- La fiducie-sûreté et l'inopposabilité

671. La fiducie-sûreté est une sûreté réelle fondée sur le droit de propriété. Mais, contrairement à la clause de réserve de propriété⁸⁸⁷, elle ne bénéficie pas expressément d'un régime dérogatoire face à l'obligation de déclaration. Cependant, un auteur⁸⁸⁸ considère qu'il y a lieu d'aligner le régime de la fiducie-sûreté sur celui de la clause de réserve de propriété.

Le législateur et la jurisprudence ne s'étant pas prononcés sur la question et contrairement à certains auteurs⁸⁸⁹, on pourrait considérer que lorsque la créance elle-même n'a pas été déclarée, on devrait pouvoir aligner le régime de la fiducie-sûreté sur celui de la créance non déclarée. La sûreté n'étant que l'accessoire de la créance, l'inopposabilité de celle-ci devrait entraîner l'inopposabilité de la sûreté dont elle est assortie.

672. S'agissant de la mention de la fiducie-sûreté dans la déclaration, l'interprétation stricte des articles L. 622-25 et R. 622-23 pourrait amener à soutenir que la fiducie-sûreté doit être mentionnée dans la déclaration. À défaut de mention et par analogie aux sûretés préférentielles, elle devrait être frappée par l'inopposabilité. En conséquence, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté serait considéré comme un simple créancier chirographaire.

673. Cependant, l'inopposabilité de la fiducie-sûreté, en raison du défaut de déclaration et surtout du défaut de mention de la sûreté dans la déclaration, est difficilement envisageable. La fiducie-sûreté reposant sur le transfert des actifs fiduciaires dans un autre patrimoine, l'inopposabilité devrait-elle alors entraîner le retour des actifs dans le patrimoine du débiteur ? Rien n'est moins sur. En effet, comme nous l'avons vu, lorsque la fiducie porte sur des meubles, elle doit, si elle a été constituée avec une convention de mise à disposition, faire l'objet d'une

⁸⁸⁶ V. arrêt préc. sur le privilège du commissaire de transport ; Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233 ; *Bull. civ.* IV, n° 125 ; *D.* 2000, somm. p. 388, obs. S. PIÉDELIÈVRE.

⁸⁸⁷ V. la deuxième section.

⁸⁸⁸ N. BORGA, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. drt. banc et fin.*, mai-juin 2009, n° 20, p. 9.

⁸⁸⁹ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007, p. 1359 et s., sp. p. 1361 ; M. GRIMALDI et P. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnance », *D.* 2009, p. 670, n° 17.

revendication. Or, cette revendication suffit à rendre opposable le transfert de propriété. S'agissant d'une fiducie immobilière, la publicité obligatoire la dispense de revendication et devrait donc pouvoir garantir son opposabilité. Enfin, pour les fiducies avec dépossession du débiteur, l'inopposabilité est encore plus improbable car les biens se trouvent non seulement dans le patrimoine du fiduciaire mais aussi entre les mains de ce dernier. La réalisation d'une telle fiducie intervient donc, à défaut de paiement, en dehors de la procédure collective. Aussi, un auteur⁸⁹⁰ émet des réserves sur l'application de l'inopposabilité à la fiducie-sûreté.

674. En tout état de cause, les effets de l'inopposabilité des sûretés réelles exclusives du fait du défaut de déclaration laissent substituer des interrogations. S'agissant du créancier rétenteur, devrait-il, compte tenu de l'inopposabilité de sa créance, se dessaisir du bien grevé ? Quant à la fiducie-sûreté, son inopposabilité devrait-elle justifier le retour des actifs fiduciaire dans le patrimoine du débiteur constituant ?

Autant d'interrogations qui se posent en l'absence de précision législative ou de solution jurisprudentielle. En l'état actuel du droit, le titulaire d'un droit de rétention ou le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté qui ne déclare pas sa créance, s'expose à l'inopposabilité de sa sûreté.

Pour être à l'abri d'une éventuelle inopposabilité, la prudence commande à tout créancier de déclarer au moins sa créance, et ce, d'autant plus que l'inopposabilité peut avoir une durée plus ou moins longue.

- La durée de l'inopposabilité

675. L'article L. 622-26, alinéa 2, affirme par ailleurs que les créances non déclarées sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements ont été tenus. Il résulte de ces dispositions que la durée de l'inopposabilité à l'égard du débiteur varie en fonction de l'exécution du plan.

D'une part, l'inopposabilité est temporaire en cas d'adoption d'un plan. Lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement (art. L. 631-14, alinéa 1^{er}) a été adopté, la créance non déclarée est inopposable au débiteur pendant toute la durée de la procédure collective et celle de l'exécution du plan. Le créancier ne peut donc se prévaloir de sa créance à l'encontre du débiteur tant que l'exécution du plan n'est pas achevée. Ainsi, le créancier dont la créance est frappée d'inopposabilité ne peut espérer un quelconque paiement jusqu'à la fin de l'exécution du plan.

Et, d'autre part, l'inopposabilité est définitive lorsque le plan de sauvegarde ou de redressement⁸⁹¹ est correctement exécuté. L'article L. 622-26 précise que l'inopposabilité se poursuit après l'exécution du plan, lorsque le débiteur a tenu ses engagements. Cela suppose que le débiteur qui

⁸⁹⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1566.

⁸⁹¹ Cf. Art. L. 631-14, al. 1^{er} du Code de commerce rendant applicable en redressement judiciaire l'article L. 622-26 du même Code.

exécute correctement ses engagements est définitivement libéré des créances non déclarées. Ainsi, même lorsqu'il est redevenu in bonis, le débiteur échappe aux poursuites des créanciers lorsqu'il a parfaitement rempli ses obligations.

676. L'inopposabilité des créances serait donc une sanction au service de la sauvegarde et du redressement de l'entreprise⁸⁹². En effet, le législateur évite, de cette manière, que de nouvelles poursuites à l'encontre du débiteur ne viennent à nouveau le déstabiliser, après la clôture de la procédure. Il y voit ainsi un moyen destiné à « *favoriser la pérennité de la réorganisation du débiteur une fois le plan exécuté* »⁸⁹³. Ces analyses ne sont ainsi valables que lorsque le débiteur ne fait pas l'objet d'une liquidation judiciaire.

677. Un auteur a d'ailleurs qualifié l'inopposabilité définitive de « prime à la réussite »⁸⁹⁴, tandis que d'autres y voient une anomalie dans la mesure où « les inopposabilités n'ont pas vocation à être perpétuelles »⁸⁹⁵. Par ailleurs, l'inopposabilité définitive des créances se rapproche de la sanction de l'extinction des créances⁸⁹⁶. En effet, dès lors que le débiteur exécute correctement ses obligations, les créanciers défaillants ne pourront jamais obtenir le paiement de leur créance. Dans ce sens, le professeur PÉTEL a considéré que « l'exécution du plan libère le débiteur du passif non déclaré... nouveauté qui rend très attractif le succès du plan et constitue un retour en arrière spectaculaire »⁸⁹⁷. Cette sanction peut donc s'avérer très lourde de conséquences pour les créanciers et même pour ceux qui seraient munis de sûretés réelles exclusives.

678. Qu'en est-il en cas de défaut d'exécution du plan ?

Le législateur ne précise pas le sort des créances non déclarées lorsque le plan n'aura pas été correctement exécuté. On peut alors considérer que l'inopposabilité prend fin en cas de résolution du plan, peu important que la résolution du plan donne lieu à l'ouverture d'une nouvelle procédure. Ainsi, lorsque le plan a été résolu sans cessation des paiements et sans ouverture d'une nouvelle procédure, le créancier peut, sous réserve de la prescription, reprendre ses poursuites contre le débiteur. En revanche, lorsque la résolution du plan a donné lieu à l'ouverture d'une seconde procédure, le créancier défaillant de la première procédure a une seconde chance, il peut, sous

⁸⁹² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1560.

⁸⁹³ Rapport au président sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 (II, 3, sur l'art. 34 de l'ordonnance).

⁸⁹⁴ L.-C HENRY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives », *Gaz. Pal.* du 8 au 10 mars 2009, n° 17, p. 32.

⁸⁹⁵ F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures », art. préc., p.8

⁸⁹⁶ L.-C HENRY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives », art. préc., p. 32.

⁸⁹⁷ Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », art. préc., n° 32.

réserve là encore de la prescription, déclarer dans le cadre de la seconde procédure⁸⁹⁸. Mais l'article L. 622-26, alinéa 2, ne s'applique que lorsqu'un plan a été adopté.

679. Qu'en est-il en cas de liquidation judiciaire ?

Le législateur est resté muet sur la question⁸⁹⁹. Mais heureusement, la jurisprudence y a répondu. En effet, dans un arrêt du 3 novembre 2010⁹⁰⁰, la Cour de cassation a jugé que la créance non déclarée est inopposable à la liquidation judiciaire. Le créancier défaillant voit donc sa créance neutralisée pendant toute la durée de la liquidation judiciaire. Il ne peut plus exercer les droits qui y sont attachés. Aussi, lorsque la créance non déclarée était assortie de sûretés, celles-ci deviennent inopposables. Il en sera de même lorsque la créance a été déclarée mais pas la sûreté assortissant cette créance.

S'agissant du gagiste-rétenteur, il ne pourrait par exemple plus solliciter l'attribution judiciaire⁹⁰¹. À la différence du débiteur qui exécute correctement le plan de sauvegarde ou de redressement, le débiteur placé en liquidation judiciaire ne bénéficie que d'une inopposabilité temporaire. L'inopposabilité cesse à la clôture de la liquidation judiciaire. En conséquence, le créancier défaillant retrouve son droit d'agir contre le débiteur, sous réserve là encore de la prescription⁹⁰².

680. Cependant, il y a lieu de faire une distinction selon que la clôture de la liquidation intervient à la suite d'une extinction du passif ou d'une insuffisance d'actif.

L'article L. 643-11 du Code de commerce indique que le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur. Au contraire, cette précision n'est pas donnée s'agissant de la clôture de la liquidation pour extinction du passif. En conséquence, l'inopposabilité de la créance non déclarée ne durant que le temps de la procédure, en cas de clôture pour extinction du passif, le créancier défaillant devrait retrouver son droit d'agir⁹⁰³. Il peut alors poursuivre le débiteur en paiement de sa créance. Le créancier peut donc à nouveau se prévaloir de sa sûreté. En revanche, la situation est plus délicate en cas de clôture pour insuffisance d'actif. Au regard des dispositions de l'article précité, l'extinction de la procédure pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers leurs droits d'agir, sauf dans les cas limitativement énoncés par le législateur.

⁸⁹⁸ L.-C HENRY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives », art. préc., p. 32 ; v. aussi M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 506.

⁸⁹⁹ V. les propositions de P. CROCCO, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », art. préc., n° 15.

⁹⁰⁰ Cass. com., 3 novembre 2010, n°09-70.312, *Bull. civ. IV*, n° 165 ; *D.* 2010, p. 2645, obs. A. LIÉNARD ; *JCP E*, 2011. 1030, n° 10, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. soc.* 2011, p. 194, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *BJE*, juillet 2011p. 186, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁹⁰¹ F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures », art. préc., p. 8.

⁹⁰² V. P.-M. LE CORRE, « La créance non déclarée et la clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif exigible » *JCP E*, 2011. 1318.

⁹⁰³ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1569 ; F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures », art. préc., p. 7

681. Se pose alors la question de savoir si le créancier qui n'a pas déclaré sa créance peut poursuivre le débiteur après le jugement de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif.

Une partie de la doctrine⁹⁰⁴ donne au créancier non déclarant la possibilité de poursuivre le débiteur en paiement, uniquement lorsqu'il se trouve dans l'un des cas exceptionnels de reprise des poursuites prévus par l'article L. 643-11, et sous réserve de la prescription. Un auteur⁹⁰⁵ considère même plus largement que le créancier défaillant doit pouvoir reprendre ses poursuites à l'encontre du débiteur, même s'il ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels de reprise des poursuites, dans la mesure où le créancier n'est jamais rentré dans la procédure collective. D'autres⁹⁰⁶, en revanche, refusent au créancier défaillant la possibilité de poursuivre le débiteur, quand bien même il serait dans l'un des cas exceptionnels de reprises de poursuites

De ces trois analyses, c'est la dernière qui nous convainc le plus. Il nous est en effet difficile de comprendre comment on peut autoriser le créancier à poursuivre le paiement de sa créance auprès d'un débiteur qui n'a pas pu apurer tout son passif. Le débiteur n'étant a priori pas redevenu solvable, comment pourra-t-il donc payer le créancier poursuivant. Face à cette diversité d'analyses une réponse jurisprudentielle serait la bienvenue.

Nous venons ainsi d'étudier les effets de l'inopposabilité dans les rapports entre le créancier défaillant et le débiteur, analysons à présent les effets de l'inopposabilité dans les rapports entre le créancier et les tiers.

b-2-a-2) Les effets de l'inopposabilité dans les rapports entre le créancier et les tiers

682. Les effets de l'inopposabilité peuvent concerner plusieurs catégories de tiers. Ainsi, nous verrons d'abord les effets de l'inopposabilité à l'égard des garants, puis à l'égard du repreneur. Cette question n'étant pas spécifique aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives, nous n'entrerons pas dans les détails.

*** Les effets à l'égard des garants**

683. L'article L. 622-26, alinéa 2, dispose que les créances non déclarées régulièrement dans les délais sont, pendant l'exécution du plan, inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Comme à l'égard du débiteur, les créances non déclarées sont inopposables à l'ensemble des garants personnes physiques. Le créancier non déclarant ne peut donc les solliciter pour obtenir un paiement. Cet

⁹⁰⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1569 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 665.76 ; J. Ch. BOULAY, « Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. Proc. Coll.*, février 2006, n° 2 pp. 135 et s. sp. p. 140 ; D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Défrénois, Lextenso, 2009, n° 557.

⁹⁰⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, *op. cit.*, n° 781.

⁹⁰⁶ F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures », art. préc., p. 8 ; M.-A. RAKOTOVAHINY, « L'inopposabilité dans les procédures collectives », *LPA*, 05 juillet 2011, n° 132, p. 10.

article constitue un prolongement de l'article L. 626-11, alinéa 2, qui autorise les garants à se prévaloir des dispositions du plan.

684. Cependant, les effets de l'inopposabilité sont ici limités à trois niveaux.

D'une part, elle ne bénéficie qu'aux garants personnes physiques. Cela signifie que le créancier non déclarant peut toujours poursuivre les garants personnes morales. Ces poursuites interviendront dans les conditions du droit commun, à condition que la créance soit exigible. En revanche, elle bénéficie à tous les garants personnes physiques, peu importe la nature personnelle ou réelle de leur garantie. D'autre part, l'inopposabilité est limitée à la durée de l'exécution du plan. Ainsi, à la différence du débiteur, les garants n'échappent pas aux poursuites des créanciers, même lorsque le plan a été correctement exécuté. Une fois l'exécution du plan achevée, les créanciers peuvent reprendre leur poursuite, à condition que la créance ne soit pas prescrite. Cependant, la bonne exécution du plan peut laisser penser que le créancier n'aura plus à poursuivre les garants. Enfin, l'inopposabilité ne s'applique qu'au cours de l'exécution du plan de sauvegarde. Les créanciers peuvent ainsi poursuivre les garants pendant l'exécution du plan de redressement. En effet, l'article L. 631-14, alinéa 6, prévoit que « *Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 et ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28* ». Les créanciers défaillants peuvent également poursuivre les garants personnes physiques pendant la liquidation judiciaire.

Les effets de l'inopposabilité des créances à l'égard des garants suscitent d'autres interrogations qui ne méritent pas que l'on s'y attarde dans la présente étude, car non spécifiques aux sûretés réelles exclusives.

***Les effets à l'égard du repreneur en cas de cession**

685. Lorsqu'un bien est inclus dans un plan de cession, l'article L. 642-12, alinéa 4, du Code de commerce prévoit un transfert au repreneur de la charge des sûretés mobilières et immobilières garantissant le crédit octroyé au débiteur pour le financement dudit bien. Le cessionnaire doit alors s'acquitter entre les mains du créancier des échéances restant dues. Se pose ainsi la question de savoir si le créancier forclos peut se prévaloir des dispositions de cet article.

686. Sur cette question, la doctrine est encore divisée. Alors que certains considèrent que l'inopposabilité dont bénéficie le débiteur devrait bénéficier au cessionnaire⁹⁰⁷, d'autres, en revanche, s'opposent à cette idée⁹⁰⁸. À notre avis, le repreneur devrait pouvoir bénéficier de

⁹⁰⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1577 ; L.-C HENRY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives », *art. préc.*, p. 32.

⁹⁰⁸ Ph. ROUSSEL GALLE, « La déclaration des créances et les sûretés réelles », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, p. 37 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 665.77. L'auteur affirme que

l'inopposabilité. En effet, dans son principe, l'inopposabilité a pour effet de protéger les tiers. Le repreneur en tant que tiers devrait pouvoir se prévaloir de l'inopposabilité. Par ailleurs, cette solution a le mérite de rendre la cession plus attractive, ce qui peut augmenter les chances de redressement des entreprises. Or, dans un contexte où le droit des entreprises en difficulté a pour finalité première la sauvegarde et le redressement des entreprises, cette solution peut être intéressante.

687. Somme toute, l'inopposabilité de la créance non déclarée peut avoir des effets redoutables puisqu'elle bénéficie, dans certains cas, non seulement au débiteur mais également aux tiers. Le créancier défaillant se trouve ainsi dans une situation inconfortable, peu important qu'il soit ou non muni d'une sûreté réelle exclusive.

Après avoir vu les effets de l'inopposabilité, évoquons à présent sa portée.

b-2-b) La portée de l'inopposabilité des créances non déclarées

688. L'alinéa 2 de l'article L. 622-26, prévoit que les créances non déclarées sont inopposables au débiteur. Cette innovation est différente des propositions qui avaient été émises par la doctrine. En effet, après que la loi de sauvegarde ait supprimé la sanction de l'extinction des créances non déclarées, en la remplaçant par une exclusion du créancier à la participation des répartitions et dividendes, les auteurs ont cherché à qualifier la nature de cette nouvelle sanction. C'est ainsi qu'une bonne partie de la doctrine⁹⁰⁹ avait considéré que les créances non déclarées sont inopposables à la procédure collective. Le professeur LE CORRE, inspirateur de ce point de vue, voyait d'ailleurs dans la procédure collective, une résurrection de la masse des créanciers⁹¹⁰.

689. Le législateur de 2008 reprend certes la nature de l'inopposabilité de la créance non déclarée, mais à l'égard du débiteur⁹¹¹ et non pas de la procédure collective, comme l'avait pensé la doctrine. Cette innovation a suscité beaucoup de discussions en doctrine⁹¹².

Le professeur PÉROCHON⁹¹³ a par exemple soutenu que l'inopposabilité à l'égard du débiteur et non de la procédure collective a été instituée pour tenir compte de la nouvelle durée de la procédure de sauvegarde ou de redressement. En effet, l'auteur précise que « comme il fallait de toute

l'inopposabilité du droit de créance ne concerne que la procédure, c'est-à-dire les créanciers et leur représentant, non les tiers, dont le repreneur.

⁹⁰⁹ J. VALLANSAN, « Quelques observations sur les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire », *Rev. Proc. Coll.*, avril 2008, n° 2, étude 14, p.15 ; F. MACORIG- VENIER et C. SAINT- ALARY- HOUIN, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, janvier 2009, n° 1, dossier 9, p. 65.

⁹¹⁰ P.-M. LE CORRE, « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 10 juin 2004, n° 116, p. 25.

⁹¹¹ Art. L. 622-26 du Code de commerce.

⁹¹² V. Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », art préc., n° 32. L'auteur considère que l'inopposabilité à l'égard du débiteur est dépourvu de sens car « la notion d'inopposabilité concerne les rapports d'une partie à un rapport de droit avec un tiers à ce rapport » ; M.-A. RAKOTOVAHINY, « L'inopposabilité dans les procédures collectives », art. préc., p. 6.

⁹¹³ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1559.

évidence protéger au moins l'exécution du plan, il fallait trouver une formule permettant de prolonger la paralysie de la créance non déclarée jusqu'au terme du plan, d'où l'expression, inopposabilité au débiteur ».

Nous pensons que l'expression « inopposabilité à l'égard du débiteur » n'est qu'une maladresse du législateur. L'inopposabilité à l'égard du débiteur révèle en réalité une inopposabilité à l'égard de la procédure collective, c'est-à-dire une inopposabilité à l'égard de tous ceux qui sont impliqués dans la vie de l'entreprise. En effet, contrairement à la sanction classique de l'inopposabilité dont le but est de protéger les tiers, dans le cadre du droit des procédures collectives en général et du défaut de déclaration de créances en particulier, le but de l'inopposabilité est surtout de favoriser le sauvetage de l'entreprise (dans les procédures de sauvegarde et de redressement). Le défaut de déclaration doit avoir pour effet de priver le créancier non déclarant du bénéfice de sa créance, aussi bien à l'égard des organes de la procédure (les représentants des créanciers, l'administrateur, le juge-commissaire), que des autres créanciers et même des tiers, sous réserve des garants, compte tenu de leur statut particulier. Aussi, l'inopposabilité à l'égard du débiteur doit s'entendre au sens large, elle ne devrait donc pas bénéficier qu'aux seuls débiteurs⁹¹⁴.

690. Cependant, que l'inopposabilité profite uniquement au débiteur ou à toute la procédure collective, elle apparaît comme une sanction beaucoup plus souple que la défunte extinction des créances.

Instituée par la loi du 25 janvier 1985⁹¹⁵, puis supprimée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005⁹¹⁶, l'extinction des créances était caractérisée par son extrême sévérité pour laquelle elle a d'ailleurs souvent été critiquée⁹¹⁷.

À la différence de l'extinction des créances, l'inopposabilité leur laisse, dans certaines hypothèses, une chance de pouvoir être payées. Cette situation profite à tous les créanciers, y compris ceux titulaires de sûretés réelles exclusives et tenus à la déclaration des créances. En effet, si l'on envisage l'hypothèse de l'inopposabilité des sûretés réelles exclusives pour défaut de déclaration, le créancier a toujours la possibilité de retrouver sa sûreté. C'est notamment le cas à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, ou encore à la clôture de la procédure de liquidation judiciaire. Il ne fait donc aucun doute que la situation des créanciers non déclarant en droit français est meilleure aujourd'hui que sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985.

⁹¹⁴ Le débiteur principal ou les garants.

⁹¹⁵ Anc. art. L. 621-46, al. 4 du Code de commerce : « Les créances qui n'ont été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes ».

⁹¹⁶ L'extinction des créances a été supprimée en droit français pour mettre le droit en conformité avec l'article 5 du règlement européen.

⁹¹⁷ Le professeur PÉROCHON parle par exemple de "peine de mort" du créancier (F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1558) ; V. aussi, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 779.

Qu'en est-il en droit OHADA dont on sait que l'AUPC reprend en grande partie les dispositions des anciennes lois françaises ?

2- Le défaut de production des sûretés réelles exclusives en droit OHADA

691. L'alinéa 1^{er} de l'article 83 de l'AUPC précise que « *Les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais et aux conditions prévus aux articles 78 à 80 ci-dessus et qui n'ont pas été relevés de forclusion ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. Leurs créances sont inopposables à la masse et au débiteur pendant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens y compris durant la période d'exécution du concordat de redressement judiciaire* ». À l'instar du droit français, il faut distinguer deux hypothèses. D'abord lorsque le créancier défaillant a été relevé de sa forclusion (a), ensuite lorsqu'il n'a pu l'être ; sa créance est alors frappée d'inopposabilité (b).

a- La possibilité d'un relevé de forclusion pour les créanciers défaillants

692. Naturellement, la question qui se pose est celle de la possibilité d'un relevé de forclusion des créanciers munis de sûretés réelles exclusives. Cette situation nous amène à analyser les conditions du relevé de forclusion (a-1) avant d'en préciser les effets (a-2).

a- 1) Les conditions du relevé de forclusion

693. Il nous faut analyser les conditions du relevé de forclusion eu égard aux créanciers munis de sûretés réelles exclusives. Nous verrons ainsi les cas de relevé de forclusion (a-1-a), puis les délais et forme de la demande en relevé de forclusion (a-1-b).

a-1-a) Cas de relevé de forclusion

694. L'alinéa 2 de l'article 83 de l'AUPC énonce que « *Les créanciers défaillants ne peuvent être relevés de leur forclusion que par décision motivée du juge-commissaire, tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 ci-dessous et uniquement s'ils démontrent que leur défaillance n'est pas de leur fait* ». Il en ressort que les créanciers ne peuvent être relevés de leur forclusion que dans un seul cas de figure ; lorsque le défaut de production n'est pas dû à leur fait. Le défaut de production doit résulter des circonstances extérieures à la volonté du créancier. En l'absence de décision jurisprudentielle de la CCJA, nous pensons que les solutions avancées en droit français devraient pouvoir s'appliquer en droit OHADA, puisqu'il s'agit de la même hypothèse. Toutefois, à la différence du législateur français, le législateur communautaire africain ne fait pas de l'omission du débiteur un motif de relevé de forclusion.

695. S'agissant des créanciers qui reçoivent l'avertissement d'avoir à produire et dont feraient partie certains créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives, ils doivent, pour être relevés de leur

forclusion, établir un défaut d'avertissement de la part du syndic. Dans cette situation, la forclusion leur est inopposable⁹¹⁸. Ils pourront alors produire leurs créances même après les délais prévus à l'article 79 de l'AUPC. En revanche, si les créanciers munis de sûretés réelles exclusives et bénéficiaires de l'avertissement, ne peuvent prouver le défaut d'avertissement, il leur sera difficile d'obtenir un relevé de forclusion sur le motif que la défaillance n'est pas due à leur fait.

Là encore, il n'existe en la matière aucune jurisprudence africaine. Si un jour la CCJA devait se prononcer sur la question, elle pourrait s'inspirer des solutions rendues par la Cour de cassation.

Après l'examen du cas de relevé de forclusion, analysons les délais et la forme de la demande.

a-1-b) Délais et la forme de la demande en relevé de forclusion

696. Sur la question du délai, le législateur communautaire africain brille une fois de plus par son ambiguïté. En effet, il résulte des dispositions de l'article 83 de l'AUPC ci-dessus cité que les créanciers défailants ne peuvent être relevés de leur forclusion par décision motivée du Juge-commissaire que tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 du même Acte uniforme. Ce texte n'est pas de toute clarté. En effet, il ne précise ni la durée exacte, ni le point de départ du délai pour adresser une demande en relevé de forclusion. La seule chose acquise est que les créanciers défailants peuvent demander à être relevés de leur forclusion jusqu'à ce que l'état de créances ait été arrêté et déposé.

697. S'agissant de la forme de la demande, l'alinéa 3 de l'article 83 indique que la demande en relevé de forclusion doit être formée par voie de requête adressée au juge-commissaire. Ce dernier est tenu de motiver sa décision. Le relevé de forclusion doit donc être justifié. Le juge-commissaire doit éventuellement vérifier puis confirmer que le défaut de production ne résulte pas d'une défaillance du créancier forclos.

Dans tous les cas, l'acceptation d'une demande en relevé de forclusion par le juge-commissaire produit nécessairement des effets à l'égard du créancier.

a- 2) Les effets du relevé de forclusion

698. Le créancier relevé de forclusion échappe aux effets de cette dernière. Il peut à nouveau espérer un paiement dans le cadre de la procédure, sous la seule réserve qu'il ne peut concourir que pour les répartitions ultérieures à son relevé de forclusion. En effet, l'alinéa 5 de l'article 83 précise que « *Les créanciers défailants relevés de la forclusion ne peuvent concourir que pour les*

⁹¹⁸ F.-M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 217; F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 307; J.-R. GOMEZ, OHADA, *Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, op. cit., n° 155.

répartitions et les dividendes postérieurs à la décision du relevé de forclusion ». Le relevé de forclusion produit donc des effets limités à l'égard des créanciers. Le législateur communautaire africain, qui adopte ici la même position que le droit français, choisit de limiter substantiellement les droits des créanciers relevés. Le risque de cette mesure est qu'une partie de l'actif ait déjà fait l'objet de répartition avant le prononcé du relevé de forclusion.

En tout état de cause, la décision du juge-commissaire de relever le créancier de sa forclusion est portée sur l'état des créances par le greffier. En outre, les frais de l'instance en relevé de forclusion sont supportés intégralement par le créancier⁹¹⁹.

699. En définitive, s'agissant des conditions du relevé de forclusion, il n'existe pas de règles spécifiques pour les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, et il n'est donc pas dérogé aux règles générales qui régissent la matière. Il en est de même en l'absence de relevé de forclusion, lorsque la sanction du défaut de production est prononcée.

b- La sanction du défaut de production

700. L'alinéa 1^{er} de l'article 83 de l'AUPC dispose que « *Les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais et aux conditions prévus aux articles 78 à 80 ci-dessus et qui n'ont pas été relevés de forclusion ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. Leurs créances sont inopposables à la masse et au débiteur pendant la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens, y compris durant la période d'exécution du concordat* ».

Ce texte a été modifié lors de la réforme de septembre 2015. Sous l'empire de l'ancien AUPC, l'alinéa 2 de l'article 83 prévoyait qu'« *En cas de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances, sauf clause de retour à meilleure fortune et sous réserve des remises concordataires* ». Ce texte, en prévoyant l'extinction des créances non déclarées, avait repris une mesure de la loi française du 25 janvier 1985. L'extinction des créances non déclarées était une sanction aux conséquences lourdes pour les créanciers défailants. Elle entraînait la disparition des créances. En conséquence, les créanciers ne pouvaient plus espérer un paiement dans le cadre de la procédure et même à la clôture de celle-ci. Pour un auteur, cette sanction était justifiée par la nécessité d'éviter que le succès du concordat soit compromis par la réclamation des créances non produites, et donc inconnues lors de l'élaboration du concordat⁹²⁰.

En vertu de la règle « l'accessoire suit le principal », l'extinction des créances impliquait, par principe, l'extinction de tout ce qui s'y rapporte. Ainsi, les sûretés assortissant éventuellement la créance étaient elles aussi éteintes. À notre avis, il devait également en être de même pour les sûretés réelles exclusives, puisqu'elles ne bénéficiaient pas d'un régime dérogatoire. Le créancier

⁹¹⁹ Art. 83, al. 4, de l'AUPC.

⁹²⁰ F.-M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 216.

rétenteur ou le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire qui n'avait pas produit sa créance dans les délais et qui n'avait pu être relevé de sa forclusion, aurait donc dû voir sa créance éteinte.

701. Le législateur OHADA avait tout de même prévu un assouplissement au principe de l'extinction des créances non produites. C'était le cas lorsque le concordat prévoyait une clause de retour à meilleure fortune. Dans cette hypothèse, le débiteur dont la situation patrimoniale s'était considérablement amélioré,⁹²¹ s'engageait, à l'issue de l'exécution du concordat, à payer toutes les créances, même celles frappées par la forclusion.

702. Quoi qu'il en soit, cette sanction a été abandonnée lors de la réforme de l'AUPC. Désormais, le défaut de production est sanctionné par l'absence de participations aux distributions communes et par l'inopposabilité des créances non produites.

Le législateur communautaire africain s'aligne ainsi sur le modèle du droit français. Nous pouvons alors considérer que les solutions analysées en droit français pourraient s'appliquer en droit OHADA. Le législateur communautaire africain se démarque toutefois de son homologue français. En effet, l'article 83 précité énonce expressément que les créances non déclarées sont inopposables même dans la procédure de liquidation des biens. De cette manière, le législateur communautaire africain règle une question qui, en droit français, a été réglée par la jurisprudence.

703. Il convient de noter qu'avant sa consécration législative, cette solution avait été envisagée par une partie de la doctrine.

Un auteur⁹²² a considéré que l'alinéa 4 de l'article 83 de l'AUPC (ancien) ne fait pas allusion à une extinction des créances ; tout au plus on peut en déduire que les créanciers forclos qui n'ont pas été relevés de forclusion ne participent pas aux répartitions de dividendes, ce qui, selon lui, s'apparente a priori à une inopposabilité de leur créance à la procédure ouverte. C'est également la solution qui fût avancée par le professeur SAWADOGO⁹²³. À l'opposé, un autre auteur⁹²⁴ a estimé que l'ancien article 83, alinéa 2 de l'AUPC avait une portée plus générale et ne se réduisait pas au redressement judiciaire. Pour lui, cette solution découlait de l'interprétation de l'alinéa 4 du même article qui ne faisait pas allusion au redressement judiciaire. Dans tous les cas, cette question ne se pose plus depuis l'entrée en vigueur du nouvel AUPC.

704. Quant à la portée de l'inopposabilité, l'article 83 précité énonce que les créances sont inopposables au débiteur et à la masse. Ainsi, sous réserve de la maladresse législative relevée précédemment, à la différence du droit français, l'inopposabilité a, en droit OHADA, une portée plus grande. Elle ne profite pas qu'au débiteur. La masse des créanciers peut également s'en prévaloir pour ignorer la créance non produite.

⁹²¹ *Ibid.* L'auteur parle d'amélioration notable.

⁹²² F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, *op. cit.*, n° 318.

⁹²³ F.-M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 216.

⁹²⁴ J.- R. GOMEZ, OHADA, *Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, *op. cit.*, n° 155.

705. Le législateur reste en revanche silencieux sur les effets de l'inopposabilité sur les tiers. Sous l'empire de l'ancien AUPC, un auteur⁹²⁵ a estimé que le défaut de production n'affecte pas, en principe, les créances contre des tiers, même s'il s'agit des coobligés du débiteur qui sont personnellement et à titre principal obligés envers le débiteur. L'auteur affirma que « le codébiteur reste tenu même si le créancier n'a pas déclaré sa créance contre le débiteur soumis à la procédure collective ». Aujourd'hui, le législateur OHADA s'étant aligné sur le modèle du droit français, les solutions précédemment évoquées en droit français pourraient, ici encore, s'appliquer. Ainsi, les créanciers défaillants pourraient poursuivre les tiers en cas d'adoption d'un concordat de redressement, mais aussi dans la liquidation des biens.

706. Par ailleurs, à la différence du droit français, le législateur communautaire africain a limité la durée de l'inopposabilité. Conformément aux dispositions de l'article 83 de l'AUPC, elle dure pendant la procédure collective et s'étend jusqu'à l'exécution du concordat de redressement. En droit OHADA, l'inopposabilité est temporaire. Le législateur n'envisage pas une inopposabilité définitive en cas de bonne exécution du concordat. Le créancier défaillant peut donc, à l'issue du concordat, faire valoir sa créance puisqu'il n'a pas été payé dans le cadre de ce concordat.

Il en sera de même à la clôture de la procédure de liquidation des biens. Un auteur⁹²⁶ a estimé que le créancier retrouvait son droit d'agir contre le débiteur, même en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance du passif. Cette solution est quelque peu contraire aux dispositions de l'article 174 de l'AUPC qui précise notamment que « *la décision de clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si la créance résulte d'une condamnation pénale du débiteur ou de droits attachés à la personne du créancier* ». À l'instar du droit français, la règle qui interdit la reprise des poursuites contre le débiteur après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif est assortie de quelques exceptions.

707. De la confrontation des sûretés réelles exclusives aux règles de la déclaration ou de la production des créances, il ressort que les créanciers munis de telles sûretés n'échappent pas totalement à l'obligation de déclarer ou produire. Si l'exclusivité permet de ne pas faire mention de la sûreté au moment de la déclaration, les créanciers doivent, néanmoins, déclarer leur créance, sous peine d'inopposabilité de celle-ci. En effet, il n'existe à ce jour aucune disposition législative ou solution jurisprudentielle qui permette expressément d'exclure le créancier rétenteur ou le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté de l'obligation de déclarer. Ainsi, la reconnaissance des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives passe au moins par la déclaration des créances dont elles garantissent le paiement.

⁹²⁵ *Ibid.*, n° 151.

⁹²⁶ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 318.

Toutefois, la reconnaissance de ces sûretés peut également dépendre de leur inscription. Il nous faut donc à présent étudier le sort des sûretés réelles exclusives face à la règle de l'arrêt ou de l'interdiction des inscriptions.

Paragraphe 2/ La reconnaissance des sûretés réelles exclusives fondée sur leur inscription

708. Comme la déclaration des créances, l'interdiction des inscriptions après le jugement d'ouverture est une règle traditionnelle de la discipline collective.

Instituée en France depuis les législations antérieures à la loi du 25 janvier 1985⁹²⁷, la règle a ensuite été reprise presque à l'identique par les différentes réformes⁹²⁸. Elle est aujourd'hui énoncée par l'article L. 622-30 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008. Le texte dispose que « *Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. Il en va de même des actes et des décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droit réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture* ». Les articles L. 631-14-1 et L. 641-3, alinéa 1^{er}, du Code de commerce rendent cette règle applicable également dans le redressement et la liquidation judiciaires.

709. Cependant, malgré la ressemblance des dispositions légales donnant l'illusion d'une continuité, la règle a connu un changement quant à son fondement. Cette situation se justifie par la nouvelle orientation du droit des procédures collectives, mais aussi par la modification du contexte général de la procédure. Sous l'empire de la loi de 1967, la règle de l'interdiction des inscriptions était perçue comme une conséquence du dessaisissement du débiteur et de la constitution de la masse consécutive au jugement déclaratif. Le patrimoine du débiteur étant fixé, aucune autre cause de préférence ne devait apparaître après le jugement⁹²⁹.

Sous l'empire de la loi de 1985, bien que la règle ne soit pas modifiée, les choses changent. Le législateur supprime la masse des créanciers et laisse le débiteur à la tête de ses affaires, de sorte qu'il est rarement dessaisi de la gestion de l'entreprise⁹³⁰. L'interdiction des inscriptions s'explique

⁹²⁷ Cette règle fut énoncée dans l'article 33 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, qui l'avait lui-même reprise de l'ancien article 479 du Code de commerce.

⁹²⁸ La règle a été posée à l'article 57, al. 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985, puis dans l'ancien article L. 621-50 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde.

⁹²⁹ G. RIPPET et R. ROBLLOT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, LGDJ, 9^e éd. 1981, n° 3033.

⁹³⁰ Sur la question v. C SAINT-ALARY- HOUIN, « La gestion de l'entreprise pendant la période d'observation, les innovations de la procédure de redressement judiciaire », *RTD com.* 1986, n° spécial, p.37.

alors par d'autres considérations : « Il s'agit de figer le patrimoine du débiteur afin de favoriser au maximum le redressement de son entreprise »⁹³¹.

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 donne encore plus de poids à cette justification. En effet, dans la procédure de sauvegarde, le débiteur n'est en aucune manière dessaisi de la gestion de ses affaires, il reste bien à la tête de son entreprise. Aujourd'hui, la règle vise donc à geler le patrimoine du débiteur afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise. Elle permet par ailleurs d'assurer le respect du principe d'égalité, en évitant qu'un créancier améliore sa situation après le jugement d'ouverture⁹³².

710. Cette solution mérite quelques précisions. Il a été observé que même si l'interdiction des inscriptions vise à geler le patrimoine du débiteur, ce gel n'opère que dans la limite de la procédure⁹³³. Ainsi, dans le cadre d'une EIRL, conformément à l'article L. 680-3 du Code de commerce, l'interdiction ne joue que concernant les biens composant le patrimoine soumis à la procédure. Les sûretés grevant les biens figurant dans un autre patrimoine (patrimoine personnel du débiteur) peuvent donc être inscrites après le jugement d'ouverture⁹³⁴.

De même, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée, la procédure ne produisant des effets qu'à l'égard des créanciers financiers ayant qualité de membres du comité des établissements de crédit et des créanciers obligataires (article L. 628-9), les autres créanciers conservent leurs prérogatives. Ils peuvent en conséquence inscrire leurs sûretés, nonobstant le prononcé du jugement d'ouverture⁹³⁵. La situation est différente dans la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014, qui soumet à la discipline collective tous les créanciers soumis à déclaration.

711. En droit OHADA, la situation est bien différente. L'article 73 de l'AUPC énonce dans une formule laconique⁹³⁶ la règle de l'arrêt des inscriptions. Le texte dispose que « *La décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilières* ». Cette règle qui s'inspire de l'article 33, alinéa 1^{er} de la loi française du 13 juillet 1967 a encore aujourd'hui les mêmes fondements que ceux

⁹³¹ C. SAINT- ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », *JCL. com.*, 30 juin 2015, fasc. 2365, n° 6.

⁹³² C'est la position défendue par la quasi-totalité de la doctrine, v. C. SAINT- ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », fasc. préc., n° 6; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 651.13; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 653; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., Lexisnexis, Litec, 2013, n° 500 ; M. DAGOT, « La situation des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture », *Annales faculté de Toulouse* 1986, n° 34, p. 169 .

⁹³³ F. PÉROCHON, « Le périmètre de l'arrêt des voies d'exécution », in *Mesures d'exécution et procédures collectives*, sous la dir. P.-M. LE CORRE, Bruylant 2012, pp. 9 et s.

⁹³⁴ V. aussi, P.-M. LE CORRE, « Le passif de l'EIRL », *BJE*, mars 2011, n°1, p.70 ; F. MACORIG-VENIER, « Les créanciers de l'EIRL en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, mars 2011, n° 2, dossier 20, p. 87.

⁹³⁵ V. aussi, F.-X. LUCAS, « La SFA une procédure quasi collectif », *LEDEN*, décembre 2010, n° 11, p. 1.

⁹³⁶ J.-R GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, op.cit., n° 128.

qui étaient admis en droit français sous l'empire de cette loi ancienne⁹³⁷. En effet, le législateur communautaire africain n'a toujours pas supprimé la masse des créanciers. Il en découle que le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens emporte dessaisissement des biens du débiteur au profit de la masse des créanciers. En conséquence, tous les actes accomplis irrégulièrement par le débiteur après le jugement d'ouverture sont inopposables à la masse des créanciers. Par ailleurs, comme en droit français, la règle vise à maintenir l'égalité entre les créanciers en évitant que les créanciers antérieurs améliorent leur situation après le jugement d'ouverture.

712. Mais quel que soit son fondement, la règle énoncée par l'article L. 622-30 revêt en droit français un domaine d'application assez vaste⁹³⁸. Le texte interdit, d'une part, les inscriptions des sûretés et, d'autre part, la publication des actes et décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels⁹³⁹. Cependant, dans le cadre de cette étude consacrée aux sûretés, seule l'interdiction des inscriptions relatives aux sûretés retiendra notre attention.

En droit OHADA, l'arrêt des inscriptions ne concerne que les sûretés, peu important qu'elles soient mobilières ou immobilières.

713. Il convient de souligner qu'il y a une différence terminologique entre les deux législations. Tandis qu'en droit français, il est question d'interdiction des inscriptions, en droit OHADA, la règle est celle de l'arrêt du cours des inscriptions. Mais cette différence terminologique n'a aucune véritable incidence sur la portée de la règle. En effet, dans les deux cas, l'inscription doit être effectuée avant le jugement d'ouverture ; à défaut, la sûreté est inopposable et le créancier est admis à titre chirographaire.

714. Tout comme la déclaration des créances, la règle de l'interdiction des inscriptions conditionne la reconnaissance des sûretés réelles dans les procédures collectives. Généralement obligatoire, l'inscription est une formalité de publicité. Elle est souvent exigée à peine d'inopposabilité. Dans ce cas, l'inscription assure l'opposabilité de la sûreté aux tiers. Mais elle peut aussi être exigée à peine de nullité⁹⁴⁰. Dans cette situation, la validité de la sûreté est subordonnée à l'inscription⁹⁴¹. Quoi qu'il en soit, le jugement d'ouverture d'une procédure empêche les inscriptions postérieures de sûretés.

715. Conformément à l'article L. 622-30, alinéa 1^{er}, l'interdiction d'inscrire touche les hypothèques, les gages, les nantissements et les privilèges. Le texte ne s'applique donc qu'aux seules

⁹³⁷ C. SAINT- ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », fasc. préc., ns° 4 et 5.

⁹³⁸ Cass. Com., 4 novembre 2014, n° 13-24.51, *RLDC*, janvier 2015, n° 122, p. 35, note J.J ANSAULT.

⁹³⁹ Sur une étude d'ensemble de l'interdiction ; V. C. SAINT- ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », fasc. préc.

⁹⁴⁰ C'est par exemple le cas pour la fiducie.

⁹⁴¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, ns° 1304 à 1306.

suretés réelles préférentielles. Cependant, au regard de sa finalité, la règle vise à geler le patrimoine du débiteur afin de favoriser le redressement de l'entreprise et d'assurer le respect du principe d'égalité des créanciers. Or, tel ne serait pas le cas si des créanciers antérieurs pouvaient en toute impunité continuer d'inscrire leurs sûretés après le jugement d'ouverture.

Aussi, l'interprétation de l'article L. 622-30 suscite quelques interrogations. Doit-t-on coller au texte et en faire une interprétation restrictive, de sorte que l'interdiction d'inscrire ne s'applique qu'aux sûretés limitativement citées par le législateur ? Ou peut-on en faire une interprétation large et appliquer l'interdiction à toutes les sûretés – sans distinction – soumises à la publicité ? En droit OHADA, la question de l'interprétation de l'article 73 de l'AUPC se pose également puisque le législateur communautaire vise simplement les sûretés mobilières et immobilières sans aucune autre précision.

De l'interprétation des articles L. 622-30 du Code de commerce et 73 de l'AUPC dépend l'exclusion ou non des sûretés réelles exclusives du domaine de la règle (A), ainsi que l'application à leurs titulaires de la sanction prévue en cas de violation de l'interdiction (B).

A- Le domaine de l'interdiction ou de l'arrêt des inscriptions

716. Il convient de s'interroger sur la place des sûretés réelles exclusives dans le domaine de l'interdiction des inscriptions postérieures. Ces sûretés sont-elles soumises à l'interdiction des inscriptions postérieures ? Autrement dit, les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives peuvent-ils procéder à leur inscription, nonobstant le jugement d'ouverture ? En outre, l'aspect comparatif de cette étude conduit à se demander si la règle de l'interdiction des inscriptions s'applique dans les mêmes conditions en droit français et en droit OHADA.

En premier lieu, nous examinerons le domaine de l'interdiction des inscriptions en droit français (1), la même étude sera ensuite réalisée en droit OHADA (2).

1- Le domaine de l'interdiction des inscriptions en droit français

717. L'article L. 622-30 prévoit que « *Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture* ». À la lecture du texte, on s'aperçoit clairement qu'aucune sûreté réelle exclusive n'est expressément citée par le législateur. On peut donc conclure qu'elles échappent toutes à l'interdiction des inscriptions postérieures (a). Cependant, une telle décision nous paraît trop hâtive. En effet, bien que le législateur ne vise qu'une catégorie de sûretés (sûretés réelles préférentielles) n'est-il pas possible, compte tenu des finalités de la règle, d'étendre son application aux sûretés réelles exclusives dès lors qu'elles sont soumises à la publicité ? (b)

a- Le refus d'application de l'interdiction aux sûretés réelles exclusives conformément à la lettre du texte

718. L'article L. 622-30 interdit, en premier lieu, toutes inscriptions postérieures d'hypothèques, de gages, de nantissements et de privilèges. Le texte ne vise donc que les sûretés réelles préférentielles constituées avant le jugement d'ouverture⁹⁴² et soumises à l'inscription en particulier ou à la publicité en générale.

Le texte cite d'abord les hypothèques. En l'absence de distinction, l'interdiction s'applique indifféremment aux hypothèques immobilières et mobilières de toutes natures (conventionnelles, judiciaires ou légales).

Ensuite, il y a les nantissements. Tous les nantissements soumis à la publicité rentrent dans le domaine de l'interdiction. Il s'agit par exemple des nantissements sur fonds de commerce ou le nantissement sur l'outillage et le matériel d'équipement, devenu le gage sur l'outillage et le matériel d'équipement depuis l'ordonnance du 23 mars 2006.

S'agissant des gages, c'est l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui, tenant compte des changements apportés par la réforme du droit des sûretés, les a ajoutés dans la liste des sûretés visées. A priori, l'interdiction ne s'applique qu'aux gages sans dépossession soumis à l'inscription. L'opposabilité des gages est, en effet, assurée par leur inscription sur un registre spécial (article 2338 du Code civil). Cependant, certains auteurs⁹⁴³ voient en la dépossession une forme de publicité. Dans ce cas, l'interdiction pourrait également s'appliquer à l'ensemble des gages avec dépossession. Ainsi, dès le prononcé du jugement d'ouverture, le débiteur ne pourrait plus se dessaisir d'un bien au profit du créancier gagiste.

Sont enfin interdites les inscriptions postérieures de privilèges. Sont concernés les privilèges immobiliers spéciaux tels que le privilège du vendeur d'immeuble et du prêteur de denier en vue de l'acquisition d'un immeuble. Quant aux privilèges généraux, ne sont visés que ceux soumis à la publicité. C'est le cas du privilège de la Sécurité sociale. Sont, en revanche, exclus pour défaut de publicité, le privilège de frais de justice et celui qui garantit le paiement des salaires et créances assimilées.

719. D'application quasi-générale quant aux sûretés, la règle de l'interdiction des inscriptions ne touche pas seulement les biens propres du débiteur. En effet, lorsque le débiteur est marié sous le régime de la communauté des biens, l'interdiction affecte, outre ses biens propres, tous les biens communs, dans la mesure où la communauté fait partie de l'actif de la procédure. Aussi, toutes

⁹⁴² P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 651.14; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 653; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 501. Les créanciers postérieurs peuvent donc inscrire les sûretés réelles en garantie de leurs créances.

⁹⁴³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers. - Interdictions des inscriptions », fasc. préc., n° 75 ; J.-L. VALLENS, « Publicité et information en matière de sûretés », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 5.

inscriptions de sûretés sur les biens communs par les créanciers personnels du conjoint *in bonis* sont interdites⁹⁴⁴. À l'inverse, pour les biens indivis, il a été jugé que les sûretés consenties sur ces biens du chef d'un indivisaire *in bonis* peuvent être publiées après le jugement d'ouverture. En revanche, l'inscription n'est pas possible du chef du débiteur⁹⁴⁵.

720. La règle de l'interdiction des inscriptions postérieures connaît toutefois des tempéraments. Nous ne les présenterons que brièvement puisque aucune exception n'est spécifique aux sûretés réelles exclusives.

Conformément à l'alinéa 2, de l'article L. 622-30, la première exception – mais aussi la plus importante – concerne le Trésor public qui peut inscrire son privilège après le jugement d'ouverture dans deux cas. D'une part, pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture parce que le délai réglementaire imparti pour la publicité n'était pas écoulé⁹⁴⁶. D'autre part, pour les créances mises en recouvrement après cette date, si elles sont déclarées à titre provisionnel conformément à l'article L. 622-24 du Code de commerce⁹⁴⁷. La deuxième exception profite au vendeur de fonds de commerce. Il dispose d'un délai de trente jours à compter de la vente pour inscrire son privilège, même si entre-temps son acheteur a fait l'objet d'une procédure collective.

À ces deux exceptions, on peut en rajouter une troisième qui résulte des articles. 622-8 et L. 626-22 du Code de commerce. Ces articles permettent en effet à l'administrateur ou au débiteur d'obtenir du juge-commissaire une ordonnance de substitution de garantie imposée aux créanciers. Dans ce cas, la garantie substituée doit être publiée pour être opposable à tous. À l'évidence, la publication interviendra après le jugement d'ouverture.

Une quatrième exception se dégage de l'article L. 622-7, alinéa 2 du Code de commerce, qui permet au débiteur ou à l'administrateur de se faire autoriser par le juge-commissaire à consentir une sûreté. Même si le texte ne le prévoit pas, il est logique que la sûreté constituée postérieurement au jugement d'ouverture puisse également être publiée après ledit jugement. En outre, les créanciers titulaires du privilège de conciliation (article L. 622-17 du Code de commerce) peuvent se faire octroyer librement ce type de garantie après le jugement d'ouverture de la procédure.

Enfin, l'article L. 622-30 du même Code n'interdit en réalité que les inscriptions nouvelles, ce qui n'est pas le cas des renouvellements d'inscriptions antérieures pour éviter la péremption. Tel n'est pas non plus le cas des inscriptions définitives de sûretés (hypothèques et nantissements judiciaires) qui rétroagissent au jour de l'inscription provisoire, lorsque l'inscription provisoire a été effectuée

⁹⁴⁴ Cass. com., 20 mai 1997, n° 94-10.997, Inédit; *D.* 1997, Chron. p. 177, obs. F. DERRIDA ; Cass. com., 3 février 1998; n° 94-15.450, Inédit ; *Rev. Proc. Coll.* 2000, p. 10, obs. F. MACORIG-VENIER.

⁹⁴⁵ Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-10.331, *Bull. civ.*, IV, n° 183 ; *D.* 1997, Jur. 1, rapp. J.-P. REMERY; *D.* 1996, somm. p. 205, obs. S. PIÉDELIÈVRE.

⁹⁴⁶ Cass. Com., 24 juin 2003, n° 00-18.828, *Bull. civ.* IV, n° 107.

⁹⁴⁷ Cass. Com., 18 février 2003, n° 00-12.974, *Bull. civ.* IV, n° 24.

avant le jugement d'ouverture⁹⁴⁸. Dans ces hypothèses, les inscriptions pourront donc toujours être effectuées après le jugement d'ouverture.

721. En définitive, conformément à la lettre de l'article L. 622-30, l'interdiction des inscriptions postérieures ne vise que les seules sûretés réelles préférentielles soumises à la publicité⁹⁴⁹. Quant aux sûretés réelles exclusives, dans la mesure où elles ne sont pas expressément citées par le texte, elles échappent à la règle, peu important qu'elles soient ou non soumises à la publicité. Ainsi, on pourrait considérer que le créancier munis d'un droit de rétention, d'une clause de réserve de propriété ou bénéficiaire d'une fiducie-sûreté peut, dès lors que sa sûreté est soumise à la publicité, l'inscrire en toute impunité après le jugement d'ouverture.

Cette solution simpliste n'est toutefois pas conforme aux fondements de l'interdiction des inscriptions. En effet, la règle vise non seulement à immobiliser le passif du débiteur afin de favoriser le redressement de l'entreprise, mais elle conforte aussi le respect du principe d'égalité entre les créanciers. Or, ce principe serait bafoué si d'autres créanciers pouvaient, en toute impunité, et sans autorisation du juge-commissaire, continuer de publier leurs sûretés nonobstant le jugement d'ouverture. Pour éviter cette situation, la règle de l'interdiction des inscriptions devrait, à notre avis, s'appliquer à toutes les sûretés réelles soumises à la publicité.

b- Un fondement propice à l'application de la règle aux sûretés réelles exclusives

722. Au-delà des sûretés limitativement énumérées par l'article L. 622-30 précité, nous pensons que la règle de l'interdiction des inscriptions devrait trouver application auprès de toutes les sûretés réelles soumises à la publicité. Une partie de la doctrine, sans pour autant faire mention des sûretés réelles exclusives, soutient d'ailleurs que l'interdiction des inscriptions s'applique à toutes les sûretés antérieurement constituées et soumises à la publicité⁹⁵⁰.

Condition d'opposabilité⁹⁵¹, la publicité vise traditionnellement à rendre les sûretés discrètes, c'est-à-dire sans dépossession du débiteur, opposables aux tiers⁹⁵².

723. La question qui se pose à présent est celle de la soumission des sûretés réelles exclusives à la publicité. La publicité est-elle une condition d'opposabilité des sûretés réelles exclusives ? Nous analyserons la publicité du droit de rétention (b-1), puis celle de la fiducie-sûreté (b-2).

⁹⁴⁸ Cass. Com., 17 novembre 1992, n° 90-22.058, *Bull. civ.* IV, n° 358 .

⁹⁴⁹ Pour les sûretés préférentielles, la publicité se fait par l'inscription sur un registre spécial.

⁹⁵⁰ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, ns° 651.14 à 651-22; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 501.

⁹⁵¹ Mais dans certains cas, la publicité est exigée à peine de validité.

⁹⁵² Sous réserve de considérer la dépossession comme une forme de publicité; V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, *Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers. - Interdictions des inscriptions*, fasc. préc., n° 75.

b-1) Le droit de rétention et la publicité

724. Comme nous l'avons vu dans les développements relatifs à l'avertissement d'avoir à déclarer, le créancier rétenteur en possession du bien n'a pas à se soumettre à une formalité de publicité, même lorsque le droit de rétention s'exerce sur un immeuble⁹⁵³. L'opposabilité est assurée par la seule rétention du bien⁹⁵⁴.

Par ailleurs, même en se fondant sur la lettre de l'article L. 622-30, le texte vise de manière générale les sûretés réelles. Or, la Cour de cassation a clairement affirmé que le droit de rétention n'est pas une sûreté et qu'il n'est pas assimilable au gage⁹⁵⁵. La haute Cour y voit, en revanche, un droit réel opposable à tous⁹⁵⁶. En dépit de nombreuses réformes, cette ancienne solution n'a pas été revue à ce jour. En conséquence, même si au nom du principe de l'égalité des créanciers, le contraire a été soutenu sous l'empire de la législation de 1967⁹⁵⁷, nous pensons que le droit de rétention n'ayant pas la qualification de sûreté et n'étant pas soumis à la publicité, il échappe à la règle de l'interdiction des inscriptions.

725. Mais, cette solution ne vaut pas pour le droit de rétention fictif. Depuis la loi sur la modernisation de l'économie, modifiant l'article 2286 du Code civil, un droit de rétention fictif est reconnu à tous les gages sans dépossession. Or, lorsque l'article L. 622-30 du Code de commerce cite le gage parmi les sûretés visées par l'interdiction, il s'agit surtout du gage sans dépossession. En effet, le créancier gagiste sans dépossession est tenu de publier son gage pour le rendre opposable aux tiers. Cette solution découle des dispositions de l'article 2338 du Code civil qui soumet l'opposabilité du gage sans dépossession à la publicité. Celle-ci passe par l'inscription du gage sur un registre spécial tenu à cet effet. En conséquence, le droit de rétention fictif attaché à l'existence d'un gage sans dépossession est lui aussi soumis à la publicité, à peine d'opposabilité.

La règle de l'interdiction des inscriptions s'applique donc au droit de rétention fictif. Sauf disposition contraire, cette règle s'applique peu important que le droit de rétention fictif provienne des dispositions spéciales (le gage sur véhicule automobile) ou de l'article 2286, 4° du Code civil.

726. Cependant, même lorsque que le créancier a régulièrement publié sa sûreté avant le jugement d'ouverture, dès lors que son droit de rétention provient de l'article 2286, 4° du Code civil, celui-ci est, au cours des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, inopposable pendant toute la période d'observation et d'exécution du plan, conformément aux dispositions de l'article L. 622-7-I. Mais lorsque le créancier souhaite que sa sûreté soit opposable dans les autres

⁹⁵³ Cass. 3e civ., 16 décembre 1998, n° 97-12.702, *Bull. civ.* III, n° 253; *RTD civ.* 1999, p. 439, note P. CROCCQ.

⁹⁵⁴ C. POURQUIER, « Faculté de rétention et procédures collectives », art. préc., p. 936; F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. préc., p. 651.

⁹⁵⁵ Cass. com., 20 mai 1997; n° 95-11.915, arrêt préc ; *D.* 1998, somm. p. 102, obs. S. PIÉDELIÈVRE.

⁹⁵⁶ Cass. 1ere civ., 7 janvier 1992; n° 90-14.545, *Bull. civ.* I, n° 4; *JCP E*, 1992, I, 143, n° 16, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁹⁵⁷ CA Aix- en-Provence, 4 juillet 1978; *D.* 1979, IR. p. 34, obs. A. HONORAT; Sur une analyse complète de la solution jurisprudentielle; V. C. SAINT- ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », fasc. préc., .ns° 80 à 85.

phases de la procédure, notamment pendant l'exécution d'un plan de cession ou au cours de la liquidation judiciaire, phases au cours desquelles le droit de rétention fictif retrouve toute son efficacité, il est tenu de publier avant le jugement. En conséquence, les titulaires d'un de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil demeurent soumis à la règle de l'interdiction des inscriptions. En revanche, l'inopposabilité ne concerne pas les gagistes qui détiennent leur droit de rétention en vertu des dispositions spéciales et qui ont régulièrement publié leur sûreté avant le jugement d'ouverture.

727. Tout compte fait, le droit de rétention effectif autonome échappe totalement à la règle de l'interdiction des inscriptions, tandis que le droit de rétention fictif, du fait de sa dépendance à l'existence d'un gage sans dépossession, reste soumis à l'interdiction.

Qu'en est-il de la fiducie-sûreté ?

b-2) La fiducie-sûreté et la publicité

728. Contrairement à la clause de réserve de propriété, le droit des procédures collectives ne pose aucune condition d'opposabilité spécifique à la fiducie-sûreté. Pour être opposable aux tiers, la fiducie doit respecter les conditions posées par le droit commun⁹⁵⁸. Comme nous l'avons vu, conformément aux articles 2019 et 2020 du Code civil, les fiducies sont soumises à l'enregistrement et, pour certaines en plus, à la publicité, obligatoire.

Cependant, la publicité de la fiducie soulève quelques difficultés en raison de sa particularité. En effet, il résulte des dispositions des articles précités que l'enregistrement ou la publicité sont exigées, à peine de nullité et non d'inopposabilité. Cette exigence de publicité découle du caractère solennel du contrat de fiducie⁹⁵⁹. De plus, les fiducies doivent être enregistrées dans un registre national des fiducies qui ne peut être consulté par toute personne le désirant, mais uniquement par l'autorité publique. En réalité, l'enregistrement de la fiducie n'est pas une formalité de publicité, mais un instrument de contrôle dont le but est de lutter contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et non d'organiser l'information des tiers⁹⁶⁰.

Ainsi, un auteur⁹⁶¹ a soutenu que la fiducie portant sur des meubles corporels n'est pas soumise à la publicité, car l'enregistrement de la fiducie ne saurait s'analyser comme une formalité de publicité. De cette manière, la fiducie mobilière devrait donc échapper à la règle de l'interdiction des inscriptions.

729. Nous ne partageons pas cette position. À notre avis, dès lors que la fiducie est soumise à la l'enregistrement obligatoire, la règle de l'interdiction des inscriptions postérieures devrait

⁹⁵⁸ Sur le droit commun de la fiducie v. les articles 2011 à 2030 du Code civil.

⁹⁵⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 1304.

⁹⁶⁰ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 867.

⁹⁶¹ N. BORGA, « Regards sur les sûretés réelles dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. drt. banc et fin.*, mai 2009, n° 3, étude 20, p. 9.

s'appliquer au bénéficiaire d'une fiducie, peu important que l'enregistrement ne soit pas une véritable formalité de publicité. Le créancier qui bénéficie d'une fiducie mobilière et qui, avant le jugement d'ouverture, n'a pas procédé à l'enregistrement du contrat de fiducie conformément à l'article 2019 du Code civil, devrait tomber sous le coup de l'interdiction des inscriptions prévue par l'article L. 622-30. Ainsi, après le jugement d'ouverture, le créancier ne devrait plus pouvoir procéder à l'enregistrement de la fiducie, sous peine de sanctions.

730. En se fondant non pas sur la première partie de l'article L. 622-30 mais sur la seconde partie de cette disposition, relative à l'interdiction de la publication des actes translatifs de droits réels n'ayant pas « *acquis date certaine ou lorsque ces décisions ne sont pas devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture* », une autre solution a été avancée. Elle consiste à dire que tant que la fiducie-sûreté repose sur un acte translatif de droit réel, elle est également susceptible de relever de l'application de cette disposition. L'interdiction serait alors écartée si l'acte a acquis date certaine au jour du jugement d'ouverture. En revanche, lorsque les formalités à effectuer sont substantielles et prescrites à peine de nullité de l'acte, elles ne peuvent être accomplies après le jugement d'ouverture. Ainsi, en matière immobilière, la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité immobilière ne saurait être effectuée après le jugement d'ouverture même lorsque l'acte notarié a été dressé auparavant. De même, en matière mobilière, l'enregistrement ne peut être effectué après le jugement d'ouverture, lorsque l'acte constitutif de la fiducie n'a pas acquis date certaine avant ledit jugement⁹⁶².

Cette solution nous paraît tout à fait justifiée, car la fiducie repose effectivement sur un procédé de transfert de biens, de droits ou de sûretés, vers un autre patrimoine en vue de garantir le paiement d'une créance. Le Code civil définit d'ailleurs la fiducie comme « *L'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, (...) 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* ». Par ailleurs, s'agissant de la fiducie portant sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, le texte la soumet à la publicité foncière obligatoire. On peut donc sans difficulté considérer que le bénéficiaire d'une fiducie immobilière est soumis à la règle de l'interdiction des inscriptions postérieures, même si là encore la publicité n'est pas exigée, à peine d'inopposabilité mais de nullité. Ainsi, à plusieurs égards, on peut soumettre la fiducie-sûreté à la règle de l'interdiction des inscriptions.

731. Cependant, le droit commun ne résout pas toute la difficulté de la publicité de la fiducie et, donc, du sort de la fiducie-sûreté au regard de la règle de l'interdiction des inscriptions⁹⁶³.

⁹⁶² C. SAINT-ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers. - Interdictions des inscriptions », fasc. préc., n° 90.

⁹⁶³ F. MACORIG-VENIER, « Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté », art. préc., pp. 421-422.

En effet, le Code civil ne distingue pas selon qu'il s'agit d'une fiducie avec ou sans dépossession du constituant. Cette distinction n'existant qu'en droit commercial.

À notre avis, la publicité est obligatoire peu important que la fiducie soit avec ou sans dépossession. Cette solution trouve sa justification dans l'exigence d'une formalité de publicité, à peine de nullité. La publicité n'étant une simple condition d'opposabilité aux tiers mais de validité de l'acte, elle doit être obligatoire dans les deux cas. La solution aurait pu être différente si la publicité était exigée, à peine d'opposabilité. Dans cette hypothèse, la publicité serait obligatoire pour les fiducies sans dépossession tandis que les bénéficiaires des fiducies avec dépossession auraient pu s'en affranchir.

732. En définitive, contrairement à la lettre de l'article L. 622-30, la règle d'interdiction des inscriptions postérieures doit pouvoir s'appliquer à toutes les sûretés réelles soumises à la publicité. Ainsi, les sûretés réelles exclusives, et notamment la fiducie-sûreté, ne devraient pas échapper au domaine de l'interdiction des inscriptions.

Il est regrettable que le législateur de 2008, en réformant le droit des entreprises en difficulté, n'ait pas saisi cette occasion pour ajouter la fiducie-sûreté à cette liste, alors même que cette ordonnance avait précisément pour objectif de préciser le régime de la fiducie-sûreté dans le contexte de la procédure collective⁹⁶⁴. Plus récemment, le droit des procédures collectives a encore été réformé, avec l'ordonnance du 12 mars 2014 et son décret d'application du 30 juin de la même année. Là encore, le législateur ne s'est pas prononcé sur la question de l'application de l'interdiction des inscriptions à la fiducie-sûreté. Tous ces éléments qui viennent ainsi rajouter une couche à l'épaisseur de l'incohérence du droit des procédures collectives en droit français.

La situation est-elle plus claire en droit OHADA ?

2- Le domaine de l'arrêt des inscriptions en droit OHADA

733. L'article 73 de l'AUPC vise les inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière. Cette formulation permet de conférer un domaine d'application très vaste à la règle de l'arrêt des inscriptions. En effet, le législateur communautaire africain ne donnant pas de liste exhaustive de sûretés dont le cours des inscriptions est arrêté après le jugement d'ouverture, on peut considérer que la règle s'applique à toutes les sûretés réelles mobilières ou immobilières, sans distinction. Ainsi, dès lors qu'un mécanisme de garantie reçoit la qualification de sûreté, il est, de facto, soumis à l'arrêt des inscriptions, ce qui confère à cette règle un domaine large (a). Mais cette interprétation conforme au texte ne nous satisfait pas. Comme en droit français, nous pensons que conformément à ses fondements, la règle de l'arrêt des inscriptions ne devrait réellement s'appliquer qu'à l'égard des sûretés réelles soumises à la publicité (b).

⁹⁶⁴ C. SAINT- ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », fasc. préc., n° 90.

a- Un domaine large conformément à la lettre du texte

734. La détermination du domaine de la règle de l'arrêt des inscriptions nécessite un détour par le droit commun des sûretés. L'article 50 du nouvel AUS relatif aux sûretés mobilières, dispose que : « *Les sûretés mobilières sont : le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges* ».

Quant aux sûretés immobilières, il s'agit uniquement des hypothèques (articles 190 et suivants de l'AUS).

L'analyse combinée des dispositions des articles 73 de l'AUPC et des articles 50 et 190 et suivant de l'AUS, permet d'affirmer que la règle de l'arrêt des inscriptions s'applique à toutes les sûretés réelles mobilières ou immobilières, préférentielles ou exclusives, soumises ou non à la publicité.

S'agissant des sûretés préférentielles, la règle s'applique indifféremment à tous les gages de meubles corporels, aux nantissements de meubles incorporels, aux privilèges, ainsi qu'aux hypothèques, peu important qu'elles soient légales, conventionnelles ou judiciaires. Ainsi, dès le jugement d'ouverture, les créanciers titulaires de ces sûretés ne peuvent plus procéder à l'inscription, sans encourir de sanction.

Quant aux sûretés réelles exclusives, l'article 50 de l'AUS cite parmi les sûretés mobilières le droit de rétention et la propriété cédée ou retenue à titre de garantie. Lorsqu'on soumet les dispositions de cet article à celles de l'article 73 de l'AUPC, la décision d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens arrête le cours des inscriptions du droit de rétention, du transfert fiduciaire de somme d'argent, de la cession de créances à titre de garantie et de la réserve de propriété. À l'image des sûretés réelles préférentielles, toutes les sûretés réelles exclusives sont concernées par l'arrêt des inscriptions. Ainsi, dès le prononcé du jugement d'ouverture, les créanciers titulaires de sûretés réelles ne peuvent plus procéder à l'inscription.

735. Curieusement, à la différence du législateur français, le législateur communautaire africain ne prévoit pas de tempéraments à la règle de l'arrêt des inscriptions postérieures. Mais il a été soutenu que lorsqu'un délai est accordé pour la publicité et que celui-ci n'est pas expiré à l'ouverture de la procédure collective, le créancier conserve la faculté de procéder à la publication de sa sûreté. C'est par exemple le cas pour les administrations fiscales, douanières, et des organismes de sécurité ou de prévoyance sociale, qui disposent d'un délai de six mois à compter de l'exigibilité de leur créance, pour procéder à l'inscription de leur privilège au RCCM (article 181, al 2 de l'AUS)⁹⁶⁵. Par ailleurs, un auteur⁹⁶⁶ considère que la quasi-totalité des exceptions prévues en droit français devraient pouvoir s'appliquer au droit OHADA.

⁹⁶⁵ F.-M. SAWADOGO, « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, pp. 725 et s. sp. pp.730 et 731.

⁹⁶⁶ J.-R GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, op. cit., n° 131.

Nous sommes d'accord avec ces auteurs. En effet, malgré le silence des textes, on pourrait considérer que les créanciers qui disposent d'un délai de publicité, peuvent inscrire leur sûreté après l'ouverture de la procédure collective. En outre, la règle ne s'applique qu'aux inscriptions nouvelles. Ainsi tout renouvellement d'inscription ou toute inscription définitive, lorsque l'inscription conservatoire a eu lieu antérieurement au jugement d'ouverture, devrait être autorisée après ledit jugement.

736. En définitive, lorsqu'on adopte une interprétation conforme à la lettre des textes, il est possible de considérer que la règle de l'arrêt des inscriptions s'applique à toutes les sûretés réelles reconnues en droit OHADA. Il s'agit donc du droit de rétention, du transfert fiduciaire de sommes d'argent, de la cession de créances à titre de garantie, de la réserve de propriété, des gages sur meubles corporels, des nantissements sur des meubles incorporels, des privilèges et enfin des hypothèques de toutes natures. L'arrêt des inscriptions postérieures s'applique donc à toutes les sûretés réelles préférentielles et exclusives. De cette manière, la règle de l'interdiction des inscriptions revêt en droit OHADA un domaine d'application bien plus vaste que celui du droit français.

Cependant, cette interprétation conforme à la lettre des textes ne nous semble pas réaliste. À l'instar du droit français, nous pensons que la règle de l'arrêt des inscriptions n'a d'intérêt que pour les sûretés soumises à la publicité. Le jugement d'ouverture ne devrait donc arrêter que les inscriptions de sûretés soumises à la publicité.

b- Un domaine restreint conformément au fondement de la règle

737. Les sûretés préférentielles ne faisant pas l'objet de notre étude, la question qui se pose est celle de la soumission des sûretés réelles exclusives à la publicité. La prochaine section étant exclusivement réservée à l'étude des conditions d'opposabilité de la clause de réserve de propriété, seule la publicité du droit de rétention et du transfert fiduciaire retiendra ici notre attention.

b-1) Droit de rétention et publicité

738. Lorsqu'on analyse les dispositions des articles 67 à 70 de l'AUS, à aucun moment, le législateur ne fait référence à la publicité du droit de rétention. Cette solution se justifie, car comme cela a été précédemment démontré, la publicité est généralement une condition d'opposabilité des sûretés. Or, le droit de rétention repose sur la rétention de la chose. Celle-ci permet donc d'assurer l'opposabilité du droit de rétention aux tiers. Cette justification est d'autant plus valable en droit OHADA car aucun droit de rétention fictif ne semble prévu pour les gages sans dépossession⁹⁶⁷. En

⁹⁶⁷ Cette solution découle de notre analyse des dispositions de l'article 107 de l'AUS.

outre, il n'existe pas de droit de rétention fictif tel que celui prévu par l'article 2286, 4° du Code civil français.

739. Quant au titulaire d'un gage, l'analyse faite précédemment s'applique ici également. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 97 de l'AUS, le créancier gagiste avec dépossession peut échapper à l'arrêt des poursuites individuelles lorsque l'opposabilité de sa sûreté résulte de la remise de la chose.

En droit OHADA, le droit de rétention implique nécessairement la rétention de la chose par le créancier, il n'est donc pas soumis à la publicité. En conséquence, la règle de l'arrêt des inscriptions ne s'applique pas au droit de rétention.

La même analyse est-elle possible pour le transfert fiduciaire d'une somme d'argent ?

b-2) Transfert fiduciaires d'une somme d'argent et publicité

740. L'article 89 de l'AUS dispose que : « *Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué* ». Il résulte de ces dispositions que l'opposabilité du transfert fiduciaire est soumise à sa notification à l'établissement teneur du compte. À notre sens, la notification devrait ici s'analyser comme une formalité de publicité. C'est en effet la notification qui permet en effet aux tiers d'avoir connaissance de l'existence de la sûreté. Ainsi, contrairement au droit français où l'enregistrement de la fiducie n'est pas une formalité de publicité, en droit OHADA, la notification est une formalité de publicité puisqu'elle assure l'opposabilité du transfert fiduciaire aux tiers. On peut donc soutenir que la règle de l'arrêt des inscriptions s'applique au transfert fiduciaire de somme d'argent. En conséquence, dès le jugement d'ouverture, la notification du transfert fiduciaire ne devrait plus être possible. Dans le cas contraire, il y aurait violation de la règle de l'arrêt des inscriptions.

741. En définitive, contrairement à la lettre de l'article 73 de l'AUPC qui permet d'inclure, dans le domaine d'application de l'arrêt des inscriptions, toutes les sûretés réelles reconnues en droit OHADA, la logique impose une interprétation qui se détache quelque peu de la lettre du texte. La règle de l'arrêt des inscriptions ne devrait s'appliquer qu'aux seules sûretés réelles soumises à la publicité.

S'agissant des sûretés réelles exclusives, en droit OHADA, l'arrêt des inscriptions ne concernerait que le transfert fiduciaire de somme d'argent, tandis qu'en droit français, elle trouverait à s'appliquer non seulement à la fiducie-sûreté mais aussi au droit de rétention fictif.

Que faut-il alors décider lorsque les créanciers procèdent à l'inscription de leur sûreté au mépris de l'interdiction législative. Cette interrogation nous amène à voir la sanction prévue pour l'interdiction des inscriptions.

B- La sanction de l'interdiction des inscriptions

Nous analyserons la sanction du droit français (1) puis celle du droit OHADA (2).

1- La sanction en droit français

742. Le créancier dont la sûreté est soumise à la publicité doit, sous réserve des nullités de la période suspecte, inscrire la sûreté avant le jugement ouvrant la procédure collective. Compte tenu de la rétroactivité du jugement d'ouverture à zéro heure du jour de son prononcé, l'inscription doit être effectuée au plus tard à la veille du jour du jugement d'ouverture. L'inscription prise le jour dudit jugement est considérée comme postérieure, elle tombe sous le coup de l'interdiction⁹⁶⁸. En revanche, lorsque l'inscription n'a pas été prise antérieurement au jugement d'ouverture, la sûreté est inopposable et le créancier est admis en qualité de chirographaire.

La difficulté consiste surtout à déterminer la sanction des inscriptions prises en violation de la règle de l'interdiction des inscriptions postérieures. En l'absence de solution législative, des solutions ont été proposées par la jurisprudence et la doctrine.

Nous verrons ainsi, la nature de la sanction du non-respect de l'interdiction (a), avant d'en déterminer les effets, notamment sur les créanciers munis de sûretés réelles exclusives (b).

a- La nature de la sanction

743. Quelle sanction encourt le créancier qui procède à l'inscription au mépris de l'interdiction des inscriptions ?

Certains ont affirmé que les inscriptions prises au mépris de l'interdiction devaient être frappées de caducité.⁹⁶⁹ Cependant, la caducité se définit comme l'état d'un acte juridique valable mais privé d'effets en raison de la survenance d'un fait postérieur à sa création⁹⁷⁰. La solution avancée par les auteurs ne pouvait donc prospérer. L'inscription étant postérieure, le jugement d'ouverture précède, par hypothèse, l'acte d'inscription.

La caducité étant ainsi écartée, une partie de la doctrine⁹⁷¹ a considéré que les inscriptions prises en dépit de l'interdiction sont nulles, dans la mesure où la nullité est la sanction classique des actes

⁹⁶⁸ Cass. Com., 2 octobre 2007, n° 06-20.140, Inédit ; La solution avait déjà été posée sous l'empire de la loi de 1967 ; Cass. com., 3 mai 1976, n° 74-14.240, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; *RTD com.* 1968, p. 112, obs. A. HONORAT.

⁹⁶⁹ Y. CHAPUT, *Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises*, PUF 1989, n° 303 ; Y. CHARTIER, *Droit des affaires, t.3, Entreprises en difficulté. Prévention. Redressement. Liquidation* ; PUF coll. Thémis, 1988, n° 150.

⁹⁷⁰ *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., 2015-2016, p. 148 ; J. GHÉSTIN, *Traité de droit civil, Les obligations*, LGDJ 1988, n° 725.

⁹⁷¹ P. FREMONT, « Les nouvelles procédures de règlement collectif au regard de la publicité foncière », *JCP N* 1987, I, P. 1 et s, n° 77.

interdits par la loi. Certains auteurs⁹⁷² y voyaient même une nullité absolue, de sorte les organes de la procédure ne pouvaient y renoncer. En outre, tout intéressé pouvait se prévaloir de la nullité.

Par ailleurs, il a été soutenu que la sanction de la nullité pouvait être appliquée par analogie à celle qui frappe les inscriptions prises irrégulièrement en période suspecte et les actes accomplis de manière irrégulière pendant la période d'observation⁹⁷³. Certaines juridictions de fond avaient également opté pour la nullité des inscriptions⁹⁷⁴.

Cependant, malgré le succès de la sanction de la nullité, la Cour de cassation a finalement tranché en faveur de l'inopposabilité. En effet, après que cette solution eut été admise par quelques juridictions de fond⁹⁷⁵, elle a ensuite été consacrée par la Haute juridiction. La solution a d'abord été posée concernant la publication d'un jugement d'adjudication relatif à un immeuble⁹⁷⁶. Puis la Haute Cour a confirmée sa position dans un arrêt rendu en date du 7 novembre 2006⁹⁷⁷ à propos de l'inscription d'hypothèque. Elle a jugé que l'inscription d'hypothèque effectuée après le jugement d'ouverture est inopposable à la procédure collective.

744. La position de la Cour de cassation divise toutefois la doctrine.

Tandis que certains l'approuvent⁹⁷⁸, d'autres, en revanche, émettent quelques doutes sur son application au regard des nouveaux textes⁹⁷⁹. Notre préférence va plutôt pour l'inopposabilité des inscriptions. En effet, la nullité nous paraît être une sanction trop lourde qui, de surcroît, dépasse le cadre de la procédure collective, en ce qu'elle entraîne l'anéantissement rétroactif de l'acte. Or, l'objectif de la règle de l'interdiction des inscriptions est de geler le patrimoine du débiteur, notamment en vue de favoriser le sauvetage de l'entreprise. Aussi, dès l'instant où s'opère la clôture de la procédure, les créanciers devraient à nouveau se prévaloir de l'inscription et être considérés comme des créanciers munis de cause légitime de préférence, ce qui ne serait pas le cas si l'inscription est sanctionnée par la nullité.

⁹⁷² M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 404; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, *op. cit.*, pp. 124 à 127; V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers. - Interdictions des inscriptions », fasc. préc., n° 112.

⁹⁷³ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 1077.

⁹⁷⁴ CA Versailles, 15 janvier 1998, JursiData n° 1998-046230 à propos d'une vente publiée après le jugement d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire; TGI Lyon, 20 septembre 1994, JursiData n° 1994-050406, solution posée à propos d'une hypothèque inscrite sur un immeuble commun.

⁹⁷⁵ CA Aix-en-Provence, 9 avril 1997; JursiData 1997-041302; CA Colmar, 16 mars 1998, *Rev. Proc. Coll.* 2001, p. 249, obs. F. MACORIG-VENIER; T. com. Paris, 2 avril 1998, *Rev. Proc. Coll.* 2000, p. 15, obs. F. MACORIG-VENIER.

⁹⁷⁶ Cass. com., 22 janvier 2002, n° 97-17.430; *Bull. civ.* IV, n° 18; D. 2002, p. 722, obs. A. LIÉNHARD.

⁹⁷⁷ Cass. com., 7 novembre 2006, n° 05-11.551, Inédit; *LXB hebdo* n° 241, 20 décembre 2006, n° N4237A9S, note P.-M. LE CORRE.

⁹⁷⁸ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 654; note 244; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 651-31.

⁹⁷⁹ J. VALLANSAN, P. CAGNOLI et L. FIN-LANGER, *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, Lexisnexis 6^e éd. 2012, art. L. 622-30, pp. 168 et s.

745. En tout état de cause, l'inopposabilité demeure à ce jour la sanction des inscriptions prises en dépit de l'interdiction, et cela, jusqu'à ce que la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence ou que le législateur se prononce formellement sur la question. En outre, nous pensons que même si les arrêts rendus par la haute Cour ne concernent que la publication ou l'inscription d'actes portant sur des immeubles, la sanction de l'inopposabilité doit pouvoir s'étendre à toutes les inscriptions de sûretés prises au mépris de l'interdiction.

b- Les effets de la sanction

746. L'inopposabilité permet aux organes de la procédure collective d'ignorer l'acte d'inscription. Ainsi, bien qu'étant titulaire d'une sûreté, le créancier ne peut, faute d'inscription, s'en prévaloir dans le cadre de la procédure. En conséquence, il ne pourra être admis qu'à titre chirographaire. La Cour de cassation a précisé que l'inopposabilité de l'inscription n'affecte en rien la validité de l'acte. L'inopposabilité ne concerne donc que l'acte d'inscription et pas la sûreté elle-même⁹⁸⁰.

Dans le cadre d'une procédure collective, nous pensons qu'il n'existe en réalité aucune différence entre l'inopposabilité de l'inscription et l'inopposabilité de la sûreté. Dans les deux cas, les organes de la procédure sont fondés à ignorer l'acte inopposable. En conséquence, le créancier ne peut être admis qu'à titre chirographaire. Il est ainsi privé des prérogatives et droits que lui confère sa sûreté.

747. Pour les titulaires de sûretés réelles exclusives, et notamment le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, l'inopposabilité de l'inscription pourrait être sans grande incidence sur son droit de propriétaire. En effet, comme nous l'avons vu dans les développements précédents, le fiduciaire est, dans certains cas, tenu de revendiquer. Aussi, lorsque la revendication a eu lieu en bonne et due forme, le fiduciaire devrait pouvoir opposer son droit de propriété à la procédure, alors même que l'enregistrement ou la publicité est inopposable. La situation est plus délicate lorsque la revendication n'est pas admise (fiducie immobilière ou encore fiducie avec dépossession), dans cette hypothèse, l'inopposabilité pourrait avoir des conséquences néfastes d'autant plus que l'enregistrement et la publicité sont exigés à peine de nullité.

Quant au rétenteur, nous avons vu que seul le rétenteur fictif est soumis à l'interdiction des inscriptions. Or, il s'agit d'abord d'un créancier munis d'une sûreté réelle préférentielle. En cas d'inopposabilité, il subira donc le même traitement que celui réservé à tous les créanciers qui auront procédé à l'inscription au mépris de l'interdiction.

748. Dans tous les cas, l'inopposabilité est une sanction moins lourde que la nullité qui avait été proposée par la doctrine. Cette distinction trouve son intérêt notamment en cas de résolution

⁹⁸⁰ Cass. com., 10 mai 2005, n° 03-16.801, Inédit; JurisData n° 2005- 028461; *Act. Proc. Coll. 2005/10*, comm. 117; Cass. com., 13 décembre 2005, n° 03-14.090, Inédit.

d'un plan de sauvegarde ou de redressement suivi de l'ouverture d'une nouvelle procédure. L'inscription inopposable dans la première procédure, pourra être invoquée dans la seconde sous réserve, cette fois, de sa publication antérieurement au jugement d'ouverture⁹⁸¹.

749. S'agissant de la portée de l'inopposabilité.

Sous l'empire des législations anciennes, et notamment la loi de 1967, il avait été admis que l'acte sanctionné est inopposable à l'égard de la masse des créanciers⁹⁸². Cette masse ayant été supprimée, il faut aujourd'hui considérer que l'inscription est inopposable à l'égard de la procédure collective. Elle profite donc au débiteur et aux autres créanciers.

Contrairement à la déclaration de créances, nous pensons que dans le silence des textes, l'inopposabilité devrait être temporaire. Elle ne devrait durer que le temps de la procédure et, au mieux, pendant l'exécution des plans de continuation. Le créancier dont l'inscription a été frappée d'inopposabilité devrait pouvoir s'en prévaloir à la clôture de la procédure. En outre, la sanction de l'inopposabilité ayant généralement pour but de protéger les tiers, elle devrait pouvoir bénéficier aux cautions.

750. La détermination de la nature de la sanction de l'interdiction et de ses effets ne résout cependant pas toute la difficulté. D'autres questions se posent encore, en l'occurrence le fait de savoir si le conservateur des hypothèques ou le greffé du tribunal, informé du jugement d'ouverture, doit rejeter ou non l'inscription. Toutefois, cette question n'étant pas spécifique à l'objet de notre recherche, nous ne nous y attarderons pas dans le cadre de cette étude⁹⁸³.

Quoi qu'il en soit, en droit français, l'inscription de sûreté prise en violation de l'interdiction est inopposable, elle ne saurait produire d'effets dans la procédure collective. Qu'en est-il en droit OHADA ?

2- La situation en droit OHADA

751. Comme en droit français, le législateur communautaire africain ne donne aucune précision quant à la sanction applicable en cas de violation de la règle de l'arrêt des inscriptions. Ainsi, nous tenterons de déterminer la sanction applicable (a) avant d'en préciser les effets (b).

a- La sanction applicable

752. Une juridiction africaine a eu l'occasion de se prononcer sur la sanction du défaut d'inscription. Dans un arrêt n° 895 rendu le 12 juillet 2002, la cour d'appel d'Abidjan (Côte-

⁹⁸¹ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 651-31.

⁹⁸² G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, t. 3, vol. 1, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd. 1987, n° 652.

⁹⁸³ Sur cette question V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, F. MACORIG-VENIER, « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », fasc. préc., ns° 105 et s ; M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 404 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 651. 31; F. DERRIDA, « L'interdiction de la publication des droits réels principaux et accessoires », art. 57, *Trav. Cridon-Lyon*, p. 59.

d'Ivoire) a jugé que « *les mesures d'exécution entreprises sur des biens objets de gage ne peuvent être suspendues lorsque le contrat de gage n'a pas été enregistré conformément à l'Acte Uniforme sur les sûretés. Une telle convention est, en effet, inopposable aux tiers* »⁹⁸⁴.

Par analogie à la sanction du défaut de publicité, l'inopposabilité pourrait bien être la sanction de la violation de la règle de l'arrêt des inscriptions. Cependant, il ne s'agit là que de la décision d'une simple juridiction de fond et non de la CCJA. Cette solution ne peut donc représenter l'état de la jurisprudence africaine, muette à ce jour.

753. Quant à la doctrine, elle soutient aussi l'idée de l'inopposabilité. Un auteur affirme que les inscriptions prises en dépit de l'interdiction sont sanctionnées par l'inopposabilité⁹⁸⁵. Un autre hésite, en revanche, entre la nullité et l'inopposabilité. En effet, le professeur SAWADOGO estime que si malgré l'interdiction il est procédé à la publication de la sûreté, « il conviendra de l'annuler purement ou simplement ou de la déclarer inopposable »⁹⁸⁶. Il reste toutefois, au travers de ces propos, difficile de déterminer si l'auteur évoque la nullité ou de l'inopposabilité de la sûreté, ou de la publication de celle-ci.

Selon nous, l'inopposabilité semble être la sanction adéquate en cas de violation de la règle de l'arrêt des inscriptions. En effet, conformément au droit commun des sûretés, l'inscription ou la publication conditionne généralement l'opposabilité⁹⁸⁷ des sûretés. A contrario, le défaut d'inscription ou l'inscription prise au mépris de l'interdiction devrait être sanctionné par l'inopposabilité qui n'est pas sans effets.

b- Les effets de la sanction

754. Les effets de l'inopposabilité sont les mêmes que ceux énoncés en droit français. L'inopposabilité prive le créancier des effets de sa sûreté, du moins pendant la durée de la procédure collective. Le créancier ne pouvant se prévaloir de sa sûreté, il peut produire mais ne reste qu'admis à titre chirographaire.

L'inopposabilité produit les mêmes effets à l'égard des créanciers munis de sûretés réelles exclusives, et notamment du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire de somme d'argent. Ainsi, lorsque la notification à l'établissement teneur du compte intervient après le jugement d'ouverture, elle devrait être déclarée inopposable. En conséquence, la masse des créanciers serait fondée à ignorer la

⁹⁸⁴ CA d'Abidjan, Arrêt n° 895 du 12 juillet 2002, CONDE Alpha c/ PIERRE FAKIH, Ohada. com/ Ohadata J-03-15.

⁹⁸⁵ J.-R. GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 131.

⁹⁸⁶ F.-M. SAWADOGO, « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », art préc., p. 730.

⁹⁸⁷ L'article 97 de l'AUS dispose par exemple que, le contrat de gage est opposable au tiers, soit par l'inscription au RCCM, soit par la remise du bien gagé entre les mains du créancier gagiste. De même en matière de nantissement, il ressort des dispositions des articles 131 (nantissement de créance), 143 (nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières), 160 (nantissement de droits de propriété intellectuel) et 165 (nantissement de fond de commerce) que ces différents nantissemments ne sont opposables aux tiers qu'à compter de leur inscription au RCCM.

notification ; et le créancier bénéficiaire du transfert fiduciaire devrait être considéré comme un simple créancier chirographaire.

755. Notons qu'à la différence du droit français, le créancier ne peut rendre son droit de propriété opposable par le moyen de la revendication. En effet, le législateur communautaire africain ne prévoit pas la revendication du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire. En réalité, comme nous l'avons vu, la revendication n'est pas nécessaire pour ce créancier en droit OHADA. En conséquence, l'inopposabilité de la notification devrait priver le créancier des avantages que lui procure sa sûreté.

En attendant d'éventuels éclaircissements, la question des effets de l'inopposabilité sur les sûretés réelles exclusives reste posée.

756. Quoi qu'il en soit, le jugement d'ouverture d'une procédure collective emporte dessaisissement du débiteur au profit de la masse. Ainsi, l'inscription postérieure est inopposable non pas au débiteur, mais à la masse des créanciers. L'inopposabilité profite donc aux créanciers dans la masse. Ceux-ci sont alors fondés à ignorer l'existence de la sûreté ainsi que ses effets.

757. En définitive, cette première section révèle que si la reconnaissance des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives n'est pas conditionnée par leur mention dans la déclaration, elle peut néanmoins être subordonnée à la déclaration de la créance dont elles garantissent le paiement. Quant à l'inscription des sûretés, même si à première vue, la règle de l'interdiction des inscriptions ne s'applique pas aux sûretés réelles exclusives, du moins en droit français, l'esprit du texte conduit à le rendre applicable à toutes les sûretés soumises à la publicité. Ainsi, la fiducie-sûreté n'échappe pas au domaine de cette règle.

En tout état de cause, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives doivent, pour être à l'abri d'une éventuelle inopposabilité de leur sûreté se soumettre à la déclaration ou production de leur créance. Certains d'entre eux doivent par ailleurs, avant le jugement d'ouverture, procéder à l'inscription de leur sûreté pour garantir son opposabilité. On peut ainsi considérer que la reconnaissance générale des sûretés réelles exclusives, dans le contexte d'une procédure collective, est subordonnée au respect de ces deux règles de la discipline collective.

Qu'en est-il alors de la reconnaissance de la clause de réserve de propriété ?

Section 2/ La reconnaissance de la réserve de propriété dans les procédures collectives

758. Comme cela a été vu dans la précédente section, la reconnaissance des sûretés réelles dans la procédure collective passe par le respect de deux règles : la déclaration des créances et l'interdiction des inscriptions postérieures. Le respect de ces règles garantit au créancier l'opposabilité de la sûreté dans la procédure collective.

Cependant, la reconnaissance de la clause de réserve de propriété obéit à un régime juridique particulier, différent de celui des autres sûretés réelles. En effet, en plus des règles de reconnaissance générales, communes à toutes les sûretés, les législations française et africaine subordonnent l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la réunion d'autres conditions qui lui sont spécifiques.

Ainsi, nous examinerons d'abord le sort de la réserve de propriété face aux règles qui assurent la reconnaissance générale des sûretés dans les procédures collectives (paragraphe 1), nous analyserons ensuite les conditions d'opposabilité spécifiques à la clause de réserve de propriété (paragraphe 2).

Paragraphe 1 / La reconnaissance générale de la réserve de propriété dans les procédures collectives

759. Le jugement d'ouverture d'une procédure entraîne la mise en œuvre d'un certain nombre de règles dont certaines garantissent la reconnaissance des sûretés dans les procédures collectives. Il existe, en effet, deux règles à l'égard desquelles le non-respect expose les créanciers à l'inopposabilité de leurs sûretés. Il y a, d'une part, la déclaration ou la production de créances et, d'autre part, l'interdiction ou l'arrêt du cours des inscriptions.

Deux questions se posent alors. La reconnaissance de la réserve de propriété est-elle subordonnée à la déclaration ou à la production de la créance dont elle n'est que l'accessoire ? (A) La clause de réserve de propriété est-elle soumise à l'inscription ? (B).

A- La reconnaissance de la réserve de propriété fondée sur la déclaration ou la production des créances

Compte tenu des différences entre les deux législations, nous analyserons d'abord les solutions du droit français (1) avant d'examiner ensuite celles du droit OHADA (2).

1- Les solutions du droit français

760. Comme pour les autres sûretés, l'obligation de déclarer soulève deux principales interrogations. La première est de savoir si le créancier réservataire doit déclarer sa créance au passif (a). La seconde qui découle de la première, consiste à se demander si la clause de réserve de propriété doit être mentionnée dans la déclaration du réservataire (b). La réponse à ces deux interrogations nous amènera à envisager la sanction du défaut de déclaration (c).

a- Le créancier réservataire et la déclaration de créance

761. Aux termes des dispositions de l'article L. 622-24, tous les créanciers antérieurs et postérieurs non-éligibles au traitement préférentiel doivent, sous peine de sanctions, déclarer leurs créances, à moins de bénéficier d'une dispense de déclaration. La loi ne prévoyant aucune dispense de déclaration au profit du créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété, ce dernier devrait, comme les autres créanciers, déclarer sa créance, conformément aux dispositions des articles L. 622-24 et suivants. Mais cette solution a bien du mal à s'imposer dans la pratique.

762. Déjà, sous l'empire des législations antérieures à la loi de sauvegarde de 2005, la question s'était posée en jurisprudence. Les juridictions avaient eu à se prononcer sur le fait de savoir si l'extinction de la créance pour défaut de déclaration privait le créancier réservataire du bénéfice de sa sûreté. En tenant compte du caractère accessoire de la réserve de propriété⁹⁸⁸, puis de sa qualification de sûreté⁹⁸⁹ (même si la solution avait été contestée en doctrine)⁹⁹⁰, logiquement la réponse aurait dû être affirmative. En effet, le défaut de déclaration étant sanctionné par l'extinction de la créance, la réserve de propriété en qualité d'accessoire devait, selon la maxime « l'accessoire suit le principal », suivre le sort de la créance principale.

Mais la Cour de cassation, contrairement à certaines juridictions de fond⁹⁹¹, a jugé que l'extinction de la créance pour défaut de déclaration, ne prive pas le créancier du bénéfice de la réserve de propriété. Amorcée dans les arrêts du 29 janvier 1991⁹⁹² et du 20 octobre 1992⁹⁹³, lorsqu'elle décida

⁹⁸⁸ Cass. com., 15 mars 1988, n° 85-18. 623, *Bull. civ.*, IV, n° 106; *D.* 1988, p. 330, note F. PÉROCHON; *RTD civ.* 1988, p. 788, obs. M. BANDARAC; Dans deux arrêts rendus le même jour, la Cour avait affirmé que la réserve de propriété était affectée au service exclusif de la créance pour en garantir le paiement; V. aussi, M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance » in *Etude Weill*, Dalloz- Litec, 1983, p. 107.

⁹⁸⁹ Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, Inédit; *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. CROCQ; *Rev. Proc. Coll.* 1995, p. 487, obs. B. SOINNE; Cette solution a été confirmée dans un autre arrêt du 23 janvier 2001; Cass. com., 23 janvier 2001, n° 97-21.660; *Bull. civ.* IV, n° 23; *JCP G*, 2001, I, 321, n° 13, obs M. CABRILLAC; *RTD civ.* 2001, p. 399, obs. P. CROCQ; *RTD com.* 2001, p. 518, obs. A. MARTIN-SERF; Cette solution a ensuite été consacrée par le Code civil, art. 2329 et 2367, al. 2.

⁹⁹⁰ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 293.

⁹⁹¹ CA Douai, 21 septembre 1991, *Rev. Proc. Coll.* 1992, p. 417, obs. B. SOINNE, la juridiction avait jugé que « l'obligation principale à la charge des acquéreurs, à savoir le paiement du solde du prix, ayant disparu du fait de l'extinction de la créance de la société, le transfert de propriété qui était subordonné à cette unique condition, doit nécessairement être constaté ».

⁹⁹² Cass. com., 29 janvier 1991, n° 90-10.525, Inédit.

que la déclaration de créance n'est pas une condition à la revendication, la solution a été clairement posée dans un arrêt du 9 janvier 1996⁹⁹⁴, à propos d'une réserve de propriété immobilière. La Haute juridiction a jugé que l'extinction de la créance du vendeur n'entraîne pas le transfert de la propriété immobilière, car « même si elle libère l'acquéreur de l'obligation de payer la partie du prix restant due, elle ne constitue pas le terme contractuellement fixé pour le transfert de propriété ».

La solution a été confirmée à plusieurs reprises⁹⁹⁵, et notamment dans un arrêt 27 février 2014⁹⁹⁶ à propos de l'effacement de dettes.

Par ces arrêts, la jurisprudence consacre donc la solution selon laquelle l'extinction de la créance du vendeur réservataire, du fait d'un défaut de déclaration de créance, est sans incidences sur la réserve de propriété. En d'autres termes, la clause de réserve de propriété survit à l'extinction de la créance principale.

763. Cette position jurisprudentielle n'a pas manqué de susciter des réactions au sein de la doctrine⁹⁹⁷.

À notre avis, la solution jurisprudentielle est incohérente à plusieurs niveaux.

D'abord, comment comprendre que l'extinction de la créance pour défaut de déclaration ne prive pas le créancier du bénéfice de sa sûreté alors même que celle-ci est l'accessoire d'une créance éteinte ? Faut-il considérer que la sûreté existe indépendamment de la créance principale dont elle n'est que l'accessoire ? Dans ce cas, la solution de la Cour de cassation revient fortement à remettre en cause le caractère accessoire de la réserve de propriété, qu'elle avait elle-même consacrée quelques années auparavant. Dans cette hypothèse, il est, en effet, difficile d'affirmer que la réserve de propriété est au service exclusif de la créance, puisqu'elle survit à l'extinction de celle-ci.

D'autres incohérences se révèlent ensuite si l'on veut appliquer la solution jurisprudentielle aux différentes sanctions du défaut de déclaration. La loi de sauvegarde de 2005 qui a supprimé l'extinction de la créance non déclarée, lui a substitué une absence de participation aux répartitions et dividendes. Sous l'empire de cette législation, la solution de la Cour de cassation pouvait se justifier. La créance non déclarée n'étant pas éteinte et la sanction de l'inopposabilité n'étant

⁹⁹³ Cass. com., 20 octobre 1992, n° 90-18.867, Inédit ; *Rev. Proc. Coll.* 1993, p. 572, obs. B. SOINNE ; *D.* 1993, somm. p. 288, obs. F. PÉROCHON.

⁹⁹⁴ Cass. com., 9 janvier 1996, n° 93-12.667, *Bull. civ.* IV, n° 8 ; *JCP E*, 1996, I, 554, n° 19, obs. M. CABRILLAC ; *RTD com.* 1997, p. 331, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD civ.* 1996, p. 436, obs. P. CROCQ ; *D.* 1996, p. 184, note F. DERRIDA ; V. aussi, E. CHARLERY, « L'efficacité de la réserve de propriété en cas de redressement judiciaire de l'acquéreur. - A propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 janvier 1996. », *JCP G*, 1997, I, 4013. Ch. LARROUMET, « Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective de l'acheteur ? », *D. Aff.* 1996, p. 603.

⁹⁹⁵ V. aussi ; Cass. com., 11 mars 1997, n° 94-20.069 ; *Bull. civ.* IV, n° 70, *D. Aff.* 1997, p.510 ; *RD banc et bourse* 1997, mai-juin, n° 61, p. 132, obs. M.-J CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *Rev. Proc. Coll.* 1997, p. 196, obs. B. SOINNE.

⁹⁹⁶ Cass. civ., 2^e, 27 février 2014, n° 13-10.891, *Bull. civ.* II, n° 59 ; *Gaz. Pal.*, 20 mars, 2014, p.22 ; note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *BJE*, juillet 2014, p. 217, obs. F. PÉROCHON et p. 245, note F. MACORIG-VENIER.

⁹⁹⁷ P. CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. - Situation du vendeur de meuble- Clause de réserve de propriété- » *JCL. com.* 6 juin, fasc. 2545, n° 50 ; P. CROCQ, « Propriété-garantie. Réserve de propriété. Etre ou ne pas être un accessoire : le sort de la réserve de propriété en cas de défaut de déclaration de sa créance par le vendeur », *RTD civ.* 1996, p. 436.

consacrée par aucun texte, on pouvait comprendre que le défaut de déclaration ne prive pas le créancier du bénéfice de sa sûreté, et cela, d'autant plus que la réserve de propriété ne confère pas à son titulaire un droit de préférence. Aussi, l'absence de participations aux répartitions et dividendes est sans incidences sur la réserve de propriété.

Mais, la solution jurisprudentielle redevient incohérente avec l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui frappe expressément d'inopposabilité les créances non déclarées. Les mêmes interrogations formulées pour l'extinction de la créance renaissent ici. Comment le créancier peut-il se prévaloir de sa sûreté alors que la créance principale est inopposable à la procédure ? Faut-il considérer que le défaut de déclaration n'a aucune incidence sur la créance du réservataire et, par voie de conséquence, sur la sûreté ?

764. Enfin, sur un tout autre aspect, des auteurs⁹⁹⁸ considèrent que le créancier réservataire bénéficie de l'avertissement d'avoir à déclarer sa créance. En effet, conformément aux dispositions de l'article L. 622-25, les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou à domicile élu par le mandataire judiciaire d'avoir à déclarer. Or, d'une part, la qualification de sûreté de la clause de réserve de propriété ne fait plus de doute et, d'autre part, comme nous le verrons, le créancier réservataire a la possibilité de procéder à une publicité, certes facultative. Aussi, lorsque le réservataire a publié le contrat objet de la sûreté, il bénéficie de certains avantages dont l'avertissement d'avoir à déclarer. Le mandataire de justice est alors tenu de l'avertir personnellement ou à domicile élu d'avoir à déclarer. En l'absence d'avertissement, le titulaire d'une clause de réserve de propriété ne peut se voir opposer la forclusion⁹⁹⁹.

De cette solution, on peut conclure que le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété doit déclarer sa créance, et que le délai de déclaration ne court, à son égard, qu'à compter de la réception de l'avertissement du mandataire de justice ou du liquidateur dès lors qu'il a publié. En effet, quel intérêt y a-t-il à faire bénéficier le créancier réservataire de l'avertissement, s'il est, dans tous les cas, dispensé d'avoir à déclarer sa créance, comme le souligne la Cour de cassation ?

Toutes ces interrogations et incohérences nourrissent donc notre réticence par rapport à la solution jurisprudentielle. Ces doutes sont cependant levés lorsqu'il est question de la déclaration de la clause de réserve de propriété.

⁹⁹⁸ P. CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. - Situation du vendeur de meuble- Clause de réserve de propriété- » fasc. préc., n° 55; P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 665.82.

⁹⁹⁹ P. CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. - Situation du vendeur de meuble- Clause de réserve de propriété- », fasc. préc., n° 37.

b- Le créancier réservataire et la déclaration de la sûreté

765. Aux termes des dispositions de l'article L. 622-25, alinéa 1^{er}, les créanciers sont tenus de préciser, lors de la déclaration de créance, la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par l'inopposabilité de la sûreté ou du privilège. En se référant à la lettre du texte, le créancier réservataire qui déclare doit, dans sa déclaration, mentionner la réserve de propriété dont la nature de sûreté ne fait plus de doute¹⁰⁰⁰. Mais, là encore, la solution législative ne reçoit pas toujours un écho favorable en pratique.

766. Une partie de la doctrine¹⁰⁰¹ considère qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. En conséquence, dans la mesure où la réserve de propriété reçoit la qualification de sûreté¹⁰⁰², le créancier réservataire est obligé d'en faire mention dans sa déclaration, sous peine d'en perdre le bénéfice. En revanche, en tenant compte de la particularité de la clause de réserve de propriété, la jurisprudence, en accord avec une autre partie de la doctrine, affirme que le défaut de mention de la clause de réserve de propriété dans la déclaration de créance est sans conséquence¹⁰⁰³. La jurisprudence a jugé que l'obligation de mentionner la sûreté dans la déclaration de créance ne concerne que les sûretés ayant pour objet un bien figurant dans le patrimoine du débiteur. Ainsi, la Cour de cassation a affirmé cette solution à propos d'un cautionnement réel¹⁰⁰⁴ et d'un dépôt de garantie¹⁰⁰⁵. De même, un auteur¹⁰⁰⁶ estime que l'obligation de déclarer la sûreté ne concerne véritablement que les créanciers dont la sûreté est assortie d'un droit de préférence. Une fois la créance déclarée, la nécessité de mentionner les sûretés dont elle peut être assortie doit permettre de distribuer le prix des actifs du débiteur, en tenant compte du rang de chacun des créanciers. En conséquence, la clause de réserve de propriété ne conférant aucun droit de préférence¹⁰⁰⁷, son indication au moment de la déclaration est sans grande conséquence, son absence ne devrait donc pas être sanctionnée.

¹⁰⁰⁰ Art. 2329 et 2367, al. 2 du Code civil.

¹⁰⁰¹ Pour application de l'exigence de déclaration à toutes les sûretés ; vr. D.GALLOIS-COCHET, « Garantie autonome et lettres d'intention », *RLDA*, juillet 2007, n° 850, spéc. pp. 68-69.

¹⁰⁰² Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, arrêt préc.; *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. CROCQ; ou Cass. com., 23 janvier 2001 n° 97-21.660, *Bull. civ.* IV, n° 23; *JCP G*, 2001, I, 321, n° 13, obs. M. CABRILLAC.

¹⁰⁰³ Cass. com., 2 mai 1990, n° 88-16.359, Inédit; *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 352, obs. B. DUREUIL; V. aussi P. CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. - Situation du vendeur de meuble- Clause de réserve de propriété », fasc. préc., fasc.n° 54.

¹⁰⁰⁴ Cass. 3e ch. civ., 24 juin 1998, n° 97-17.108, *Bull. civ.* III, n° 137; *JCP G*, 1999, I, 147, n° 15, obs. M. CABRILLAC

¹⁰⁰⁵ Cass. com., 18 janvier 2005, n° 02.12.324, *Bull. civ.* IV, n° 11; *D.* 2005, p. 430, obs. A. LIÉNHARD.

¹⁰⁰⁶ P.-M LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 666.42.

¹⁰⁰⁷ Cass. com., 15 octobre 2013, n° 13-10.463, *Bull. civ.* IV, n° 153 ; *D.* 2013, AJ p.2462, note A. LIÉNHARD; *BJE*, novembre 2013, p. 373, obs. M. LAROCHE; *JCP E*, 2014, 1020, n° 12, obs. Ph. PÉTEL; *Gaz. Pal.* 12 janvier 2014, p. 28, note P.-M. LE CORRE. *Bull. civ.* IV, n° 153 ; *Gaz. Pal.*, 05 décembre 2013, n° 339, p. 21; obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND; *LXB hebdo* 21 novembre 2013, n° 359, note E. LE CORRE-BROLY. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé que la réserve de propriété ne confère aucun droit de préférence dans les répartitions.

Cette solution reçoit notre approbation. Car, d'une part, la clause de réserve de propriété en conférant à son titulaire un droit exclusif et non pas un droit de préférence, le place hors concours mais ne lui confère pas un meilleur rang dans l'ordre des répartitions. D'autre part, la clause de réserve de propriété est fondée sur un droit de propriété dont l'opposabilité est assurée, à défaut de publicité, par la revendication et non par la déclaration. En conséquence, l'absence de déclaration de la clause de réserve de propriété n'a aucune incidence sur son opposabilité dans la procédure collective. Le créancier ne saurait donc être sanctionné du fait du défaut de mention de la clause dans la déclaration.

767. On peut toutefois nuancer cette analyse en application des dispositions de l'article L. 624-16, alinéa 4. C'est l'hypothèse où le bien faisant l'objet d'une réserve de propriété est utilisé pendant la procédure collective. Dans ce cas, le créancier peut ne pas bénéficier d'un paiement exclusif. La nuance s'accroît lorsqu'il accorde des délais de paiement au débiteur. En cette situation, le créancier bénéficie alors d'une créance postérieure éligible au traitement préférentiel. Quoi qu'il en soit, la mention de la clause dans la déclaration est recommandée si l'on considère l'information des organes de la procédure collective.

768. En définitive, si la solution jurisprudentielle peut se justifier lorsqu'elle soustrait la clause de réserve de propriété à la déclaration, elle nous convainc beaucoup moins lorsqu'il s'agit de la déclaration de créance du réservataire, car il s'agit-là de deux questions différentes pour lesquelles il ne faut pas faire d'amalgame. Or, la question de la déclaration de la clause de réserve de propriété ne se pose réellement que lorsque le réservataire a déclaré sa créance. En effet, il est peu probable qu'un créancier n'ayant pas déclaré sa créance vienne à se demander s'il faut déclarer sa sûreté. Nous réaffirmons ici notre idée – certes contraire à la solution jurisprudentielle – selon laquelle le créancier réservataire devrait se soumettre à la déclaration de créance.

769. D'ailleurs, la solution retenue par la Cour de cassation, dans l'arrêt du 15 octobre 2013¹⁰⁰⁸, constitue une légère évolution en la matière. S'il est vrai que la Haute juridiction affirme que la réserve de propriété ne confère pas à son bénéficiaire un droit de préférence et que la déclaration de créance du vendeur réservataire ne remplace pas l'action en revendication, la solution peut laisser penser que le créancier est, en revanche, tenu de déclarer, à titre chirographaire simplement, s'il souhaite obtenir le paiement de sa créance de prix impayée. La solution de la Cour de cassation permet en outre de comprendre que le créancier réservataire ne peut être admis comme un créancier privilégié. On observe ainsi une évolution jurisprudentielle, puisque la Haute juridiction admet en quelque sorte que le vendeur réservataire puisse déclarer sa créance, même s'il n'est admis qu'à titre chirographaire.

¹⁰⁰⁸ Cass. com., 15 octobre 2013, n° 12-14. 944 et n° 13-10.463, arrêt préc.

Quoi qu'il en soit, la prudence recommande à tout créancier, fut-il bénéficiaire d'une réserve de propriété, de déclarer sa créance au passif de l'entreprise. Dans le cas contraire, le créancier s'expose à la sanction du défaut de déclaration.

c- La sanction du défaut de déclaration

770. La sanction du défaut de déclaration est l'inopposabilité de la créance ou de la sûreté non déclarée. Lorsqu'on s'en tient à la solution jurisprudentielle, le créancier réservataire n'est pas tenu de déclarer. La réserve de propriété qui survit à l'extinction de la créance devrait aussi survivre à l'inopposabilité de la créance non déclarée. En conséquence, le créancier réservataire échappe aux effets de l'inopposabilité.

Cependant, si par précaution le créancier entend déclarer sa créance, il est tenu de faire la déclaration dans les délais prévus par l'article L. 622-24, c'est-à-dire dans les deux mois qui suivent la publication du jugement d'ouverture au BODACC. Et, lorsque le contrat a été publié, dans le délai de deux mois à compter de la notification de l'avertissement d'avoir à déclarer.

771. Mais que faut-il décider si le créancier réservataire ne respecte pas les délais et qu'il n'est pas relevé de sa forclusion ? Sa créance est-elle inopposable et, surtout, quels sont les effets de cette inopposabilité ? Comme pour la fiducie, l'inopposabilité est difficilement envisageable. En application de la solution admise en jurisprudence, la réserve de propriété devrait survivre à la sanction du défaut de déclaration, en l'occurrence à l'inopposabilité. En conséquence, le créancier réservataire devrait, en dépit du défaut de déclaration, pouvoir opposer son droit de propriété à la procédure collective dès lors qu'il a revendiqué. Un auteur¹⁰⁰⁹ a ainsi considéré que l'inopposabilité à la procédure collective de la créance non déclarée n'a aucune incidence sur l'exercice de l'action en revendication.

772. Cela amène à s'interroger sur l'utilité de la déclaration de créance au regard de la revendication. La déclaration de créance dispense-t-elle le réservataire de revendication ? L'opposabilité de la réserve de propriété est-elle garantie par la déclaration de créance ou par la revendication ?

La Cour de cassation a eu à juger que la déclaration de créance, avec mention de la clause de réserve de propriété, n'autorise pas le vendeur à opposer son droit de propriété à la procédure collective, faute d'avoir présenté une demande en revendication¹⁰¹⁰. Quelques années en arrière, la Haute juridiction avait déjà jugé que la déclaration de créance n'était pas une condition de la

¹⁰⁰⁹ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 813.72.

¹⁰¹⁰ Cass. com., 15 octobre 2013, n°12-25.993, Inédit.

revendication¹⁰¹¹. Par ailleurs, une juridiction de fond a jugé que la revendication ne vaut pas déclaration de créance¹⁰¹².

De ces différents arrêts, on peut conclure que l'opposabilité du droit de propriété du réservataire est assuré par la revendication et non par la déclaration. La déclaration de créance ne dispense donc pas le réservataire de revendication. Ainsi, sauf en cas de dispense, seul le défaut revendication rend inopposable le droit de propriété du réservataire. La prudence commande toutefois au créancier diligent qui a revendiqué de déclarer en parallèle sa créance. Cette déclaration serait utile notamment dans l'hypothèse où la revendication n'aboutirait pas.

Nous venons ainsi de voir la situation du créancier réservataire français face à l'obligation de déclarer, analysons à présent les solutions de droit OHADA.

2- Les solutions du droit OHADA

773. Nous suivront le même schéma qu'en droit français. Nous allons ainsi répondre aux questions suivantes : Le créancier réservataire africain est-il tenu de produire sa créance (a) ? Si oui, doit-il mentionner sa sûreté dans l'acte de production (b)? Dans l'affirmative, quelle sanction encourt-il en cas de défaut de production (c) ?

a- Le créancier réservataire et la production de créance

774. L'alinéa 1^{er} de l'article 78 de l'AUPC indique qu'« *À partir de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens et jusqu'à l'expiration d'un délai de soixante jours (...) tous les créanciers composant la masse, à l'exception des créanciers d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic* ». Ce texte ne pose aucune dispense pour le créancier réservataire. En conséquence, dès lors qu'il fait partie de la masse, il doit produire sa créance. Contrairement à la jurisprudence française, il n'existe pas, en droit OHADA, une décision de la CCJA permettant au créancier réservataire de se soustraire à l'obligation de production. Le créancier réservataire africain est donc, en tant que créancier composant la masse, soumis à la production des créances.

Cette solution est d'autant plus admise qu'avant la réforme de l'AUPC, l'ancien article 78 disposait en son alinéa 3 que « *Les titulaires d'un droit de revendication doivent également produire en précisant s'ils entendent exercer leur droit de revendication. À défaut de cette précision, ils sont considérés comme créanciers chirographaires* ». Ainsi, le créancier réservataire africain, en tant que titulaire d'un droit de revendication, n'échappait pas à la production des créances. Aujourd'hui, bien qu'il n'y ait plus de texte qui soumette l'ensemble des revendiquants à la production des

¹⁰¹¹ Cass. com., 29 janvier 1991, n° 90-10.525 et Cass. com., 20 octobre 1992, n° 90-18.867, arrêts préc.

¹⁰¹² CA Aix- en- Provence, 8e ch. C, 11 septembre 2001; *Act. Proc. Coll.* 2002/3, comm. 39.

créances, le créancier réservataire y demeure néanmoins tenu, et cela, en application des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 78 de l'AUPC.

Mais alors, doit-il également faire mention de sa sûreté dans l'acte de production ?

b- Le créancier réservataire et la production de la sûreté

775. L'article 80, alinéa 2, de l'AUPC dispose qu'« *Elle (la déclaration) précise la nature de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie* ». La clause de réserve de propriété étant reconnue comme une sûreté en droit OHADA¹⁰¹³ conformément à la lettre du texte, le créancier réservataire devrait la mentionner dans l'acte de production.

Il convient de préciser que l'ancien article 78, alinéa 3, de l'AUPC prévoyait que les titulaires d'un droit de revendication doivent produire en précisant « *s'ils entendent exercer leur droit de revendication* ». En soumettant les revendiquants à la production des créances, le législateur avait aussi tiré les conséquences découlant de cette situation. Aussi, comme tous les créanciers munis de sûretés, les revendiquants devaient préciser leur droit à la revendication au moment de la production.

776. Somme toute, contrairement au droit français, la mention de la réserve de propriété dans l'acte de production ne soulève pas de discussions en droit OHADA. Par ailleurs, comme nous le verrons, la publicité est obligatoire pour la réserve de propriété ; elle en conditionne l'opposabilité¹⁰¹⁴. Le réservataire africain doit ainsi bénéficier de l'avertissement d'avoir à produire. À son égard, le délai de revendication ne commence donc à courir qu'à compter de la notification de l'avertissement. En outre, il sera difficile pour le créancier réservataire d'obtenir un relevé de forclusion, dans la mesure où ce relevé ne s'obtient que lorsque le créancier démontre que l'absence de production n'est pas due à son fait personnel.

777. En définitive, il n'existe en droit OHADA aucune opposition à la soumission du créancier réservataire à l'obligation de production. Dès lors qu'il fait partie de la masse des créanciers, il doit, en application des dispositions des articles 78 à 80 de l'AUPC, non seulement produire sa créance mais également la sûreté assortissant cette dernière. Cette solution a au moins le mérite de la cohérence et de la simplicité, puisque le législateur communautaire africain ne fait aucune différence entre les créanciers composant la masse. En effet, à l'exception des créanciers d'aliments, les autres créanciers sont tenus de produire leurs créances et leurs sûretés, peu importe la nature de celle-ci. Cette situation est d'autant plus admise que la CCJA ne s'est pas encore prononcée sur la question. Ainsi, le créancier réservataire qui ne se soumet pas à l'obligation de production encourt des sanctions.

¹⁰¹³ Cf. art. 71 de l'AUS.

¹⁰¹⁴ Article 103 de l'AUPC.

c- La sanction du défaut de production

778. Comme nous l'avons vu, selon les dispositions de l'article 83 de l'AUPC, le défaut de production est sanctionné par l'absence de participation aux répartitions et dividendes. De plus, les créances non produites sont inopposables au débiteur et à la masse, pendant la durée de la procédure collective, mais aussi durant la période d'exécution du concordat de redressement.

779. Il se pose toutefois la question des effets de l'inopposabilité de la réserve de propriété. Contrairement à la jurisprudence française, en droit OHADA, il n'a jamais été jugé que la réserve de propriété survive à la sanction du défaut de production. Ainsi, conformément à la lettre du texte (article 83 de l'AUPC), d'une part, et au caractère accessoire de la réserve de propriété, d'autre part, l'inopposabilité de la créance devrait entraîner celle de la sûreté, fût-elle une réserve de propriété. L'accessoire, ici la réserve de propriété, devrait suivre le sort de la créance principale.

L'inopposabilité semble en revanche difficilement envisageable lorsque seule la sûreté n'a pas été produite. En effet, selon la jurisprudence française, et comme l'a également soutenu un auteur français, la mention de la sûreté lors de la déclaration n'a réellement d'intérêt à l'égard du créancier que lorsque celle-ci lui confère un rang dans l'ordre de paiement. Or, tel n'est pas le cas de la réserve de propriété. Toutefois, comme nous l'avons dit pour le droit français, la mention de la sûreté au moment de la production se révèle nécessaire pour les organes de la procédure, car elle leur permet d'avoir une meilleure connaissance de l'état du passif du débiteur.

En tout état de cause, il reviendra à la jurisprudence communautaire de dire si le défaut de production affecte ou non le droit de propriété du réservataire. Par précaution, le créancier réservataire devrait donc produire sa créance mais aussi sa sûreté.

Nous venons ainsi de confronter la réserve de propriété à la règle la déclaration ou de la production des créances. Intéressons-nous à présent à son inscription.

B- La reconnaissance de la réserve de propriété fondée sur son inscription

780. De ce qui a été démontré dans les précédents développements, il ressort que la règle de l'arrêt ou de l'interdiction des inscriptions conditionne également l'opposabilité des sûretés réelles dans les procédures collectives. Aussi, cette règle ne s'applique qu'aux seules sûretés soumises à la publicité.

Dans ce paragraphe consacré à l'étude de la clause de réserve de propriété, la question qui se pose est celle de sa soumission à la publicité. Celle-ci conditionne-t-elle la reconnaissance de la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives ? La réponse à cette interrogation diffère selon que l'on se situe en droit français ou en droit OHADA. Nous verrons qu'en droit français, la publicité de la clause de réserve de propriété n'est pas obligatoire (1) alors qu'en droit OHADA, la publicité est exigée à peine d'inopposabilité (2).

1- L'absence d'obligation de publicité en droit français

781. Selon les objectifs de la règle de l'interdiction des inscriptions qui consistent, rappelons-le, à geler le patrimoine du débiteur afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise, d'une part, et à maintenir le respect du principe d'égalité, d'autre part, l'interdiction ne devrait s'appliquer qu'aux sûretés réelles antérieurement constituées et soumises à la publicité.

Il convient alors de déterminer si le législateur français soumet la clause de réserve de propriété à la publicité obligatoire.

L'article L. 624-16 du Code de commerce qui énonce les conditions d'opposabilité de la clause de réserve de propriété ne fait à aucun moment mention de la publicité. L'opposabilité de la clause de réserve de propriété est, en effet, assurée par sa rédaction dans un écrit convenu entre les parties au plus tard au moment de la livraison. Il en résulte que la publicité n'est pas une condition d'opposabilité de la clause de réserve de propriété. Elle n'est donc pas obligatoire pour le réservataire. Il s'agit simplement d'une faculté qui lui est offerte.

Cependant, même en n'étant qu'une simple faculté, la publicité confère des avantages non-négligeables au créancier qui s'y soumet. D'une part, elle dispense le créancier propriétaire de revendication et d'autre part, elle permet au créancier soumis à la déclaration de créances de bénéficier de l'avertissement d'avoir à déclarer.

782. La clause de réserve de propriété n'étant pas soumise à la publicité obligatoire, celle-ci ne saurait donc être une condition d'opposabilité de la sûreté. Ainsi, la reconnaissance la réserve de propriété ne passe pas nécessairement par son inscription. Toutefois, lorsque le créancier réservataire décide de publier la clause ou le contrat qui en est l'objet, il devrait le faire avant le jugement d'ouverture. À défaut, il se heurte à la règle de l'interdiction des inscriptions postérieures au jugement d'ouverture. C'est uniquement dans cette hypothèse que la reconnaissance de la réserve de propriété passe par son inscription.

Qu'en est-il en droit OHADA

2- L'exigence d'une publicité en droit OHADA

783. Il ressort des dispositions de l'article 103, alinéa 3, de l'AUPC que pour être revendiqués, les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété doivent respecter les conditions prévues par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Or, l'article 74 de l'AUS énonce que la réserve de propriété n'est opposable aux tiers que si celle-ci a été régulièrement publiée au RCCM. Il résulte de la combinaison de ces deux textes que pour revendiquer, le réservataire doit publier sa sûreté¹⁰¹⁵. À la différence du droit français, la publicité de la clause n'est pas facultative en droit OHADA. Elle est obligatoire et exigée à peine

¹⁰¹⁵ Sur la contradiction entre ces dispositions ; v. ns° 354 et s.

d'inopposabilité. Le législateur communautaire africain se démarque, de cette manière, de son homologue français. Ainsi, une clause non publiée ne saurait être opposable aux tiers. Il en irait de même en cas de publicité irrégulière¹⁰¹⁶.

La clause de réserve de propriété étant soumise à la publicité, il en découle qu'elle n'échappe pas à la règle de l'arrêt du cours des inscriptions. Ainsi, en droit OHADA, la reconnaissance de la réserve de propriété semble être subordonnée à son inscription au RCCM, avant le jugement d'ouverture.

784. En définitive, la confrontation de la clause de réserve de propriété aux règles qui assurent traditionnellement l'opposabilité des sûretés dans les procédures collectives, révèle une différence remarquable entre le droit français et le droit OHADA.

Le fait que la Cour de cassation française ait jugé que la réserve de propriété survit à l'extinction de la créance, permet au créancier réservataire de se soustraire à l'obligation de déclaration. Par ailleurs, le réservataire n'est pas tenu de publier sa sûreté. Il en résulte que la reconnaissance de la réserve de propriété n'est pas subordonnée à la déclaration de créance est encore moins à son inscription. Cette situation qui crée une différence de traitement entre le réservataire et les autres créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives, et notamment les bénéficiaires de la fiducie, semble démontrer une réelle volonté du législateur de faire de la clause de réserve de propriété une sûreté efficace.

La situation est bien différente en droit OHADA. En effet, le législateur communautaire africain n'a pas suivi l'exemple de son homologue français. Comme pour les autres sûretés, la reconnaissance de la réserve de propriété est subordonnée à la production de créance et aussi semble-t-il à l'inscription de cette sûreté.

785. Toutefois, au-delà des règles posées pour la reconnaissance générale des sûretés dans les procédures collectives, les législations française et africaine prévoient des conditions d'opposabilité spécifiques pour la réserve de propriété dans les procédures collectives.

Paragraphe 2/ La reconnaissance spécifique à la réserve de propriété

786. En cas d'ouverture d'une procédure collective, la réserve de propriété se révèle d'une efficacité redoutable. Cependant, son opposabilité aux tiers est subordonnée à la réunion de conditions spécifiques. Ces affirmations sont valables aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Toutefois, depuis la réforme de l'AUPC, il existe désormais des différences entre les législations. Cette situation nous amène à évoquer séparément les conditions posées par le législateur français (A) et celles prévues en droit OHADA (B).

¹⁰¹⁶ M. BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », art. préc., pp. 308 et s.

A- Les conditions spéciales d'opposabilité en droit français

787. En France, l'opposabilité de la clause de réserve de propriété, en cas de faillite du débiteur, a été consacrée par la loi Dubanchet du 12 mai 1980, relative aux effets de la clause de réserve de propriété dans les contrats de vente¹⁰¹⁷.

Inspiré par le droit allemand¹⁰¹⁸, le législateur français a rendu la clause de réserve de propriété efficace au moment où le besoin se faisait le plus ressentir, c'est-à-dire en cas de faillite de l'acheteur. En effet, sous l'empire des législations antérieures, la jurisprudence, en déclarant la clause inopposable à la masse des créanciers lorsque l'acheteur était en faillite, lui avait ôté tout intérêt pratique. C'est donc avec la loi du 12 mai 1980 que le législateur a mis un terme à l'inopposabilité de la clause de réserve de propriété. Désormais, la clause est opposable dans les procédures collectives sous certaines conditions.

788. Reprenant les conditions initialement posées par le nouvel article 65 de la loi du 13 juillet 1967, dans sa rédaction issue de la loi du 12 mai 1980, puis repris par l'article 121 de la loi du 25 janvier 1985¹⁰¹⁹, l'actuel article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce prévoit que « *la clause doit avoir été convenue par les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison* ». Le législateur français pose ainsi trois conditions à l'opposabilité de la clause de réserve de propriété. Il faut un écrit (1) constatant l'accord des parties (2) et établi au plus tard au moment de la livraison (3).

1- Un écrit

789. Cette condition n'est pas spécifique au droit des procédures collectives. En effet, l'article 2368 du Code civil dispose que « *la réserve de propriété est convenue par écrit* ». On aurait pu voir dans cette exigence une condition de validité de la clause. Mais, le texte ne précise pas que l'écrit est exigé, à peine de nullité. L'écrit n'est donc pas une condition de validité de la clause.

L'exigence d'un écrit a cependant été analysée comme un moyen de preuve¹⁰²⁰, le contraire ayant toutefois été soutenu¹⁰²¹. Ainsi, comme le préconisent certains auteurs¹⁰²², il faut y voir une condition d'opposabilité aussi bien en droit commun qu'en droit des procédures collectives.

¹⁰¹⁷ Parmi les nombreux commentaires de cette loi n° 80-335; R. HOUIN, « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP E* 1980, II. 1328 ; X. GARCIN et J. THIERRY, « La clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt ? », *Gaz. Pal.* 1980, p. 193; Y. CHAPUT « Les clauses de réserve de propriété », *JCP E* 1981, II. 13444; Y. DEMOURES, « La vente avec réserve de propriété et la loi du 12 mai 1980 », *RTD com.* 1982, p. 33; J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, Chron. p.1.

¹⁰¹⁸ C. WITZ, « Les sûretés mobilières en RFA », *RID comp.* 1985, p. 27; M. PEDAMON, « La réserve de propriété en droit allemand », *Gaz. Pal.* 1981, p. 5.

¹⁰¹⁹ J.-L. VALLENS, « La clause de réserve de propriété et la procédure de redressement judiciaire », *JCP G*, 1986, II. 145651; V. CROSIO, « Les problèmes d'application de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 », *LPA*, 1985, p. 22.

¹⁰²⁰ D. VOINOT, « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 65.

790. Le législateur ne donne aucune précision sur la forme de l'écrit. La jurisprudence quant à elle en fait une interprétation extensive¹⁰²³. La clause peut être convenue dans tout document contractuel habituellement utilisé¹⁰²⁴. Ainsi, la clause peut être contenue dans tous les documents en usage dans les rapports commerciaux, peu important qu'il s'agisse d'une facture, d'un avis de réception, d'un bordereau d'expédition, d'un bon de commande ou de livraison¹⁰²⁵. Aujourd'hui, on peut même considérer que la clause puisse figurer sur un support informatique. En outre, peu important que la clause soit isolée ou insérée dans les conditions générales de ventes¹⁰²⁶, il suffit qu'elle soit rédigée de manière suffisamment apparente, dans un document clair et lisible¹⁰²⁷ et non pas noyée dans de trop grandes dispositions, ou figurer en petits caractères au milieu des conditions contractuelles¹⁰²⁸. De même, il n'est pas exigé qu'une clause soit rédigée pour chaque contrat. En effet, l'article L. 624-12, alinéa 2, précise que la clause peut figurer dans un contrat régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties¹⁰²⁹. C'est le cas des clauses intégrées dans les contrats-cadre.

791. L'écrit contenant la clause de réserve de propriété n'est pas soumis à une formalité de publicité obligatoire. Celle-ci demeure facultative pour les créanciers réservataires. Seulement, le législateur avait prévu que les biens vendus avec clause de réserve de propriété doivent figurer sur une ligne distincte à l'actif du bilan de l'acquéreur et faire l'objet d'une mention spéciale dans l'inventaire des biens du débiteur dressé par l'administrateur¹⁰³⁰. Mais, le non-respect de cette formalité est sans conséquence puisqu'il n'y a pas de sanction. Il s'agit donc simplement d'une mesure d'information et non d'une obligation de publicité¹⁰³¹. La publicité de l'écrit n'est donc pas une condition d'opposabilité de la clause en droit français.

Mais quelle que soit la forme de l'écrit, la clause doit avoir été convenue entre les parties.

¹⁰²¹ J.-P. SCARANO, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété (Observations de droit comparé et de droit international privé) », *RTD com.* 1990, p. 535, sp. p. 536.

¹⁰²² J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », art. préc. ; P.-M LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 816.21.

¹⁰²³ R. JUAN, « Trois ans de jurisprudence sur la clause de réserve de propriété », *Cah. drt entp.* 1984, n° 2, p. 5 ; « Quatre ans de jurisprudence sur la clause de réserve de propriété (1984- 1987) », *JCP E* 1987, n° 39, p. 14.

¹⁰²⁴ J.-P. SCARANO, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété (Observations de droit comparé et de droit international privé) », art. préc., pp. 535 et s. sp. p. 536.

¹⁰²⁵ Cass. com., 11 juillet 1983, n° 82-10.639; *Bull. com.*, n° 215.

¹⁰²⁶ Cass. com., 19 février 1985, n° 83-16.212, *Bull. civ.* IV, n° 67 ; *JCP* 1985, IV, 161; CA Paris, 3e ch. A., 8 novembre 2005, RG n° 05/0793.

¹⁰²⁷ J.-P. SCARANO, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété (Observations de droit comparé et de droit international privé) », art. préc., p. 535, sp. p. 536.

¹⁰²⁸ Cass. com., 14 juin 1994, n° 92-10.633, Inédit; *Rev. Proc. Coll.* 1995, p. 194, obs. B. SOINNE; Cass. com., 19 décembre 2000, n° 98-11.577, Inédit; *Rev. Proc. Coll.* 2001, p. 15, obs. B. SOINNE.

¹⁰²⁹ La jurisprudence antérieure avait jugé du contraire; Cass. com., 17 mars 1992; n° 90-16.207, Inédit; *D.* 1993, somm. 290, obs. F. PÉROCHON; Cass. com., 3 novembre 1992, n° 90-18.604; *Bull. civ.* IV, n° 346; *JCP E*, 1993, I, 3672, n° 16, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL; *D.* 1993, somm. 287 et 290, obs. F. PÉROCHON; Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-15.802, *Bull. civ.* IV, n° 108; *D.* 2001, AJ, p. 2032.

¹⁰³⁰ Article 3, al. 3 de la loi du 12 mai 1980.

¹⁰³¹ J.-P. SCARANO, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété (Observations de droit comparé et de droit international privé) », art. préc., p. 535, sp. p. 537.

2- L'accord des parties

792. D'après les dispositions de l'article L. 624-16, la clause « *doit avoir été convenue entre les parties* ». Contrairement à l'exigence d'un écrit, l'accord des parties est à notre avis une condition non pas seulement d'opposabilité, mais aussi de validité de la clause. Sans l'accord des parties, la clause ne peut valablement être constituée puisqu'il n'y a pas de consentement mutuel¹⁰³². Or, le consentement mutuel nous semble être l'élément constitutif du contrat en vertu duquel le propriétaire du bien se réserve la propriété d'un bien. Quoi qu'il en soit, l'accord des parties implique surtout l'acceptation de la clause par le débiteur (le cocontractant du propriétaire ; l'acheteur dans le cadre d'un contrat de vente).

793. Comme pour l'écrit, aucune forme précise n'est requise pour l'acceptation. Là encore la jurisprudence reste assez large. L'acceptation n'est pas nécessairement écrite. Elle peut également être orale ou tacite¹⁰³³. De même, l'acceptation expresse n'est pas obligatoire¹⁰³⁴. La Cour de cassation admet que l'acceptation soit tacite, à condition que le cocontractant adopte un comportement allant dans ce sens et qu'il s'engage en connaissance de cause¹⁰³⁵. Aussi, la haute Cour a jugé que l'acceptation pouvait être déduite d'une relation d'affaire existante entre les parties et de la réception par le débiteur, dans le cadre de cette relation, des factures antérieures comportant la clause litigieuse sans protestation de sa part, l'acceptation tacite résulte alors de l'exécution du contrat¹⁰³⁶. Par ailleurs, la jurisprudence n'exige pas que l'acceptation soit donnée uniquement par le débiteur. Elle peut émaner d'un préposé ayant qualité pour engager l'acheteur¹⁰³⁷ ou encore du mandataire.

Dans tous les cas, le propriétaire doit démontrer l'acceptation certaine et sans équivoque du débiteur¹⁰³⁸. Cette preuve se fait par tous moyens. Dans le cas des contrats-cadre, on admet qu'une seule acceptation soit donnée pour l'ensemble des opérations commerciales convenues entre les parties.

794. Cependant, il peut arriver qu'il n'y ait pas d'accord entre les parties. C'est le cas lorsque l'acheteur manifeste clairement son refus de toute réserve de propriété¹⁰³⁹. Tel est encore le cas

¹⁰³² D.VOINOT, « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés », art.préc., p.65.

¹⁰³³ Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-11.209, *Bull. civ.* IV, n° 108.

¹⁰³⁴ Cass. com., 19 février 1985, n° 84-10.697, *Bull. civ.* IV, n° 68; *Rev. Jur. Com.* 1986, p. 127, note GALET; Cass. com., 9 juin 1987, n° 85-16.689, *Bull. civ.*, IV, n° 141; *D.* 1988, Somm. p. 8, obs. F. DERRIDA.

¹⁰³⁵ Cass. com., 3 juin 1997, n° 93-21.322, *Bull. civ.* V, n° 168; *RJDA* 1997/11, n° 1414.

¹⁰³⁶ Cass. com., 31 janvier 2012, n° 10-28.407, *Bull. civ.* IV, n° 18; *Gaz. Pal.* 28 avril 2012, n° 118, p. 35, note F. PÉROCHON; *LPA* 15 juin 2012, n° 120, p. 16, note F. REILLE; *D.* 2012, AJ. p. 432, obs. A. LIÉNARD ; *RTD com.* 2012, P. 616, n°6, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰³⁷ Cass. com., 11 juillet 1995, n° 93-10.385, *Bull. civ.* IV, n° 210; *D.* 1996, somm. 211, obs. F. PÉROCHON

¹⁰³⁸ Cass. com., 9 juin 1987, n° 85-16.689, arrêt préc.

¹⁰³⁹ Cass. com., 16 octobre 1990, n° 89-14.189, *Bull. civ.* IV, n° 239; Dans le même sens voir; D. VOINOT, « Le refus par l'acheteur de la clause de réserve de propriété en droit des procédures collectives », *D.* 1997, p. 312.

lorsqu'il existe des contradictions entre les conditions générales du vendeur et de l'acheteur¹⁰⁴⁰. Dans cette hypothèse, le silence de l'acheteur qui a reçu des factures et des accusés de réception de commandes ne peut être assimilé à une acceptation tacite¹⁰⁴¹. La clause de réserve de propriété est également considérée comme non acceptée, lorsque l'acheteur refuse par avance les clauses de réserve de propriété contenues dans des clauses contractuelles.

Quoi qu'il en soit, lorsque la clause n'a pas été acceptée par l'acheteur, et même si le vendeur n'accepte pas le refus, la sûreté ne peut valablement être constituée, faute d'accord entre les parties. En revanche, en l'absence d'écrit porté à la connaissance du débiteur, la clause peut être valable entre les parties mais elle ne saurait être opposable aux tiers¹⁰⁴².

En somme, pour que la clause soit opposable à la procédure collective, il faut non seulement l'accord des parties, mais également que la clause soit contenue dans un écrit, lequel doit être établi au plus tard au moment de la livraison.

3- Le moment de l'établissement de l'écrit au plus tard à la livraison

795. L'établissement de l'écrit au plus tard au moment de la livraison est également une condition d'opposabilité de la clause. Contrairement à l'exigence d'un écrit, il s'agit d'une condition spécifique au droit des procédures collectives.

La livraison des biens s'analyse donc comme la date butoir à laquelle l'écrit doit avoir été rédigé. Cela signifie que l'écrit contenant la clause doit être antérieur ou concomitant à la date de livraison. Ainsi, la clause stipulée dans une facture adressée à l'acheteur après la livraison, n'est pas opposable et n'autorise pas le vendeur à revendiquer¹⁰⁴³. Certains auteurs¹⁰⁴⁴ estiment que l'exigence d'un écrit établi au plus tard à la livraison vise à éviter le concert frauduleux entre un acheteur en redressement judiciaire et son vendeur, qui après livraison permettrait au vendeur d'échapper à la discipline collective subie par l'ensemble des créanciers chirographaires.

Une difficulté particulière se présente en cas de défaut de livraison lorsque l'acheteur est déjà détenteur du bien, du fait d'une précédente vente assortie d'une condition suspensive non réalisée. En présence d'une telle situation, la Cour de cassation, en s'appuyant sur l'article 1606 du Code civil, a jugé que l'accord des parties sur une nouvelle vente contenant la clause de réserve de propriété permet de considérer que la délivrance de la chose est intervenue lors de cette nouvelle

¹⁰⁴⁰ Cette mesure provient de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, réformant les sûretés, qui a supprimé l'opposabilité de la clause l'acheteur même en cas de désaccord entre les parties. Cette mesure a été elle-même instituée par la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996. En faveur de la suppression P. CROCQ, « La réserve de propriété », *JCP G* 2006, suppl. n° 20, p. 23; Contre la suppression; R. DAMMANN, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1298, spéc n° 12

¹⁰⁴¹ Cass. Com., 3 décembre 1996, n° 94-21.796; *Bull. civ.* IV, n° 299; *RTD com.* 1997, p. 500, obs. B. BOULOC.

¹⁰⁴² D. VOINOT, « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés », art. pré., p.

66

¹⁰⁴³ Cass. Com. 31 janvier 2012, n° 10-28.407, arrêt préc.

¹⁰⁴⁴ V. A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit.*, n° 698.

vente. La clause doit donc être convenue dans le contrat de vente lui-même¹⁰⁴⁵. Un auteur¹⁰⁴⁶ relève à juste titre que dans cette affaire, la Haute juridiction confond la livraison, opération matérielle et la délivrance, opération juridique.

796. Par ailleurs, le moment de la livraison constitue également la date butoir de l'acceptation de la clause par le débiteur¹⁰⁴⁷. La date de livraison est très importante pour les parties à une clause de réserve de propriété, car non seulement le créancier réservataire doit établir l'écrit au plus tard au moment de la livraison, mais à cette même date, le débiteur doit avoir accepté la clause. En cas de contestation, le créancier réservataire devra établir la date de livraison, et prouver l'antériorité ou la concomitance de l'acceptation de la clause à la livraison des biens. Dans tous les cas, la preuve se fait par tous moyens puisqu'il s'agit d'un fait juridique.

797. Il convient de retenir qu'en droit français, l'opposabilité de la réserve de propriété est subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives; un écrit, convenu entre les parties, au plus tard au moment de la livraison. Aussi, il nous faut à présent déterminer les conditions d'opposabilité prévues en droit OHADA, lesquelles ont été allégées depuis la réforme de l'AUPC.

B- L'allégement des conditions d'opposabilité de la réserve de propriété en droit OHADA

798. À l'instar du législateur français, le législateur communautaire africain subordonne l'opposabilité de la réserve de propriété, dans les procédures collectives, au respect de certaines conditions. C'est l'article 103 de l'AUPC qui est le texte de référence.

Toutefois, ce texte a été modifié lors de la réforme. En effet, le texte de l'ancien AUPC prévoyait en son alinéa 2 que « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier* ». L'opposabilité de la réserve de propriété était donc aussi, en droit OHADA, subordonnée à la réunion de trois conditions. Deux d'entre elles étaient communes au droit français (l'écrit et l'accord des parties), tandis que la publicité de la clause était une particularité du droit communautaire africain.

799. Avec la réforme, le droit OHADA des procédures collectives ne pose plus de conditions spécifiques pour la réserve de propriété. L'article 103, alinéa 2, de l'AUPC dispose que « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». Le texte renvoie aux conditions posées par le droit commun. Comme pour la fiducie

¹⁰⁴⁵ Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-20.425, *Bull. civ.* IV, n° 147; *RTD com.* 2013, p. 142, n° 3, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰⁴⁶ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 816.22.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, n° 816.23; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté, op.cit.*, n° 701.

française, l'opposabilité de la réserve de propriété est subordonnée au respect des conditions prévues par le droit commun des sûretés.

Ce sont les articles 73 et 74 de l'AUS qui précisent les conditions relatives à la réserve de propriété. D'abord, l'article 73 de l'AUS indique qu'« *À peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien* ». Cet article reprend là les conditions posées par le droit français, à savoir un écrit établi au plus tard au jour de la livraison. Toutefois, à la différence du droit français, ces conditions sont exigées, à peine de nullité. Il ne s'agit donc pas ici des conditions d'opposabilité mais plutôt des conditions de validité de la réserve de propriété. Ensuite, l'article 74 de l'AUS prévoit que « *La réserve de propriété n'est opposable aux tiers que si celle-ci a été régulièrement publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, conformément aux dispositions des articles 51 à 66 du présent Acte Uniforme* ». Il en résulte que la publicité est aujourd'hui la seule condition d'opposabilité de la réserve de propriété. Toutefois, l'ayant déjà évoqué dans le paragraphe précédent, nous n'allons pas nous y attarder.

1- La publicité de la réserve de propriété

800. Le législateur communautaire africain rend obligatoire la publicité de la réserve de propriété. Ainsi, pour être opposable aux tiers, et notamment à la masse des créanciers, la sûreté doit être publiée¹⁰⁴⁸. La publicité s'entend ici comme son inscription régulière au RCCM. Celle-ci se fait conformément aux dispositions des articles 51 à 66 de l'AUS¹⁰⁴⁹. Ces dispositions n'étant pas spécifiques à la réserve de propriété, il ne nous semble pas opportun de s'y attarder.

Tout compte fait, la publicité demeure, en droit OHADA, la seule condition d'opposabilité de la réserve de propriété, et cela, aussi bien en droit commun qu'en droit des procédures collectives. Celle-ci revêt donc une importance particulière pour le législateur communautaire africain, contrairement à son homologue français qui la rend simplement facultative.

Conclusion du chapitre

801. L'étude que nous venons de mener révèle que, les titulaires de sûretés réelles exclusives, en l'occurrence le rétenteur et le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, doivent, pour garantir l'opposabilité de leur sûreté, en principe la faire connaître à la procédure collective. Cette reconnaissance passe par l'obligation de déclarer ou de produire et, dans une certaine mesure, par l'interdiction d'inscrire la sûreté postérieurement au jugement d'ouverture. Il s'agit là de deux règles cumulatives et non alternatives. Quant à la réserve de propriété, son opposabilité est soumise à des conditions spéciales, notamment en droit français.

¹⁰⁴⁸ M. BROU KOUAKOU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », art. préc., pp. 309 et s.

¹⁰⁴⁹ Cf. Art. 74 de l'AUS.

Dans tous les cas, la reconnaissance des sûretés réelles exclusives est subordonnée au respect des règles issues de l'ouverture d'une procédure collective. Les créanciers qui ne s'y soumettent pas s'exposent en effet à l'inopposabilité de leur garantie.

Mais l'ouverture d'une procédure collective n'affecte pas seulement la reconnaissance des sûretés, elle peut également remettre en cause leur existence.

CHAPITRE 2/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR ABSENCE DE REMISE EN CAUSE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

802. L'ouverture d'une procédure collective conduit à l'application de plusieurs règles dont certaines sont susceptibles de remettre en cause les sûretés préexistantes. Celles-ci peuvent être affectées soit dans leur validité, soit dans leur opposabilité. En droit français, comme en droit OHADA, la remise en cause des sûretés, dans la procédure collective, résulte de deux situations. La première menace provient du régime de la période suspecte qui permet d'appréhender des sûretés irrégulièrement consenties. De manière générale, l'irrégularité naît de leur constitution au cours d'une période sensible pour le débiteur qui est en cessation des paiements. La seconde menace résulte la responsabilité des créanciers. Dans cette situation, les sûretés, même régulières, consenties par le créancier, peuvent être appréhendées lorsque sa responsabilité est engagée.

803. Conformément à l'objet de notre recherche, dans un premier temps, nous examinerons la remise en cause des sûretés réelles exclusives au regard du régime de la période suspecte (section 1) puis, dans un second temps, nous verrons ce qu'il en est dans l'hypothèse où la responsabilité d'un créancier titulaires de telles sûretés est engagée (section 2).

Section 1/ La remise en cause des sûretés réelles exclusives fondée sur le régime de la période suspecte

804. La période suspecte est celle qui précède l'ouverture de la procédure collective. Elle s'étend de la date de cessation des paiements jusqu'au jour du jugement d'ouverture¹⁰⁵⁰ ; il s'agit, par principe, du jugement ouvrant une procédure de redressement¹⁰⁵¹ ou de liquidation judiciaire, puisque la sauvegarde classique¹⁰⁵² requiert l'absence de cessation des paiements.

¹⁰⁵⁰ Pour une étude complète sur la question ; V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires. - Nullités de droit et nullités facultatives. - Notion. Actions voisines (action paulienne, abus de droit). - Exercice de l'action et conséquences. », *JCL com.*, 1^{er} juin 2011, fasc. 2502.

¹⁰⁵¹ Sauf en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement sans cessation de paiement. (Cf. art. L. 622-10, al. 3)

¹⁰⁵² P. DIENER, « Du caractère suspect de l'absence de l'absence de période suspecte », *D.* 1993, Chron. p. 255; G. WICKER, « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, mars 2006, n°1, p. 12. Cependant, il peut arriver que la procédure de sauvegarde soit génératrice d'une période suspecte. C'est notamment le cas dans la sauvegarde accélérée, procédure nouvellement créée par le législateur. Un débiteur dont la cessation des paiements est pourtant avérée peut, dans certains cas, bénéficier de cette procédure.

Toutefois, si le tribunal se rend compte, au moment du jugement d'ouverture, que le débiteur était déjà en état de cessation des paiements, il doit convertir la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou prononcer la liquidation judiciaire¹⁰⁵³. Il est alors tenu de constater la cessation des paiements puis en fixer la date. Dans ce cas, les actes accomplis avant l'ouverture de la sauvegarde pourront, dans la limite de la période suspecte, tomber sous le coup des nullités¹⁰⁵⁴. Ces solutions admises pour la sauvegarde, en droit français, peuvent être transposées au règlement préventif, en droit OHADA, puisqu'il requiert également l'absence de cessation des paiements¹⁰⁵⁵.

805. En tout état de cause, pendant cette période sensible, les actes effectués par le débiteur sont supposés être accomplis en fraude, étant donné que ce dernier a connaissance de sa situation financière critique. Aussi, sous l'empire des législations antérieures à la loi de 1967, tous les actes accomplis durant la période dite suspecte étaient frappés d'inopposabilité. Mais par souci de sécurité juridique¹⁰⁵⁶, le législateur français abandonna cette solution jugée trop sévère. Désormais, les actes effectués pendant la période suspecte ne sont plus tous sanctionnés. L'annulation ou l'inopposabilité ne concerne que les actes les plus « évidemment ou probablement frauduleux »¹⁰⁵⁷ de nature à appauvrir l'entreprise ou à rompre l'égalité entre les créanciers¹⁰⁵⁸.

806. Instituées en droit français depuis les législations antérieures à la loi du 13 juillet 1967¹⁰⁵⁹, et en droit OHADA depuis le 1^{er} janvier 1999, date d'entrée en vigueur du premier AUPC, les sanctions de la période suspecte ont pour fondement, d'une part, la lutte contre la fraude du débiteur qui serait tenté d'organiser son insolvabilité et, d'autre part, le respect du principe d'égalité entre les créanciers. Le but est d'éviter que le débiteur n'en favorise certains par rapport à d'autres. Par ailleurs, c'est depuis la loi du 25 janvier 1985 que le législateur français a abandonné la notion d'inopposabilité pour lui substituer celle de nullités de la période suspecte. En revanche, en droit OHADA, il est toujours question d'inopposabilités de la période suspecte, et ce, même après la récente réforme de l'AUPC.

807. Aujourd'hui, ce sont les articles L. 632-1 et suivants du Code de commerce et les articles 67 à 71 de l'AUPC qui traitent des questions relatives aux nullités ou inopposabilités de la période suspecte. Ces dispositions font ressortir que la constitution des sûretés réelles au cours de la période suspecte rentre bien dans la catégorie des actes à sanctionner.

¹⁰⁵³ Cf. Art. L. 622-10 qui renvoie aux articles L. 631-1 et L. 640-1 du Code de commerce.

¹⁰⁵⁴ Dans cette situation, on n'est plus dans la sauvegarde.

¹⁰⁵⁵ Art 23, al. 5 de l'AUPC.

¹⁰⁵⁶ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1464.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités de droit et nullités facultatives - Notion. Actions voisines (action paulienne, abus de droit). - Exercice de l'action et conséquences. », fasc. préc., n°1.

¹⁰⁵⁹ Sur l'évolution historique des nullités de la période suspecte ; V. C. SAINT-ALARY-HOUIN et M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires. - Nullités de droit et nullités facultatives. - Notion. Actions voisines (action paulienne, abus de droit). - Exercice de l'action et conséquences. », fasc. préc., n°3.

Il se pose alors la question du sort des sûretés réelles exclusives. L'exclusivité leur permet-elle d'être constituées au cours de la période suspecte sans pour autant courir le risque d'une sanction ? Les sanctions de la période suspecte peuvent-elles remettre en cause les sûretés réelles exclusives ? Il ressort de l'analyse des dispositions du Code de commerce et de l'AUPC que les sûretés réelles exclusives, comme les sûretés réelles préférentielles, tombent ou peuvent tomber sous le coup des sanctions de la période suspecte. L'exclusivité attachée à ces sûretés ne les met donc pas toujours à l'abri d'une remise en cause fondée sur le régime de la période suspecte. Ainsi, nous examinerons les conditions d'application des sanctions de la période suspecte (paragraphe 1) avant d'en analyser les effets (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ Les conditions d'application des sanctions de la période suspecte

Les conditions d'application des sanctions de la période suspecte tiennent à leur domaine d'application (A) et à leur mise en œuvre (B).

A- Le domaine des sanctions de la période suspecte

808. Tous les actes accomplis pendant la période suspecte ne courent pas le risque d'une annulation ou d'une inopposabilité. Seuls sont exposés aux sanctions, les actes ne pouvant que révéler une fraude lorsque qu'ils ont été accomplis pendant cette période critique.

Ce sont les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce et les articles 68 à 69 de l'AUPC qui déterminent la liste des actes visés par les nullités ou les inopposabilités de la période suspecte. On y trouve notamment les actes à titre gratuit translatifs de propriété, les paiements pour dettes échues et non échues, les contrats commutatifs et les mesures conservatoires. Toutefois, conformément à l'objet de notre étude, l'analyse sera ici limitée aux seuls actes relatifs à la constitution ou à l'inscription de sûretés réelles. Par ailleurs, la sanction des actes accomplis au cours de la période suspecte n'étant plus la même dans les deux législations, nous verrons d'abord le domaine de ces sanctions en droit français (1) puis en droit OHADA (2).

1-Le domaine des nullités de la période suspecte en droit français

Le système des nullités de la période suspecte touche les sûretés réelles à travers des cas de nullités de droit (a) ou des nullités facultatives (b).

a- Les sûretés réelles visées par les nullités de droit

809. L'article L. 632-1-I du Code de commerce est le siège des nullités de droit de la période suspecte. Ces cas de nullité frappent, compte tenu de l'état de cessation des paiements du débiteur,

les actes objectivement et intrinsèquement anormaux¹⁰⁶⁰. C'est pourquoi, dès lors que les conditions d'annulation sont réunies, le tribunal est tenu, peu important la bonne ou la mauvaise foi des parties, de prononcer la nullité de l'acte. Il ne dispose à cet effet d'aucun pouvoir d'appréciation.

810. Parmi ces cas de nullité, on retrouve la constitution de sûretés traditionnelles pour des dettes antérieurement contractées. En effet, l'article L. 632-1, I, 6° du Code de commerce déclare nuls en période suspecte : « *toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage, constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées* ». Il en résulte que les nullités de la période suspecte ne s'appliquent pas à toutes les sûretés. Elles s'appliquent uniquement aux sûretés expressément citées par le texte car il s'agit d'un texte d'exception¹⁰⁶¹ qui commande, en conséquence, une interprétation restrictive. Sont donc visés la plupart des hypothèques, le nantissement et le gage. Il s'agit donc des sûretés réelles, à l'exclusion des sûretés personnelles¹⁰⁶².

811. S'agissant des hypothèques, sont visées les hypothèques légales, les hypothèques conventionnelles, mais aussi les hypothèques judiciaires. Quant au nantissement, l'emploi de l'expression « tout droit au nantissement » laisse à penser que la nullité peut s'appliquer aussi bien aux nantissements conventionnels qu'aux nantissements judiciaires. Enfin, pour ce qui est du gage, on peut considérer, en l'absence de précision législative, que la nullité s'applique à l'ensemble des gages mobiliers ou immobiliers, avec ou sans dépossession.

812. Ainsi, à l'exception de l'hypothèque légale entre époux, les sûretés légales sont exclues du champ des nullités de droit. Le texte s'applique donc essentiellement aux sûretés judiciaires et conventionnelles. Par ailleurs, en l'absence de précision textuelle, on considère que la nullité peut s'appliquer pour les sûretés constituées en garantie d'une dette du débiteur, mais également si la sûreté constitue un cautionnement réel donné pour autrui¹⁰⁶³.

813. Il convient de noter, à propos de l'assiette des sûretés visées par les nullités, que même si le texte vise expressément les sûretés constituées sur les biens du débiteur, la jurisprudence admet aussi la nullité des sûretés constituées sur des biens communs¹⁰⁶⁴. En revanche, s'agissant des biens indivis non inclus dans la procédure, un auteur considère que la nullité ne devrait opérer que si, à l'issue du partage, le bien est attribué au débiteur¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op cit, n° 1475.

¹⁰⁶¹ *Ibid*, n°1489.

¹⁰⁶² Sur l'exclusion du cautionnement ; CA Versailles, 14 septembre 1989, *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 103, obs. Y. GUYON.

¹⁰⁶³ Cass. com., 4 janvier 2000, n° 97-15.712, Inédit, *Rev. Proc. Coll.* 2002, p. 279, obs. G. BLANC.

¹⁰⁶⁴ Cass. com., 2 avril 1996, n° 93-20.562, *Bull. civ.* IV, n° 106; *D.* 1996, somm. p. 340, obs. A. HONORAT; La solution a été posée à propos d'une hypothèque grevant un immeuble commun, constitué depuis la date de cessation des paiements du mari, pour sûreté d'une dette antérieurement contracté.

¹⁰⁶⁵ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1488, infra 77.

814. En définitive, si la nullité des hypothèques et des nantissements ne pose aucun problème particulier¹⁰⁶⁶, il n'en va pas de même pour le gage. En effet, le gage étant désormais, toujours¹⁰⁶⁷ assorti d'un droit de rétention, on pourrait conclure que lorsqu'il tombe, du fait d'une constitution jugée frauduleuse, sous le coup des nullités de la période suspecte, il en sera de même pour le droit de rétention auquel il est assorti. Pour autant, la question reste entière en jurisprudence vu qu'elle ne s'est pas encore posée.

La question qui se pose véritablement est de savoir si le droit de rétention autonome, constitué en période suspecte pour garantir une dette antérieure, peut être frappé de nullité ?

a- 1) L'appréhension du droit de rétention par les nullités de droit de la période suspecte

815. Deux solutions peuvent être envisagées.

D'une part, si on considère que l'article L. 632-1, I, 6° est un texte d'exception, il faut en faire une interprétation restrictive. Aussi, le droit de rétention n'étant pas visé dans l'énumération faite par le législateur, il y a lieu de penser que, lorsqu'il existe indépendamment du gage, le droit de rétention ne tombe pas sous le coup des nullités de la période suspecte. Le principe selon lequel « pas de nullité sans texte » trouve application ici.

D'autre part, bien que le droit de rétention ne soit pas cité par l'article L. 632-1, I, 6° précité, dans le Code civil, il est quand même réglementé dans le chapitre consacré aux sûretés. De plus, la jurisprudence a qualifié le droit de rétention de « *droit réel opposable à tous* »¹⁰⁶⁸. Sur cette base, certains auteurs¹⁰⁶⁹ considèrent que lorsque le droit de rétention conventionnel est constitué pendant la période suspecte (l'accord est passé pendant cette période), pour garantir une dette antérieurement contractée, la situation du rétenteur est très proche d'une constitution de gage pour ne pas être annulée. Dans cette perspective, le droit de rétention serait susceptible de tomber sous le coup des nullités de droit de la période suspecte.

816. En jurisprudence, on remarquera que la question s'est essentiellement posée dans l'hypothèse d'un droit de rétention reposant sur une connexité conventionnelle¹⁰⁷⁰. Dans un arrêt du 14 mars 2000¹⁰⁷¹, la Cour de cassation a considéré que le droit de rétention qui porte sur des documents d'immatriculation doit être déclaré valable, dès lors que l'accord sur la remise n'a pas eu

¹⁰⁶⁶ Des questions se posaient sur l'hypothèque rechargeable; v. P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 823.54. Mais ce mécanisme a été supprimé par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

¹⁰⁶⁷ Depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie qui a conféré un droit de rétention fictif à tous les gagistes sans dépossession.

¹⁰⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2009, n° 08-10.152; *Bull. civ.* IV, n° 178, *JCP E*, 2009, 2088, n° 26, obs. A. AYNÈS.

¹⁰⁶⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités des sûretés - Nullité des dépôts et consignations - Nullité des mesures conservatoires - Nullité du contrat de fiducie », *JCL. com.*, 1^{er} juillet 2011, fasc. 2508, n° 10.

¹⁰⁷⁰ La connexité conventionnelle est prévue par l'article 2286, 1° du Code de civil. Elle a également été admise par la doctrine (A. AYNÈS, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, op. cit., ns°166 et s.)

¹⁰⁷¹ Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-18.329, Inédit.

lieu en période suspecte, indépendamment de la date effective de la remise¹⁰⁷². Cet arrêt pourrait laisser entendre que le droit de rétention tomberait sous le coup de la nullité de droit si l'accord avait eu lieu pendant la période suspecte.

Cette solution soulève un autre doute. En effet, les juges du fond ayant retenu la concomitance entre la constitution de la garantie et de la dette, on se demande si le droit de rétention n'aurait pas été annulé s'il avait été constitué en garantie d'une dette antérieurement contractée.

817. Quoi qu'il en soit, le droit de rétention n'ayant pas été expressément cité par le texte, il y a lieu de considérer qu'il ne peut tomber sous le coup des nullités de droit de la période suspecte. C'est peut-être là encore la manifestation d'une volonté législative de protéger les créanciers rétenteurs contre les exigences de la procédure collective. Qu'en est-il alors des propriétés-sûretés ?

a- 2) L'appréhension des propriétés-sûretés par les nullités de droit de la période suspecte

Nous verrons le cas de la réserve de propriété (a-2-a), puis de la fiducie-sûreté (a-2-b)

a-2-a) La réserve de propriété

818. L'exclusion de la clause de réserve de propriété du champ des nullités de droit fait quasiment l'unanimité. En effet, à l'exception d'un auteur¹⁰⁷³ qui a considéré que la clause de réserve de propriété pouvait tomber sous le coup des nullités de la période suspecte, une plus grande partie de la doctrine¹⁰⁷⁴ estime, en revanche, qu'il ne peut en être ainsi. Un auteur¹⁰⁷⁵ affirme d'ailleurs que lorsqu'une clause de réserve de propriété n'est pas consentie au moment de la vente, mais au plus tard au moment de la livraison, elle ne saurait être remise en cause, même si cette livraison intervient au cours de la période suspecte.

819. C'est également la solution aujourd'hui retenue par la jurisprudence. Dans un arrêt du 16 décembre 2008¹⁰⁷⁶, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question. En l'espèce, un vendeur qui faisait valoir une clause de réserve de propriété procède à la reprise des marchandises livrées mais restées impayées pour une valeur de 30.000 euros. Il avait ensuite établi un avoir de ce montant. L'acheteur ayant été placé en liquidation judiciaire moins de deux mois plus tard, la date de cessation des paiements avait été fixée au jour où la reprise des marchandises était intervenue.

¹⁰⁷² V. aussi ; Cass. com., 25 novembre 1997, n° 95-16.091, *Bull. civ.* IV, n° 301, *D.* 1998, AJ, p. 232, note J. FRANCOIS; *JCP G*, 1998, I, 149, n° 6, obs. P. DELEBECQUE; Cass. com., 11 juillet 2000, n° 97-12.374, *Bull. civ.* IV, n° 142, *JCP E*, 2000, p. 1708, n° 16, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁰⁷³ J.- D. BRETZNER, « La clause de réserve de propriété et les nullités de la période suspecte », *Rev. Proc. Coll.* 1997, p. 377 et s. sp. p. 379.

¹⁰⁷⁴ F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, *op. cit.*, n° 198 ; F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, *op. cit.*, p.57.

¹⁰⁷⁵ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 823.51.

¹⁰⁷⁶ Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-17.207, Inédit ; *Gaz. Pal.* 26- 28 avril 2009, n° 118, p. 30, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE.

Même s'il n'était pas question, dans cette affaire, de l'annulation d'une clause de réserve de propriété constituée en période suspecte, la Cour de cassation a néanmoins précisé que la restitution des marchandises impayées dont le vendeur était resté propriétaire, ne pouvait s'analyser comme un procédé anormal de paiement soumis aux nullités de la période suspecte, en dépit de l'établissement d'un avoir pour la régularisation comptable de l'opération.

820. Cependant, la position de la jurisprudence a bien évolué sur cette question. Sous l'empire des législations antérieures, la Haute juridiction faisait une interprétation large du texte qui figure aujourd'hui dans les dispositions de l'article L. 632-1, I, 6° du Code commerce. Elle avait, par exemple, fait application de ce texte à la délégation de marché¹⁰⁷⁷ et même à d'autres mécanismes à effet de garantie¹⁰⁷⁸, alors que ceux-ci n'étaient pas constitutifs de sûretés au sens strict. Cette solution qui avait été critiquée par un auteur¹⁰⁷⁹ est aujourd'hui abandonnée.

Ainsi, bien que l'ordonnance du 23 mars 2006 ait consacré la clause de réserve de propriété au rang de sûreté¹⁰⁸⁰, l'application stricte des dispositions de l'article L. 632-1, I, 6°, commande son exclusion du champ des nullités de droit de la période suspecte. Cette solution vaut-elle aussi pour la fiducie-sûreté ?

a-2-b)- La fiducie-sûreté

821. Le législateur fait tomber sous le coup des nullités de droit, tout transfert d'actifs dans un patrimoine fiduciaire constitué en garantie des dettes antérieurement contractées. En effet, l'article L. 632-1, I, 9° du Code de commerce déclare nul de droit, tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire consenti par le débiteur en cessation des paiements, sauf s'il est accordé pour garantir une dette concomitante. Faute de distinction, la nullité s'applique non seulement à la fiducie-sûreté mais aussi à la fiducie-gestion. La fiducie-sûreté est donc, à ce jour, la seule sûreté réelle exclusive expressément visée par le texte des nullités de droit.

822. Il s'est toutefois posé la question de savoir si toutes les fiducies-sûretés tombaient sous le coup des nullités de droit.

La loi du 19 février 2007 avait, en instituant la fiducie-sûreté en droit français, considérablement élargi le champ des nullités de droit. En effet, pour tenir compte de cette innovation, le législateur avait modifié l'ancien article L. 632-1 du Code de commerce en y ajoutant un neuvième cas de nullité. Etait donc déclaré nul, tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en application des articles 2011 et suivants du Code civil. Ce texte avait une portée très générale, puisqu'il frappait de nullité toute fiducie avec création d'un patrimoine fiduciaire constituée à partir

¹⁰⁷⁷ Cass. req., 11 avril 1945, *JCP G*, 1947, IV, n° 47.

¹⁰⁷⁸ A. MARTIN-SERF « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », art. préc., p. 677.

¹⁰⁷⁹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1489.

¹⁰⁸⁰ Art. 2329 et 2367 et s. du Code civil.

de la date de cessation des paiements du débiteur. Peu importait donc le moment de la naissance de la dette garantie, la seule constitution en période suspecte d'un transfert fiduciaire effectué conformément aux articles 2011 et suivants du Code civil était suffisante pour frapper l'acte de nullité.

Cette situation qui, selon un auteur¹⁰⁸¹, dépassait l'objectif des nullités de la période suspecte, ne pouvait perdurer. Aussi, lors de la réforme du droit des procédures collectives intervenue peu après avec l'ordonnance du 18 décembre 2008, le législateur s'est ravisé. Désormais, le texte exclut du champ des nullités de droit tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire intervenu en garantie d'une dette concomitante. En revanche, sont concernés par la nullité, tous les transferts fiduciaires constitués en garantie de dettes antérieurement contractées. Avec cette modification, le législateur a aligné le régime des nullités de droit de la fiducie-sûreté sur celui des autres sûretés réelles¹⁰⁸².

823. La nullité de la fiducie-sûreté en période suspecte est complétée par l'article L. 632-1, I, 10°, du Code de commerce qui vise tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou des biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie des dettes contractées antérieurement à cet avenant. Ce dixième cas de nullité vise le rechargement de la fiducie¹⁰⁸³. Par analogie avec la soumission de la fiducie-rechargeable au régime des nullités de la période suspecte, certains auteurs avaient regretté que la même solution n'ait pas été prévue en présence d'une hypothèque rechargeable¹⁰⁸⁴, laquelle a été supprimée par la loi du 17 mars 2014 sur la consommation.

En tout état de cause, comme pour tous les cas de nullité de droit, les avenants à un contrat de fiducie transférant des droits ou des biens dans un patrimoine fiduciaire, en garantie des dettes concomitantes ou futures, ne peuvent être frappés de nullité¹⁰⁸⁵.

824. Par ailleurs, on peut s'interroger sur le fait de savoir si les nullités de droit s'appliquent aux seules fiducies réalisant un transfert de droits ou de biens dans un patrimoine fiduciaire, ou si elles peuvent également viser les autres opérations fiduciaires non régies par les dispositions du

¹⁰⁸¹ F. BARRERE, « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E*, 2007, 2053, n° 27.

¹⁰⁸² A.-S. TEXIER, E. RUSSO, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA*, 2 mars 2009, n° 43, pp. 3 et s. sp. p. 8; F. MACORIG-VENIER, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll. Rev.*, janvier 2009, n°1, dossier 9, p. 65 et s., sp. p. 72.

¹⁰⁸³ A. LIÉNARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, Chron. p. 110 et s. sp. 118 ; P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. Proc. Coll.*, janvier 2009, n° 1, dossier 10, p. 75.

¹⁰⁸⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., n° 1311 ; Sur l'ensemble de la question v. ; P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 823.54 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités des sûretés- Nullité des dépôts et consignations - Nullité des mesures conservatoires - Nullité du contrat de fiducie », fasc. préc., n° 37.

¹⁰⁸⁵ P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », art. préc., p. 79.

Code civil. La question s'est essentiellement posée pour la cession de créances professionnelles dite cession Dailly.

L'article L. 313-24 du Code monétaire et financier précise que « *Lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créances transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée* ». La cession Dailly est une forme particulière de fiducie¹⁰⁸⁶. Elle permet en effet de transférer la propriété des créances professionnelles à titre de garantie. Toutefois, à la différence de la fiducie-sûreté régie par les articles 2011 et suivants du Code civil, elle n'emporte pas création d'un patrimoine fiduciaire.

825. À la question de savoir si la cession Dailly peut tomber sous le coup des nullités de droit de la période suspecte, l'argumentation diffère selon que l'on se situe avant ou après la création du 9° de l'article L. 632-1, I du Code de commerce.

Avant la création d'un neuvième cas de nullité de droit relatif au transfert fiduciaire, il était admis, en se fondant sur le principe « pas de nullité sans texte », que la cession de créance professionnelle à titre de garantie n'étant pas expressément visée par le législateur, elle ne pouvait tomber sous le coup des nullités de droit de la période suspecte¹⁰⁸⁷. Ainsi, même constituée en période suspecte, la garantie demeure valable. Par ailleurs, la cession de créance professionnelle n'étant pas considérée comme un droit de nantissement sur un bien du débiteur, mais plutôt comme un transfert de la propriété de la créance cédée, sa constitution en période suspecte pour la garantie de dettes antérieures ne saurait donc tomber sous le coup des nullités de droit¹⁰⁸⁸. Toutefois, il a pu être jugé que lorsque la cession de créance professionnelle est constituée à titre de nantissement, elle tombe sous le coup des nullités¹⁰⁸⁹. Cette solution n'a cependant pas valeur d'autorité puisqu'il ne s'agit pas d'un arrêt de la Cour de cassation.

Après la création d'un cas de nullité de droit relatif au transfert fiduciaire, l'interrogation provient du fait que le législateur¹⁰⁹⁰ avait supprimé la précision selon laquelle le transfert de biens ou de droits devait être fait « *en application des articles 2011 et suivants du Code civil* ». Dès lors, il était possible de penser que le texte avait vocation à s'appliquer à l'ensemble des fiducies et pas seulement à celles régies par les dispositions du Code civil. Dans cette hypothèse, on pouvait conclure que la cession de créances par bordereau Dailly, en tant que transfert fiduciaire, tombait également sous le coup des nullités de droit de la période suspecte.

¹⁰⁸⁶ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 1263.

¹⁰⁸⁷ A. MARTIN-SERF, « Les nullités de la période suspecte, l'avis à tiers détenteur et la loi Dailly », *Rev. Proc. Coll.*, décembre 2000, n° 5, pp.167 et s., sp, p. 170.

¹⁰⁸⁸ Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, *Bull. civ.* IV, n° 151; *D.* 1996, somm. p. 390, obs. S. PIÉDELIÈVRE; *JCP E* 1997, I, 3991, n° 20, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1996, p. 671, obs. P.CROCQ; *RTD com.* 1996, p. 508, obs. M. CABRILLAC; *RTD com.* 1997, p. 517, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰⁸⁹ C.A. Paris, 3e ch. 9 juin 1995, *Juris-Data* n° 95-022109.

¹⁰⁹⁰ Modification opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Cependant, l'article L. 632-1, I, 9°, en évoquant un transfert de biens et de droits dans un patrimoine fiduciaire, renvoie en réalité aux dispositions du Code civil et, donc, aux seules fiducies régies par les articles 2011 et suivants dudit Code. Comme l'affirme un auteur, « la référence fréquente à l'expression patrimoine fiduciaire semble bien renvoyer aux articles 2011 et suivants du Code civil où l'expression est employé plusieurs fois et n'a de sens qu'à l'égard d'un patrimoine d'affectation »¹⁰⁹¹. De ce fait, même si la cession Dailly réalise bien un transfert de propriété à titre fiduciaire, il n'y a pas, en revanche, création d'un patrimoine fiduciaire¹⁰⁹². En conséquence, il n'y a pas lieu de la soumettre aux dispositions de l'article L. 632-1, I, 9°. La cession de créances Dailly¹⁰⁹³ échappe donc aux nullités de droit de la période suspecte¹⁰⁹⁴. La même solution a été envisagée pour le gage-espèces¹⁰⁹⁵ et pour les opérations de marchés financiers dont la nature fiduciaire ne fait non plus aucun doute¹⁰⁹⁶.

826. Le texte relatif aux nullités de droit vise, en outre, les mesures conservatoires. L'article L. 632-1, I, 7° du Code de commerce déclare nulle « toute mesure conservatoire à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation des paiements ». Les mesures conservatoires concernées par l'annulation sont, d'une part, les sûretés conservatoires et, d'autre part, les saisies conservatoires¹⁰⁹⁷. Seules les premières méritent qu'on s'y attarde brièvement.

827. Les sûretés conservatoires sont celles qui sont prises provisoirement sur autorisation judiciaire. Il s'agit des hypothèques judiciaires conservatoires et du nantissement judiciaire conservatoire, auxquels s'ajoutent, depuis la réforme des voies d'exécution¹⁰⁹⁸, le nantissement conservatoire de valeurs mobilières et de parts sociales, ou encore le nantissement judiciaire d'un fonds de commerce. En revanche, la nullité de droit ne concerne pas les mesures d'exécution forcée¹⁰⁹⁹. Le texte ne faisant aucune allusion aux sûretés réelles exclusives, celles-ci ne peuvent donc être appréhendées au titre des mesures conservatoires visées par la nullité de droit.

828. En somme, lorsqu'il est question de la nullité de droit des sûretés réelles, c'est le principe « pas de nullité sans texte » qui s'applique rigoureusement. Ainsi, le droit de rétention et la clause de réserve de propriété n'étant pas expressément cités par l'article L. 632-1, I, ces sûretés échappent

¹⁰⁹¹ N. BORGA, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. drt. banc et fin.*, mai 2009, n° 3, étude 20, p.9.

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, arrêt préc.

¹⁰⁹⁴ Il est toutefois possible d'attaquer la cession de créances par bordereau Dailly sur le terrain des nullités facultatives, puisqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux.

¹⁰⁹⁵ Sur cette question v : S. BROS, « Gages sur sommes d'argent », *Lamy droit des sûretés*, n° 268.

¹⁰⁹⁶ Cf. art. L. 211-40 du Code monétaire et financier et sur l'ensemble de la question v : S. PRAICHEUX, *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. GHOZI, Banque Edition, 2004,

¹⁰⁹⁷ Sur cette question v. C. SAINT-ALARY-HOUIN et M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités des sûretés- Nullité des dépôts et consignations - Nullité des mesures conservatoires - Nullité du contrat de fiducie », art. préc., fasc. 2508, ns° 77 et s.

¹⁰⁹⁸ Ancienne loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

¹⁰⁹⁹ V. par exemple Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-17.050, *Bull. civ. IV*, n° 200 ; *RTD com.* 1999, p. 199, note A. MARTIN-SERF.

aux nullités de droit de la période suspecte. La solution est revanche différente pour la fiducie-sûreté.

L'examen des sûretés réelles visées par les nullités de droit étant effectué, déterminons à présent les sûretés visées par les nullités facultatives.

b- Les sûretés réelles visées par les nullités facultatives

829. Ce sont les articles L. 632-1-II et L. 632-2 du Code de commerce qui précisent le domaine des nullités facultatives de la période suspecte. Les textes visent les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date, lorsque ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de son état de cessation des paiements. Peuvent également être annulés, dans les mêmes conditions, tout avis à tiers détenteurs, toute saisie attribution et toute opposition.

830. À la différence des nullités de droit, le prononcé d'une nullité facultative n'est pas obligatoire. Le tribunal dispose en la matière d'une liberté d'appréciation. Aussi, il ne suffit pas que les conditions de la nullité soient réunies, en l'occurrence la connaissance de l'état de cessation de paiements du débiteur par son cocontractant, il faut encore que la nullité ait été prononcée par le tribunal ayant décidé de l'ouverture de la procédure collective.

En outre, contrairement aux nullités de droit, le domaine des nullités facultatives peut être très vaste. En effet, tous les actes visés par l'article L. 632-2, à savoir les paiements pour dettes échues, les actes à titres onéreux et les mesures conservatoires et d'exécution peuvent être annulés, dès lors que, la personne qui a traité avec le débiteur pendant la période suspecte, avait connaissance de l'état de cessation des paiements de celui-ci.

831. Qu'en est-il de la constitution de sûretés ?

S'il est vrai que cet acte juridique ne peut être considéré comme une action en paiement, une saisie attribution ou un avis à tiers détenteur, la difficulté ici provient de la détermination du caractère onéreux de cet acte. Autrement dit, la constitution d'une sûreté réelle s'analyse-t-elle comme l'accomplissement d'un acte à titre onéreux ? Pour y répondre, il faut au préalable définir ce qu'est un acte à titre onéreux.

832. L'acte à titre onéreux est un acte juridique qui procure des avantages réciproques à chacune des parties. C'est l'acte dans lequel chaque partie entend recevoir une prestation en contrepartie de celle qu'elle fournit¹¹⁰⁰. Les contrats synallagmatiques sont par essence des actes à titre onéreux ; par exemple dans le contrat de vente, l'acheteur paye un prix pour obtenir le bien, tandis que le vendeur reçoit une somme d'argent en contrepartie.

¹¹⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique, op. cit.*, p. 705.

Cependant, à la différence d'un contrat synallagmatique, l'acte à titre onéreux, bien que procurant des avantages pour chaque cocontractant, ne crée pas nécessairement des obligations juridiques réciproques.

En règle générale, on oppose l'acte à titre onéreux à l'acte gratuit qui, lui, se définit comme l'acte juridique par lequel une personne fournit sans contrepartie un avantage à une autre dans l'intention de lui rendre service ou dans une intention libérale¹¹⁰¹. C'est par exemple le cas des donations ou des remises de dettes.

833. La jurisprudence considère que la constitution de sûretés réelles traditionnelles par le débiteur, au cours de la période suspecte, s'analyse comme un acte à titre onéreux. Ainsi, les sûretés réelles qui échappent aux nullités de droit, parce qu'elles garantissent des dettes concomitantes ou postérieures peuvent être annulées sur le fondement des nullités facultatives, dès lors que le cocontractant a eu connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Tel a été, par exemple, le cas pour la constitution d'une hypothèque judiciaire¹¹⁰² ou conventionnelle¹¹⁰³.

834. La même solution est-elle transposable aux sûretés réelles exclusives ? Autrement dit, le débiteur qui constitue une sûreté réelle exclusive effectue-t-il un acte à titre onéreux ? La réponse varie en fonction de la sûreté exclusive mise en cause. Si pour les propriétés-sûretés (b-1) la réponse affirmative ne fait aucun doute, en revanche, la solution est plus nuancée lorsqu'il est question du droit de rétention (b-2).

b-1) L'appréhension des propriétés-sûretés par les nullités facultatives

Nous verrons ce qu'il en est pour la réserve de propriété (b-1-a), puis pour la fiducie-sûreté (b-1-b)

b-1-a) La clause de réserve de propriété

835. La clause de réserve de propriété suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie¹¹⁰⁴. Mais la clause de réserve de propriété ne peut exister indépendamment d'un contrat. On la retrouve le plus souvent dans les contrats de vente. Ainsi, le vendeur se réserve la propriété du bien vendu jusqu'au complet paiement du prix par l'acheteur.

Si on s'en tient à la définition de l'acte à titre onéreux, la clause de réserve de propriété correspond bien à cette catégorie d'acte juridique. En effet, celui qui stipule cette clause se réserve la propriété du bien, alors que l'autre partie se voit attribuer le bien en sa possession : il peut ainsi en faire usage. Il peut par ailleurs bénéficier d'un crédit ou des délais de paiement. Dans tous les cas, la

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² Cass. com., 27 février 1961, *Bull. civ.* 1961, n° 107.

¹¹⁰³ Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-10.413, Inédit; *Rev. Proc. Coll.* 2002, p. 281, obs. G. BLANC

¹¹⁰⁴ Art. 2367 du Code civil.

constitution d'une clause de réserve de propriété n'est pas un acte à titre gratuit ; il s'agit donc d'un acte à titre onéreux.

b-1-b) La fiducie-sûreté

836. La fiducie telle que définie par l'article 2011 du Code civil, est l'opération en vertu de laquelle une personne, le constituant, transfère des biens, des droits ou des sûretés à une autre personne, le fiduciaire qui, les tenant séparés de son patrimoine personnel, agit dans un but déterminé au profit du bénéficiaire. Comme la clause de réserve de propriété, la constitution d'une fiducie-sûreté procure des avantages réciproques à chacune des parties à l'acte. Le constituant de la fiducie bénéficie d'un crédit en contrepartie du transfert de ses actifs, tandis que le fiduciaire se voit attribuer la propriété temporaire des actifs cédés. En effet, le transfert de propriété ne sera définitif qu'en cas d'inexécution de ses engagements par le débiteur-constituant. La constitution d'une fiducie-sûreté est donc également un acte à titre onéreux.

Il en est de même pour la Cession Dailly. Considérée comme un acte à titre onéreux, par opposition à l'acte à titre gratuit, elle pourrait tomber sous le coup des nullités facultatives si le cocontractant connaît l'état de cessation des paiements du débiteur¹¹⁰⁵.

837. Tout compte fait, la constitution des propriétés-sûretés étant constitutive d'acte à titre onéreux, la clause de réserve de propriété et la fiducie-sûreté peuvent tomber sous le coup des nullités facultatives. D'ailleurs, une juridiction de fond a implicitement admis la nullité facultative de la clause de réserve de propriété. En effet, dans un arrêt du 3 mars 1987 rendu par la cour d'appel d'Amiens¹¹⁰⁶, les juges avaient débouté le demandeur au seul motif qu'il n'était pas établi que le vendeur avait eu connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur.

Un raisonnement a contrario pourrait donc laisser penser que, si le vendeur avait eu connaissance de cet état de cessation des paiements, la cour d'appel aurait prononcé la nullité de la clause de réserve de propriété. Mais en l'absence de décision rendue par la Cour de cassation, le débat reste ouvert. Qu'en est-il du droit de rétention ?

b-2) L'appréhension du droit de rétention par les nullités facultatives

838. Le droit de rétention est la faculté reconnue à un créancier qui détient un bien de son débiteur, d'en refuser la restitution jusqu'au complet paiement de sa créance.

Il faut ici déterminer si la constitution d'un droit de rétention relève de l'accomplissement d'un acte à titre onéreux. Ce problème nous amène à remarquer que, contrairement à la constitution des propriétés-sûretés, l'exercice d'un droit de rétention ne suppose pas nécessairement la conclusion

¹¹⁰⁵ A. MARTIN-SERF, « Les nullités de la période suspecte, l'avis à tiers détenteur et la loi Dailly », art. préc., p. 171.

¹¹⁰⁶ CA Amiens, 3 mars 1987, dans *Rev. Proc. Coll.*, 1989, pp. 72-73.

d'un contrat entre le rétenteur du bien et le propriétaire. Le droit de rétention repose sur l'existence d'un lien de connexité entre la détention du bien et la créance garantie. Cette connexité peut être juridique, matérielle ou conventionnelle.

839. La connexité est juridique lorsque la détention du bien et la créance garantie résultent d'un même rapport juridique. L'article 2286, 2° du Code civil limite cette possibilité à l'hypothèse où le droit de rétention résulte d'une obligation de délivrance. C'est par exemple le cas d'un commissaire aux comptes impayé qui retiendrait des documents comptables.

La connexité est dite matérielle lorsque la créance est née à l'occasion de la rétention de la chose. C'est le cas lorsque le droit de rétention résulte d'une dépense ou d'un travail afférent à la chose retenue. Il en est ainsi d'un séquestre qui retient le bien pour lequel il a exposé, dans l'intérêt des parties, des frais de garde et de conservation.

Enfin, la connexité est conventionnelle lorsqu'un débiteur, voulant garantir le paiement d'une créance, remet volontairement la chose à son créancier jusqu'au complet paiement de la dette. C'est le cas lorsqu'un concédant se fait remettre les papiers d'un véhicule et empêche sa mise en circulation. C'est dans cette dernière situation que le droit de rétention résulte directement d'un accord de volonté entre le créancier rétenteur et son débiteur. Ce contrat qui donne naissance au droit de rétention peut prendre la qualification d'acte à titre onéreux, puisque chacune des parties y trouve un avantage. Le créancier a le droit de retenir la chose jusqu'au complet paiement, tandis que le débiteur peut obtenir du crédit ou des délais de paiement.

840. En définitive, c'est lorsque le droit de rétention repose sur un lien de connexité conventionnelle qu'il trouve sa source dans la signature d'un contrat entre le créancier et le débiteur. Dans cette situation, on peut y voir l'accomplissement par le débiteur d'un acte titre onéreux. Cette solution n'est cependant pas transposable lorsque le droit de rétention repose sur un lien de connexité juridique ou matériel. En effet, dans ces hypothèses, le droit de rétention ne résulte pas directement d'un accord de volonté entre le créancier rétenteur et le débiteur. Il y a donc lieu de considérer que la naissance du droit de rétention ne relève pas de l'accomplissement par le débiteur d'un acte à titre onéreux. En conséquence, le droit de rétention ne peut tomber sous le coup des nullités facultatives que lorsqu'il résulte d'une connexité conventionnelle.

841. La constitution de certaines sûretés réelles exclusives relevant bien de l'accomplissement d'un acte à titre onéreux, il faut considérer que lorsque ces sûretés sont constituées au cours de la période suspecte, elles peuvent, en application des dispositions de l'article L. 632-2, être appréhendées par les nullités facultatives.

Le champ d'application des sanctions de la période suspecte en droit français ayant été déterminé, il convient, à présent, de s'intéresser au droit OHADA.

2- Le domaine des inopposabilités de la période suspecte en droit OHADA

842. La question qui se pose ici est la même qu'en droit français : les sûretés réelles exclusives sont-elles visées par les inopposabilités de la période suspecte ? Comme en droit français, il existe, en droit OHADA, deux catégories d'inopposabilités : les inopposabilités de droit (a) et les inopposabilités facultatives (b).

a- Les sûretés réelles visées par les inopposabilités de droit

843. L'article 68 de l'AUPC est le siège des inopposabilités de droit. Plusieurs actes sont visés par les inopposabilités. Il s'agit de : la transmission à titre gratuit, les paiements des dettes non échues, les paiements des dettes échues faits par tout procédé autre que les espèces, les contrats commutatifs déséquilibrés, la constitution des sûretés réelles conventionnelles pour des dettes antérieures et, enfin, l'inscription provisoire des sûretés judiciaires conservatoires. Seules, les deux dernières catégories d'actes retiendront notre attention.

844. Le 5° de l'article 68 de l'AUPC déclare inopposable de droit « *toute sûreté réelle conventionnelle constituée à titre de garantie d'une dette antérieurement contractée, à moins qu'elle ne remplace une sûreté antérieure d'une nature et d'une étendue au moins équivalente ou qu'elle soit consentie en exécution d'une convention antérieure à la cessation des paiements* ». Ce texte, modifié par la réforme de l'AUPC, vise toutes les sûretés réelles conventionnelles¹¹⁰⁷. Par cette formule large, le législateur communautaire africain, qui a voulu tenir compte de la réforme de l'AUS, élargit considérablement le domaine des inopposabilités de droit. Ainsi, contrairement au droit français, en droit OHADA, toutes les sûretés, y comprises les sûretés réelles exclusives constituées conventionnellement entre le débiteur et le créancier, peuvent être appréhendées par les inopposabilités de droit. Toutefois, en visant expressément les sûretés conventionnelles, le texte permet d'exclure du champ des inopposabilités de droit, la constitution d'un droit de rétention reposant sur une connexité juridique ou matérielle.

Les nouvelles dispositions de l'article 68, 5° de l'AUPC, permettent donc de faire entrer dans le champ des inopposabilités de droit, toute constitution d'une réserve de propriété, d'un transfert fiduciaire de somme d'argent ou d'un droit de rétention reposant sur une connexité conventionnelle. Toutes les sûretés réelles exclusives sont désormais visées par l'inopposabilité de droit.

845. Quant au point 6° de l'article 68 de l'AUPC, il vise « *toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire* ». Ce texte

¹¹⁰⁷ L'article 68, 5° de l'ancien AUPC prévoyait que « toute hypothèque conventionnelle ou nantissement conventionnel, toute constitution de gage, consentie sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ». Avant la réforme, le texte procédait à une énumération des sûretés réelles expressément visées par les inopposabilités de droit. L'absence de mention des sûretés réelles exclusives permettait donc de les exclure. Avec la réforme, la situation n'est plus la même.

interdit donc l'inscription provisoire des sûretés au cours de la période suspecte. Il s'applique uniquement aux nantissements et aux hypothèques judiciaires. Les sûretés réelles exclusives en sont formellement exclues. Ainsi, en droit OHADA, les sûretés réelles exclusives ne peuvent tomber sous le coup des inopposabilités de droit en application du 6° de l'article 68 de l'AUPC, mais plutôt du 5° du même article.

Qu'en est-il des inopposabilités facultatives ?

b- Les sûretés réelles visées par les inopposabilités facultatives

846. Le texte de référence ici est l'article 69 de l'AUPC. Il énumère les actes qui peuvent, sous certaines conditions, être frappés d'inopposabilité. Parmi ces actes on retrouve « *les actes à titre onéreux si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment de leur conclusion* ».

Comme l'article 68, l'article 69 de l'AUPC a considérablement été modifié. En effet, avant la réforme, le texte visait non seulement les « *inscriptions des sûretés réelles mobilières ou immobilières, consenties ou obtenues pour des dettes concomitantes lorsque leur bénéficiaire a eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur* » (2°) et « *les actes à titre onéreux si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment de leur conclusion* » (3°). Le législateur communautaire africain a supprimé les inscriptions des sûretés des actes pouvant tomber sous le coup des inopposabilités facultatives. De cette manière, le droit OHADA s'aligne sur le modèle du droit français. Ainsi, le nouveau texte vise, de façon plus générale, la conclusion d'actes à titres onéreux.

847. La question qui se pose ici est donc de déterminer si la constitution des sûretés réelles exclusives peut être considérée comme l'accomplissement d'un acte à titre onéreux.

Nous l'avons dit, les actes à titre onéreux sont, par opposition aux actes à titre gratuit, ceux qui offrent des avantages à chacune des parties. Or, la constitution de toute sûreté est par essence destinée à produire des avantages réciproques à l'égard des parties. De ce fait, nous pensons que les solutions qui ont été envisagées en droit français devraient pouvoir s'appliquer au droit OHADA. La constitution des sûretés réelles exclusives serait donc bien constitutive d'un acte à titre onéreux. Le doute est toutefois permis dans l'hypothèse d'un droit de rétention fondé sur une connexité juridique ou matérielle¹¹⁰⁸.

848. En définitive, le domaine des sanctions de la période suspecte varie en fonction des législations. En droit français, les sûretés réelles exclusives peuvent surtout être concernées par les nullités facultatives dans la mesure où la constitution d'une sûreté s'analyse souvent comme un acte à titre onéreux. Au contraire, n'étant pas expressément citées par l'article L. 632-1-I du Code de

¹¹⁰⁸ V. l'analyse faite pour le droit français (ns° 834 et s.)

commerce, les sûretés réelles exclusives sont moins exposées aux nullités de droit ; seule la fiduciaire sûreté n'y échappe pas. En revanche, en droit OHADA, elles peuvent être, depuis la réforme de l'AUPC, appréhendées aussi bien par les inopposabilités de droit que par les inopposabilités facultatives.

Nous venons ainsi de déterminer le domaine des sanctions de la période suspecte, intéressons-nous à présent à leur mise en œuvre.

B- La mise en œuvre des sanctions de la période suspecte

849. Il ne suffit pas qu'un acte soit, pour être frappé de nullité ou d'inopposabilité, cité par les textes qui précisent le champ d'application des sanctions de la période suspecte. Il faut encore que certaines conditions relatives à cet acte soient réunies. Bien que ces conditions soient quasiment les mêmes en droit français et en droit communautaire africain, nous les analyserons séparément en prenant soin, dans le cadre du droit OHADA, de ne relever que les différences par rapport au droit français. Par ailleurs, l'accent sera mis uniquement sur les conditions relatives à la nullité ou à l'inopposabilité des sûretés réelles exclusives.

L'analyse des conditions prévues en droit français (1) précèdera donc celles prévues en droit OHADA (2).

1- La mise en œuvre des nullités de la période suspecte en droit français

850. La mise en œuvre des nullités de la période suspecte est soumise à la réunion des conditions générales. Celles-ci s'appliquent aussi bien aux nullités de droit qu'aux nullités facultatives. Cependant, ces conditions n'étant pas spécifiques aux sûretés réelles exclusives, il ne sera pas question de les analyser en profondeur.

Pour être annulé, l'acte litigieux doit avoir été réalisé au cours de la période suspecte.

La période suspecte, rappelons-le, c'est l'intervalle temps qui va de la date de cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture. L'acte incriminé doit donc avoir été fait avant le jugement d'ouverture de la procédure et depuis la date de la cessation des paiements¹¹⁰⁹. Par principe, il s'agit du jugement ouvrant une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La procédure de sauvegarde étant ouverte en l'absence de toute cessation des paiements, elle ne donne pas naissance à une période suspecte. L'existence d'une période suspecte est donc subordonnée à la fixation d'une date de cessation des paiements.

851. C'est cette date qui marque le point de départ de la période suspecte. Il résulte des dispositions de l'article L. 631-8 du Code de commerce que « *Le tribunal fixe la date de cessation des paiements. À défaut de détermination de cette date, la cessation des paiements est réputée être*

¹¹⁰⁹ P. DIENER, « Du caractère suspect de l'absence de l'absence de période suspecte », art. préc; G. WICKER, « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », art. préc.

intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure ». L'alinéa 2 du même article précise que la date de cessation des paiements « *peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure* ». Il appartient donc à la juridiction qui prononce l'ouverture de la procédure collective de fixer une date de cessation des paiements. Celle-ci peut résulter d'une fixation initiale ou d'un report de date.

852. Pour qu'un acte soit annulé, il faut encore que la nullité ait été demandée. L'action en nullité est une action attitrée. Elle ne peut être exercée que par les organes expressément prévus par la loi. C'est l'article L. 632-4 du Code de commerce qui détermine la liste des organes compétents. Il s'agit de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan¹¹¹⁰ ou du ministère public¹¹¹¹. La loi ne cite plus le liquidateur pourtant ce dernier demeure le principal demandeur des actions en nullité¹¹¹². En cas de carence du mandataire judiciaire, un contrôleur peut, en application de l'article L. 622-20, alinéa 1^{er}, exercer l'action en nullité puisqu'il agit dans l'intérêt collectif des créanciers¹¹¹³. En revanche, ni le débiteur¹¹¹⁴ ni ses créanciers¹¹¹⁵ n'ont qualité pour agir.

Il a été jugé que l'action en nullité n'est enfermée dans aucun délai. Elle peut être exercée tant que ses titulaires sont en fonction¹¹¹⁶.

Ce bref exposé sur les conditions générales effectué, examinons à présent les conditions spécifiques à chaque catégorie de nullités, à savoir les nullités de droit (a) et les nullités facultatives (b).

a- Les conditions spécifiques à la nullité de droit

853. Il existe des conditions spécifiques à chacun des actes visés par la nullité de droit. Mais, conformément à l'objet de notre étude, seules celles relatives à la nullité des sûretés seront ici analysées.

Aux termes de l'article L. 632-1 ci-dessus cité, la sûreté doit, pour être annulée, avoir été constituée pendant la période suspecte pour garantir une dette antérieurement contractée. Il existe donc deux conditions posées pour la nullité de droit des sûretés : la constitution au cours de la période suspecte et l'antériorité de la dette.

¹¹¹⁰ Cass. com., 15 octobre 2013, n° 12-23.966, Inédit ; V. aussi, P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 822.11

¹¹¹¹ Sur la compétence du ministère public v. F. VINCKEL, « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 : une réforme en trompe œil », *JCP E*, 2006, 1118, n° 15.

¹¹¹² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1469. L'auteur explique que dans la liquidation, le liquidateur peut exercer l'action nullité puisqu'il a vocation à poursuivre les actions qui relèvent de la compétence du mandataire judiciaire.

¹¹¹³ En sens contraire v. F. VINCKEL, « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 : une réforme en trompe œil », art. préc. L'auteur estime que cette action dépasse le cadre de la seule défense des intérêts des créanciers.

¹¹¹⁴ Cass. com., 12 juin 2001, n° 98-19.873 ; *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *D.* 2001, AJ. p. 2034, obs. A. LIÉNHARD.

¹¹¹⁵ Cass. com., 6 mai 1997, n° 94-16.133 ; *Bull. civ. IV*, n° 120 ; *D.* 1997, somm. p. 313, obs. A. HONORAT.

¹¹¹⁶ Cass. com., 21 septembre 2010, n° 08-21.030, *Bull. civ. IV*, n° 140 ; *D.* 2010, AJ. p. 2221, note A. LIÉNHARD.

854. Comme nous l'avons précédemment démontré, la fiducie-sûreté est la seule sûreté réelle exclusive pouvant être appréhendée par les nullités de droit de la période suspecte. Aussi, comme les autres sûretés, elle doit remplir la double condition d'une constitution au cours de la période suspecte (a-1) en vue de garantir une dette antérieure (a-2).

a-1) La constitution de la fiducie-sûreté en période suspecte

855. Pour être annulée, la fiducie doit avoir été constituée entre la date fixée pour la cessation des paiements et le jugement d'ouverture ou de conversion de la procédure collective¹¹¹⁷.

La constitution renvoie aux conditions de validité et non aux conditions d'opposabilité d'un acte. En effet, des auteurs¹¹¹⁸ affirment que les formalités d'inscription ou de signification n'ont pour but que de rendre la sûreté opposable aux tiers. Ainsi, la date à prendre en considération est celle de la constitution de la sûreté et non celle de son inscription ou de sa publicité.

Mais dans le cadre d'un contrat de fiducie régi par les articles 2011 et suivants du Code civil, l'enregistrement et la publicité foncière¹¹¹⁹ sont des formalités exigées, à peine de nullité. Il ne s'agit donc pas ici de simple condition d'opposabilité. Lorsqu'elle porte sur des créances, la fiducie est opposable aux tiers à la date de l'acte qui la constate. Elle est en revanche opposable au débiteur de la créance cédée à compter de la notification faite par le cédant ou le fiduciaire¹¹²⁰. Ainsi, pour annuler la fiducie, il faut déterminer à partir de quand celle-ci est valablement constituée.

856. Cependant, l'article L. 632-1-I du Code de commerce ne déclare nul que « *tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire* ». La nullité ne vise donc pas spécialement le contrat de fiducie, mais le transfert des biens ou droits dans le patrimoine fiduciaire. En conséquence, la date à prendre en considération ici n'est pas celle de la conclusion du contrat de fiducie, mais plutôt celle du transfert des actifs.

857. Dès lors, se pose la question du moment du transfert fiduciaire. À quel moment les biens et les droits sont-ils transférés dans le patrimoine d'affectation ? À partir de quand la propriété des actifs est-elle temporairement transmise au fiduciaire ? Cette question soulève le problème de la détermination de la nature du contrat de fiducie : s'agit-il d'un contrat consensuel, réel ou solennel ?

858. Le contrat de fiducie obéit à un formalisme rigide. La validité de la fiducie dépend de l'accomplissement de certaines formalités exigées à peine de nullité. En effet, aux termes de l'article 2018 du Code civil, la fiducie doit être constatée dans un écrit qui doit, à peine de nullité, comporter des mentions obligatoires. Parmi ces mentions, le législateur cite notamment la durée du transfert.

¹¹¹⁷ Lorsqu'une procédure de sauvegarde est convertie en redressement ou en liquidation judiciaire.

¹¹¹⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités des sûretés- Nullité des dépôts et consignations - Nullité des mesures conservatoires - Nullité du contrat de fiducie », art. fasc. préc., n° 12.

¹¹¹⁹ Art. 2019 et 2020 du Code civil.

¹¹²⁰ Art. 2018-2 du Code civil

L'opération de la fiducie résulte donc d'un contrat solennel. Ainsi, le seul échange des consentements ou encore la remise des actifs transférés ne suffit pas à rendre la fiducie valable entre les parties. Le transfert des actifs, dans le patrimoine d'affectation, n'interviendra donc qu'après que toutes les formalités exigées à peine de nullité auront été effectuées.

859. La date à prendre en considération n'est donc pas celle de la conclusion du contrat de fiducie, ni même celle du transfert définitif de la propriété des actifs au bénéficiaire. C'est la date à laquelle le fiduciaire devient le propriétaire – même à titre provisoire – des actifs transférés, qui constitue le point de repère. C'est à cette date-là qu'il y a lieu de se situer pour juger de la nullité du transfert fiduciaire, peu important qu'il soit ou non assorti d'une dépossession du constituant.

Si le transfert des actifs a eu lieu au cours de la période suspecte, la fiducie revêt alors un caractère annulable. En revanche, si le transfert a eu lieu avant toute cessation des paiements, la fiducie échappe aux nullités de droit de la période suspecte.

860. Dans les cas de nullité, le législateur vise également les avenants au contrat de fiducie. En effet, l'article L. 631-1, 10° du Code de commerce déclare nul « *tout avenant à un contrat de fiducie affectant des biens ou des droits déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie des dettes contractées antérieurement à cet avenant* ». Par cette disposition, le législateur a pris en considération la fiducie-rechargeable. Ainsi, au moyen d'une convention de rechargement, le constituant peut garantir des créances autres que celles initialement visées dans le contrat de fiducie. S'agissant de la nullité de ces avenants, il y a lieu de préciser qu'à la différence de ce qui se fait pour la nullité du transfert fiduciaire, la date à prendre en considération ici n'est pas celle du transfert, mais plutôt celle de la modification du contrat de fiducie. En outre, la nullité des avenants suppose qu'un contrat de fiducie ait été conclu et que, par la suite, l'avenant à ce contrat intervienne en période suspecte. La nullité résulte alors d'une modification intervenue au cours de la période suspecte, peu important que le contrat de fiducie ait été conclu avant ou au cours de la période suspecte.

Cependant, comme, le contrat de fiducie lui-même, ses avenants sont soumis à la formalité de l'enregistrement. Ainsi, la convention de rechargement ou l'avenant de la fiducie doit, en fonction de la nature des biens sur lesquels il porte, être enregistré ou publié. Cette formalité est exigée à peine de nullité¹¹²¹.

861. En définitive, c'est la constitution d'une sûreté au cours de la période suspecte qui va ici poser problème. A contrario, il a donc été jugé que la sûreté constituée en période suspecte, en substitution d'une garantie préexistante, échappe à la nullité de droit, dans la mesure où la sûreté

¹¹²¹ Art. 2488-2 du Code civil.

initiale a été constituée avant la période suspecte¹¹²². Mais il faut encore que la nouvelle sûreté ne confère pas aux créanciers des garanties supplémentaires et qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des autres créanciers¹¹²³.

Toutefois, la fiducie-sûreté n'est pas annulée au seul motif de sa constitution en période suspecte. Il faut encore qu'elle soit constituée pour garantir une dette antérieurement contractée

a-2) L'antériorité de la dette à la sûreté

862. Pour annuler une sûreté du fait de la période suspecte, il faut que la dette dont elle garantit le paiement lui soit antérieure. Dans cette hypothèse, la constitution de la sûreté garantit une dette préexistante. C'est ce qui constitue le fondement de la nullité de droit, puisqu'il y a une rupture du principe d'égalité. En effet, un des créanciers se voit attribuer une cause légitime de préférence, alors que le débiteur se trouve dans une situation critique. L'antériorité de la dette par rapport à la sûreté est donc une condition expressément exigée par l'article L. 632-1-I, 6° du Code de commerce, qui proclame la nullité des sûretés pour des dettes antérieurement contractées¹¹²⁴. La sûreté constituée dans l'acte de prêt échappe ainsi à la nullité de droit, puisque sa constitution n'est pas postérieure à la dette¹¹²⁵. Dans certains cas, il en est de même pour la sûreté prise en garantie du solde débiteur d'un compte-courant¹¹²⁶.

Echappent également aux nullités de droit les sûretés consenties pour des dettes concomitantes ou futures¹¹²⁷. Mais si la sûreté garantit à la fois des dettes antérieures et des dettes futures ou concomitantes, la juridiction doit prononcer la nullité partielle et n'annuler la sûreté qu'en ce qu'elle garantit des dettes antérieures.

863. Au sujet de la fiducie, cette condition est implicitement posée par l'article, L. 632-1-I, 9° du Code de commerce, qui énonce que la nullité frappe tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, « à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ». En revanche, pour l'avenant au contrat de fiducie, le législateur fait clairement référence à « la garantie des dettes contractées antérieurement à cet avenant » (L. 632-1-I, 10° du Code de commerce).

¹¹²² Cass. com., 20 janvier 1998, n° 95-16.402, *Bull. civ.* IV, n° 28. La solution a été posée pour le privilège du prêteur de deniers, remplacé par une hypothèque.

¹¹²³ Cass. com., 20 janvier 1998, n° 95-16.402, arrêt préc.; *D. Aff.* 1998, p. 254, obs. A. LIÉNARD ; *D.* 1998, somm. p. 380, obs. S. PIÉDELIEVRE.

¹¹²⁴ La jurisprudence veille au respect de cette condition : V. par exemple, Cass. com., 22 juin 1970, n° 69-11.569 ; *Bull. civ.* IV, n° 213 ; CA Angers, 1re Ch. B, 9 mars 1987 ; *Rev. Proc. Coll.* 1988, p. 78, obs. GUYON.

¹¹²⁵ Cass. com., 2 octobre 2007, n° 06-14.682, Inédit ; *Gaz. Proc. Coll.* 2008/1, p. 60, note R. ROUTIER.

¹¹²⁶ Sur la question du solde d'un compte courant ; V. P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 823.52 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités des sûretés- Nullité des dépôts et consignations - Nullité des mesures conservatoires - Nullité du contrat de fiducie », fasc. préc., ns° 39 et s.

¹¹²⁷ CA Montpellier, 11 décembre 1952 ; *Gaz. Pal.* 1953, I, p. 143.

Ainsi, pour être annulés, le transfert des biens ou droits dans un patrimoine fiduciaire et l'avenant au contrat de fiducie, constitués en période suspecte, doivent être postérieurs à la dette garantie. La date à prendre en considération ici est celle de la naissance de la dette (a-2-a). Cela amène à déterminer le moment de la contraction de la créance avant de procéder à une confrontation entre les deux dates (a-2-b)

a-2-a) La date de naissance de la créance

864. La date de naissance de la créance est celle à laquelle la créance a été régulièrement contractée. Pour une partie de la doctrine¹¹²⁸, la détermination de cette date soulève le double problème de la charge (a-2-a-1) et de l'objet de la preuve (a-2-a-2).

a-2-a-1) La charge de la preuve

865. Il appartient au demandeur de l'action en nullité (l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le ministère public) de prouver l'antériorité de la dette par rapport à la sûreté¹¹²⁹. L'organe de la procédure peut également rapporter la preuve de la fausseté de la date indiquée à l'acte de sorte qu'il a été conclu en période suspecte¹¹³⁰. L'antériorité de la dette ne peut donc être présumée.

a-2-a-2) L'objet de la preuve

L'objet de la preuve peut varier selon la source de la dette ou ses modalités.

*** Les sources de la dette**

866. La dette peut avoir une source contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle. Le plus souvent, la dette aura une origine contractuelle. Dans ce cas, le demandeur doit rapporter la preuve de la date de la conclusion du contrat ayant donné naissance à la créance. Cette preuve peut être difficile à rapporter en raison de la nature du contrat. Ainsi, lorsque la dette prend sa source dans un contrat consensuel comme la vente, la date à prendre en considération est celle de l'échange des consentements, c'est-à-dire celle de la conclusion du contrat. En revanche, si la dette tire sa source d'un contrat réel tel que le dépôt, la date qu'il faut retenir est celle de la remise de la chose.

¹¹²⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités des sûretés- Nullité des dépôts et consignations - Nullité des mesures conservatoires - Nullité du contrat de fiducie », fasc. préc., ns° 25 et s.

¹¹²⁹ CA Paris, 10 janvier 1984, *JurisData*, n°1984-020383.

¹¹³⁰ Cass. com., 28 janvier 1997, n° 94-20.554, *Bull. civ.* IV, n° 35; *JCP E*, 1997, II, 935, rapp. J.-P. REMERY; *JCP E*, 1997, I, 651, n° 6, obs. M. CABRILLAC; *D. Aff.* 1997, p. 382.

Le doute est cependant permis dans l'hypothèse d'un contrat de prêt¹¹³¹. Enfin, si la dette a pour origine un contrat solennel comme la fiducie, le demandeur de l'action doit prouver que toutes les formalités exigées à peine de nullité ont été correctement exécutées.

La source de la dette peut également être délictuelle ou quasi délictuelle. Dans cette hypothèse, la sûreté n'en sera pas moins annulable dès l'instant où la date de naissance de la dette délictuelle ou quasi-délictuelle est antérieure à celle de sa constitution¹¹³².

* Les modalités de la dette

867. S'agissant d'une dette conditionnelle, la jurisprudence considère que la sûreté qui la garantit sera nulle dès lors qu'elle a été consentie au cours de la période suspecte, même si la condition se réalise postérieurement à sa constitution¹¹³³.

Il a par ailleurs été jugé que lorsqu'une obligation préexistante fait l'objet d'une novation¹¹³⁴ au cours de la période suspecte, et qu'aux termes de cette novation le débiteur constitue une sûreté pour garantir la nouvelle dette, cette sûreté échappe au jeu des nullités de la période suspecte car elle doit être considérée comme contemporaine de la dette¹¹³⁵, sauf dans l'hypothèse d'une novation frauduleuse¹¹³⁶.

En définitive, lorsque la juridiction a bien pris soin de déterminer les dates respectives de constitution de la sûreté et de naissance de la créance, le prononcé de la nullité résulte d'une confrontation entre ces deux dates.

a-2-b) La confrontation entre les dates

868. La sûreté ne sera entachée de nullité que si constituée en période suspecte, elle est postérieure à la dette. En effet, la créance doit avoir pris naissance avant la constitution de la sûreté, peu important que la créance elle-même, soit contractée au cours de la période suspecte.

Ainsi, pour revenir à la nullité de la fiducie, celle-ci ne sera prononcée que si le transfert des droits ou biens dans un patrimoine fiduciaire ou l'avenant au contrat de fiducie a eu lieu après la date de naissance de la dette garantie. En revanche, la concomitance entre la constitution de la sûreté et la naissance de la créance n'entraîne pas la nullité de droit de la sûreté. Echappent ainsi aux nullités de droit les sûretés prises pour garantir des dettes concomitantes ou postérieures.

¹¹³¹ La nature du contrat de prêt est incertaine en doctrine V. par exemple F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civil et commerciaux*, Dalloz, 9^e éd., 2011, n° 842. Ces auteurs refusent la qualification de contrat réel au prêt.

¹¹³² CA Rouen, 16 mars 1878, *S.* 1880, 2, p. 53

¹¹³³ CA Orléans, 7 avril 1954, *RTD com.* 1954, p. 708.

¹¹³⁴ La novation c'est la substitution à une obligation qu'on éteint, d'une obligation qu'on crée nouvelle, par rapport à l'ancienne qu'elle est destinée à remplacer, par changement de débiteur, de créancier, d'objet ou de cause.

¹¹³⁵ CA Orléans, 16 juin 1852, *DP.* 1854, 2, p. 222.

¹¹³⁶ Cass. req., 17 mars 1873, *DP.* 1874, 1, p. 371; Cass. req., 7 janvier 1879, *DP.* 1879, 1, p. 286; Cass. civ., 24 juin 1903, *DP.* 1903, 1, p. 472.

Cette solution n'est toutefois pas transposable dans le cadre des nullités facultatives.

b- Les conditions spécifiques à la nullité facultative

869. Ce sont les articles L. 632-1-II et L. 632-2 du Code de commerce qui énumèrent les différentes catégories d'actes pouvant, du fait de leur constitution au cours de la période suspecte, être facultativement annulés.

Comme nous l'avons précédemment démontré, toutes les sûretés réelles exclusives, à l'exception du droit de rétention résultant d'une connexité matérielle ou juridique, peuvent tomber sous le coup des nullités facultatives. Contrairement aux nullités de droit, ce n'est pas le caractère frauduleux de l'acte qui est ici sanctionné, mais les conditions qui entourent la conclusion de cet acte. Le tiers qui traite avec le débiteur est au courant de son état de cessation des paiements. Ainsi, il n'existe pas, pour les nullités facultatives, des conditions d'annulation spécifiques à chaque acte. Le prononcé d'une nullité est soumis à la connaissance, par le cocontractant du débiteur, de l'état de cessation des paiements de ce dernier¹¹³⁷ (b-1). À cette condition, s'ajoute la liberté d'appréciation du tribunal (b-2).

b-1) La connaissance de l'état de cessation des paiements

870. Il appartient au demandeur à l'action de rapporter la preuve d'une connaissance, par le cocontractant, de l'état de cessation des paiements du débiteur. La preuve se fait par tous moyens puisqu'il s'agit d'un fait juridique. En règle générale, cette preuve sera difficile à rapporter, faute de critères objectifs. Un critère peut, en effet, être retenu dans certains cas puis rejeté dans d'autres circonstances.

Ainsi, le fait que l'accipiens soit une société appartenant au même groupe que la société débitrice a pu être utilisé dans les deux situations. Certains ont considéré qu'il s'agissait d'un élément suffisant pour prouver la connaissance de l'état de cessation des paiements¹¹³⁸, tandis que d'autres ont rejeté cet argument¹¹³⁹. La preuve de la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur peut néanmoins être facilitée dans certaines situations. C'est le cas lorsqu'il existe entre le débiteur et le cocontractant une relation d'affaires, des liens familiaux¹¹⁴⁰ ou des liens personnels¹¹⁴¹.

¹¹³⁷ Cass. com., 16 février 1993, n° 91-11.235, *Bull. civ.* IV, n° 62; *JCP E* 1993, I, 277, n° 9, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL; Cass. com., 24 octobre 1995, n° 94-10.399, *Bull. civ.* IV, n° 250; *D.* 1996, p. 86, note F. DERRIDA;

¹¹³⁸ Cass. com., 26 octobre 1999, n° 97-14.430, Inédit; *Act. Proc. Coll.* 2000/4, p° 41.

¹¹³⁹ CA Montpellier, 8 novembre 2005, *Rev. Proc. Coll.* 2007/4, p. 229, obs. G. BLANC.

¹¹⁴⁰ Il en est ainsi du conjoint du débiteur; v. CA Rennes, 2e ch., 5 juillet 1981, *Juris-Data*, n° 040527.

¹¹⁴¹ C'est le cas d'un président directeur général de la société débitrice qui est également le dirigeant des sociétés créancières et qui maîtrisait les comptes des trois sociétés; V. Cass. com., 16 février 1993, n° 91-11.235, arrêt préc; ou encore d'un administrateur de société réputé connaître les difficultés de l'entreprise; V. CA Douai, 30 novembre 1989, *Rev. Proc. Coll.* 1992, p. 68, obs. Y. GUYON.

871. Par ailleurs, le demandeur à l'action doit prouver que le cocontractant était au courant, au moment de la réalisation du paiement ou de la conclusion de l'acte à titre onéreux¹¹⁴², de l'insolvabilité du débiteur. Ainsi, on peut considérer, s'agissant des sûretés en générale, que la connaissance de l'état de cessation des paiements doit exister au moment de leur constitution. De ce fait, les conventions-cadres de cession de créances professionnelles échappent à la nullité de l'article L. 632-2 du Code de commerce, puisque le contrat a été conclu antérieurement à la cessation des paiements et que seule l'exécution s'est faite pendant la période suspecte¹¹⁴³. Ainsi, une connaissance postérieure à la conclusion de l'acte n'est pas suffisante pour faire annuler un acte. En revanche, une connaissance antérieure l'est parfaitement.

Quoi qu'il en soit, la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur ne peut être présumée, elle doit absolument être prouvée¹¹⁴⁴.

872. Dès lors que les juges ont accompli cette mission, ils disposent encore, pour le prononcé d'une nullité facultative, d'un pouvoir d'appréciation. En effet, à la condition obligatoire qui réside dans la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur, s'ajoute un élément essentiel : la liberté d'appréciation du tribunal. C'est le pouvoir dont disposent les juges de fond pour prononcer ou non la nullité d'un acte, et cela même lorsque toutes les conditions de l'annulation sont réunies.

b-2) La liberté d'appréciation du tribunal

873. Les juges du fond disposent, pour le prononcé des nullités facultatives, d'un pouvoir souverain d'appréciation. La position de la jurisprudence est constante sur cette question¹¹⁴⁵. Toutefois, les juges du fond sont tenus de motiver leur décision, ce que vérifie la Cour de cassation. La vérification porte sur l'existence et le caractère suffisant de la motivation¹¹⁴⁶.

Certains auteurs considèrent que la Haute juridiction exerce, de cette manière, un véritable contrôle de la qualification juridique des faits constatés par les juges du fond¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.688, *Bull. civ.* IV, n° 152; Cette solution constante, a aussi été posée pour l'annulation d'un paiement, seule la date du paiement est prise en compte, non celle de la reconnaissance de la dette; v. Cass. com., 17 juillet 2001, n° 98-21.197, Inédit; *Rev. Proc. Coll.* 2002, p. 280, obs. G. BLANC.

¹¹⁴³ Cass. com., 20 janvier 1998, n° 95-16.718, Inédit; *RTD com.* 1998, p. 396, obs. M. CABRILLAC; Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-17.523, Inédit; *Act. Proc. Coll.* 2001/17, p.1, obs. R. BONHOMME.

¹¹⁴⁴ CA Paris, 3e ch., 13 décembre 2007, *D.* 2008, p. 221, obs. A. LIÉNHARD.

¹¹⁴⁵ Cass. req., 10 juin 1873, *DP* 1874, I, p. 83; Cass. req., 13 février 1877, *DP* 1878, I, p. 208; Cass. .req., 15 janvier 1940, *Gaz. Pal.* 1940, I, p. 303; Cass. com., 7 novembre 1989, n° 88-14.441; *Bull. civ.* 1989, IV, n° 271.

¹¹⁴⁶ Cass. com., 12 janvier 2010, n° 09-11.119, *Bull. civ.* IV, n° 5; *D.* 2010, AJ. p. 204, obs. A. LIÉNHARD.

¹¹⁴⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Redressement et liquidation judiciaires- Nullités Facultatifs », *JCL com.*, 1^{er} juin 2011, fasc. 2510, n° 52.

874. Mais quels peuvent être les critères de motivation retenus par les juges ?

b-2-a) Les critères d'appréciation

Deux critères sont à l'origine d'un important contentieux. Il s'agit du préjudice subi (b-2-a-1) et de la mauvaise foi du tiers (b-2-a-2).

b-2-a-1) Le préjudice subi

875. Aujourd'hui, il est clairement admis que l'existence d'un préjudice n'a aucune influence sur la décision des juges. Le préjudice ne constituant plus un motif valable pour annuler un acte, seule doit être appréciée la possibilité pour le débiteur de reconstituer son actif.

Cependant, cette question s'est longtemps posée en jurisprudence. En effet, sous l'empire des législations antérieures à la loi du 25 janvier 1985, le demandeur à l'action devait faire la preuve supplémentaire que l'acte dont la nullité était demandée avait porté préjudice aux créanciers ou, au moins, à l'entreprise¹¹⁴⁸. Aussi, bien que la loi ne posât pas expressément cette condition, c'est cette solution qui était admise en jurisprudence.

Le législateur de 1985 a, en supprimant la masse des créanciers et en substitution aux inopposabilités des nullités, reconsidéré la finalité des nullités de la période suspecte. Aussi, dans un arrêt du 16 février 1993¹¹⁴⁹, la Cour de cassation a opéré un revirement jurisprudentiel remarquable. Dans sa décision, elle énonce qu'« *en vertu des articles 1er et 110 de la loi du 25 janvier 1985, l'action en nullité a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur, en vue du maintien de l'activité et de l'emploi* ». La Cour précise ensuite que « *les juges du fond, pour prononcer la nullité prévue à l'article 108, ne sont pas tenus de constater l'existence d'un préjudice subi par le débiteur ou par ses créanciers* ».

876. Si la question de l'existence d'un préjudice est désormais réglée¹¹⁵⁰, il se pose néanmoins le problème de l'intérêt à agir. En effet, toute action ayant pour fondement l'intérêt à agir, le demandeur à l'action doit, à défaut de prouver un préjudice, au moins avoir un intérêt dans l'exercice de l'action. Mais peut-il y avoir un intérêt à agir en l'absence de tout préjudice ?

En tenant compte de l'évolution jurisprudentielle sur la question du préjudice, on peut considérer que sous l'empire des législations antérieures à la loi du 25 janvier 1985, l'intérêt à agir se vérifiait par l'existence d'un préjudice subi par la masse des créanciers. Or, aujourd'hui, la jurisprudence ne

¹¹⁴⁸ Cass. com., 23 février 1983, n° 81-16.144, *Bull. civ.* IV, n° 81; Cass. com., 19 février 1985, n° 83-14.995, *Bull. civ.* IV, n° 63; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. jurispr. p. 203; Cass. com., 8 mars 1988, n° 86-13.245, Inédit; *Rev. Proc. Coll.* 1988, p. 409, obs. Y. GUYON.

¹¹⁴⁹ Cass. com., 16 février 1993, n° 91-11.235, arrêt préc; *JCP E*, 1993, pan. 495; *JCP E*, 1993, I, 277, n° 9, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL; *Rev. Proc. Coll.* 1994, p. 255, note B. LEMISTRE.

¹¹⁵⁰ La Cour de cassation a maintenu sa position en dépit des nombreuses réformes intervenues depuis la loi du 25 janvier 1985; V. Cass. com., 24 octobre 1995, n° 94-10.399, arrêt préc; Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-16.142, Inédit; *Dr. sociétés* 2001, p. 161, note J.-P. LEGROS.

faisant plus du préjudice un motif valable pour le prononcé d'une nullité, l'intérêt à agir réside désormais dans la possibilité de reconstituer le patrimoine du débiteur¹¹⁵¹. En allant dans le même sens, un auteur affirme que « l'annulation a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur. L'opération ne peut être qualifiée d'acte suspect que si elle a grevé le patrimoine du débiteur : à défaut, son anéantissement rétroactif ne produirait pas l'effet escompté par la loi »¹¹⁵².

b-2-a-2) La mauvaise foi

877. On peut ensuite se demander si la mauvaise foi constitue un motif valable pour le prononcé d'une nullité. À ce sujet, la jurisprudence s'est clairement prononcée. La mauvaise foi du cocontractant est indifférente pour le prononcé d'une nullité ; seul compte ici la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Ainsi, les dirigeants qui ont invoqué leur absence de mauvaise foi pour éviter la nullité de l'acte n'y ont pas échappé, car leur connaissance de l'état de cessation des paiements ne faisait aucun doute. La Cour de cassation a écarté cet argument qui conduirait en outre à ajouter une condition non prévue par le législateur¹¹⁵³.

878. Même après avoir vérifié que les conditions de la nullité facultative sont réunies, les juges du fond restent libres de prononcer ou non la nullité de l'acte. En effet, à la différence des nullités de droit, les juges doivent, pour les nullités facultatives, également en apprécier l'opportunité, comme le rappelle un arrêt de rejet de la Cour de cassation en date du 12 janvier 2010¹¹⁵⁴. En l'espèce, il s'agissait d'une demande de nullité d'un avis à tiers détenteur formée par le liquidateur. La Haute juridiction avait confirmé la décision de la cour d'appel qui, bien qu'ayant constaté que toutes les conditions de la nullité étaient réunies, avait refusé de prononcer la sanction pour plusieurs raisons. Selon la Cour de cassation, « *mais attendu qu'après avoir constaté que les conditions pour prononcer la nullité sont réunies, le juge, saisi d'une action en nullité fondée sur l'article L. 632-2 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, jouit de la faculté de prononcer ou non cette mesure; qu'ainsi, la cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de ce texte en estimant, par une décision motivée, que l'action du liquidateur tendant à la nullité d'un avis à tiers détenteur n'avait pas lieu d'être accueillie ; que le moyen n'était pas fondé* ». De même, la cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 16 novembre 2010¹¹⁵⁵, refusé d'annuler une saisie-attribution constituée en période suspecte, au motif que l'annulation serait de nature à produire de graves conséquences financières sur la situation du créancier bénéficiaire des sommes issues de la saisie.

¹¹⁵¹ Cass. com., 29 octobre 1991, n° 90-11.354, *Bull. civ.* IV, n° 320 ; *D.* 1992, p. 424, note J.-P. SORTAIS.

¹¹⁵² F. VINCKEL, « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 : une réforme en trompe œil », art. préc., p. 132.

¹¹⁵³ Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-16.142, arrêt préc.

¹¹⁵⁴ Cass. com., 12 janvier 2010, n° 09-11.119, arrêt préc.

¹¹⁵⁵ CA Paris, 16 novembre 2010, *Juris-Data* n° 2010-026666.

Quoi qu'il en soit, les juges du fond ne sont pas tenus de prononcer la nullité facultative. La liberté d'appréciation dont ils disposent leur confère ainsi le pouvoir de juger de l'opportunité du prononcé de la nullité d'un acte.

La connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur par son cocontractant soulève d'autres problèmes¹¹⁵⁶. Toutefois ceux-ci n'étant pas spécifiques aux sûretés réelles exclusives, nous ne les analyserons pas.

879. En définitive, en droit français, les sûretés réelles exclusives n'échappent pas aux nullités de la période suspecte. En effet, dès lors que leurs constitutions réunies les conditions posées la loi, elles peuvent être appréhendées soit par la nullité de droit, soit par la nullité facultative. Mais alors, qu'en est-il en droit OHADA ? Quelles sont les conditions posées par ce droit pour la mise en œuvre des inopposabilités de la période suspecte ?

2- La mise en œuvre des inopposabilités de la période suspecte en droit OHADA

880. À l'instar du droit français, la mise en œuvre des inopposabilités de la période suspecte est soumise à la réunion de plusieurs conditions. Nous insisterons sur celles relatives à la constitution des sûretés réelles exclusives. Par ailleurs, l'accent sera mis sur les spécificités du droit OHADA par rapport au droit français.

881. Le législateur communautaire africain ne pose pas de façon claire des conditions générales pour les inopposabilités de la période suspecte. L'article 67 de l'AUPC se contente d'indiquer que « *La période suspecte commence à compter de la date de cessation des paiements et prend fin à la date d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens* ». Malgré cette rédaction laconique, on peut en déduire que, comme en droit français, pour être frappé d'inopposabilité, un acte doit être constitué pendant la période suspecte.

Contrairement au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens, le règlement préventif ne donne pas lieu à une période suspecte, puisque son ouverture requiert l'absence de cessation des paiements.

882. Pour déterminer, si un acte tombe ou peut tomber sous le coup des inopposabilités de la période suspecte, il faut donc fixer la date de cessations des paiements.

L'article 34 de l'AUPC précise les modalités de fixation de la date de cessation des paiements. Il en ressort que la juridiction compétente, en l'occurrence le tribunal ayant prononcé l'ouverture de la procédure, doit fixer provisoirement la date de cessation des paiements. À défaut, celle-ci est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate. La date de cessation des paiements doit

¹¹⁵⁶ Par exemple les problèmes relatifs aux caractéristiques de la connaissance de l'état de cessation des paiements.

être précisée dans le jugement d'ouverture. Dans certains cas, la période suspecte peut débuter six mois avant la date de la cessation des paiements¹¹⁵⁷.

883. Quant à l'exercice de l'action en inopposabilité, l'alinéa 1^{er} de l'article 70 de l'AUPC prévoit que « *L'action en déclaration d'inopposabilité ne peut être exercée que par le syndic, sans préjudice de l'application de l'article 72, alinéa 2 ci-dessous. Elle relève de la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure de redressement ou de liquidation des biens* ». Comme en droit français, la demande en inopposabilité est attitrée. Ni le débiteur, ni ses créanciers ne peuvent l'exercer. Cependant, en droit OHADA, l'action en inopposabilité relève de la compétence exclusive du syndic. Il agit devant la juridiction compétente, au nom et dans l'intérêt collectif de la masse des créanciers. L'alinéa 2 de l'article 70 précise qu'« *à peine d'irrecevabilité, cette action ne peut être exercée après homologation du concordat de redressement ni après clôture de la liquidation des biens* ».

De même qu'en droit français, le législateur communautaire veut éviter que la durée de l'exercice de l'action en inopposabilité ne dépende du déroulement de la procédure collective.

Après ce propos introductif, il convient de voir les conditions spécifiques à chaque type d'inopposabilités. D'abord, l'inopposabilité de droit (a) puis, l'inopposabilité facultative (b).

a- Les conditions de l'inopposabilité de droit

884. L'inopposabilité est dite de droit lorsque la juridiction compétente est tenue de la prononcer dès lors que les conditions légales sont réunies. L'inopposabilité de droit est différente de l'inopposabilité de plein droit qui se produit sans jugement. Comme en droit français, les inopposabilités de droit frappent plusieurs catégories d'actes, et les conditions de la sanction varient en fonction de l'acte contesté.

a-1) Quelles sont les conditions relatives à la constitution de sûretés réelles exclusives ?

885. Il résulte des dispositions de l'article 68 de l'AUPC que pour être frappées d'inopposabilité, les sûretés conventionnelles doivent être constituées pendant la période suspecte pour garantir le paiement d'une dette antérieurement contractée. L'inopposabilité de droit des sûretés conventionnelles est ainsi soumise à deux conditions cumulatives : la constitution en période suspecte et l'antériorité de la dette. Ces conditions ne diffèrent pas des conditions posées par le législateur français pour les nullités de droit.

886. Cependant, nous avons vu qu'à la différence du droit français, toutes les sûretés réelles exclusives peuvent, depuis la réforme de l'AUPC, être appréhendées par l'inopposabilité de droit.

¹¹⁵⁷ F.-M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit, n° 230. C'est le cas lorsque l'inopposabilité frappe des actes à titres gratuits faits dans le six mois précédents la cessation des paiements. (Art. 69,1° de l'AUPC).

Sans revenir sur l'antériorité de la dette que nous avons étudiée dans le cadre des nullités de droit, il nous faut analyser la condition relative à la constitution des différentes sûretés réelles exclusives, en l'occurrence le droit de rétention (a-1-a) et les propriétés-sûretés (a-1-b).

a-1-a) La constitution du droit de rétention

887. L'exercice du droit de rétention exige un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue. Le moment de la constitution du droit de rétention va donc dépendre de la nature du lien de connexité sur lequel il repose.

Pour la connexité matérielle, le droit de rétention naît à l'occasion d'une créance qui résulte, elle-même, de la détention de la chose. Pour la connexité juridique, le droit de rétention est constitué en raison d'une créance impayée qui résulte d'un contrat obligé au préalable, le rétenteur à livrer la chose retenue. Enfin, pour la connexité conventionnelle consacrée par le législateur de 2010, la constitution du droit de rétention intervient lorsque la chose est remise au rétenteur afin de garantir le paiement d'une dette.

888. Cependant, le texte relatif aux inopposabilités de droit ne vise que les sûretés conventionnelles. De ce fait, nous pensons que seul le droit de rétention reposant sur une connexité conventionnelle peut, lorsque les conditions sont réunies, être appréhendé par l'inopposabilité de droit. En effet, pour les autres cas, le droit de rétention ne résulte pas d'un accord de volonté entre les parties ; il est simplement la conséquence d'un premier rapport juridique.

Pour tomber sous le coup de l'inopposabilité de droit, la constitution du droit de rétention devra être faite au cours de la période suspecte.

L'article 69, 1° de l'AUS énonce que la connexité conventionnelle est réputé établie « *lorsque la chose a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur* ». Le droit de rétention conventionnelle est donc constitué au moment de la remise de la chose. Il s'agit d'un contrat réel. En conséquence, c'est à la date de la remise de la chose qu'il convient de se placer pour déterminer si la constitution du droit de rétention tombe ou non sous le coup de l'inopposabilité de droit.

Qu'en est-il des propriétés-sûretés ?

a-1-b) La constitution des propriétés-sûretés

Nous analyserons successivement la constitution de la clause de réserve de propriété (a-1-b-1) puis celle de la fiducie-sûreté (a-1-b-2).

a-1-b-1) La constitution de la clause de réserve de propriété

889. La clause de réserve de propriété permet de suspendre l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie¹¹⁵⁸. Il se pose alors la question de savoir le moment auquel cette clause est valablement constituée entre les parties.

Rappelons que la constitution d'une sûreté renvoie aux conditions de validité et non aux conditions d'opposabilité de celle-ci. L'article 73 de l'AUS précise qu'« *À peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au moment de la livraison du bien* ». La validité de la clause de réserve de propriété est donc soumise à plusieurs conditions : l'accord des parties constaté dans un écrit, lequel doit être rédigé au plus tard au moment de la livraison du bien¹¹⁵⁹. La constitution d'une clause de réserve de propriété suppose l'exigence d'un écrit. La date à prendre en compte ici est donc celle de la rédaction de cet écrit. Pour tomber sous le coup de l'inopposabilité de droit, la rédaction de l'écrit doit être faite au cours de la période suspecte.

a-1-b-2) La constitution du transfert fiduciaire de somme d'argent

890. Le transfert fiduciaire peut être, comme en droit français, appréhendé par les sanctions de la période suspecte. Toutefois, l'article 87 de l'AUS précise que « *Le transfert fiduciaire est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation* ». Il nous faut donc déterminer à quel moment la convention est valablement constituée. L'article 88 de l'AUS dispose qu'« *À peine de nullité, la convention détermine la ou les créances garanties, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué* ». La validité du transfert fiduciaire exige donc la rédaction d'une convention qui doit comporter certaines mentions obligatoires.

891. Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 87, alinéa 2, de l'AUS que les fonds donnés en garanties « *doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir* ». La validité du transfert fiduciaire de sommes d'argent est donc soumise à la double condition de l'inscription des fonds sur un compte bloqué, d'une part, et de la rédaction d'une convention, d'autre part¹¹⁶⁰. Ce n'est qu'après l'accomplissement de toutes ces formalités que le transfert fiduciaire peut valablement intervenir. Ainsi, pour déclarer inopposable de droit un transfert fiduciaire de somme d'argent, il faudrait que les formalités ci-dessus énoncées soient effectuées au cours de la période suspecte.

¹¹⁵⁸ Art. 72 de l'AUS.

¹¹⁵⁹ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, *op. cit.*, n° 212.

¹¹⁶⁰ *Ibid*, ns° 249 -251.

892. En définitive, pour être déclaré inopposable, l'acte constitutif de la sûreté doit être fait au cours de la période suspecte. Aussi, dès lors que la juridiction compétente a bien pris soin de déterminer la date de constitution de la sûreté et celle de la naissance de la dette, le prononcé de l'inopposabilité découle, comme en droit français, d'une confrontation entre ces deux dates. L'inopposabilité ne sera prononcée que lorsque la confrontation des dates révèle que la dette est née antérieurement à la constitution de la sûreté. L'inopposabilité de droit ne s'applique donc pas lorsque la constitution d'une sûreté réelle exclusive est antérieure ou concomitante à la dette. Que dire des inopposabilités facultatives ?

b- Les conditions des inopposabilités facultatives

893. L'alinéa 1^{er} de l'article 69 de l'AUPC précise que certains actes « *Peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, s'ils lui ont causé un préjudice* ». Ce texte qui pose la première condition des inopposabilités facultatives, montre également la liberté d'appréciation dont disposent les juges. En effet, l'expression « *peuvent être déclarés inopposables* » permet de penser qu'en la matière, ceux-ci ne sont pas tenus de déclarer l'inopposabilité, alors même que les conditions sont réunies. Comme en droit français, il y a une certaine souplesse par rapport à la rigidité qui caractérise les inopposabilités de droit.

894. Par ailleurs, nous avons vu que la constitution de sûretés réelles exclusives pouvait tomber sous le coup des nullités facultatives, car il s'agit d'actes à titre onéreux¹¹⁶¹. Aussi, il résulte des dispositions de l'article 69 de l'AUPC que pour être déclarés inopposables, les actes à titre onéreux doivent remplir deux conditions : d'une part, leur conclusion doit avoir causé un préjudice à la masse et, le cocontractant doit avoir connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur, d'autre part.

À la différence du droit français, le préjudice subi par la masse des créanciers est expressément posé comme condition du prononcé d'une inopposabilité facultative. Nous mettrons donc l'accent sur cette condition (b-1), avant de voir brièvement la condition relative à la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur (b-2).

b-1) Le préjudice causé à la masse des créanciers

895. L'acte à titre onéreux, en l'occurrence la constitution d'une sûreté, doit avoir causé un préjudice à la masse des créanciers¹¹⁶². Cette condition découle de la règle « pas d'intérêt, pas d'action ». Ainsi, le syndic qui exerce l'action en inopposabilité doit prouver son intérêt à agir.

¹¹⁶¹ Sauf pour le droit de rétention reposant sur une connexité juridique ou matérielle.

¹¹⁶² Sur la définition de la masse, cf. art. 72, al. 3 de l'AUPC.

Le syndic agissant au nom et pour le compte de la masse, l'intérêt réside dans le préjudice subi par la masse.

Nous avons vu, en droit français, que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985, le préjudice ne constitue plus une condition de nullité. Ce changement de solution, confirmée par la jurisprudence¹¹⁶³, est sans doute dû au fait que le législateur français a supprimé la notion de « masse des créanciers ». Quant au législateur OHADA, il refuse de se séparer de la masse des créanciers. En effet, même avec la récente réforme de l'AUPC, la masse des créanciers n'a pas été supprimée. De cette manière, le législateur communautaire africain se démarque du législateur français, en ce que, comme l'affirme un éminent auteur, la procédure collective n'est que la résurrection de la masse des créanciers¹¹⁶⁴.

Le législateur communautaire africain est cependant resté silencieux sur la nature du préjudice. Il peut donc être matériel ou moral. Mais dans tous les cas, le préjudice doit être collectif ; il ne saurait s'agir d'un préjudice individuel, propre à un créancier.

896. Toutefois, même lorsque la constitution d'une sûreté au cours de la période suspecte a causé un préjudice à la masse, il faut encore démontrer, pour que l'acte soit frappé d'inopposabilité, que celui qui a traité avec le débiteur avait connaissance de l'état de cessation des paiements de ce dernier.

b-2) La connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur

897. L'article 69, 2° de l'AUPC précise que peuvent être déclarés inopposables « *les actes à titre onéreux si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment de leur conclusion* ». Ce qui fait tomber ces actes sous le coup des inopposabilités ; ce n'est pas leur nature, mais la connaissance par le tiers cocontractant de l'état de cessation des paiements du débiteur. Il revient donc à la personne qui intente l'action, en l'occurrence le syndic, de rapporter la preuve de la connaissance de l'état de cessation des paiements par le tiers. Cette preuve se fait par tous moyens.

Comme en droit français, la connaissance doit d'abord être personnelle à la personne qui a traité avec le débiteur¹¹⁶⁵. Elle doit ensuite être précise. Le tiers doit savoir que le débiteur était en état de cessation de paiements. Enfin, la connaissance doit exister au moment où l'acte est passé. S'agissant des sûretés, la connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur s'apprécie au moment où celles-ci sont constituées.

¹¹⁶³ Cass. com. 16 février 1993, n° 91-11.235, arrêt préc.

¹¹⁶⁴ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 611.21.

¹¹⁶⁵ Cass. com. 2 décembre 2014, n° 13-25.705, *BJE* mars 2015, p. 115, note. C. LISANTI. La doctrine africaine admet toutefois la connaissance de certains tiers, ainsi, la connaissance du mandataire vaut pour le mandant.

898. En somme, les inopposabilités facultatives concernent des actes de nature différente et a priori non frauduleux. Ce qui les incrimine, c'est non seulement le préjudice causé à la masse des créanciers mais également la connaissance par le cocontractant de l'état de cessations des paiements du débiteur.

899. L'analyse des conditions d'application des sanctions de la période suspecte nous montre que les sûretés réelles exclusives ne sont pas totalement à l'abri des conséquences engendrées par l'ouverture d'une procédure collective. En effet, même si, notamment en droit français, pour la plupart, elles échappent à la nullité de droit, elles peuvent, en revanche, être appréhendées par les nullités facultatives. Au contraire, en droit OHADA, elles peuvent être appréhendées aussi bien par les inopposabilités de droit que par les inopposabilités facultatives. Ainsi, dès lors que les conditions posées par le législateur sont réunies, les sûretés réelles exclusives courent le risque d'une annulation ou d'une inopposabilité. Le prononcé de l'une ou l'autre de ces sanctions peut alors avoir des effets redoutables pour les bénéficiaires de ces sûretés.

Paragraphe 2 / Les effets de sanction de la période suspecte sur les sûretés réelles exclusives

900. Les sanctions de la période suspecte diffèrent selon que l'on se situe en droit français ou en droit OHADA. Ces différences nous amène à les étudier séparément. Ainsi, nous analyserons d'abord les effets de nullités de la période suspecte (A), puis nous verrons ensuite les effets des inopposabilités de la période suspecte (B).

A- Les effets des nullités de la période suspecte en droit français

901. Les effets de la nullité varient en fonction de l'acte remis en cause. Mais conformément à notre étude, seuls seront ici analysés les effets de la nullité des sûretés réelles en général et des sûretés réelles exclusives en particulier.

Nous verrons à cet égard les conséquences (1) et la finalité (2) de la nullité relative à la période suspecte.

1- Les conséquences de la nullité des sûretés

902. La nullité est une sanction prononcée par le juge. Elle consiste à faire disparaître rétroactivement l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation. La nullité peut être relative ou absolue.

Dans le cadre de la nullité résultant de la période suspecte, la jurisprudence, pour décider qu'un tiers ne saurait se prévaloir de cette nullité, l'a qualifiée de relative¹¹⁶⁶. Pour la doctrine¹¹⁶⁷, la solution

¹¹⁶⁶ Cass. com., 26 avril 2000, n° 97-20.656, *Bull. civ.* IV, n° 83 ; *D.* 2001, p. 620, obs. A. HONORAT ; *RTD com.*, 2000, p. 728, obs. J.-L.VALLENS et 2001, p. 235, obs. A. MARTIN-SERF ; comp. Cass. com., 3 juin 1997, n° 94-13.788,

jurisprudentielle est discutable puisque « *l'action est toujours menée dans un but d'intérêt général, et non pour la sauvegarde d'intérêts privés alors même que, par ses résultats (...) elle contribue aujourd'hui davantage à la protection du débiteur qu'à la sanction de la fraude* »¹¹⁶⁸. Comme la jurisprudence, nous y voyons une nullité relative car le but de celle-ci est d'abord de protéger les intérêts du débiteur par la reconstitution de son actif.

903. Quoiqu'il en soit, que la nullité soit de droit ou facultative, absolue ou relative, la sûreté annulée est anéantie. Les parties qui doivent désormais se comporter comme si la garantie n'avait jamais existé, reviennent alors dans la situation antérieure à la constitution de la sûreté. Cette situation qui n'est pas sans conséquence sur l'existence des sûretés a, en réalité, pour objectif le redressement de l'entreprise au moyen de la reconstitution de l'actif du débiteur. Aucune disposition spéciale n'étant prévue pour les sûretés réelles exclusives, il y a lieu de considérer que leur nullité aura les mêmes effets, en l'occurrence leur anéantissement rétroactif.

Cette situation produit nécessairement des conséquences entre les parties (a), mais également à l'égard des tiers (b).

a- Les conséquences de la nullité à l'égard des parties

904. La nullité de la sûreté remet les parties dans la situation antérieure à sa constitution. En effet, à moins de bénéficier d'autres causes légitimes de préférence ou d'exclusivité n'ayant pas été remises en cause, le créancier dont la sûreté est annulée devient un simple créancier chirographaire. Cette situation lui fait perdre toutes les prérogatives liées à son statut de créancier exclusif.

905. Le créancier qui voit sa sûreté annulée doit, en outre opérer toutes les restitutions nécessaires à la reconstitution de l'actif du débiteur. Il ne peut prétendre à une compensation avec une créance du débiteur¹¹⁶⁹. Ainsi, le titulaire d'une sûreté réelle préférentielle ayant reçu le paiement des dividendes, dans le cadre de l'exécution d'un plan, est tenu de restituer les sommes perçues. De même, pour les titulaires de sûretés réelles exclusives, le prononcé d'une nullité leur fait perdre tous les avantages résultant du caractère exclusif de leur garantie. Aussi, le créancier qui a par exemple reçu un paiement, en dépit de la règle de l'interdiction des paiements, devrait restituer les sommes perçues. De même, si le paiement s'est fait en nature, il devrait restituer le bien acquis. Dans tous les cas, le créancier qui procède à la restitution des sommes perçues ou des biens acquis

Inédit ; *RTD com.* 1999, p. 202, obs. A. MARTIN-SERF. Dès lors que l'action a été régulièrement exercée (avec succès), tout intéressé peut s'en prévaloir.

¹¹⁶⁷ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1469.

¹¹⁶⁸ Dont la victime n'a pas qualité pour agir : v. par ex. au détriment de l'AGS, Cass. soc., 13 février 2008, n° 06-44.234, Inédit ; Cass. com., 18 janvier 2011, n° 09-71071, *Bull. civ.* IV, n° 5 ; *D.* 2011, p. 302, obs. A. LIÉNARD ; *Rev. Proc. Coll.*, 2011/5, p. 45, note G. BLANC : la tierce opposition n'est pas ouverte au débiteur cédé, faute de qualité à agir, contre le jugement rejetant l'action du liquidateur en nullité de la cession de créance.

¹¹⁶⁹ Cass. com., 24 octobre 1995, n° 94-10.399, arrêt préc.

doit, si cela n'avait pas déjà été fait, déclarer sa créance au passif. Sinon, il court le risque d'une forclusion pour déclaration tardive, sauf s'il bénéficie d'un relevé de forclusion¹¹⁷⁰.

906. Appliqué à la fiducie, ce raisonnement suppose que le bénéficiaire qui s'est vu transférer, à la suite d'une défaillance du débiteur, la propriété définitive des actifs fiduciaire, devrait les restituer en cas d'annulation du transfert. L'annulation d'une clause de réserve de propriété provoque une situation assez particulière. En effet, le créancier s'étant déjà dessaisi du bien, il n'a plus aucune restitution à faire. Pour être payé, il ne lui reste comme moyen d'action que la déclaration de sa créance au passif du débiteur.

Par ailleurs, lorsque la sûreté a fait l'objet d'une publication ou d'un enregistrement, la nullité entraîne sa radiation.

907. L'annulation des sûretés réelles exclusives a donc des conséquences sévères pour leurs titulaires, jadis placés dans une situation relativement confortable. Mais la nullité de la sûreté produit également des effets à l'égard des tiers.

b- Les conséquences de la nullité à l'égard des tiers

Il est admis que la nullité d'un acte s'opère *erga omnes*. L'annulation d'une sûreté s'applique donc aussi au détriment des tiers, et notamment des sous-acquéreurs. C'est dans un arrêt du 3 février 1998¹¹⁷¹ que la Cour de cassation a posé cette solution pour la première fois. La Cour a en effet jugé que « *ni l'erreur commune, ni l'apparence ne peuvent faire obstacle aux conséquences vis-à-vis des tiers sous-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité édictée par les articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985* ». Ainsi, en cas d'annulation d'une clause de réserve de propriété, le sous-acquéreur en subit également les conséquences. Il doit restituer le bien vendu au débiteur. La nullité s'applique au sous-acquéreur, peu important qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi¹¹⁷².

908. La nullité s'opère également même si la sûreté grevait un bien commun¹¹⁷³. Dans cette perspective, c'est l'ensemble de l'acte qui est annulé puisque les biens communs font partie du gage des créanciers et qu'ils sont collectivement saisis par l'effet du jugement d'ouverture¹¹⁷⁴.

909. Cependant, la nullité n'a pas que des effets négatifs.

Les tiers peuvent aussi l'invoquer dans leur intérêt. Ainsi, la Cour de cassation a admis qu'un débiteur cédé invoque l'annulation d'une cession de créances professionnelles pour échapper à une

¹¹⁷⁰ Il bénéficie alors du délai supplémentaire prévu par l'article L. 622-26, *in fine* du Code de commerce.

¹¹⁷¹ Cass. com., 3 février 1998, n° 95-20.389, *Bull. civ.* IV, n° 53; *JCP G*, 1998, I, 141, n° 9, obs. M. CABRILLAC ; *RTD com.* 1999, p. 202, obs. A. MARTIN-SERF.

¹¹⁷² Un auteur trouve cette solution trop sévère; V. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1472.

¹¹⁷³ Cass. com., 2 avril 1996, n° 93-20.562, *Bull. civ.* IV, n° 106; *JCP G* 1996, I, 3960, n° 7, obs. Ph PÉTEL ; *JCP G*, 1996, I, 3962, n° 13, obs. Ph SIMLER ; *D.* 1996, somm. p. 340, obs. A. HONORAT ; *RTD com.* 1997, p. 333, obs. A. MARTIN-SERF. Dans cet arrêt il était question de l'annulation d'une hypothèque judiciaire, prise sur un immeuble commun aux époux.

¹¹⁷⁴ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 646.

condamnation à payer¹¹⁷⁵. La nullité profitera également à des créanciers de même rang inscrits sur un même bien, puisqu'ils seront colloqués pour un montant supérieur. Il en sera de même pour les créanciers de rang inférieur qui vont bénéficier d'un rang supérieur. Enfin, la caution peut, sur le fondement de l'article 2314 du Code civil, se prévaloir de la nullité pour se libérer de ses engagements.

En tout état de cause, les nullités de la période suspecte profitent surtout au débiteur ; leur objectif étant de reconstituer l'actif de ce dernier.

2- La finalité des nullités de la période suspecte

910. Le législateur de 1985 a également, en procédant à la suppression de la masse des créanciers, donné un nouveau fondement aux nullités de la période suspecte. Aux termes de l'article L. 632- 4 du Code de commerce, l'action en nullité a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur¹¹⁷⁶. Les nullités, qu'elles soient de droit ou facultatives, sont désormais destinées à rapporter dans le patrimoine du débiteur les biens qui en étaient sortis ou à les libérer des sûretés qui les grevaient. Ainsi, le produit des actions en nullité ne tombe plus dans le patrimoine de la masse des créanciers, mais plutôt dans le patrimoine du débiteur.

Le but ici est d'améliorer la situation financière du débiteur, en vue de favoriser le redressement de l'entreprise et d'augmenter les perspectives de paiement des créanciers. Les sommes restituées peuvent ainsi être affectées à la continuation de l'entreprise ou à l'apurement du passif. Les nullités sont donc au service de l'entreprise débitrice.

911. En définitive, la nullité est une sanction très sévère. En effet, l'anéantissement rétroactif de la sûreté a des conséquences néfastes sur les créanciers qui en étaient titulaires, y compris les créanciers munis de sûretés réelles exclusives. Etant Privés de leurs sûretés, ils deviennent de simples créanciers chirographaires.

La situation est-elle la même s'agissant des inopposabilités de la période suspecte ?

B- Les effets des inopposabilités de la période suspecte en droit OHADA

912. L'article 71 de l'AUPC précise les effets des inopposabilités de la période suspecte. Comme en droit français, les effets de l'inopposabilité diffèrent en fonction de l'acte litigieux. Nous analyserons uniquement ceux relatifs à l'inopposabilité des sûretés. Nous verrons les conséquences (1) puis les finalités (2) des inopposabilités de la période suspecte.

¹¹⁷⁵ Cass. com., 3 juin 1997, n° 94-13.788, Inédit; *D. Aff.* 1997, p. 860 ; *RTD com.* 1999, p. 203, obs. A. MARTIN-SERF.

¹¹⁷⁶ Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-401.106, Inédit.

1- Les conséquences des inopposabilités de la période suspecte

913. L'inopposabilité est une sanction qui prive l'acte frauduleux d'effet, mais seulement à l'égard de certaines personnes¹¹⁷⁷. Les bénéficiaires de l'inopposabilité peuvent donc méconnaître l'acte et en ignorer les conséquences.

Dans le cadre des inopposabilités de la période suspecte, il s'agit d'une neutralisation des effets de l'acte à l'égard de la masse des créanciers. L'acte reste valable à l'égard du débiteur, mais la masse est fondée à l'ignorer. Ainsi, lorsqu'une sûreté est déclarée inopposable, elle reste parfaitement valable entre les parties, mais simplement, les tiers, en l'occurrence la masse des créanciers, sont fondés à ignorer son existence. L'article 71, 1° de l'AUPC prévoit que « *La masse est colloquée à la place du créancier dont la sûreté a été déclarée inopposable* ». Le créancier, jadis bénéficiaire d'une sûreté, devient alors un simple créancier chirographaire. Pour participer aux distributions de dividendes, il devra produire le montant de sa créance.

914. Toutefois, les dispositions de l'article 71, 1° précitées renvoient surtout aux bénéficiaires d'un droit de préférence, puisque la masse va prendre la place, dans l'ordre de paiement, du créancier dont la sûreté est déclarée inopposable. Le législateur ne donne en revanche aucune précision quant aux effets de l'inopposabilité des sûretés réelles exclusives. Il serait donc difficile de prévoir un traitement particulier pour elles. Ainsi, comme pour les sûretés classiques, lorsqu'une sûreté exclusive est déclarée inopposable, la masse serait fondée à ignorer l'exclusivité dont bénéficient les créanciers. Pour être payés, ces derniers devront alors produire leurs créances.

915. Par ailleurs, nous avons vu que la constitution d'une sûreté peut tomber sous le coup des inopposabilités facultatives car il s'agit d'un acte à titre onéreux. Ainsi, l'article 71, 5° de l'AUPC prévoit que les actes à titre onéreux déclarés inopposables sont privés d'effets s'ils n'ont pas été exécutés. Au contraire, lorsque l'obligation a été exécutée, l'acquéreur est tenu de rapporter le bien et produire sa créance au passif de la procédure. En cas de sous-aliénation à titre onéreux (par exemple la revente d'un bien vendu sous clause de réserve de propriété), le sous-acquéreur est tenu de rapporter le bien et de produire sa créance au passif du débiteur, si au moment de l'acquisition du bien il avait connaissance du caractère inopposable de l'acte¹¹⁷⁸. Pour la doctrine, l'inopposabilité produit donc des effets contre les tiers étrangers à la procédure, lorsque ceux-ci sont de mauvaise foi¹¹⁷⁹.

916. En somme, à la différence des nullités dont les conséquences s'appliquent *erga omnes*, les effets des inopposabilités semblent être relatifs¹¹⁸⁰, et donc seulement limités à la masse des

¹¹⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp. 550-551.

¹¹⁷⁸ Art. 71, 5°, al. 3 de l'AUPC.

¹¹⁷⁹ F.-M. SAWADOGO, « Période suspecte. Inopposabilités », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p. 1342, n° 19.

¹¹⁸⁰ F.-M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°228.

créanciers. En conséquence, l'inopposabilité ne saurait s'étendre aux tiers étrangers à la procédure collective, sauf éventuellement mauvaise foi de leur part. L'inopposabilité ne jouant que pour la masse des créanciers, la sûreté reste parfaitement opposable en dehors de la procédure collective. Vu sous cet angle, l'inopposabilité a des effets moins sévères que la nullité.

Quelle est donc la finalité poursuivie par cette sanction ?

2- La finalité des inopposabilités de la période suspecte

917. L'article 71 indique *in limine* que l'inopposabilité profite à la masse. Le produit des inopposabilités bénéficie donc uniquement à la masse des créanciers et non pas au débiteur comme c'est le cas pour les nullités. Cette solution est tout à fait logique puisque le législateur OHADA n'a pas supprimé la masse des créanciers. Ainsi, par analogie à ce qui se faisait en droit français sous l'empire des législations antérieures à la loi du 25 janvier 1985, le produit des inopposabilités tombe dans le patrimoine de la masse et non dans celui du débiteur. Le but recherché ici n'est donc pas la reconstitution du patrimoine du débiteur¹¹⁸¹ mais plutôt, selon un auteur, de favoriser la sauvegarde de son patrimoine¹¹⁸².

918. En définitive, le régime de la période suspecte s'impose aux sûretés réelles exclusives. La constitution de telles sûretés rentre bien dans la catégorie d'actes frappés ou pouvant être frappés par les sanctions de la période suspecte. L'ouverture d'une procédure collective peut donc effectivement remettre en cause l'existence même des sûretés ; c'est notamment le cas lorsque la nullité est prononcée. Cependant, la remise en cause des sûretés ne provient pas uniquement du régime de la période suspecte. Il existe, en effet, une autre menace qui résulte de la responsabilité des créanciers.

Section 2/ La remise en cause des sûretés réelles exclusives fondée sur la responsabilité des créanciers

919. Dans le cadre d'une procédure collective, l'engagement de la responsabilité des créanciers résulte des situations totalement différentes, et ce, selon que l'on se situe en droit français ou en droit OHADA.

En droit français, l'article L. 650-1 du Code de commerce dispose que « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en*

¹¹⁸¹ Comme en droit français (art. L. 632-4 du Code de commerce).

¹¹⁸² R. NEMEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : Vers une double mutation conceptuelle, Etude à la lumière du droit français et OHADA », *RTD com.*, 2008, p. 262.

contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ». Il en résulte un principe d'irresponsabilité des créanciers du fait des concours fautifs consentis, lequel est assorti de trois exceptions. Le créancier qui apporte du crédit à une entreprise en difficulté ne commet donc, a priori, aucune faute. Il ne court pas le risque d'engager sa responsabilité, sauf dans des cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion de garanties.

920. Pour justifier ce principe d'irresponsabilité, certains auteurs¹¹⁸³ ont mis en avant la spécificité de l'activité bancaire et la part d'intérêt public qu'elle comporte. Quoi qu'il en soit, ce texte qui s'applique surtout aux établissements de crédit s'étend à tous les créanciers ayant consenti des concours à un débiteur en difficulté¹¹⁸⁴.

921. Si, aujourd'hui, la règle est celle de l'irresponsabilité des apporteurs de crédit, et notamment des banquiers, la situation n'a pas toujours été celle-là. En effet, sous l'empire des législations antérieures à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, la tendance développée par la jurisprudence était de condamner les fournisseurs de crédit pour soutien abusif¹¹⁸⁵. Cette condamnation intervenait dans deux séries d'hypothèses : soit lorsque l'établissement de crédit avait pratiqué une politique de crédit ruineux, laquelle devait provoquer une croissance continue et insurmontable des charges financières de l'entreprise, soit lorsque le fournisseur de crédit avait apporté son concours tout en sachant que la situation du débiteur était irrémédiablement compromise¹¹⁸⁶. Ces situations justifiaient qu'une action en responsabilité délictuelle soit intentée, au nom de l'intérêt collectif des créanciers, contre le fournisseur de crédit. L'engagement de la responsabilité des créanciers était donc soumis à la réunion de l'une ou l'autre de ces conditions¹¹⁸⁷.

922. Cependant, en plus des difficultés de mise en œuvre du soutien abusif¹¹⁸⁸, la situation créée par la jurisprudence avait des conséquences néfastes sur l'économie. Par crainte d'engager leur responsabilité pour soutien abusif, les créanciers fournisseurs avaient développé une certaine réticence dans l'octroi du crédit aux entreprises en difficulté.

¹¹⁸³ J.-P. SORTAIS, « Responsabilité bancaire. Soutien abusif », in *Entreprises en difficulté, Droit 360°*, sous la dir. de Ph. ROUSSEL-GALLE, LexisNexis, 2012, p. 617 ; J. STOUFFLET, N. MATHEY, « La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Commentaire des dispositions applicables au concours financiers », *Rev. Drt. banc. et financ.*, janvier 2006, n°1, dossier 1.p. 54.

¹¹⁸⁴ Cass. com., 16 octobre 2012, n° 11-22.993, *Bull. civ. IV*, n° 186 ; *D.* 2012, AJ. p. 2513, obs. A. LIÉNHARD ; *LEDEN*, 2012-11, p. 4, note, N. BORGA ; *JCP E*, 2012, 1735, obs. D. LEGAIS ; Selon la Cour « Mais attendu qu'après avoir énoncé que les termes génériques de "concours consentis" et de "créancier" de l'article L. 650-1 du code de commerce conduisent à ne pas limiter son application aux seuls établissements de crédit, la cour d'appel en a exactement déduit que des délais de paiement accordés par un cocontractant au débiteur constituaient des concours au sens de ce texte, de sorte qu'il était applicable à ce cocontractant ; que le moyen n'est pas fondé ».

¹¹⁸⁵ G.-A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, préf. J. MESTRE, Litec, 2001 ; I. URBAIN-PARLEANI, « L'octroi abusif de crédit », *Rev. drt. banc. et fin.*, novembre 2002, n° 6, p. 365 ; F. MACORIG- VENIER, « Le soutien abusif », *RLDA*, février 2008, n° 24, p. 119.

¹¹⁸⁶ Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, *Bull. civ. IV*, n° 67 ; *D.* 2005, AJ. p. 1020, note A. LIÉNHARD ; *RTD com.*, 2005, p. 578, obs. D. LEGAIS ; *Gaz. Proc. Coll.* 2005/2, p. 32, obs. R. ROUTIER.

¹¹⁸⁷ Cass. com., 10 juin 2008, n° 07-10.940, Inédit ; *Gaz. Proc. Coll.* 2008/3, p. 51, note R. ROUTIER.

¹¹⁸⁸ Sur ce point ; V. M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 630 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, ns° 833.11 et s.

C'est donc pour lutter contre la situation créée par la jurisprudence que le législateur a initié un projet visant à inciter les créanciers fournisseurs à consentir des crédits aux entreprises¹¹⁸⁹. L'aboutissement de ce projet fut la création de l'article L. 650-1 du Code de commerce par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹¹⁹⁰.

923. Mais avant l'entrée en vigueur de cette loi, la constitutionnalité de l'article L. 650-1 fut contestée au regard de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme, d'une part, et de l'article 1382 du Code civil, d'autre part. L'article 4 susvisé exige que toute personne ait un droit de recours et proclame également un principe de liberté qui consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. L'article 1382 du Code civil oblige, quant à lui, toute personne qui cause un préjudice à autrui à le réparer.

Après de vives discussions¹¹⁹¹, la question fut tranchée par le Conseil constitutionnel. En effet dans une décision du 22 juillet 2005¹¹⁹², la constitutionnalité du texte fut admise, au motif qu'il ne supprime pas totalement la responsabilité des prêteurs et se justifie par la protection d'un intérêt supérieur dans la mesure où son objectif est de lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises.

924. Tout compte fait, le texte qui fut finalement introduit dans la loi du 26 juillet 2005 ne résolvait pas toutes les difficultés. En plus des quelques imprécisions sur son champ d'application¹¹⁹³, corrigées par l'ordonnance du 18 décembre 2008¹¹⁹⁴, il se posait encore la question de la nature du mécanisme qu'il institue. L'article L. 650-1 institue-t-il trois cas de fautes ouvrant une action en responsabilité contre les créanciers ou pose-t-il un principe d'irresponsabilité assorti de trois exceptions ?

Cette question qui a récemment été résolue par la Cour de cassation a soulevé de vives discussions au sein de la doctrine¹¹⁹⁵. Pour y mettre un terme, la Haute juridiction s'est prononcée dans un arrêt

¹¹⁸⁹ P. HOANG, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, Chron., p.1458.

¹¹⁹⁰ Dans le projet initial, le texte ne concernait que les concours accordés dans le cadre d'une procédure de conciliation; voir : M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 632.

¹¹⁹¹ V. Intervention A. MONTEBOURG, AN, 1^{ère} séance, 9 mars 2005, JOAN, 10 mars 2005, p. 1840 et s.

¹¹⁹² Déc. n° 2005-522, 22 juillet 2005, JO 27 juillet 2005, p. 12225; *LPA* 4 août 2005, p. 14, note J.-E. SHOETTL; R. ROUTIER, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, Chron. p. 1478; A. REYGROBELLET, Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde, in « Regards croisés de praticiens sur la loi de sauvegarde », *LPA* 2006, n° 35, p. 58.

¹¹⁹³ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 633.

¹¹⁹⁴ R. ROUTIER, « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, du 8 au 10 mars 2009, n° 69, p. 53.

¹¹⁹⁵ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 634; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 123; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 834.12; D. LEGEAIS, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP E*, 2005, 1510, n°3; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, Chron. p.1743 ; P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », in Etudes Ph. SIMLER, *Dalloz-Litec*, 2006, p. 291.

de principe rendu le 27 mars 2012¹¹⁹⁶. La Cour a considéré que l'article L. 650-1 institue un principe d'irresponsabilité pour concours fautifs, assorti de trois exceptions. Elle affirme en effet que lorsqu'une procédure collective est ouverte, « *Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont eux-mêmes fautifs* ». Cette solution a ensuite été confirmée à plusieurs reprises, et notamment dans un arrêt du 19 juin 2012¹¹⁹⁷ et plus récemment dans un autre arrêt du 11 février 2014¹¹⁹⁸.

925. En définitive, en droit français, pour engager la responsabilité du créancier fournisseur de crédit, il faut non seulement s'appuyer sur les éléments traditionnels de celle-ci (faute, préjudice et lien de connexité, étant précisé que la faute doit résider dans l'octroi du concours), mais en plus prouver que le créancier a eu soit un comportement frauduleux, soit qu'il s'est immiscé dans la gestion de son débiteur, soit encore qu'il a pris des garanties disproportionnées au concours consenti. La faute ne réside donc dans l'une des trois hypothèses visées par l'alinéa 1 de l'article L. 650-1. Aussi, dans l'arrêt précité du 11 février 2014, la Cour a considéré que l'immixtion caractérisée ne permettait pas, à elle seule, d'engager la responsabilité du banquier. La même solution a été adoptée à l'égard d'un créancier à qui on reprochait une prise de garanties disproportionnées¹¹⁹⁹.

926. En droit OHADA, la situation est toute autre. L'article 118 alinéa 1^{er} de l'AUPC prévoit que « *Les tiers, créanciers ou non, qui par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements, ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers* ». Plusieurs éléments distinguent ce texte de l'article L. 650-1 du Code de commerce.

D'abord, l'article 118 de l'AUPC pose, à la différence du texte français, un principe de responsabilité. Ensuite, le texte de l'AUPC a une portée plus générale. Il vise les tiers¹²⁰⁰, créanciers ou non, et pas uniquement les créanciers fournisseurs de crédit comme c'est le cas en droit français.

¹¹⁹⁶ Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *JCP E*, 2012, 1508, n° 9, obs. Ph. PÉTEL ; *JCP E*, 2012, 1373, n° 14, obs. J. STOUFFLET ; *JCP E*, 2012, 1274, note D. LEGEAIS ; *Rev. sociétés* 2012, p. 398, note ROUSSEL GALLE ; *JCP G*, 2012, 635, note S. PIÉDELÈVRE ; *D.* 2012, p. 870, obs. A. LIÉNHARD ; *RTD com.* 2012, p. 384, obs. D. LEGEAIS ; *Défrénois* 2013, p. 296, note S. CABRILLAC.

¹¹⁹⁷ Cass. com., 19 juin 2012, n° 11-18.940, *Bull. civ. IV*, n° 127 ; *D.* 2012, p. 1670, obs. A. LIÉNHARD et 2196, obs. P.-M. LE CORRE ; *JCP E*, 2012, 1508, n° 10, obs. Ph. PÉTEL ; *LPA*, 15 avril 2013 n° 75, p. 4, note A.-F. ZATTARA-GROS ; *LEDEN* 2012/9, p. 4, note I. PARACHKÉVOVA.

¹¹⁹⁸ Cass. com., 11 février 2014, n° 12-26.683, Inédit.

¹¹⁹⁹ Cass. com., 11 décembre 2012, n° 11-25.795, Inédit ; *LEDEN* 2013/2 p. 5, note T. FAVARIO ; *Gaz. Pal.* 4 mai 2013, p. 37, note R. ROUTIER.

¹²⁰⁰ La notion de tiers renvoie ici à celle du partenaire de l'entreprise. V. D. VIDAL, *La responsabilité de l'entreprise* : Dictionnaire Permanent Difficulté des entreprises 1997, p. 1145.

Un auteur¹²⁰¹ a toutefois considéré que derrière les tiers visés par le législateur, se cachent essentiellement les banques. Par ailleurs, s'agissant des actes pour lesquels les tiers peuvent engager leur responsabilité, le texte porte de manière générale sur « *les agissements fautifs* », alors que le législateur français vise spécialement les concours fautifs consentis par les créanciers. De plus, l'article 118 susvisé n'a pas suscité autant de débats que l'article L. 650-1 du Code de commerce. Sans doute parce qu'il n'a fait que reprendre une ancienne jurisprudence française¹²⁰². Enfin, – situation assez rare pour être souligné – malgré la réforme de l'AUPC, le législateur communautaire africain n'a pas modifié le texte pour s'aligner sur le modèle d'irresponsabilité édicté en droit français. Il réalise ainsi en partie le souhait formulé par un auteur¹²⁰³ qui préconisait un meilleur encadrement du principe de responsabilité au lieu d'une totale suppression comme en droit français.

927. Quoi qu'il en soit, les dispositions de l'article 118 permettent d'affirmer qu'en droit OHADA, contrairement au droit français, l'engagement de la responsabilité des créanciers n'exige pas de condition supplémentaire, la réunion des éléments traditionnels suffit. Il faut donc une faute, un préjudice et un lien de connexité entre les deux.

928. Toutefois, conformément à l'objet de notre recherche, il n'est pas ici question d'étudier les principes de responsabilité¹²⁰⁴ et d'irresponsabilité des créanciers¹²⁰⁵, il s'agit plutôt de rechercher comment l'engagement de la responsabilité de ces derniers peut affecter les sûretés prises en garantie de leurs créances.

L'alinéa 2 de l'article L. 650-1 du Code de commerce en disposant que « *Pour les cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge* », démontre que l'engagement de la responsabilité des créanciers peut effectivement remettre en cause l'existence des garanties en général et des sûretés en particulier. De même, en droit OHADA, l'alinéa 2 de l'article 118 de l'AUPC stipule que « *La juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit*

¹²⁰¹ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, *op. cit.*, n° 345.

¹²⁰² Le législateur OHADA a consacré la solution de l'ancienne jurisprudence française. En effet, dans un arrêt du 7 janvier 1976, La Cour avait reconnu au syndic représentant de la masse des créanciers, « qualité pour exercer une action en paiement de dommages-intérêts contre toute personne fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif ». (Cass. com., 7 janvier 1976, n° 72-14.029, *Bull. civ.* IV, n° 6 ; *D.* 1976, AJ. p. 277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS)

¹²⁰³ Ch. GAMALEU KAMENI, L'implication du créancier dans les procédures collectives, Étude comparée du droit français et du droit de l'OHADA, Préf. G. BLANC, PU d'Aix-Marseille, 2015, ns° 145-146.

¹²⁰⁴ S. TOE, « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté en droit OHADA. À partir de l'exemple du Burkina Faso », *Pénant*, avril-juin 2012, n°879, p.151; D. NZOUABETH, « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Rev. Proc. Coll.*, décembre 2007, n° 4, p. 192.

¹²⁰⁵ R. ROUTIER, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, Chron., p. 1478; A-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Th. Toulouse, 2008 ; D. ROBINE, « L'article L. 650-1 du code de commerce : « un cadeau » empoisonné ? », *D.* 2006, p. 69 ; « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un Janus à deux visages », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, *Mél. P. LE CANNU*, Dalloz-Lextenso-Thomson Reuters, 2014, p. 621.

le paiement des dommages-intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties ».

929. Il en résulte que, la sanction pouvant être prononcée par la juridiction compétente, du fait de la responsabilité d'un créancier, est susceptible de remettre en cause l'existence des sûretés prises par ce dernier. Ce constat, valable aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, permet de conclure que la remise en cause des sûretés dépend, dans ce contexte, non seulement de la réunion des conditions de la responsabilité (paragraphe 1), mais surtout du prononcé d'une sanction par la juridiction compétente (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ La réunion des conditions de la responsabilité : un préalable à la remise en cause des sûretés

930. Comme nous l'avons vu, l'engagement de la responsabilité du créancier diffère selon les législations. En droit français, en application de la récente solution jurisprudentielle, pour engager la responsabilité d'un créancier, il faut non seulement que les éléments traditionnels soient réunis, et notamment l'octroi de concours fautifs, mais encore que le créancier se soit rendu coupable de l'un des cas visés par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 650-1. En revanche, en droit OHADA, la réunion des éléments traditionnels suffit pour engager la responsabilité du créancier.

Ainsi, nous analyserons les éléments de la responsabilité communs aux deux législations (A) avant d'étudier la spécificité du droit français (B).

A- La réunion des éléments traditionnels de la responsabilité communs aux deux législations

931. Ces conditions n'étant pas spécifiques à la responsabilité des créanciers fournisseurs de crédits, il ne nous paraît pas opportun de nous y étendre. Comme pour toute responsabilité, il faut une faute (1) un préjudice (2) et un lien de connexité entre les deux (3).

1- La faute

932. En droit français, la faute est constituée par l'octroi d'un concours. Pour engager la responsabilité d'un créancier, il faut démontrer une faute dans l'octroi du crédit. Autrement dit, le concours consenti doit être fautif. Pour la doctrine¹²⁰⁶, cela revient à tenir compte des conditions traditionnellement posées par la jurisprudence sur le soutien abusif. Ainsi, il faut constater soit l'octroi d'un crédit ruineux, soit l'octroi d'un crédit en connaissance de la situation irrémédiablement compromise du débiteur.

¹²⁰⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., ns° 841 et 845; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 123; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 834.12.

933. En droit OHADA, la faute réside dans l'accomplissement par le créancier des agissements fautifs. Que faut-il donc entendre par agissements fautifs ?

Pour déterminer les comportements fautifs susceptibles d'engager la responsabilité des tiers, créanciers ou non, un auteur¹²⁰⁷ fait une distinction en fonction des personnes concernées. Pour lui, l'article 118 vise le plus souvent le banquier fournisseur de crédit mais également d'autres partenaires du débiteur.

934. Lorsqu'il s'agit du banquier dispensateur de crédit, deux types de comportements lui sont fréquemment reprochés : la rupture abusive du crédit ou son octroi ou maintien abusif.

S'agissant de la rupture abusive de crédit, l'opération peut être fautive « lorsque la banque, après avoir promis un octroi de crédit refuse finalement de la consentir ou lorsqu'il dénonce de façon irrégulière le crédit existant et que l'emprunteur parvient à établir que c'est cet agissement qui est à l'origine de la procédure collective »¹²⁰⁸. En ce qui concerne l'octroi ou le maintien abusive du crédit, l'auteur se réfère aux hypothèses définies par la Cour de cassation française sous l'empire des législations antérieures à la loi de sauvegarde. La condamnation de la banque interviendra donc, dans cette hypothèse, soit lorsqu'elle a pratiqué une politique de crédit ruineux pour l'entreprise, provoquant nécessairement une croissance continue et insurmontable de ses charges financières, soit lorsque l'établissement de crédit a apporté un soutien artificiel à une entreprise en situation irrémédiablement compromise.

935. En revanche, lorsqu'il s'agit des partenaires du débiteur autres que le banquier fournisseur de crédit, l'auteur considère que le comportement fautif réside surtout de leur immixtion fautive dans la gestion du débiteur. Pour engager sa responsabilité, le tiers doit donc se trouver dans la situation d'un dirigeant de fait¹²⁰⁹. En plus de l'immixtion dans la gestion du débiteur, le tiers peut également se rendre coupable d'agissement fautif en cas d'inaction ou de passivité. C'est le cas du commissaire aux comptes qui doit déclencher la procédure d'alerte s'il constate des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Dans le cas contraire, il commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 118 de l'AUPC¹²¹⁰.

936. Somme toute, le législateur OHADA n'ayant pas défini la notion d'agissement fautif, il reviendra aux juges d'en faire une appréciation au cas par cas. Mais quels que soient les critères d'appréciation, l'acte devra, pour être jugé fautif, avoir causé un préjudice à la masse des créanciers.

¹²⁰⁷ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., ns° 329 à 338. L'auteur fait un inventaire des comportements fautifs.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, n° 330.

¹²⁰⁹ J.-L. RIVES-LANGES, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *Dalloz-Sirey*, 1975, Chron. p. 77. Pour l'auteur est dirigeant de fait, « celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction ».

¹²¹⁰ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 338.

2- Le préjudice

937. En droit français, le préjudice s'entend comme le dommage subi par le débiteur ou par les tiers, et notamment les créanciers du débiteur. L'octroi du crédit fautif doit donc avoir causé un préjudice à l'entreprise ou à ses partenaires. Lorsque le préjudice émane des créanciers, il peut être collectif ou individuel¹²¹¹.

En outre, le préjudice peut être matériel ou moral. Il est matériel lorsque le dommage consiste par exemple en la perte d'un bien, d'une situation professionnelle. Le préjudice matériel s'entend également comme un préjudice financier. C'est par exemple le cas lorsque le dommage consiste en la réduction des possibilités financière, perte de chance de désintéressement. Il est moral si le dommage s'analyse par exemple en des souffrances ou en des atteintes à la considération.

938. En droit OHADA, le préjudice ne peut être que collectif. Il résulte des dispositions de l'article 118 de l'AUPC que l'acte fautif doit avoir causé préjudice à la masse des créanciers. Il n'est pas nécessaire que le préjudice atteigne la totalité des créanciers. L'intérêt propre de la masse est distinct de la somme des intérêts de tous ses membres¹²¹². En conséquence, dès lors que la faute commise l'est à l'égard de la masse, c'est cette dernière qui en subit les conséquences.

Par ailleurs, le législateur OHADA affirme que les agissements fautifs commis par les tiers doivent avoir contribué à retarder la cessation des paiements, à diminuer l'actif ou encore à aggraver le passif du débiteur. Il en résulte que le préjudice subi par la masse des créanciers est constitué par l'une de ces trois situations.

Mais quelle que soit la forme ou la nature du préjudice, celui-ci doit trouver sa cause dans la faute, d'où l'exigence d'un lien de connexité.

3- Le lien de causalité entre le préjudice et la faute

939. En droit OHADA, le texte est clair. La faute commise par le tiers doit avoir contribué au retard de la cession des paiements, à la diminution de l'actif ou encore à l'aggravation du passif. Il faudra par exemple démontrer que l'une de ces trois situations trouve sa source dans l'octroi d'un crédit ruineux ou encore la rupture abusive d'un crédit.

940. En droit français, le préjudice subi doit résulter de l'octroi d'un crédit fautif. Un auteur considère que ce lien de causalité sera plus difficile à établir dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, dans la mesure où le débiteur n'étant pas en état de cessation des paiements, il peut en

¹²¹¹ La différence ici jouera sur l'organe compétent pour engager l'action en responsabilité. Lorsque l'action en responsabilité met en jeu l'intérêt collectif, c'est le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le commissaire à l'exécution du plan qui ont qualité pour agir. En revanche, lorsque le préjudice est personnel à un créancier, il lui revient d'engager l'action en responsabilité. Mais cette dernière devient de plus en plus rare depuis que la Cour de cassation a retenu une conception large du préjudice collectif. Dans un arrêt du 9 juillet 1993, (Cass. ass. plén., 9 juillet 1993, n° 89-19.211, *Bull. A.P.*, n° 13 ; *D.* 1993, p. 469, note F. DERRIDA), la Cour avait décidé que tout préjudice inhérent à la procédure collective est collectif.

¹²¹² A. BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, Th. Nancy, 1973, p. 142.

principe faire face à son passif. Le créancier prêteur ne pourra donc se voir reprocher d'avoir conduit le débiteur à l'état de cessation des paiements¹²¹³.

941. Avant que la jurisprudence ne se prononce clairement sur la nature du mécanisme institué par l'article L. 650-1, des auteurs¹²¹⁴ avaient analysé les trois hypothèses visées par le texte comme les différentes fautes qui permettaient d'ouvrir une action en responsabilité contre le banquier. Dans cette situation, lorsque la disproportion de garantie constituait le fondement de l'action en responsabilité, il fallait démontrer que le préjudice subi par le débiteur ou les créanciers trouvait sa source dans la disproportion des garanties. Il devait donc montrer en quoi la prise de garanties disproportionnées avait causé un préjudice.

L'hypothèse souvent envisagée par la doctrine¹²¹⁵ était celle où le préjudice consiste dans l'épuisement des possibilités d'endettement du débiteur. C'est par exemple le cas lorsque les garanties disproportionnées conférées au créancier fautif ont empêché le débiteur de s'endetter davantage. Le débiteur qui ne peut plus obtenir d'autres crédits auprès d'autres créanciers voit ses possibilités de crédit réduites, du fait de la disproportion.

942. Aujourd'hui, avec la solution jurisprudentielle, la situation ne semble pas plus aisée puisqu'il s'agit désormais d'une condition supplémentaire. En effet, lorsque les trois éléments traditionnels de la responsabilité sont réunis, il faut encore prouver soit que le créancier a fraudé, soit qu'il y a eu immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou encore qu'il a pris des garanties disproportionnées aux concours consentis.

Cependant, même si le législateur admet trois exceptions au principe de l'irresponsabilité, notre attention sera focalisée sur le troisième cas, en l'occurrence la prise de garanties disproportionnées, seule directement liée à l'objet de notre étude.

B- La prise des garanties disproportionnées : une condition supplémentaire spécifique au droit français

Il faut au préalable préciser les contours de la notion de garanties(1) avant d'analyser la disproportion de celles-ci (2).

1- La notion de garanties

943. Les garanties sont des institutions qui visent à protéger les créanciers contre le risque d'insolvabilité de leur débiteur. La notion de garantie n'est cependant pas toujours facile à cerner puisqu'elle englobe plusieurs mécanismes. En l'absence de définition légale ou jurisprudentielle, il existe des critères généraux qui permettent de reconnaître une garantie.

¹²¹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 845.

¹²¹⁴ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 639.

¹²¹⁵ *Ibid.*, n° 644; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 125.

La fonction première d'une garantie est de protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. La garantie doit également protéger le créancier contre le risque d'immobilisation de la créance. En outre, sa mise en œuvre doit être rapide et elle doit faciliter le recouvrement de la créance.

944. En tenant compte de ces critères, certains auteurs ont tenté de définir les garanties. L'un d'eux¹²¹⁶, considère comme garanties, tous les avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution. Les garanties peuvent encore se définir comme des mécanismes fondés sur une technique issue de la théorie générale des obligations ou du droit des biens ayant pour effet non exclusif de faciliter le recouvrement de sa créance par le créancier¹²¹⁷.

945. Le terme de garantie est donc une notion large qui regroupe plusieurs institutions à savoir ; le mécanisme de la compensation, les actions directes, mais aussi, bien sûr, les sûretés. S'il est vrai que toutes les garanties ne sont pas des sûretés, il est tout aussi vrai que toutes les sûretés sont bien des garanties. En effet, qu'elles soient personnelles ou réelles, les sûretés ont indiscutablement une fonction de garantie puisqu'elles visent avant tout à protéger leur titulaire contre l'insolvabilité du débiteur.

Aussi, s'agissant des dispositions de l'article L. 650-1, la doctrine¹²¹⁸ estime qu'il n'y a pas lieu d'interpréter la notion de garantie de manière restrictive. En conséquence, toutes les sûretés personnelles et réelles sont visées par le texte.

Cette position est tout à fait justifiée car il n'y a pas lieu de distinguer là où le texte ne distingue pas. Les dispositions de l'article L. 650-1 s'appliquent donc à l'ensemble des sûretés personnelles et réelles au nombre desquelles font partie les propriétés-sûretés, ainsi qu'aux autres mécanismes de garanties tel que le droit de rétention.

946. Cependant, pour engager la responsabilité du fournisseur de crédit, il ne suffit pas que la sûreté entre dans le champ d'application du texte. Il faut encore que celle-ci soit disproportionnée au regard des concours consentis.

¹²¹⁶ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, ns° 283 et s.

¹²¹⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOUD, M-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 9.

¹²¹⁸ *Ibid.*, n° 2456 ; M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 640 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 126 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 844 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 834.17 ; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de " concours " dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *op. cit.*, p. 1753 ; N. RONTCHEVSKY, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit*, janvier- février 2006, n° 105, p. 17 ; R. DAMMANN, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit*, septembre-octobre 2005, n° 103, p. 16.

2- La disproportion des garanties

La disproportion s'entend comme le caractère excessif de la garantie. Elle s'apprécie au regard du crédit octroyé et non pas des facultés du débiteur. Une garantie est considérée comme disproportionnée lorsqu'elle dépasse ce qui est nécessaire à la sécurité de paiement qu'est normalement fondé à attendre le créancier¹²¹⁹.

S'agissant des sûretés réelles en général, la disproportion s'apprécie en comparant la valeur du bien objet de la garantie avec le montant du concours octroyé. Il faut prendre en compte le montant maximum de la créance du prêteur. Celle-ci comprend les intérêts, les frais et les accessoires.

947. Le législateur n'ayant pas fixé des critères d'appréciation, il revient aux juges du fond de faire une appréciation au cas par cas. Cependant, pour éviter que l'appréciation de la disproportion ne relève de la seule subjectivité des juges, le législateur français aurait pu, à l'image de son voisin allemand, fixer un seuil ou un taux de référence. En effet, en droit allemand, la valeur de la réalisation du bien objet de la garantie ne peut excéder 110 % du montant du financement¹²²⁰.

Quoi qu'il en soit, on considère que la disproportion n'a pas à être manifeste ou notable ; elle doit simplement être établie¹²²¹. La disproportion s'apprécie au moment de la constitution de la garantie¹²²². Aussi, la garantie doit être prise à l'occasion du concours et non pas postérieurement.

948. Par ailleurs, nous avons vu que les sûretés réelles exclusives entrent également dans le champ des garanties visées par l'article L. 650-1. Aussi, pour que la responsabilité du créancier soit retenue en raison de la prise de telles sûretés, celles-ci doivent être disproportionnées par rapport aux concours consentis.

Se pose alors la question de la disproportion des sûretés réelles exclusives. Compte tenu de l'exclusivité attachée à ces sûretés, sont-elles plus exposées à la disproportion de garantie ?

949. S'agissant du droit de rétention, il peut permettre au créancier de retenir un bien d'un montant beaucoup plus élevé que le crédit consenti. En effet, au regard du principe d'indivisibilité des sûretés, la rétention se fait généralement sur l'intégralité du bien. Il est assez rare qu'elle soit limitée sur une partie du bien correspondant au montant du crédit consenti. Ainsi, par exemple lorsqu'un créancier consent un crédit de mille euros à un débiteur et qu'en contrepartie il exerce un droit de rétention sur un bien mobilier, en l'occurrence une voiture luxueuse d'un million d'euros. Compte tenu de la différence qui existe entre le montant du crédit et la valeur du bien donné en garantie, on peut considérer qu'il y a là une disproportion de garantie.

¹²¹⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 2456.

¹²²⁰ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 834.17.

¹²²¹ J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *op. cit.*, p. 1748.

¹²²² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op.cit.*, n° 164.

On peut également voir un cas de disproportion de garantie s'agissant de la clause de réserve de propriété. C'est par exemple l'hypothèse d'un créancier qui se réserve la propriété d'un bien alors que le débiteur déjà a payé la quasi-totalité de sa créance.

Si on peut voir dans ces deux exemples des cas de disproportion de garantie, celle-ci ne résulte pas, en tout état de cause, de l'exclusivité attachée à ces garanties, mais du principe d'indivisibilité qui s'applique à toutes les sûretés réelles et pas seulement aux sûretés exclusives.

950. La situation pourrait bien être différente s'agissant de la fiducie-sûreté.

Deux des rares auteurs¹²²³ à s'être penchés sur la question ont considéré que la propriété-sûreté porte en elle un risque de disproportion, puisque le bénéficiaire de cette sûreté exerce un droit exclusif sur les actifs cédés à titre de garantie. Aussi, s'agissant de la fiducie-sûreté, elle favorise l'éventualité d'un gaspillage de crédit, dans la mesure où le constituant ne conserve qu'une créance de restitution à l'encontre du bénéficiaire qui acquiert un droit exclusif sur les biens transférés.

Pour illustrer leur thèse, les auteurs prennent l'exemple d'un constituant qui possède un immeuble d'une valeur de dix millions d'euros. Il emprunte deux millions d'euros et offre à son créancier une fiducie-sûreté portant sur cet immeuble. Le constituant ne conserve qu'une créance de restitution à l'encontre du bénéficiaire de la fiducie à hauteur de huit millions d'euros. La différence entre la valeur du bien et le montant de la créance est excessive, on peut véritablement y voir une disproportion. La disproportion peut également naître en cours d'exécution du prêt, soit parce que la valeur de l'immeuble s'apprécie, soit parce que le crédit est partiellement remboursé.

951. La solution pour lutter contre le gaspillage de crédit et, éventuellement, éviter toute disproportion pourrait bien être la fiducie rechargeable. Elle permet, lorsque le contrat de fiducie le prévoit, de garantir d'autres prêts sur la valeur du bien déjà affectée en garantie. Ainsi, pour reprendre l'exemple précédent, un immeuble de dix millions d'euros pourrait donc garantir plusieurs prêts. De ce fait, la fiducie-rechargeable peut, sans mettre un terme à la disproportion de la garantie, néanmoins l'atténuer.

En définitive, les sûretés réelles exclusives, sans être les plus exposées, ne sont pas à l'abri de toute disproportion, bien au contraire.

952. Par ailleurs, l'article L. 650-1 dispose que « *Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis sauf si (...) les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Il en résulte que les garanties doivent être disproportionnées par rapport aux concours consentis.

Mais alors, que faut-il entendre par concours ? Les concours visés ici sont-ils uniquement ceux de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier qui vise « *tout concours à durée indéterminée,*

¹²²³ R. DAMMANN, M. ROBINET, « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûretés ? », *Cah. drt. entp.*, juillet 2009, n° 4, dossier 23, p.35.

autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise » ou peut-on y inclure d'autres formes de crédits ?

953. La notion de concours est, en l'absence d'une définition légale, assez imprécise. Son interprétation varie donc en fonction des auteurs. Certains optent pour une conception élargie, tandis que d'autres préfèrent la restreindre.

La conception large consiste à voir dans les concours, toutes les formes de crédit (les prêts, les avances, les ouvertures de crédit, les découverts, l'escompte, les crédits fournisseurs, les crédits bancaires, et les crédits inter entreprises)¹²²⁴ auxquelles s'ajoutent les délais de paiement¹²²⁵. En revanche, la conception restrictive exclut les délais de paiement des concours¹²²⁶. Il existe par ailleurs un troisième courant doctrinal plus nuancé. Les défenseurs de cette thèse considèrent que les délais de paiement peuvent faire partie des concours à condition qu'ils ne correspondent pas aux délais usuellement consentis par les fournisseurs ou prestataires de services¹²²⁷.

954. À l'avenir, la question des délais de paiement ne devrait plus se poser. En effet, la Cour de cassation a tranché le débat dans un arrêt du 16 octobre 2012¹²²⁸, la Haute juridiction a rejeté un pouvoir formé contre un arrêt de cour d'appel qui avait décidé que des délais de paiement accordés par un cocontractant au débiteur constituaient des concours au sens de l'article L. 650-1, sans distinguer selon que ces délais étaient ou non usuellement consentis. La décision de la Cour fait ainsi apparaître que les délais de paiement doivent désormais être considérés comme des concours.

955. En définitive, l'engagement de la responsabilité des créanciers fournisseurs de crédit ou non est soumis à la réunion de trois éléments traditionnels de la responsabilité à savoir : la faute, le préjudice et le lien causalité auxquels devra s'ajouter, en droit français notamment, un des trois éléments cités par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 650-1. La réunion de tous ces éléments constitue le préalable obligatoire mais non suffisant de la remise en cause des sûretés. En effet, alors même que toutes ces conditions sont réunies, la remise en cause ne sera effective qu'après le prononcé d'une sanction par la juridiction compétente.

¹²²⁴ D. LEGEAIS, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP E*, 2005, 1510, 1747, n° 6; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p. 1746.

¹²²⁵ Pour l'assimilation des délais de paiement aux concours ; V. M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 636 ; D. LEGEAIS, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », art. préc., 1510, n° 6; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p. 1746; R. DAMMANN, « Banque et banquiers responsables », in *Responsabilité et régulation économique*, vol. 5, *Presses Sc. Po. Dalloz*, 2007, p. 73 et s., sp. p. 84.

¹²²⁶ Contre l'assimilation des délais de paiement aux concours; V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 843. P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 834.13.

¹²²⁷ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 124.

¹²²⁸ Cass. com., 16 octobre 2012, n° 11-22.993, arrêt préc.

Paragraphe 2/ L'effectivité de la remise en cause des sûretés par le prononcé d'une sanction

956. L'alinéa 2 de l'article, L. 650-1, précise que « *Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être réduites ou annulées par le juge* ». Les dispositions de ce texte ont soulevé un problème d'interprétation. La sanction prononcée par le juge (la nullité ou la réduction des garanties) s'applique-t-elle uniquement en cas de disproportion des garanties ou dès lors que la responsabilité du créancier est retenue, serait-ce en cas de fraude ou d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ? Les deux thèses ont été soutenues.

Certains ont considéré que la nullité, jadis obligatoire lorsque la responsabilité du créancier était retenue, n'était possible que lorsque le créancier avait pris des garanties disproportionnées aux concours consentis¹²²⁹.

D'autres en revanche, ont soutenu que la nullité s'appliquait à tous les cas de responsabilité et pas uniquement à la prise des garanties disproportionnées¹²³⁰, solution à nos yeux digne d'approbation. En effet, le texte qui précise que « *pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue (...)* » ne limite pas la sanction au seul cas de disproportion de garanties, mais à tous les cas visés par l'alinéa 1^{er} du même article. Ainsi, même lorsque la responsabilité du créancier a été retenue en raison de la fraude ou de l'immixtion caractérisée, le juge peut prononcer la sanction qu'il juge appropriée. A contrario, les garanties disproportionnées ne sont pas systématiquement annulées. Il faut encore que les conditions de la responsabilité du créancier soient réunies d'une part, et que le juge prononce une sanction, d'autre part. Dans le même sens, un auteur a très justement considéré que « dans le mécanisme de l'article L. 650-1, la nullité sanctionne la disproportion non pas directement, mais seulement au travers de la responsabilité du créancier »¹²³¹.

957. Le texte de l'OHADA n'a pas suscité tous ces débats.

L'alinéa 2 de l'article 118 de l'AUPC indique que « *La juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement des dommages-intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties* ». Il en résulte que lorsque les conditions de la responsabilité du créancier sont réunies, la possibilité est offerte au

¹²²⁹ A.-F. ZATTARAS-GROS, « Des responsabilités et des sanctions », *LPA*, 9 février 2006, n° 29, p. 52; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 2457.

¹²³⁰ J. STOUFFLET et N. MATHEY, « Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005- Commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », art. préc ; R. ROUTIER, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », *Gaz. Pal.* du 10 septembre 2005, n° 253, p. 33 et s. sp. p. 35 ; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de " concours " dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p. 1751 ; P.-. M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 834.19.

¹²³¹ J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de " concours " dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p. 1751.

juge de choisir la sanction. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, la situation est désormais la même en droit français. En effet, le juge peut prononcer soit la nullité ou la réduction des garanties. Ainsi, il sied au préalable de voir le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge quant au prononcé de la sanction (A), avant de préciser les différentes sanctions pouvant remettre en cause les sûretés (B).

A- Le pouvoir d'appréciation des juges du fond

Le pouvoir d'appréciation des juges n'est pas le même selon qu'il s'agit du droit français (1) ou du droit OHADA (2).

1- Le pouvoir d'appréciation des juges français

958. Au préalable, il convient de préciser que le pouvoir d'appréciation des juges du fond ne s'applique pas à l'engagement de la responsabilité du créancier, mais à la sanction qui pourrait s'y ajouter. En effet, dès lors que les conditions de la responsabilité sont réunies, le juge doit la retenir. Le créancier devra donc indemniser la ou les victimes du préjudice par le paiement des dommages-intérêts. Le pouvoir d'appréciation du juge intervient en revanche quant au prononcé d'une sanction supplémentaire qui peut être la nullité ou la réduction de garanties. Le juge dispose à cet effet d'un double pouvoir d'appréciation : un pouvoir d'opportunité (a) et un pouvoir modérateur (b).

a- Le pouvoir d'opportunité

959. L'alinéa 2 de l'article L. 650-1 dispose que lorsque la responsabilité du créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie des concours « peuvent » être annulées ou réduites. L'emploi du verbe pouvoir laisse penser que le tribunal doit apprécier l'opportunité d'une telle décision. La sanction n'est donc pas automatique. Ce n'est que si le tribunal estime que la réduction ou la nullité des garanties est justifiée qu'il la prononce, en sus de l'engagement de la responsabilité du créancier. La situation aurait été différente si le législateur avait employé le verbe "devoir". Dans ce cas, comme avant la modification intervenue dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, le prononcé d'une telle sanction aurait été obligatoire¹²³².

960. Ainsi, comme pour les nullités facultatives de la période suspecte, le tribunal dispose désormais, pour la responsabilité des créanciers fautifs, d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité la sanction. Les juges du fond disposent par ailleurs d'un pouvoir d'appréciation pour ce qui est du choix de cette sanction. En effet, dès lors que la responsabilité du créancier est retenue et que le juge décide d'y ajouter une sanction supplémentaire, il peut choisir entre la nullité ou la réduction des garanties. C'est à ce moment qu'intervient le pouvoir modérateur des juges.

¹²³² Ancien art. L. 650-1, al. 2 du Code de commerce « Pour les cas où la responsabilité du créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ces concours sont nulles ».

b- Le pouvoir modérateur

961. Le pouvoir modérateur du tribunal est une innovation de l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, sous l'empire de la loi de sauvegarde de 2005, de laquelle résulte l'article L. 650-1, les juges du fond n'avaient pas la liberté de choisir la sanction. Dès lors que la responsabilité du créancier était reconnue, les juges n'avaient d'autre choix que la nullité des garanties. Il s'agissait alors d'une nullité de plein droit¹²³³. Cette sanction a cependant paru trop sévère au législateur. C'est pourquoi l'ordonnance de 2008 a conféré aux juges la possibilité d'adapter la sanction à la gravité de la faute. Le législateur a ainsi substitué à une nullité de plein droit, une nullité facultative¹²³⁴. Ainsi, le tribunal dispose désormais d'un pouvoir d'appréciation. Il peut soit réduire les garanties, soit prononcer la nullité. Même dans le cas où le tribunal prononce la nullité, il lui appartient par exemple d'apprécier si l'annulation concerne toutes les garanties ou seulement certaines d'entre elles¹²³⁵.

962. En définitive, il résulte que le pouvoir d'appréciation des juges français ne s'applique pas à l'engagement de la responsabilité du créancier fournisseur de crédit. Ce pouvoir intervient en revanche quant à la sanction supplémentaire de ce créancier. À ce moment, il dispose d'un pouvoir d'opportunité mais aussi d'un pouvoir modérateur.

Qu'en est-il des juges africains ?

2- Le pouvoir d'appréciation des juges africains

963. Pour le prononcé de la sanction, les juges africains ont, à l'instar des juges français, la possibilité de choisir la sanction la plus appropriée. Toutefois, la situation se pose en des termes différents en droit OHADA.

En application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 118 de l'AUPC, le créancier dont la responsabilité est retenue se voit imposer, soit le paiement des dommages-intérêts, soit, lorsqu'il est titulaire de sûretés, la déchéance de ces garanties. Il en résulte qu'il ne s'agit pas de sanctions cumulatives mais alternatives. Le créancier ne peut donc, en plus du paiement des dommages-intérêts, subir une déchéance de ses sûretés. À la différence du droit français, il ne court pas le risque d'une sanction supplémentaire.

On pourrait penser que la sanction prononcée par les juges dépendra de la qualité des créanciers. En présence d'un créancier chirographaire, la sanction sera le paiement des dommages-intérêts. Au contraire, s'il s'agit d'un créancier muni de sûretés, la sanction consistera dans les déchéances de celles-ci.

¹²³³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des Sûretés, op. cit.*, n° 2457; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de " concours " dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p. 1751.

¹²³⁴ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 834.19.

¹²³⁵ R. ROUTIER, « Les retouches de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p.54.

964. Dans tous les cas, le juge africain ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la sanction. Le texte indique que « *la juridiction compétente choisit (...)* ». Cette rédaction ne donne aucun pouvoir d'opportunité au juge. Dès lors que les conditions de la responsabilité sont réunies, il doit prononcer une sanction. En revanche, le juge dispose d'un pouvoir modérateur puisqu'il doit choisir la sanction la plus appropriée contre l'auteur du préjudice¹²³⁶.

Quoi qu'il en soit, que l'on se situe en droit OHADA ou en droit français, la remise en cause des sûretés dépend surtout de la sanction prononcée par le juge.

B- Les sanctions entraînant la remise en cause

Le créancier dont la responsabilité est engagée s'expose à diverses sanctions. Celles-ci ne sont pas les mêmes en droit français (1) et en droit OHADA (2).

1- Les sanctions du droit français

965. Nous l'avons vu, le juge a désormais le choix entre la réduction et la nullité des garanties. Or, chaque sanction produit des effets spécifiques. Nous verrons donc successivement la sanction de la réduction des garanties (a) puis celle de la nullité (b).

a- La réduction des garanties

966. La réduction est une des innovations de l'ordonnance du 18 décembre 2008. Elle permet aux juges de tenir compte de la gravité de la faute commise par le créancier et d'établir l'équilibre entre les garanties prises et les concours fautifs consentis.

Un auteur¹²³⁷ considère, à juste titre que la réduction permet de corriger l'excès ou l'inadaptation. Aussi, le créancier fautif qui avait pris soin de se faire consentir des garanties a une possibilité de ne pas toutes les perdre par le fait d'une nullité, puisque le juge peut décider d'en laisser certaines et d'en annuler d'autres. La réduction permet en outre de limiter le gaspillage des garanties, dans la mesure où seules celles qui permettent d'assurer les concours consentis devraient en principe être retenues. En l'absence de précision législative, il est possible de considérer que la réduction des garanties aura les mêmes effets sur les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives. Ces derniers perdraient quelques-unes de leur garantie choisies par le juge.

967. La réduction est donc susceptible de remettre en cause l'existence des sûretés. En effet, à défaut de toutes les annuler, le juge peut les diminuer. Cette situation va entraîner l'annulation de certaines d'entre elles. En conséquence, la réduction ne place pas les sûretés totalement à l'abri d'une

¹²³⁶ D. NZOUBETH, « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », art. préc. p. 205

¹²³⁷ R. ROUTIER, « Les retouches de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p.54.

disparition. Mais, elle apparaît, dans tous les cas, comme une sanction moins sévère et plus adaptée pour les créanciers fautifs. Ce qui, assurément, n'est pas le cas pour la nullité.

b- La nullité des garanties

968. La nullité des garanties provoque leur anéantissement. Dès lors que le juge a prononcé la sanction, les garanties annulées disparaissent rétroactivement, peu important qu'elles soient ou non disproportionnées aux concours consentis. Ainsi, le créancier fautif devient un simple créancier chirographaire. La perte de la sûreté remet les parties dans leur état antérieur. Le créancier doit procéder à la restitution des sommes perçues ou du bien acquis en pleine propriété (cas du bénéficiaire de la fiducie).

969. La nullité des garanties apparaît comme une sanction atypique¹²³⁸. Un auteur soulève d'ailleurs le caractère insolite¹²³⁹ de cette sanction. En effet, de manière traditionnelle, la sanction pour les actions en responsabilité consiste en la réparation du préjudice. Celle-ci se fait par le paiement des dommages et intérêts. Or, dans le cadre du soutien abusif, le créancier fautif doit non seulement indemniser les victimes à hauteur du préjudice, mais il peut également subir une réduction et, dans le pire des cas, une perte de ses garanties. La nullité revêt donc un caractère particulièrement sévère.

970. Pour tenter de justifier cette sévérité, un auteur¹²⁴⁰ y a vu la contrepartie du principe d'irresponsabilité dont bénéficient les créanciers prêteurs. En échange d'une responsabilité moins facile à rechercher, les créanciers se voient donc plus durement touchés dans le cas où elle pouvait être engagée. À notre avis, la nullité serait un moyen conçu par le législateur pour dissuader les apporteurs de crédits de se rendre coupable du soutien abusif.

971. Quant à la qualification de la nullité, certains considèrent, en se fondant sur le caractère d'intérêt général, qu'il s'agit d'une nullité absolue¹²⁴¹. En revanche, d'autres y voient une nullité relative¹²⁴². Nous sommes plutôt favorables à cette seconde idée. En effet, il s'agit ici d'une nullité de protection des intérêts de l'entreprise en difficulté. De ce fait, même si la nullité pouvait concerner un grand nombre de personnes, il ne nous semble cependant pas qu'elle soit d'ordre public. En tout état de cause, la jurisprudence ne s'étant pas encore prononcée sur cette question, le débat reste ouvert.

¹²³⁸ V. J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de " concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p. 1751. L'auteur évoque une sanction « surprenante ».

¹²³⁹ R. ROUTIER, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », art. préc., p. 35.

¹²⁴⁰ R. ROUTIER, « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », art. préc., p. 54.

¹²⁴¹ J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de " concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », art. préc., p. 1751. Pour l'auteur, les dispositions de l'article L. 650-1 relèvent d'un ordre public "économique de direction".

¹²⁴² P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 834.19; A.-F. ZATTARAS-GROS, « Des responsabilités et des sanctions », art. préc., p. 56.

Ainsi, s'achève l'étude des sanctions du droit français, qu'en est-il des sanctions admises en droit OHADA ?

2- Les sanctions du droit OHADA

972. Lorsque la responsabilité du créancier est retenue, le juge choisit, pour la réparation du préjudice, soit le paiement des dommages-intérêts, soit la déchéance des sûretés, si elles existent. À l'instar du droit français, deux sanctions sont possibles. Toutefois, seule la déchéance (a) retiendra notre attention car elle seule peut remettre en cause l'existence des sûretés.

a- La déchéance des sûretés

973. La déchéance est la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice encouru à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité ou de fraude¹²⁴³. Le créancier à l'encontre duquel la déchéance est prononcée perd donc sa sûreté. Il devient de ce fait un simple créancier chirographaire. Selon un auteur¹²⁴⁴, la déchéance des sûretés « évoque l'inopposabilité de droit qui frappe les sûretés consenties pendant la période suspecte pour des dettes antérieurement contractées et rappelle en droit français la sanction supplémentaire mais sévère, qu'est la nullité des garanties consenties au créancier reconnu responsable ».

974. Le texte ne précise pas la nature des sûretés pouvant être déchues, on peut alors considérer que cette sanction s'applique à toutes les sûretés y compris celles qui placent le créancier dans une situation d'exclusivité. En conséquence, le créancier muni de sûreté réelle exclusive et dont la responsabilité serait engagée sur le fondement de l'article 118 de l'AUPC, verrait sa sûreté déchue. Il deviendrait ainsi un simple créancier chirographaire.

975. Nous venons de voir que le fait pour un créancier fournisseur de crédit ou non, d'engager sa responsabilité dans le cadre d'une procédure collective, constitue une menace à l'existence des sûretés prises par ce dernier. La situation varie cependant en fonction des législations.

En droit français, lorsque les conditions de la responsabilité sont réunies, le tribunal peut réduire ou annuler les garanties prises par le créancier. Mais le tribunal peut aussi ne pas prononcer de sanction supplémentaire, en sus du paiement des dommages-intérêts. Or, en droit OHADA, il n'existe pas de sanction supplémentaire. Le juge doit choisir entre le paiement des dommages-intérêts et la déchéance des sûretés, pour les créanciers qui en sont titulaires.

Dans tous les cas, le prononcé de toute autre sanction par le juge, à l'exception du paiement des dommages-intérêts, va remettre en cause l'existence des sûretés prises par le créancier, même lorsqu'il s'agit de sûretés réelles exclusives.

¹²⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 299.

¹²⁴⁴ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 345.

976. En définitive, à l'instar des sanctions de la période suspecte, les sûretés réelles exclusives ne sont pas à l'abri d'une remise fondée sur la responsabilité des créanciers. Dans ce dernier cas, le risque plus grand puisque la nullité ou la déchéance peut être prononcée même lorsque les sûretés ont été régulièrement consenties. Par ailleurs, en droit français notamment, la nullité ou la réduction des garanties peut intervenir même en sauvegarde alors que les sanctions de la période suspecte ne s'appliquent qu'en cas de cessation des paiements.

Conclusion du chapitre

977. L'ouverture d'une procédure collective peut être à l'origine d'une remise en cause des sûretés. Cette situation se vérifie dans deux cas. D'une part, en raison des sanctions de la période suspecte et, d'autre part, en cas d'engagement de la responsabilité des créanciers. Dans les deux situations, du moins en droit français, la sûreté court le risque d'une nullité.

Ces règles qui peuvent compromettre l'existence même des sûretés dans les procédures collectives sont en réalité au service de l'entreprise en difficulté puisque, l'objectif poursuivi par le législateur français, notamment, est de reconstituer l'actif du débiteur dans le but de favoriser le sauvetage ou le redressement de l'entreprise ou encore de faciliter l'apurement du passif. En droit OHADA, le produit de ces actions est destiné à alimenter l'actif de la masse. Ainsi, bien que les sûretés réelles exclusives procurent des avantages indéniables à leurs titulaires, elles ne sont pas pour autant à l'abri de toute remise en cause en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Conclusion du titre 1

978. Il résulte de ce qui précède que l'ouverture d'une procédure collective n'est pas sans conséquence sur l'existence des sûretés réelles exclusives. En effet, le jugement d'ouverture emporte obligation pour les créanciers de déclarer leur créance et leur sûreté. Cette obligation vaut en principe également pour les créanciers munis de sûretés réelles exclusives. Ainsi, à défaut de déclaration, la sûreté est jugée inopposable. Par ailleurs, il est fait interdiction aux créanciers munis des sûretés soumises à la publicité de procéder à leur inscription après le jugement d'ouverture. Là encore, le non-respect de l'interdiction est sanctionné par l'inopposabilité. En principe, celle-ci profite à la procédure collective ou à la masse des créanciers. Toutefois, compte tenu de la nature particulière des sûretés réelles exclusives, il reste difficile de déterminer les effets de leur inopposabilité.

979. Quoi qu'il en soit, si des incertitudes subsistent pour ce qui est des effets de l'inopposabilité de ces sûretés, celles-ci ne sont pas à l'abri d'une remise en cause résultant des sanctions de la période suspecte ou encore de la responsabilité des créanciers. Dans chacune de ces situations, l'exclusivité n'épargne pas les sûretés.

En droit français notamment, les sanctions de la période suspecte entraînent la nullité des sûretés irrégulièrement constituées. De même, le créancier dont la responsabilité est engagée encourt jusqu'à la nullité de ses garanties.

En droit OHADA, le législateur est plus souple. En effet, l'inopposabilité demeure la sanction des actes constitués au cours de la période suspecte. S'agissant de l'engagement de la responsabilité du créancier lorsque celui-ci est titulaire de sûretés, celles-ci peuvent être frappées de déchéance.

980. Dans tous les cas, l'ouverture d'une procédure collective influe sur l'existence des sûretés réelles exclusives. L'effectivité de leur protection n'est garantie que lorsqu'elles existent indépendamment des aléas de la procédure. On peut alors affirmer que la protection des sûretés réelles exclusives est largement subordonnée à leur existence dans les procédures collectives. La même affirmation est-elle possible au regard des objectifs desdites procédures ?

TITRE 2/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PARTIELLEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

981. Le droit des procédures collectives poursuit des objectifs nobles dont le plus important est le sauvetage des entreprises et le maintien des emplois qui y sont attachés. Dans le cadre de cette étude, il nous semble opportun, après ce qui a été exposé sur la protection des sûretés réelles exclusives, de finir par un examen des conséquences de cette protection sur la réalisation des objectifs assignés aux procédures collectives. Autrement dit, la question qui se pose est celle de savoir si la protection dont bénéficient ces sûretés est susceptible ou pas de faire obstacle à la réalisation des objectifs des procédures collectives.

Or, les sûretés réelles exclusives étant protégées, elles protègent également et nécessairement les créanciers qui en sont titulaires. Ainsi, il s'agira ici de voir si la protection dont bénéficient ces derniers est totalement indépendante ou non des objectifs du droit des procédures collectives. Ou si, au contraire, elle influencée par ces objectifs.

982. Cela nous conduit à voir, que le législateur français notamment, dans le but de favoriser la réalisation des objectifs du droit des procédures collective, neutralise quelque fois les effets des sûretés réelles exclusives. Il en résulte une protection en partie subordonnée à ces objectifs. Au contraire, en droit OHADA, l'influence des objectifs du droit des procédures collectives sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives est limitée. Cette circonstance nous amène à étudier distinctement chacune des législations. Ainsi, nous verrons qu'en droit français, la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives est relativement subordonnée à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives (chapitre 1), tandis qu'en droit OHADA, le degré de subordination est beaucoup plus faible (chapitre 2).

CHAPITRE 1/ UNE PROTECTION RELATIVEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT FRANÇAIS DES PROCÉDURES COLLECTIVES

983. Depuis la loi du 25 janvier 1985, le droit des procédures collectives poursuit essentiellement deux objectifs : d'une part, le sauvetage de l'entreprise défaillante, cela passe par la poursuite de l'activité et le maintien des emplois qui y sont attachés et, d'autre part, l'apurement du passif. Contrairement aux législations antérieures¹²⁴⁵, l'apurement du passif est relégué au second plan¹²⁴⁶, tandis que le sauvetage de l'entreprise occupe désormais la première place¹²⁴⁷.

984. Ces objectifs influencent, à plusieurs niveaux, la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives. Au regard des modifications issues de l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté, un constat s'impose : la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives est fortement influencée par l'objectif du sauvetage de l'entreprise. En effet, après les réformes successives du droit des sûretés, en l'occurrence la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie en droit français, et celle du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie qui créa un droit de rétention fictif à l'égard de tous les créanciers gagistes sans dépossession, le législateur a cru bon, la même année, de réformer le droit des procédures collectives afin de rétablir un équilibre entre des intérêts divergents.

L'idée du législateur de 2008 a consisté à neutraliser les effets de certaines sûretés réelles exclusives, notamment le droit de rétention fictif et la fiducie-sûreté, tant que le sauvetage de l'entreprise est encore envisageable. Au contraire, ces sûretés retrouvent la plénitude de leurs effets dès lors que le sauvetage n'est plus possible.

985. Cependant, l'œuvre du législateur de 2008 laisse un goût d'inachevé. En effet, parmi les sûretés réelles exclusives, seuls le droit de rétention fictif et la fiducie-sûreté voient leurs effets neutralisés au cours des procédures de sauvetage. Le droit de rétention effectif et la clause de réserve de propriété conservent, en revanche, leur pleine efficacité dans toutes les procédures collectives, assurant ainsi une protection constante à leurs titulaires. L'objectif du sauvetage ne constitue donc pas un frein à l'efficacité de leurs sûretés.

¹²⁴⁵ Le Code de commerce de 1807; la loi du 4 mars 1889, le décret du 20 mai 1955.

¹²⁴⁶ C. SAINT-ALARY HOUIN, « Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise », art. préc., p. 129 ; F. MACORIG-VENIER, « La place occupée par l'apurement du passif dans la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, 1988, n° 74, p. 5.

¹²⁴⁷ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 042.51 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 12.

986. Cette situation amène à s'interroger sur l'impact des objectifs du droit des procédures collectives sur la protection des créanciers munis de ces sûretés. Se pose alors la question de savoir si la protection accordée aux créanciers rétenteurs et réservataires n'est pas susceptible de faire obstacle à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives, et notamment au sauvetage de l'entreprise.

Or, bien que ces sûretés soient efficaces dans toutes les phases de la procédure collective, nous verrons que le traitement de faveur, en l'occurrence le paiement exceptionnel des créances, dont bénéficient leurs titulaires ne se manifeste véritablement que lorsqu'il faut satisfaire aux besoins de la procédure collective. De ce fait, la protection des créanciers réservataires – et surtout rétenteurs – est en réalité, elle aussi, influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.

987. Somme toute, l'influence des objectifs du droit des procédures collectives sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives suggère deux idées. D'un côté, une idée restrictive qui, en mettant l'accent sur l'objectif prioritaire du sauvetage des entreprises, limite la protection de certaines sûretés en fonction de cet objectif (section 1). Mais, d'un autre côté, et de façon moins restrictive, on peut estimer que la protection des créanciers ne se limite pas au sauvetage de l'entreprise, mais tient plus généralement compte des objectifs ou des besoins de la procédure collective (section 2).

Section 1/ Une protection variable au nom du sauvetage des entreprises : le cas du titulaire d'un droit de rétention fictif et du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté

988. Favoriser le sauvetage des entreprises en difficulté et renforcer l'efficacité des sûretés, telles sont les priorités respectives du droit des procédures collectives et du droit des sûretés. Nonobstant leurs intérêts divergents, ces deux branches du droit sont étroitement liées. En effet, au regard de leur évolution législative¹²⁴⁸, on se rend compte que ces deux disciplines se livrent continuellement à une bataille dans laquelle chacune d'elles s'impose à tour de rôle sans qu'il y ait finalement de véritable vainqueur.

Toutefois, l'article 2287 du Code civil aux termes duquel « *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* », permet de donner,

¹²⁴⁸ Cf. Introduction, ns° 19 à 42.

sinon la victoire, du moins l'avantage au droit des procédures collectives. En effet, ce texte fait du droit des sûretés un droit subsidiaire par rapport au droit des entreprises en difficulté.

989. Mais l'ordonnance du 18 décembre 2008 semble pourtant avoir abouti à un rééquilibrage entre les intérêts en présence¹²⁴⁹. Après que la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008 eut institué de nouvelles mesures favorables aux sûretés réelles exclusives, en l'occurrence la fiducie-sûreté et le gage sans dépossession, celles-ci se sont très vite révélées inadaptées au droit des entreprises en difficulté¹²⁵⁰.

L'ordonnance du 18 décembre 2008, réformant la matière, est donc venue rectifier le tir. Le législateur a en effet encadré l'efficacité de ces sûretés au regard de l'objectif du sauvetage. Cette idée ressort très clairement du rapport relatif à l'ordonnance adressé au président de la République, en ces termes : « *Par ailleurs, des dispositions spécifiques ont été introduites afin d'organiser les effets en procédure collective de la fiducie et du gage sans dépossession, ce dernier étant assorti d'un droit de rétention depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie. Afin de préserver les chances de sauvetage de l'entreprise, ces effets ont été encadrés en sauvegarde comme en redressement judiciaire. Au contraire, ils ont été amplifiés en liquidation judiciaire, ce qui permettra d'assurer la pleine efficacité de ces sûretés et ainsi favoriser le crédit aux entreprises* »¹²⁵¹.

Le but du législateur était, tout en encourageant le crédit, de ne pas ruiner toutes les chances de redressement de l'entreprise. Il devait essayer de concilier les deux objectifs quasiment opposés du droit des sûretés et du droit des entreprises en difficulté.

990. Le compromis trouvé par l'ordonnance du 18 décembre 2008¹²⁵² fut de neutraliser les effets des "nouvelles" sûretés réelles exclusives dans les procédures de sauvegarde et de redressement¹²⁵³ (paragraphe 1), et d'en accroître leur efficacité lorsqu'il n'y a plus de possibilité de redressement (paragraphe 2). Un auteur¹²⁵⁴ a vu dans cette variation des effets de la fiducie-sûreté et du droit de rétention, une instrumentalisation des sûretés réelles en vue de favoriser le redressement. Dans tous les cas, cette situation révèle suffisamment l'influence des objectifs du droit des procédures collectives sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives.

¹²⁴⁹ F.-X. LUCAS, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, novembre-décembre 2009, n° 6, dossier 17, p. 60 et s. sp. pp. 60-61.

¹²⁵⁰ F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Dr. et patr.*, janvier 2010, n° 188, p. 26.

¹²⁵¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF*, n° 0295 du 19 décembre 2008, p. 19457.

¹²⁵² P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. Proc. Coll.* janvier-février 2009, n°1, dossier 10, p. 75 et s. sp. pp. 79-83; A.-S. TEXIER, « Réforme du droit des entreprises en difficulté », *Dictionnaire permanent difficulté des entreprises*, mars 2009, n° sp. 302-1, p. 4175 ; M. FARGE et O. GOUT, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, n° 58, p. 25.

¹²⁵³ Nous les appellerons de procédures de sauvetage.

¹²⁵⁴ F.-X. LUCAS, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », art. préc., p. 61.

Paragraphe 1/ Uune protection limitée dans les procédures de sauvetage

991. L'objectif du sauvetage de l'entreprise commande de faire passer au second plan la protection des créanciers, dans la mesure où celle-ci serait contraire à ce sauvetage. L'efficacité des sûretés est alors neutralisée tant qu'il y a encore des perspectives de sauver l'entreprise. Durant ces phases procédurales, la protection des créanciers est donc limitée.

Pour le titulaire d'un droit de rétention fictif, la limite provient de l'inopposabilité de son droit (A) et pour le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, la limite résulte de la neutralisation de sa sûreté (B).

A- Une protection limitée par l'inopposabilité du droit de rétention

992. L'article L. 622-7- I, alinéa 2, du Code de commerce précise que « *Le jugement d'ouverture emporte de plein droit inopposabilité du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil, pendant la période d'observation et d'exécution du plan* ». L'inopposabilité est ici bien ciblée. Elle ne vise qu'un droit de rétention en particulier : celui conféré par l'article 2286, 4° du Code civil.

Il convient de déterminer le domaine (1), la durée (2) puis les effets (3) de l'inopposabilité.

1- Le domaine de l'inopposabilité

993. D'après les dispositions de l'article précité, l'inopposabilité ne concerne que le droit de rétention institué par le 4° du nouvel article 2286 du Code civil. Or, dans sa rédaction issue de la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008, cet article prévoit la reconnaissance d'un droit de rétention fictif au profit du créancier gagiste sans dépossession. Le texte précise que celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose. Un droit de rétention fictif est donc désormais reconnu à tous les gages sans dépossession. Il s'agit des gages sans dépossession pour lesquels cette prérogative n'avait pas été prévue par une législation spéciale¹²⁵⁵.

994. En conséquence, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 2286, 4° du Code civil, le gage sur véhicule automobile. En effet, depuis le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, un droit de rétention fictif est attaché au reçu de la déclaration du gage sur le registre spécialement ouvert à la préfecture à cet effet (article 2, alinéa 3 du décret de 1953). Le décret de 1953 a clairement institué l'existence d'un droit de rétention fictif au profit du gagiste sur véhicule automobile. Aujourd'hui, l'article 2352 du Code civil dispose que « *Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien*

¹²⁵⁵V. Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : JO 19 décembre 2008, p. 19457, titre I, chapitre II-3, sous article 22.

remis en gage en sa possession ». Le droit de rétention reconnu au créancier gagiste sur véhicule automobile ne résultant pas de l'article 2286, 4° du Code civil, il demeure parfaitement opposable pendant toute la durée de la procédure collective.

995. Le doute subsiste toutefois quant à l'application de l'article 2286, 4° du Code civil au titulaire d'un warrant agricole. Il s'agit d'un gage mobilier spécial, sans dépossession de l'agriculteur constituant. Il est régi par les articles L. 342-1 à L. 342-17 du Code rural et de la pêche maritime. Dans une décision très ancienne¹²⁵⁶, la Cour de cassation avait reconnu au créancier titulaire d'un warrant agricole la possession fictive des biens warrantés. En conséquence, le créancier bénéficiait d'un droit de rétention fictif. Sur la base de cette décision, on pouvait considérer que le warrant agricole échappait aux dispositions de l'article 2286, 4° du Code civil.

996. Cependant, une partie de la doctrine conteste aujourd'hui cette solution. En se fondant sur les innovations instituées par l'ordonnance du 23 mars 2006, et notamment sur la nouvelle définition du gage, et plus récemment encore sur un arrêt rendu le 12 novembre 2015 par la Cour de cassation¹²⁵⁷, des auteurs¹²⁵⁸ voient dans le warrant agricole, un véritable gage sans dépossession et non plus un gage fondé sur une dépossession fictive. En conséquence, ils en déduisent que le warrant agricole devrait rentrer dans le champ d'application de l'article 2286, 4° du Code civil¹²⁵⁹. Le créancier titulaire de biens warrantés serait donc concerné par l'inopposabilité édictée par l'article L. 622-7-I, alinéa 2, du Code de commerce.

Dans le même ordre d'idées, une juridiction du fond a jugé qu'à défaut de dispositions légales prévoyant un droit de rétention fictif, comme en matière de véhicule automobile, le warrant ne confère aucun droit de rétention sur les biens warrantés¹²⁶⁰.

997. D'éminents auteurs dont les professeurs CROCQ¹²⁶¹ et PÉROCHON¹²⁶² soutiennent, en revanche, que le gage sur véhicule automobile et le warrant agricole sont les deux catégories de

¹²⁵⁶ Cass. civ., 23 avril 1918, *DP* 1919, I, p.3, note H. CAPITANT.

¹²⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 12 novembre 2015, n° 14-23.106, *Bull. civ* ; *D.* 2016, p. 178, obs. Ch. JUILLET. Selon la Cour : « L'article 2333 du Code civil dispose que le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. Il s'ensuit que le warrant agricole, dont le régime n'exclut pas qu'il puisse concerner des biens mobiliers corporels futurs, peut non seulement porter sur les récoltes pendantes par les racines, conformément à l'article L. 342-1 du Code rural et de la pêche maritime, mais également sur les récoltes futures, en application du droit commun du gage

¹²⁵⁸ E. LE CORRE-BROLY, « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », art. préc ; V. aussi ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 1782 ; Ch. JUILLET, « Le warrant agricole, les sûretés mobilières spéciales et le droit commun du gage », art. préc., p. 178

¹²⁵⁹ E. LE CORRE-BROLY, « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », art. préc. Cet auteur fût le premier à défendre cette idée.

¹²⁶⁰ CA Angers, 16 septembre 2008, n° RG 07-1538 ; *Lettres d'actualité des Procédures collectives, civiles et commerciales*, n°8, mai 2009, alerte 126. Mais cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation : Cass. com., 26 janvier 2010, n° 08-21.340, Inédit ; *BJE*, mars 2011, n° 1, p. 32, obs. N.BORGA ; *Gaz. Pal.* 17 avril 2010, n° 107, p. 18, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; *D.* 2011, pan. p. 412, obs. P. CROCQ ; *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2010, 129, p. 82, note Ch. LEBEL ; *RLDC*, mars 2010, n° 69, p. 31, note J. J. ANSAULT.

gages sans dépossession dont le droit de rétention fictif résulte des dispositions spéciales. En conséquence, ces droits de rétention échappent à l'inopposabilité édictée par l'article L. 622-7-I, alinéa 2, du Code de commerce. Quant au professeur LE CORRE¹²⁶³, s'il a d'abord considéré que le droit de rétention dont bénéficie le titulaire d'un warrant agricole ne provenait pas des dispositions de l'article 2286, 4° du Code civil, il semble désormais avoir changé sa position¹²⁶⁴.

998. Sur cette question, nos sentiments sont mitigés. Même si la reconnaissance d'une dépossession fictive au profit du titulaire d'un warrant agricole est l'œuvre de la jurisprudence, d'une part, et qu'aujourd'hui la dépossession n'est plus de l'essence du gage, d'autre part, ces éléments ne nous semblent pas suffisants pour considérer que le titulaire d'un warrant agricole bénéficie de son droit de rétention en vertu de l'article 2286, 4° du Code civil. En effet, en tant que source du droit, la jurisprudence a parmi ses missions, celle de pallier les insuffisances législatives. De plus, le législateur n'a, à ce jour, prévu aucune disposition expresse allant dans le sens contraire à l'ancienne solution jurisprudentielle, qui a d'ailleurs été réaffirmée dans un arrêt plus récent¹²⁶⁵. En conséquence, le warrant agricole devrait encore être considéré comme un gage assorti d'une dépossession fictive, ce qui permettrait de conclure que le créancier qui en est le titulaire bénéficie toujours d'un droit de rétention autre que celui qui résulte de l'article 2286, 4° du Code civil. Cependant, la Cour de cassation¹²⁶⁶ a récemment admis que le warrant agricole pouvait également porter, en application du droit commun du gage, sur des récoltes futures. Cette solution pourrait ainsi justifier la thèse qui consiste à voir dans le warrant un gage de droit commun sans dépossession, et non un gage assorti d'une dépossession fictive¹²⁶⁷. De ce fait, on pourrait alors considérer que le titulaire d'un warrant agricole tient son droit de rétention des dispositions de l'article 2286, 4° du Code civil.

999. Heureusement, ces incertitudes n'existent pour tous les gages. Bénéficiaire du droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil, les gages auxquels aucun droit de rétention n'a été reconnu par des dispositions spéciales¹²⁶⁸.

Il s'agit du gage sans dépossession du droit commun¹²⁶⁹, du gage sur stocks¹²⁷⁰, des gages portant sur l'outillage et le matériel d'équipement professionnel¹²⁷¹. Les créanciers titulaires de tels gages seraient donc concernés par l'inopposabilité de l'article L. 622-7-I du Code de commerce.

¹²⁶¹ P. CROCQ, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cah. drt. entp.*, juillet-août 2009, n° 4, dossier 21, p. 25 et s. sp. p. 27.

¹²⁶² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 572.

¹²⁶³ P.- M. LE CORRE, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », *JCP E*, 2009, 1204, n° 7.

¹²⁶⁴ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 482.11.

¹²⁶⁵ Cass. com., 26 janvier 2010, n° 08-21.340, arrêt préc.

¹²⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 12 novembre 2015, n° 14-23.106, arrêt préc.

¹²⁶⁷ Ch. JUILLET, « Le warrant agricole, les sûretés mobilières spéciales et le droit commun du gage », art. préc., p. 179.

¹²⁶⁸ V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 1470.

1000. Par ailleurs, il s'est posé la question de l'extension du droit de rétention fictif prévu par l'article 2286, 4° du Code civil à certains nantissements. Doit-on considérer que le droit de rétention fictif reconnu à tous les créanciers gagistes sans dépossession doit s'étendre aux créanciers nantis, et précisément aux créanciers nantis sur des parts de SNC ou de SARL¹²⁷² ?

Cette question a soulevé de vives discussions au sein de la doctrine.

1001. La doctrine majoritaire¹²⁷³ défendait l'idée d'une application de l'article 2286, 4° du Code civil à certains nantissements, et notamment aux nantissements sur des parts de sociétés commerciales (SNC, SARL). L'argument avancé pour la plupart de ces auteurs était celui du renvoi opéré par l'article 2355, alinéa 5 du même Code¹²⁷⁴, lequel devait conduire à appliquer les règles du gage de meubles corporels aux nantissements dépourvus de dispositions spéciales.

En allant plus loin, des auteurs¹²⁷⁵ avaient même souhaité que le droit de rétention fictif s'étende à tous les nantissements de meubles incorporels.

1002. Cependant, pour une autre partie de la doctrine, les créanciers nantis ne pouvaient bénéficier du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil. C'est dans ce courant doctrinal que s'inscrit le Professeur LE CORRE¹²⁷⁶ qui, en se fondant sur la théorie de la fiction juridique qu'il définit préalablement comme l'affirmation consciente d'une contre-vérité juridique ne pouvant que résulter d'une volonté clairement affichée du législateur, considère que, s'agissant de l'article 2355, alinéa 5 du Code civil, « rien ne permet de déceler dans sa fabrication l'intention du législateur de conférer au créancier nanti un droit de rétention fictif ». Poursuivant son raisonnement, l'auteur précise que l'article 2286, 4° du Code civil attribuant un droit de rétention

¹²⁶⁹ Art. 2337 et s. du Code civil

¹²⁷⁰ Art. L. 527-1 et s. du Code de commerce ; E. LE CORRE-BROLY, « Le gage sur stocks et le Code de commerce : un mariage forcé ? », *JCP E*, 2014, 1538. L'auteur fait une différence entre le gage sur stocks constitué avec ou sans dépossession.

¹²⁷¹ Art. L. 525-1 et suivants du Code de commerce ; P.- M. LE CORRE, R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le droit de rétention fictif au cœur de tous les débats », *BJE*, juillet 2011, n° 3, p. 227.

¹²⁷² Ce sont les seuls nantissements qui ne sont pas régis par des dispositions spéciales. En effet, qu'il s'agisse du nantissement de parts de sociétés en nom collectif ou du nantissement de parts de sociétés à responsabilité limitée, aucune disposition législative n'est prévue pour leur réglementation. Or, conformément au droit commun (art. 2355, alinéa 5 du Code civil), 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.

¹²⁷³ P.- M. LE CORRE, R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le droit de rétention fictif au cœur de tous les débats », art. préc., p. 229 (Intervention de R. DAMMANN et G. PODEUR. Quant au professeur LE CORRE, il est contre cette position.) ; R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, p. 2300 ; F. PÉROCHON, « À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.* du 8 au 10 mars 2009, n° 69, p. 788 et s., sp. pp. 796-797 ; « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p. 651.

¹²⁷⁴ Sur la portée du renvoi, v. Ph. DUPICHOT, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27 ; P. CROCQ, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., p. 28 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, Lexisnexis 2010, n° 784.

¹²⁷⁵ S. PIÉDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4°, du code civil », *D.* 2008, p. 2950 et s. sp. p. 2951 ; P. CROCQ, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., p. 28.

¹²⁷⁶ P.- M. LE CORRE, R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le droit de rétention fictif au cœur de tous les débats », art. préc., p. 229 (Intervention du P.- M. LE CORRE).

fictif aux créanciers gagistes qui ne sont pas déjà titulaires d'un droit de rétention réel ou fictif, est postérieur à l'article 2355 du même Code. En conséquence, l'article 2286, 4° ne pouvait s'appliquer aux créanciers nantis, sauf à « prêter au législateur des intentions réflexes, boomerang en quelque sorte »¹²⁷⁷.

1003. Pour d'autres¹²⁷⁸, c'est l'argument terminologique qui fut avancé pour exclure les créanciers nantis du bénéfice du droit de rétention fictif. Ils soutenaient l'idée selon laquelle l'article 2286, 4° faisant explicitement référence qu'au seul gage, le droit de rétention qu'il confère ne devrait pas s'appliquer aux nantissements qui ne bénéficient déjà pas d'un droit de rétention en vertu d'un autre texte. Cependant, cet argument a été réfuté par une autre partie de la doctrine¹²⁷⁹ qui considère à juste titre que le législateur n'est pas fidèle à la précision terminologique, à en juger par la requalification de l'antichrèse en gage immobilier.

1004. Quoi qu'il en soit, cette question qui a fortement divisé la doctrine ne se pose plus aujourd'hui. En effet, dans un arrêt du 26 novembre 2013¹²⁸⁰, la Cour de cassation a clairement tranché le débat en ces termes : « *Mais attendu qu'ayant énoncé que l'article 2286-4° du code civil issu de la loi du 4 août 2008 n'est applicable qu'aux biens corporels, ce qui exclut les nantissements, et retenu que c'est à tort que la CRCAM invoque l'article 2355, alinéa 5, du code civil qui dispose que le nantissement est soumis à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, dans la mesure où les nantissements de fonds de commerce sont régis par des textes spéciaux, notamment l'article L. 142-1 du code de commerce, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les conclusions de la CRCAM, a retenu que le nantissement sur un fonds de commerce ne conférerait pas à son titulaire un droit de rétention* ». En affirmant que le droit de rétention fictif de l'article 2286, 4° du Code civil ne s'applique que sur des biens meubles corporels, la Cour réfute toute possibilité de reconnaissance du droit de rétention fictif de l'article 2286, 4° du Code civil aux nantissements portant sur des biens meubles incorporels. La Haute juridiction vient ainsi mettre fin au débat doctrinal.

Même si dans les faits de l'arrêt rendu par la Cour, il était question du nantissement de fonds de commerce, la lettre de l'arrêt permet d'appliquer la solution à tous les nantissements de meubles incorporels.

1005. Toutefois, s'agissant du nantissement de compte-titres, la question de l'application de l'article 2286, 4° du Code civil ne s'est pas posée. En effet, l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 modifié par l'article 102 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 relatif au nantissement des valeurs

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 1470.

¹²⁷⁹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 805.

¹²⁸⁰ Cass. com., 26 novembre 2013, n° 12- 27.390, *BJE*, mai 2014, p. 156, note F. MACORIG-VENIER; *Gaz. Pal.* 20 mars 2014, p. 22, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *RTD civ.* 2014, p. 158, obs. P. CROCQ ; *JCP G*, 2014, 635, n° 20, obs. Ph. DELEBECQUE.

mobilières, mentionne expressément la faculté de rétention de ce créancier. Précisons que le gage sur compte d'instruments financiers est l'ancienne appellation du nantissement de compte-titres. Auparavant prévu à l'article L. 413-4 du Code monétaire et financier, il est aujourd'hui régi par l'article L. 211-20 du même Code. Ce texte reconnaît expressément un droit de rétention au créancier nanti (article L. 211-20. III).

1006. Il se pose néanmoins des questions sur la nature de ce droit de rétention. S'agit-il d'un droit de rétention fictif ou effectif ?

La solution traditionnelle considère qu'il s'agit d'un droit de rétention fictif¹²⁸¹. En effet, le nantissement auquel il est attaché est une sûreté portant sur des choses incorporelles¹²⁸², donc sur des choses dématérialisées pour lesquelles on ne peut avoir la possession matérielle, contrairement aux meubles corporels. Il s'agit donc d'un droit de rétention sans détention¹²⁸³.

Cependant, si l'on considère que l'effectivité du droit de rétention dépend du pouvoir de blocage qui s'impose au constituant, il devient possible de voir dans le nantissement de compte-titres une sûreté assortie d'un droit de rétention effectif. Il résulte des dispositions de l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier que le nantissement de compte-titres est réalisé tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le constituant titulaire du compte. Cette déclaration s'analyse comme une forme de dépossession car dès lors qu'elle est adressée à l'établissement teneur de compte et que le nantissement est constitué, le constituant perd la libre disposition des titres financiers. Le nantissement de compte-titres confère donc un véritable pouvoir de blocage au créancier nanti.

En tout état de cause, la nature fictive ou effective de ce droit de rétention importe peu sur son efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective¹²⁸⁴. En effet, le droit de rétention reconnu au créancier nanti sur un compte-titres provient d'une disposition spéciale. Il échappe donc à l'inopposabilité prévue par l'article L. 622-7-I.

1007. Nous venons d'examiner le champ de l'inopposabilité prévue par l'article L. 622-7- I, alinéa 2. Cependant, le texte précise que le droit de rétention est inopposable pendant toute la période d'observation et d'exécution du plan, il convient à présent d'envisager la durée de l'inopposabilité.

¹²⁸¹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 1817 ; M. LE CORRE, « Le créancier nanti sur compte-titres bénéficiaire d'un paiement provisionnel confronté au superprivilege des salaires », *Gaz. Pal.*, 31 octobre 2009, n° 304, p. 27

¹²⁸² D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.*, n° 533 ; Contra, V. D. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux », *D.* 1996, Chron. p. 47.

¹²⁸³ L. AYNÈS, P. CROCQ, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 537.

¹²⁸⁴ Sur l'efficacité de cette sûreté ; P. M. LE CORRE, « Le créancier nanti sur compte-titres bénéficiaire d'un paiement provisionnel confronté au superprivilege des salaires », art. préc., pp. 27 et s.

2 - La durée de l'inopposabilité

1008. L'article L. 622-7-I, alinéa 2, dispose que le droit de rétention conféré par l'article 2286,4° du Code civil est inopposable pendant toute la période d'observation et d'exécution du plan. Cette mesure prévue pour la sauvegarde s'applique également pendant la période d'observation et d'exécution du plan de redressement du fait de l'application de l'article L. 622-7 en redressement judiciaire, en vertu du renvoi opéré par l'article L. 631-14, alinéa 1^{er}.

Il en résulte qu'au-delà de la période d'observation, l'inopposabilité continue de jouer après l'adoption du plan et pendant toute la durée de son exécution.

1009. Mais que faut-il décider en cas de résolution du plan ? Plusieurs hypothèses doivent ici être envisagées.

En cas de résolution d'un plan de sauvegarde sans cessation de paiements du débiteur et donc sans ouverture d'une nouvelle procédure, l'inopposabilité devrait logiquement cesser puisque, conformément au texte, elle joue uniquement pendant la période d'observation et celle d'exécution du plan.

Il en sera de même en cas de résolution d'un plan de sauvegarde (avec cessation de paiements) ou de redressement débouchant sur l'ouverture d'une liquidation judiciaire. En effet, il n'existe aucune disposition qui permet de neutraliser le droit de rétention fictif dans la procédure de liquidation. Le droit de rétention est donc opposable dans cette hypothèse. De même, en cas de résolution d'un plan de redressement sans ouverture d'une liquidation, le droit de rétention redevient opposable. En revanche, en cas de résolution d'un plan de sauvegarde avec cessation de paiements débouchant sur l'ouverture d'une procédure de redressement, le droit de rétention reste inopposable à la procédure de redressement en raison de l'application de l'article L. 622-7.

1010. Le texte pose cependant une exception lorsque le bien est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1 du Code de commerce, c'est-à-dire dans le cadre d'un plan de sauvegarde. En réalité, ce texte permet de rendre opposable le droit de rétention fictif dans l'hypothèse d'une cession survenant dans le cadre d'un plan de sauvegarde mais aussi d'un plan de redressement¹²⁸⁵. Il est alors possible de considérer que la cession ainsi décidée met un terme au plan et donc que l'opposabilité n'a plus lieu d'être.

Dans tous les cas, l'inopposabilité disparaît une fois que la procédure est terminée. Elle est donc différente de l'inopposabilité prévue en matière de déclaration de créances, laquelle continue de

¹²⁸⁵ Selon le professeur LE CORRE : L'application de la disposition à la cession intervenant dans le cadre d'un plan de redressement résulte de la combinaison des articles L. 631-14, al. 1^{er}, du Code de commerce qui rend applicable en redressement l'article L. 622-7 du même Code et de l'article L. 631-19 (Code de commerce) qui rend applicable l'article L. 626-1 (Code de commerce); V. P.- M. LE CORRE, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », art. préc., n° 13.

jouer après l'exécution du plan de sauvegarde, lorsque le débiteur a correctement exécuté ses engagements.

1011. En définitive, même si le texte est assez clair sur la durée de l'inopposabilité, il se contente d'affirmer que le droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil est inopposable dans certaines phases de la procédure, sans toutefois en préciser les effets. Il convient donc à présent de les analyser.

3- Les effets de l'inopposabilité

Nous examinerons d'abord les effets au sens strict de l'inopposabilité (a), avant d'en déterminer la portée (b).

a- Les effets stricto sensu

1012. En déclarant le droit de rétention prévu par l'article 2286, 4° du Code civil inopposable pendant certaines phases de la procédure, le législateur entend priver le créancier des prérogatives conférées par ce droit. Ainsi, le créancier gagiste ne peut se prévaloir de la technique du retrait contre paiement, pas plus qu'il ne peut s'opposer à la réalisation du bien grevé¹²⁸⁶.

1013. D'abord, s'agissant de la technique du retrait contre paiement, son utilisation est fort improbable en raison du caractère fictif du droit de rétention¹²⁸⁷. Il va de soi que lorsqu'un droit de rétention fictif est en plus inopposable, la question ne devrait même pas se poser. Les créanciers titulaires du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil ne peuvent donc se prévaloir du retrait contre paiement pendant les périodes d'observation et d'exécution des plans.

1014. Ensuite et surtout, l'inopposabilité est susceptible de neutraliser les effets du droit de rétention fictif au moment où son intérêt pourrait véritablement se manifester ; en cas de réalisation du bien grevé. Nous avons vu que le retrait contre paiement dont peuvent se prévaloir les bénéficiaires d'un droit de rétention fictif se manifeste surtout dans l'hypothèse d'une vente du bien. Il devrait permettre au créancier de s'opposer à la réalisation du bien, s'il n'a pas préalablement obtenu le paiement de sa créance.

¹²⁸⁶ P.-M. L. CORRE, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », art. préc., ns° 16 et s; F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc., p. 30.

¹²⁸⁷ V. discussions doctrinales, pour un retrait contre paiement au profit du titulaire d'un droit de rétention fictif : R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2305; F. PÉROCHON, « À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., pp 795-796 ; F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réformes du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc., p. 32; Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II.- Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E*, 2009, 1049, n° 52 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, ns° 563.62 et n° 633.31; Contre un retrait contre paiement du titulaire d'un droit de rétention fictif : A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G*, 2009, I, 119, ns° 4 et 5; P. CROCQ ; « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E*, 2009, 1313, n° 42 ; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement, op. cit.*, n° 496.

1015. Qu'en est-il face au droit de rétention fictif inopposable ? L'inopposabilité permet-elle de vendre le bien fictivement retenu ?

Une réponse affirmative semble envisageable. Le droit de rétention étant inopposable, le gagiste sans dépossession ne devrait pas pouvoir s'opposer à la réalisation du bien. A priori, il ne peut mettre en œuvre la technique du retrait contre paiement ; il ne peut donc empêcher la vente du bien¹²⁸⁸. L'administrateur judiciaire ou le débiteur pourrait donc vendre le bien sans au préalable procéder au paiement de la créance du rétenteur.

1016. Cette solution pourrait cependant poser problème sur le plan pénal. En effet, l'article 314-5 du Code pénal stipule que « *Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* ». Le Code pénal considère donc comme infraction le fait pour un débiteur de détourner le bien donné en gage¹²⁸⁹. Le détournement du bien s'entend ici de manière large. Il s'agit de tout acte susceptible de diminuer, d'anéantir ou de paralyser la garantie du créancier gagiste. Il en est ainsi de la vente, de la dissimulation, de la mise en garde-meuble, du refus de restituer ou encore de l'abandon du bien objet de la sûreté¹²⁹⁰.

En somme, selon les dispositions du Code pénal, le débiteur qui procède à la vente d'un bien gagé commet un délit. L'infraction du détournement du gage assure donc la protection du créancier gagiste contre les abus du débiteur.

1017. Ces dispositions du Code pénal semblent contradictoires avec celles du Code de commerce. En effet, l'article L. 622-8 précise qu'« *En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Après l'adoption du plan, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux et conformément à l'article L. 626-22 lorsqu'ils sont soumis aux délais du plan* ». On retrouve un texte similaire à l'article L. 622-26 du même Code. Ces textes envisagent, dans le cadre d'une procédure collective, la vente de biens grevés de sûreté, et notamment d'un bien gagé.

1018. Ainsi, nous pensons qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, il est possible de vendre un bien fictivement retenu¹²⁹¹. Le droit de rétention étant inopposable, les organes de la procédure sont donc fondés à l'ignorer. En conséquence, le créancier devrait être considéré non plus comme un rétenteur mais plutôt comme un simple créancier gagiste.

¹²⁸⁸ A. LIÉNHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, pp. 110 et s., sp. p. 113.

¹²⁸⁹ M. DAURY-FAUVEAU, « Détournement de gage ou d'objet saisi », *JCL. Pénal*, 20 décembre 2009, fasc. 20.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, ns° 63 à 73.

¹²⁹¹ P.-M. LE CORRE, La vente de biens grevés de sûretés en période d'observation », *Gaz. Pal.*, 12 avril 2016, n° 14, p. 80.

En application des dispositions des articles L. 622-8 et L. 626-22 du Code de commerce, il serait possible de procéder, sur autorisation du juge-commissaire, à la vente du bien grevé lorsque cela est nécessaire pour le sauvetage de l'entreprise.

Par ailleurs, si la vente du bien n'est pas possible, on percevrait difficilement l'intérêt de cette inopposabilité. En effet, le seul caractère fictif du droit de rétention permet au débiteur ou à son représentant de conserver l'usage du bien. L'inopposabilité édictée n'aurait donc aucun intérêt si la vente du bien n'était pas possible dans cette situation¹²⁹².

1019. Quoi qu'il en soit, si le droit de rétention est inopposable, il n'en va pas de même pour le gage. Ainsi, en cas de vente du bien grevé, les droits du créancier sont tout de même préservés. En application des articles précités, le montant de la somme correspondant à la créance garantie doit être consigné à la Caisse des dépôts et consignations. Ces sommes d'argent sont donc indisponibles pendant toute la période d'observation. Elles ne peuvent être utilisées pour les besoins de l'entreprise débitrice¹²⁹³.

1020. En outre, dans le cas où la vente du bien est envisageable, l'inopposabilité du droit de rétention fictif expose le créancier gagiste sans dépossession non seulement au paiement différé, mais aussi à la possibilité d'une réduction du paiement. En effet, l'alinéa 1^{er}, de l'article L. 622-8, poursuit en énonçant que le paiement se fait après l'adoption du plan suivant l'ordre de préférence qui existe entre les créanciers. Ainsi, en cas de vente d'un bien grevé au cours de la période d'observation, le gagiste sans dépossession pour lequel le droit de rétention résulte de l'article 2286, 4^o du Code civil, est soumis au paiement préférentiel différé, sauf en cas de substitution de garantie (L. 622-8, alinéa 3 et L. 626-22, alinéa 3). L'utilisation de la technique de substitution de garantie n'étant impossible qu'en présence d'une sûreté conférant un droit de rétention¹²⁹⁴, elle devient donc possible pour le gagiste sans dépossession puisque son droit de rétention est inopposable.

1021. En définitive, contrairement à l'idée défendue par la doctrine civiliste¹²⁹⁵, l'inopposabilité du droit de rétention fictif pourrait pénaliser le créancier gagiste sans dépossession pendant toute la période d'observation et d'exécution des plans. Le créancier gagiste, pourtant aussi rétenteur, ne peut, du fait de l'inopposabilité, se prévaloir de la technique du retrait contre paiement.

¹²⁹² Pour le professeur P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », art. préc., n° 42; « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., p. 27. Cette inopposabilité n'a aucune utilité puisque du fait de son caractère fictif et l'absence d'un pouvoir de blocage, le droit de rétention fictif de l'article 2286, 4^o du Code civil ne peut absolument pas empêcher le débiteur d'utiliser le bien; V. aussi A. AYNÈS, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G*, 2008, act. 300 ; « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 5.

¹²⁹³ Logiquement, c'est uniquement le montant de la créance garantie qui devra être consigné, le surplus, servirait en revanche de trésorerie à l'entreprise.

¹²⁹⁴ Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *D.* 2000, p. 361, obs. A. LIÉNHARD; *Act. Proc. Coll.* 2000/14, p. 176, note D. LEGAIS ; *LPA* 8 juin 2001, n° 114, p. 20, note H. NARAYAN-FOURMENT; *RTD com.* 2000, p. 1009, note A. MARTIN-SERF.

¹²⁹⁵ P. CROCQ, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., p. 27; A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 5.

Cette situation pourrait, sous réserve des dispositions du droit pénal, permettre la vente du bien. Le créancier perdrait ainsi tous les avantages liés au droit de rétention. Seules subsistent les prérogatives liées au gage.

Quelle est donc la portée de cette inopposabilité ?

b- La portée de l'inopposabilité

1022. En principe, l'inopposabilité est une sanction prévue au bénéfice des tiers. L'acte reste valable entre les parties mais les tiers sont fondés à ignorer son existence. Toutefois, dans le cadre de l'inopposabilité du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil, le texte ne précise pas à qui profite cette dernière.

La question est donc de savoir qui peut se prévaloir de l'inopposabilité du droit de rétention fictif ?

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question comme elle a eu l'occasion de la faire à propos d'autres inopposabilités¹²⁹⁶. Quant à la doctrine, elle considère, d'une manière générale, que l'inopposabilité du droit de rétention fictif profite à la procédure collective. Ainsi, le professeur LE CORRE¹²⁹⁷ soutient que le droit de rétention fictif est inopposable à la procédure collective. Il y voit d'ailleurs une résurrection de la masse des créanciers, supprimée par la loi du 25 janvier 1985. Dans le même sens, le professeur MACORIG-VENIER¹²⁹⁸ considère que l'inopposabilité joue à l'égard de la procédure et du débiteur¹²⁹⁹.

1023. Si le droit de rétention fictif est inopposable à la procédure collective, tous les organes de ladite procédure peuvent donc se prévaloir de l'inopposabilité pour ignorer ses effets. Il en irait ainsi du débiteur, de son représentant ou des autres créanciers. Aussi, comme l'explique le rapport adressé au Président de la République, l'inopposabilité doit permettre « *au débiteur de continuer à faire usage du bien gagé, ce qui apparaît de nature à favoriser le maintien de l'exploitation. Celui-ci pourra par exemple utiliser les stocks grevés d'un gage sans dépossession soumis aux dispositions des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce* »¹³⁰⁰.

1024. En définitive, l'inopposabilité du droit de rétention fictif le rend inopérant à l'égard des organes de la procédure. La neutralisation de ses effets semble donc à première vue être effectivement au service du sauvetage de l'entreprise.

¹²⁹⁶ Par exemple lorsque la Cour évoque l'inopposabilité du droit de propriété à la procédure collective, en cas de rejet d'une action en revendication (Cass. com., 3 décembre 2003, n° 01-02.177, Inédit: JurisData n° 2003-021439), ou lorsqu'elle sanctionne l'acte passé au mépris du dessaisissement par une inopposabilité à la procédure collective (Cass. com., 23 mai 1995, n° 93-16.930 ; *Bull. civ.* 1995, IV, n° 150; D. 1995, p. 413, note F. DERRIDA).

¹²⁹⁷ P.-M. LE CORRE, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », art. préc., ns° 17 et 18.

¹²⁹⁸ F. MACORIG- VENIER « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc., p. 30.

¹²⁹⁹ V. aussi F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 572. Pour l'auteur, l'inopposabilité « doit s'entendre d'une inopposabilité à la procédure collective ».

¹³⁰⁰ Rapport sur l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Cette situation pourrait permettre au débiteur ou à son représentant de vendre le bien afin de renflouer la trésorerie de l'entreprise. Cependant, même en cas de vente du bien, il faudrait respecter le gage non neutralisé. De ce fait, le prix correspondant à la valeur des créances garantie par le gage ne saurait être disponible. En application des articles L. 622-8 et L. 626-22, ce prix devra être consigné à la Caisse de dépôt et de consignation. Le débiteur ne pourra donc s'en servir immédiatement pour améliorer sa situation, par exemple en achetant un bien utile à la poursuite de son activité.

La situation serait différente si le bien grevé peut être vendu à un prix suffisamment élevé, de sorte que même après la consignation de sommes correspondantes à la valeur des créances garanties par les sûretés, il reste encore des fonds à disposition du débiteur. C'est d'ailleurs dans cette situation que la vente d'un bien grevé, au cours de la période d'observation ou d'exécution du plan, peut avoir un véritable intérêt, puisque la vente va permettre au débiteur de se procurer une trésorerie.

1025. Comme l'a justement relevé le professeur LE CORRE¹³⁰¹, plus que le droit de rétention fictif, c'est le gage lui-même qu'il aurait fallu neutraliser afin de favoriser au maximum le sauvetage de l'entreprise. La neutralisation des seuls effets du droit de rétention fictif limite considérablement les chances de sauvetage de l'entreprise. Le bien vendu n'étant pas libéré de toute sûreté, le débiteur ne peut efficacement bénéficier de cette vente. La neutralisation des effets du droit de rétention fictif dans les procédures de sauvetage ne produit donc que partiellement les résultats escomptés par l'introduction de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Quoi qu'il en soit, l'inopposabilité limite quelque peu la protection du créancier rétenteur. Ne pouvant se prévaloir des prérogatives résultant de son droit de rétention, il sera considéré comme un simple créancier gagiste.

Qu'en est-il de la protection du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ?

B- Une protection limitée par la neutralisation de la fiducie-sûreté

1026. Toujours dans l'optique de préserver les chances de sauvetage des entreprises en difficulté, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a également procédé à la neutralisation de la fiducie-sûreté¹³⁰², lorsque ce sauvetage est envisageable.

Dans la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie en droit français¹³⁰³, le législateur avait consacré une grande efficacité à la fiducie-sûreté. En effet, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté

¹³⁰¹ P.-M. LE CORRE, « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », art. préc., n° 24.

¹³⁰² La fiducie-sûreté régit par les articles 2011 et suivants du Code civil et pas les autres transferts fiduciaires, notamment la cession de créances par le bordereau Dailly.

¹³⁰³ P. MARINI, « Enfin la fiducie à la française », *D.* 2007, p. 1347; M.-L. COQUELET, « Fiducie-sûreté : fin du feuilletton ? », *Dr. Sociétés*, juillet 2009, n° 7, p.1; C. KUHN, « Une fiducie française », *Dr. et patr.*, avril 2007, n° 158, pp. 32 et s. sp. p. 34 ; L. AYNÈS, « Le régime juridique de la fiducie », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 67.

pouvait, en dépit de l'ouverture d'une procédure collective, procéder à la vente des actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire, puisque ces derniers étaient sortis du patrimoine du débiteur constituant. Les actifs fiduciaires échappaient ainsi à l'effet réel de la procédure collective¹³⁰⁴. La doctrine n'avait d'ailleurs pas hésité à qualifier la fiducie de nouvelle reine des sûretés¹³⁰⁵.

Cependant, le législateur avait finalement réalisé que la part trop belle faite à la fiducie était incompatible avec l'objectif du sauvetage de l'entreprise¹³⁰⁶. Aussi, pour ne pas annihiler les effets de la fiducie à peine consacrée, il fallait trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence¹³⁰⁷. C'est ce qui a été fait avec l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Désormais, la protection du bénéficiaire de la fiducie dépend de la nature de la procédure collective du débiteur. Elle est ainsi soumise à l'objectif du sauvetage de l'entreprise¹³⁰⁸.

1027. Toutefois, la neutralisation ne s'applique pas à toutes les fiducies. Seules celles qui ont été constituées avec une convention de mise à disposition au profit du débiteur¹³⁰⁹ seront neutralisées au cours des procédures de sauvetage. En effet, l'article L. 622-23-1 du Code de commerce interdit le transfert ou la cession des actifs présents dans un patrimoine fiduciaire ayant fait l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance. Ainsi, seule l'existence d'une convention de mise à disposition commande la neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage. La neutralisation ne s'applique donc qu'aux fiducies sans dépossession¹³¹⁰.

1028. Mais, il peut arriver que la fiducie-sûreté retrouve son efficacité alors même que le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. Dans ce cas, l'objectif de sauvetage de l'entreprise souhaité par le législateur de 2008 est mis à mal par l'efficacité de la fiducie-sûreté.

Ainsi nous déterminerons les cas de neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage (1), avant de voir les limites de cette neutralisation (2).

¹³⁰⁴ R. DAMMAN, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC*, mai 2009, n° 60 p. 64.

¹³⁰⁵ A. CERLES, « La fiducie, nouvelles reine des sûretés ? », *JCP E*, 2007, 2054.

¹³⁰⁶ R. DAMMANN, G. PODEUR, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007, p. 1359 ; F.-X. LUCAS, M. SÉNÉCHAL, « Fiducie vs sauvegarde, fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *D.* 2008, p. 29.

¹³⁰⁷ R. DAMMANN, G. PODEUR, « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre », *RLDC*, mai 2008, n° 49, p. 33 ; F.-X. LUCAS, « Fiducie vs sauvegarde, un arbitrage équilibré », *BJS*, février 2009, n° 2, p. 105.

¹³⁰⁸ R. DAMMANN, G. PODEUR, « Fiducie et sauvegarde : deux réformes complémentaires », *BJS*, février 2008, n° 2, p. 88

¹³⁰⁹ Cf. Art. 2018-1 du Code civil.

¹³¹⁰ V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « La fiducie sans dépossession », *RLDC*, juin 2009, n° 61, p. 55 ; B. MALLET-BRICOUT, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 79.

1- Les cas de neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage

1029. Plusieurs dispositions concourent à la neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage.

D'abord, l'article L. 622-23-1 du Code de commerce énonce 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'arrêté du plan ou encore du défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». Il en résulte que la fiducie-sûreté constituée avec une convention de mise à disposition, ne peut être réalisée du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore du défaut de paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture. Le jugement d'ouverture emporte donc interdiction de réaliser toute fiducie sans dépossession du débiteur constituant.

L'interdiction est sanctionnée par la nullité du transfert ou de la cession. Cette règle posée pour la sauvegarde s'applique également en redressement judiciaire conformément à l'article L. 631-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

L'article L. 622-23-1 précité est complété par d'autres dispositions qui confirment la volonté du législateur de neutraliser les effets de la fiducie-sûreté lorsque le sauvetage de l'entreprise est encore possible. Ainsi, l'article L. 622-13, VI du Code de commerce soumet la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours. Cette mesure permet également de neutraliser les effets de la fiducie-sûreté, puisqu'elle fait obstacle à la restitution des biens tant que la convention de mise à disposition n'est pas résiliée.

1030. Nous analyserons donc successivement l'interdiction de réaliser la fiducie-sûreté (a) et la soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours (b).

a- L'interdiction de réaliser la fiducie-sûreté

Nous verrons d'abord les conditions de mise en œuvre de l'interdiction (a-1) avant d'en préciser les effets (a-2).

a-1) Les conditions de mise en œuvre de l'interdiction

1031. Selon les dispositions de l'article L. 622-23-1 précité, l'interdiction n'est possible que lorsque la fiducie a été constituée avec une convention de mise à disposition des biens au profit du débiteur. C'est l'existence d'une telle convention qui constitue donc, dans les procédures de

sauvetage, le critère de neutralisation de la fiducie. Pour reprendre un auteur¹³¹¹, la convention de mise à disposition est la pierre angulaire de la mise en œuvre de la fiducie-sûreté.

Cette situation amène à penser que la neutralisation de la fiducie-sûreté se justifie par la poursuite de l'activité, les biens laissés en possession du débiteur étant nécessairement utiles à la poursuite de son activité. En effet, la doctrine¹³¹² admet de manière unanime que les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire mais laissés entre les mains du débiteur constituant, sont utiles à la poursuite de l'activité. Il ne faut donc pas compromettre les chances de sauvetage de l'entreprise en privant le débiteur de l'usage ou de la jouissance de tels biens.

1032. Toutefois, contrairement au législateur qui fait de l'existence d'une convention de mise à disposition le critère de neutralisation de la fiducie, une partie de la doctrine considère qu'il s'agit là d'un critère subjectif. Plus que l'existence d'une telle convention, c'est l'utilité des biens transférés qui devrait constituer le critère de neutralisation de la fiducie-sûreté¹³¹³.

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question. Aussi, en l'état actuel du droit, il faut considérer que c'est l'existence d'une convention de mise à disposition des biens au profit du débiteur qui constitue la seule condition à la mise en œuvre de la paralysie de la fiducie-sûreté. Ainsi, l'interdiction de réaliser la sûreté ne s'applique pas aux fiducies constituées avec dépossession du débiteur.

a-2) Les effets de l'interdiction de réaliser la fiducie-sûreté

1033. L'interdiction de réaliser la fiducie-sûreté implique l'interdiction pour le créancier bénéficiaire de mettre en œuvre sa sûreté. Le créancier ne peut exiger, du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvetage, du défaut de paiement du débiteur ou de l'arrêt d'un plan, le transfert définitif de la propriété ou la cession des biens fiduciaires. Il ne peut non plus ordonner leur réalisation par le fiduciaire. Le transfert de propriété ainsi que la libre disposition des biens au profit du créancier bénéficiaire sont donc rendus impossibles pendant toute la période d'observation et d'exécution des plans de sauvegarde et de redressement.

1034. L'objectif visé par cette mesure est sans doute de favoriser l'élaboration et l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Ainsi, il est possible d'élaborer un plan, alors même que l'essentiel des actifs nécessaires à la poursuite de l'activité ont été affectés en fiducie-sûreté¹³¹⁴.

¹³¹¹ M. COMBE, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, pp.8 et s. p. 9.

¹³¹² R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc. p. 2300 ; R. DAMMANN, « Les conséquences de la loi de modernisation de l'économie sur les sûretés réelles en matière de gage et de fiducie », *RLDC*, mars 2009, n° 58, p. 45 ; Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E*, 2009, 1049 ; M.-C. LASSERRE, « La paralysie de la fiducie-sûreté », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, p. 3.

¹³¹³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 2600.

¹³¹⁴ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2304.

Cette interdiction peut cependant sembler étrange dans la mesure où le contrat de fiducie repose en lui-même sur un transfert de propriété¹³¹⁵. Le fiduciaire est donc déjà le propriétaire des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. Mais, en réalité, il faut comprendre que le texte vise l'interdiction pour le fiduciaire de disposer librement des biens. Le fiduciaire ne peut transférer les biens du patrimoine fiduciaire vers celui du bénéficiaire ou d'un tiers¹³¹⁶ ou, lorsqu'il est le bénéficiaire, vers son patrimoine propre. Cette solution s'explique par le fait que la propriété acquise par le fiduciaire en vertu du contrat de fiducie n'est qu'une propriété temporaire¹³¹⁷. Ainsi, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, les biens ont vocation à retourner dans le patrimoine du débiteur, si ce dernier s'acquitte finalement de son obligation.

1035. La particularité du droit de propriété du fiduciaire a suscité l'intérêt de la doctrine civiliste. Selon certains auteurs, le fiduciaire ne bénéficie pas d'une propriété au sens de l'article 544 du Code civil. Sa propriété est en effet amputée de certaines prérogatives traditionnellement attachées au droit de propriété, à savoir la perpétuité, l'exclusivité¹³¹⁸ et surtout le droit de disposer du bien¹³¹⁹. Aussi, la propriété conférée par le contrat de fiducie a pu être qualifiée de propriété fiduciaire¹³²⁰, de propriété avec charge¹³²¹ ou encore de propriété pour le compte d'autrui¹³²². Un auteur va plus loin et dénie même la qualité de propriétaire au fiduciaire¹³²³.

1036. Quoi qu'il en soit, le législateur reconnaît au fiduciaire la qualité de propriétaire. Cependant, la propriété définitive des actifs fiduciaires ne sera transmise au créancier que si, à l'échéance, le débiteur n'a pas payé sa dette. Dans ce cas, le fiduciaire doit, lorsqu'il n'est pas le créancier, transférer la propriété définitive (au sens de l'article 544 du Code civil) des biens au créancier bénéficiaire. Un nouveau transfert de propriété s'effectue alors du patrimoine fiduciaire vers le patrimoine du bénéficiaire de la fiducie. Ce transfert s'accompagne par hypothèse de la remise des biens au créancier. Ce dernier peut alors librement vendre les biens mis en fiducie. Si le fiduciaire est aussi le créancier, il devra effectuer un transfert des actifs du patrimoine fiduciaire vers son patrimoine personnel.

¹³¹⁵ Art. 2011 du Code civil; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 633.56; P. CROQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », art. préc., p. 82.

¹³¹⁶ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 042.51; n° 633.56

¹³¹⁷ Selon l'article 2012-2 du Code civil, la durée maximum est de 99 ans à compter de la signature du contrat.

¹³¹⁸ B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E*, 2010, 1191.

¹³¹⁹ P. CROQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », art. préc., p. 82; F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc., p. 29.

¹³²⁰ B. MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire ? », art. préc., n° 4 et s.

¹³²¹ V. Rapport du Sénat n° 442, 27 mai 2009, Art. 6 sexies B (nouveau), par PH. MARINI.

¹³²² F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. AYNÈS, Economica 2007, n°43 ; L. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845.

¹³²³ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Défrénois* 2007, art. 38631, sp. n° 23; L'auteur rejette l'idée d'une propriété fiduciaire accordée au fiduciaire, il considère en revanche que le constituant resterait propriétaire des biens transférés.

1037. Bien que propriétaire, le fiduciaire ne peut donc, du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvetage, procéder librement à la vente des biens restés en possession du débiteur. Quant au débiteur, il continue de faire usage des biens sans pour autant pouvoir les réaliser, car les biens sont sortis de son patrimoine. Ainsi, bien qu'étant neutralisée, la fiducie ne disparaît pas.

L'article L. 622-23-1 fait également obstacle à l'application des dispositions des articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil qui permettent au créancier bénéficiaire d'obtenir, en cas de non-paiement de la créance, la libre disposition des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. La cession ou le transfert des biens fiduciaires qui interviendrait au mépris de cette interdiction est sanctionnée par la nullité. L'existence d'une convention de mise à disposition permet donc de neutraliser les effets de la fiducie-sûreté.

Cette neutralisation se manifeste également par le fait que les dispositions relatives à la continuation des contrats en cours s'appliquent à la convention de mise à disposition dans les procédures de sauvetage.

b- La soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours

1038. L'article L, 622-13, VI du Code de commerce précise que les dispositions relatives à la continuation des contrats en cours ne concernent pas le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance des biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire. Ces dispositions s'appliquent également à la procédure de redressement judiciaire, compte tenu du renvoi opéré par l'article L. 631-14, alinéa 1^{er} du même Code.

Par ces dispositions, le législateur règle doublement le sort du contrat de fiducie et de la convention de mise à disposition. Il en résulte clairement que le contrat de fiducie n'est pas un contrat en cours¹³²⁴. Il ne peut donc être soumis à la continuation forcée. Le texte ne distinguant entre les fiducies, il faut considérer qu'il s'applique aussi bien à la fiducie-sûreté qu'à la fiducie gestion¹³²⁵.

1039. Si le législateur ne s'était arrêté qu'à cette énonciation, le sauvetage de l'entreprise aurait été compromis. En effet, n'étant pas un contrat en cours, il aurait été possible de résilier le contrat de fiducie du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvetage, peu important que la fiducie soit assortie ou non d'une convention de mise à disposition.

Fort heureusement pour les débiteurs, le législateur fait une exception pour la convention de mise à disposition qu'il soumet au régime des contrats en cours.

¹³²⁴ R. DAMMAN .N et G. PODEUR, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007, Chron. pp 1359 et s., sp. p. 1361.

¹³²⁵ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 698; Pour l'auteur il ne saurait en être autrement s'agissant de la fiducie-sûreté puisqu'elle ne répond pas à la condition de réciprocité. Voir dans le même sens, P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 633.55.

Il convient donc définir préalablement la notion de contrat (b-1) en cours avant de préciser les effets d'une telle qualification sur les bénéficiaires de la fiducie (b-2).

b-1) La notion de contrat en cours

1040. Ce sont les articles L. 622-13 et suivants du Code de commerce qui précisent le régime des contrats en cours¹³²⁶. Mais le législateur a manqué de définir la notion même de contrats en cours. Elle fait ainsi l'objet d'un contentieux abondant¹³²⁷.

Un contrat en cours est un contrat qui existe¹³²⁸ au jour du jugement d'ouverture et qui n'est pas encore arrivé à son terme¹³²⁹. Il s'agit donc d'un contrat en cours d'existence et en cours d'exécution¹³³⁰. Un contrat en cours de formation n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 622-13¹³³¹. Par principe, la notion s'applique aux contrats à exécution successive. Mais elle est également étendue à tous les contrats à exécution instantanée qui n'ont pas été complètement exécutés au jour du jugement d'ouverture¹³³².

1041. L'ouverture d'une procédure collective commande à l'organe compétent de se prononcer sur le sort des contrats. En conséquence, les contrats sont en cours au moins jusqu'au jour de l'exercice de l'option. En attendant celui-ci, le cocontractant doit continuer d'exécuter ses obligations. La continuation des contrats en cours est donc forcée tant que l'organe compétent ne s'est pas prononcé sur leur sort. En contrepartie, le cocontractant bénéficie du régime applicable aux créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, pour les prestations comprises entre le jugement d'ouverture et l'option, peu important l'option qui sera prise¹³³³.

1042. Ainsi, seuls les contrats en cours au jour de l'option pourront être continués, ce qui suppose qu'ils ont été conclus auparavant, d'une part, et qu'ils ne sont pas arrivés à leur terme au jour du jugement d'ouverture, d'autre part.

Cette solution a été posée par la Cour de cassation en matière de bail commercial¹³³⁴. La Cour a également considéré qu'un contrat en cours ne peut être résilié tant que l'option n'est pas intervenue,

¹³²⁶ E. LE CORRE-BROLY, « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », *D.* 2009, p. 663.

¹³²⁷ A. BAC, « De la notion de contrat en cours et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions », *JCP E*, 2000, p. 22 ; G. TÉBOUL, « Le sort des contrats pendant les procédures collectives, Quel choix opérer ? », *Gaz. Pal.*, 24 avril 2004, n° 115, p. 7 ; C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.*, 2000, p. 783.

¹³²⁸ Le contrat a valablement été conclu.

¹³²⁹ Cass. com., 30 octobre 2000, n° 97-14.774, Inédit ; *RJDA* 2001/12, p.186; Pour le refus de cette qualification au contrat de bail arrivé à son terme; Cass. com., 17 février 1998, n° 95-13.296, *Bull. civ. IV*, n°72; *RJDA*, 1998/6, p. 535 ; *D. Aff.* 1998, p. 582 ; Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, n° 02-13.225, *Bull. Ass. plén.*, n° 9.

¹³³⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, ns° 699 et s ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, ns° 602 et s ; A. MARTIN-SERF, « La continuation des contrats », *RJ com.*, novembre 1992, n° spéc. p. 9 et s.

¹³³¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 603.

¹³³² Cass. com., 26 mai 1998, n° 96-11.839, Inédit; *RJDA* 1998/10, p. 839.

¹³³³ Cass. com., 2 février 1993, n° 91-10.463, *Bull. civ. IV*, n° 35; *Gaz. Pal.*, 1993, II, p. 570, note Ph.-H. BRAULT.

¹³³⁴ Cass. com., 17 février 1998, n° 95-13.296, *Bull. civ. IV*, n° 72; *JCP E*, 1998, 1361, note Ph.-H. BRAULT.

même si la contrepartie attendue par le débiteur ou l'administrateur n'a pas été fournie. Ainsi, dans un arrêt du 7 novembre 2006, la Cour de cassation a jugé que la résiliation de plein droit pour défaut de paiement au comptant ne peut jouer que si l'organe compétent a d'abord décidé de continuer le contrat¹³³⁵.

1043. En somme, dès lors qu'au jour du jugement d'ouverture un contrat a valablement été conclu, qu'il n'est pas arrivé à son terme et que l'option sur sa continuation n'est pas intervenue, il doit être considéré comme un contrat en cours. Le juge-commissaire est seul compétent pour connaître les demandes relatives à la continuation des contrats en cours¹³³⁶.

1044. Cependant, l'article L. 622-13, IV précise que la convention de mise à disposition obéit aux règles de la continuation des contrats en cours. La qualification de contrat en cours de la convention nous paraît tout à fait justifiée, car il s'agit d'un contrat à exécution successive¹³³⁷. Cette qualification se justifie également au regard des finalités de la convention. En effet, le régime des contrats en cours a pour but de permettre la poursuite des contrats utiles, ce qui cadre parfaitement avec la convention de mise à disposition¹³³⁸.

1045. Dans le cadre de notre étude, il ne s'agit pas d'étudier de manière générale le régime de la continuation des contrats en cours. Il s'agit en revanche de relever les conséquences, pour le bénéficiaire de la fiducie, de la qualification de contrats en cours de la convention de mise à disposition. Ainsi, nous analyserons brièvement les modalités de l'option (b-1-a) avant de voir les effets de cette situation sur la fiducie-sûreté (b-1-b).

b-1-a) Les modalités de l'option

Les modalités se résument ici au titulaire et à l'exercice du droit d'option.

b-1-a-1) Le titulaire du droit d'option

1046. Lorsqu'il en a été désigné¹³³⁹, il revient à l'administrateur seul de se prononcer sur la continuation des contrats en cours. Comme l'affirme un auteur¹³⁴⁰, il s'agit d'un pouvoir inhérent à la fonction d'administrateur. En l'absence d'administrateur, il revient au débiteur, avec l'accord du mandataire judiciaire, de se prononcer sur la continuation des contrats¹³⁴¹.

¹³³⁵ Cass. com., 7 novembre 2006, n° 05-17.112, *Bull. civ. IV*, n° 217; *D.* 2006, AJ, p. 2846, obs. A. LIÉNHARD; *Gaz. Proc. Coll.* 2007/1, p. 45, note F. PÉROCHON; *D.* 2007, pan. p. 48, obs. P.-M. LE CORRE.

¹³³⁶ Cass. com., 18 juin 2013, n°s 12-14.836 et 12-19.054, *Bull. civ. IV*, n° 102, *D.* 2013, AJ, p. 1616, note A. LIÉNHARD; *BJE* septembre 2013, p. 296, note S. BENILSI.

¹³³⁷ R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le nouveau du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2304.

¹³³⁸ P.-M LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 431.24.

¹³³⁹ La nomination d'un administrateur est obligatoire pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaire de 3000000 euros et employant au moins vingt salariés.

¹³⁴⁰ P. DARROUSEZ, « La poursuite des contrats en cours (article 37, loi du 25 janvier 1985) - L'option de l'administrateur judiciaire », *RJ com.* 1992, n° spéc., p. 20 et s.

¹³⁴¹ Art. L.627-2 du Code de commerce.

Dans les législations antérieures à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le débiteur devait obtenir l'autorisation du juge-commissaire pour continuer un contrat. À défaut d'autorisation, la décision de poursuivre le contrat était considérée comme nulle¹³⁴². En revanche, la Cour de cassation avait admis la possibilité pour le débiteur seul de refuser de poursuivre un contrat¹³⁴³. Désormais, le juge-commissaire n'interviendra qu'en cas de désaccord entre le débiteur et le mandataire judiciaire, et à la demande de tout intéressé.

b-1-a-2) L'exercice du droit d'option

1047. L'article L. 622-13 du Code de commerce prévoit la possibilité pour l'administrateur d'opter pour la poursuite d'un contrat. L'administrateur ne peut résilier, sauf s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonné dans le temps, ou s'il apparaît qu'il ne dispose pas de fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant, c'est par exemple le cas d'un bail. Ainsi, l'administrateur peut engager sa responsabilité, s'il poursuit un contrat qu'il ne peut exécuter par la suite¹³⁴⁴.

1048. S'agissant de la résiliation, elle ne peut être prononcée qu'à certaines conditions. Sauf exception, elle ne peut intervenir sur la seule décision de l'administrateur. Elle est en principe prononcée par le juge-commissaire sur demande de l'administrateur. L'article L. 622-13-I précise notamment que les contrats en cours ne peuvent être résiliés du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Par ailleurs, le législateur donne la possibilité au cocontractant de mettre en demeure l'administrateur d'avoir à se prononcer sur le sort du contrat¹³⁴⁵. Mais cette mise en demeure n'est pas obligatoire. En l'absence de mise en demeure, l'administrateur doit tout de même se prononcer sur le sort du contrat.

b-2) Les effets à l'égard du bénéficiaire de la fiducie-sûreté de la soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours

1049. La soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours peut avoir des conséquences non négligeables pour le bénéficiaire de la fiducie-sûreté. D'abord, il revient à l'organe compétent et non pas au fiduciaire de se prononcer sur le sort de la convention de mise à disposition (b-2-a). Ensuite, l'exercice du droit d'option par l'organe compétent peut déboucher sur la continuation forcée de la convention, différant ainsi la restitution des biens objets de la fiducie (b-2-b).

¹³⁴² Cass. com., 6 mai 1997, n° 95-10.933, *Bull. civ.* IV, n° 125; *LPA* 1998, n° 10, p. 22, note Ch. GALLET.

¹³⁴³ Cass. com., 9 janvier 1996, n° 93-16.11, *Bull. civ.* IV, n° 11; *D.* 1996, IR, p. 50.

¹³⁴⁴ Cass. com., 8 décembre 1998, n° 95-11.265, Inédit.

¹³⁴⁵ TI Paris, 16 janvier 1992, *Rev. Proc. Coll.* 1992, p. 304, obs. J. MESTRE et A. LAUDE.

b-2-a) Le sort de la convention de mise à disposition

1050. Le législateur ne prévoit aucune disposition spécifique à la continuation de la convention de mise à disposition. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article L. 622-13, VI, qui soumettent cette convention aux règles relatives à la continuation des contrats en cours, il faut considérer que, comme pour tous les autres contrats en cours, il revient à l'administrateur ou au débiteur, avec l'accord du mandataire judiciaire, de se prononcer sur la continuation de la convention de mise à disposition.

Le droit d'option n'appartient ni au fiduciaire, ni au bénéficiaire. Cette situation n'est pas à leur avantage puisque le sort de la convention de mise à disposition est totalement indépendant de leur volonté. Le seul bémol ici réside dans la possibilité pour le cocontractant, donc le fiduciaire, de mettre en demeure l'organe compétent d'avoir à se prononcer sur le sort de la convention de mise à disposition. Mais que la mise en demeure ait lieu ou non, la décision finale revient à l'organe compétent. Ainsi, la décision de poursuivre ou de rompre la convention de mise à disposition échappe totalement au fiduciaire et au créancier bénéficiaire. Cette décision s'impose donc à eux, sauf en cas de saisine du juge-commissaire ou d'exercice des voies de recours¹³⁴⁶.

1051. Cette mesure d'ordre public permet d'éviter que le sort des contrats ne soit à la merci du cocontractant qui pourrait, par exemple refuser de continuer le contrat compte tenu du défaut d'exécution des engagements antérieurs. Cette situation s'explique par l'objectif de sauvetage de l'entreprise. En effet, le titulaire du droit d'option appréciera le bien-fondé de poursuivre ou non la convention de mise à disposition, non pas en fonction des intérêts du cocontractant bénéficiaire, mais en fonction de l'utilité de la convention pour le sauvetage de l'entreprise.

1052. Quoi qu'il en soit, à l'issue de l'exercice du droit d'option, deux solutions sont envisageables : la continuation forcée ou la résiliation de la convention.

Compte tenu de l'utilité des biens laissés au débiteur en vertu de cette convention de mise à disposition, le plus souvent, l'organe compétent optera pour la continuation de cette convention¹³⁴⁷ sauf si, comme le précise l'article L. 622-13-IV, la résiliation décidée par le juge-commissaire, est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

Ainsi, seule l'hypothèse d'une continuation de la convention sera d'abord ici analysée.

¹³⁴⁶ L'ordonnance du juge-commissaire est susceptible d'un recours devant le tribunal et le jugement statuant sur ce recours est susceptible d'appel; Cass. com. 7 février 2012, n° 10-26.164, *Bull. civ. IV*, n° 29.

¹³⁴⁷ G. BERTHELOT, « Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives », *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 88.

b-2-b) La continuation forcée de la convention de mise à disposition

1053. L'organe compétent peut, après une mise en demeure ou de façon spontanée, décider de poursuivre les contrats en cours, et notamment la convention de mise à disposition. La poursuite du contrat peut même résulter d'une volonté tacite du titulaire du droit d'option. Il suffit pour cela que son comportement manifeste clairement sa volonté de poursuivre l'exécution du contrat¹³⁴⁸. En l'absence d'option, le contrat reste en cours¹³⁴⁹.

Lorsque l'administrateur ou le débiteur, avec l'accord du mandataire, opte pour la continuation de la convention, le fiduciaire reste tenu d'exécuter ses engagements, même lorsque le débiteur n'a pas exécuté ses engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution des engagements n'ouvre droit, au profit du créancier, qu'à la déclaration de créances au passif. Le fiduciaire ne peut évoquer l'exception d'inexécution, ni intenter ou poursuivre une action en résolution fondée sur une inexécution antérieure.

1054. En somme, le fiduciaire étant tenu de poursuivre l'exécution de la convention, le bénéficiaire ne peut donc faire jouer la fiducie-sûreté. Il ne peut en conséquence ordonner la restitution des biens fiduciaires. La fiducie-sûreté reste ainsi neutralisée pendant toute la période d'observation et d'exécution du plan. En contrepartie, l'administrateur et le débiteur doivent veiller à une parfaite exécution de la convention.

Le respect de l'exécution de cette convention est important en raison de l'utilité des biens laissés entre les mains du débiteur. En effet, le non-respect de la convention peut aboutir à une résiliation de cette dernière ou à la résolution du plan pour défaut d'exécution. Dans ce cas, la fiducie-sûreté retrouve son efficacité.

1055. La continuation de la convention de mise à disposition pose par ailleurs le problème de la revendication des biens. En effet, l'article L. 624-16 du Code de commerce autorise, sous certaines conditions¹³⁵⁰, la revendication des biens mobiliers laissés entre les mains du débiteur constituant en vertu d'une convention de mise à disposition. Pour rendre son droit de propriété opposable, le fiduciaire est tenu de revendiquer les biens faisant l'objet d'une fiducie¹³⁵¹. Cependant, il est admis que la publicité dispense de la revendication¹³⁵². Aussi, les biens immeubles faisant l'objet d'un transfert fiduciaire étant soumis à une formalité d'enregistrement fusionnée à la publicité foncière¹³⁵³ n'ont pas à être revendiqués. En revanche, s'agissant des fiducies portant sur

¹³⁴⁸ Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-14.409, *Bull. civ.* IV. n° 112; *D.* 1987, somm. p. 50, note A. HONORAT ; Cass. com., 29 avril 2002, n° 99-14.230, Inédit ; *D.* 2002, p. 1674, obs. A. HONORAT.

¹³⁴⁹ Cass. com., 5 juillet 2005, n° 04-12.337, Inédit.

¹³⁵⁰ Cf. chapitre 1 du titre 2 de la première partie.

¹³⁵¹ E. LE CORRE-BROLY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendications et de restitutions », *Gaz. Pal.*, 10 mars 2009, n° 69, p. 48.

¹³⁵² Art. L. 624-10 du Code de commerce.

¹³⁵³ Art. 2019, al. 1^{er} et 2 du Code civil

des biens mobiliers, l'enregistrement au registre national des fiducies est également exigé, à peine de nullité¹³⁵⁴.

Toutefois, il ne s'agit pas d'une publicité ouverte aux tiers. L'enregistrement ici ne vise pas à informer les tiers mais à rendre la fiducie valable. L'enregistrement n'étant pas une formalité de publicité, elle ne dispense donc pas le fiduciaire d'avoir à revendiquer les biens meubles.

1056. Cette revendication se heurte néanmoins à l'objectif de sauvetage de l'entreprise, dans la mesure où elle risque de priver le débiteur des biens utiles à la poursuite de l'activité. Aussi, conformément aux dispositions de l'article L. 622-12, IV aux termes desquelles la convention de mise à disposition obéit aux règles des contrats en cours, et cela pendant toute la période d'observation et d'exécution du plan, la résiliation de la convention ne peut avoir lieu du seul fait de l'ouverture de la procédure collective.

La restitution des biens est rendue impossible pendant toute la durée de la neutralisation de la fiducie. En effet, le régime des contrats en cours commande au débiteur de ne pas restituer les biens tant que la convention de mise à disposition est continuée. La restitution n'interviendra donc qu'au jour de son terme ou de sa résiliation. Le but ici est de ne pas compromettre les chances de sauvetage de l'entreprise en privant le débiteur des biens nécessaires à la poursuite de son activité.

1057. En somme, tant que le débiteur ou l'administrateur exécute correctement ses obligations, le bénéficiaire de la fiducie ne peut résilier la convention de mise à disposition. La soumission de cette convention au régime des contrats en cours peut donc avoir des conséquences néfastes pour le créancier, qui peut se voir imposer la continuation forcée de la convention.

Notons que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté est également soumis à la continuation forcée tant que l'option n'est pas intervenue. En effet, conformément à la solution jurisprudentielle selon laquelle un contrat ne peut être résilié tant que l'organe compétent ne s'est pas prononcé sur la continuation ou non de ce contrat, il en sera de même pour la convention de mise à disposition. Ainsi, tant que le sort de la convention de mise à disposition n'est pas réglé, le créancier bénéficiaire ne peut réaliser sa fiducie-sûreté. Toutefois, la continuation de la convention peut parfois se révéler avantageuse pour le bénéficiaire. C'est le cas lorsque cette convention a été conclue à titre onéreux. Dans cette situation, il conserve la possibilité de percevoir les loyers du contrat¹³⁵⁵.

1058. Quoi qu'il en soit, l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde ou de redressement suspend le jeu de la réalisation de la fiducie-sûreté sans dépossession. Cette neutralisation est accentuée par la soumission de la convention de mise à disposition au régime des

¹³⁵⁴ Art. 2019, al. 1^{er} du Code civil

¹³⁵⁵ M.-C. LASSERRE, « La paralysie de la fiducie-sûreté », art. préc., p. 6

contrats en cours. En effet, dès lors que l'administrateur opte pour la continuation de la convention, le créancier bénéficiaire est tenu d'exécuter ses engagements. Il est donc soumis à la continuation forcée de la convention. Il en découle une impossibilité pour le créancier d'ordonner la restitution des biens laissés en possession du débiteur. En conséquence, même après la revendication du fiduciaire, cette restitution est différée au terme de la convention de mise à disposition ou à sa résiliation. Dans ce cas, la fiducie jusqu'ici paralysée retrouve son efficacité.

Cela nous conduit ainsi à voir les limites à la neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage.

2- Les limites à la neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage

1059. En dépit de la neutralisation de la fiducie-sûreté lorsque les biens transférés sont utiles pour la poursuite de l'activité, l'efficacité de cette sûreté est tout de même garantie dans certaines situations. Nous les examinerons successivement.

2-a) Une neutralisation limitée par la non-appartenance au comité des créanciers

1060. Dans l'hypothèse d'un plan (de sauvegarde ou de redressement), le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne peut être membre des comités des créanciers. En effet, l'article L. 626-30, alinéa 4, du Code de commerce précise que « *pour l'application des dispositions qui précèdent aux créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie pour le débiteur, sont seules prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté* ». Il en résulte que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté n'est soumis aux règles applicables aux comités des créanciers que pour ses créances non assorties d'une telle sûreté.

Or, il résulte des dispositions relatives aux comités des créanciers (articles L. 626-29 et suivants du Code de commerce), que pour favoriser la restructuration de l'entreprise, ceux-ci sont soumis à la loi de la majorité. Ils peuvent donc se voir imposer des délais, des remises ou des conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital.

1061. S'agissant du bénéficiaire de la fiducie, l'article L. 626-33, alinéa 1^{er}, du Code de commerce indique que le créancier est consulté selon les modalités des articles L. 626-5 à L. 626-6 dudit Code. Le créancier bénéficiaire peut donc accepter les propositions faites dans le cadre du plan pour le règlement des dettes. Celles-ci peuvent porter sur des délais, des remises ou des conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital.

Toutefois, ne faisant pas partie du comité des créanciers, le bénéficiaire de la fiducie n'est pas tenu d'accepter ces propositions. Il est protégé contre ces impositions résultant de l'adoption d'un plan. La créance garantie par la fiducie échappe ainsi à la loi de la majorité. Elle ne peut subir une réduction imposée par le vote majoritaire des comités des créanciers. L'exclusion du bénéficiaire de

la fiducie-sûreté des comités des créanciers est donc à son avantage puisqu'elle lui assure le respect de la créance garantie par cette sûreté¹³⁵⁶.

Ainsi, le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté est à l'abri d'un report d'échéance ou d'un paiement différé. Cependant, dans la mesure où seule la partie de sa créance garantie par la fiducie-sûreté est protégée, le bénéficiaire de la fiducie pourrait notamment se voir imposer des délais et remises pour la partie de sa créance non garantie, c'est-à-dire pour la partie chirographaire¹³⁵⁷ de sa créance. Une restructuration est donc possible sur cette part¹³⁵⁸.

L'efficacité de la fiducie-sûreté rejaillit en cas de résolution du plan.

2-b) Une neutralisation limitée en cas de résolution du plan

1062. Cette hypothèse intervient soit à la suite d'une inexécution par le débiteur de ses engagements, soit du fait de la survenance de la cessation des paiements en cours d'exécution du plan. Il faut ici distinguer plusieurs hypothèses.

Lorsqu'un redressement judiciaire a été, du fait de la survenance de la cessation de paiement, ouvert à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde, la convention de mise à disposition n'est plus soumise au régime des contrats en cours¹³⁵⁹. Le bénéficiaire de la fiducie-sûreté peut alors réaliser immédiatement sa sûreté. En conséquence, le transfert des biens à son profit devient possible. La neutralisation de la fiducie-sûreté est ici elle-même neutralisée¹³⁶⁰.

La solution est la même si la résolution du plan de sauvegarde intervient pour inexécution sans cessation des paiements et sans ouverture d'une seconde procédure. Dans ce cas, la procédure collective ayant pris fin, la paralysie de la fiducie-sûreté ne se justifie plus.

Par ailleurs, lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement débouche, du fait de l'inexécution des engagements par le débiteur, sur l'ouverture d'une liquidation judiciaire, le créancier retrouve son droit de réaliser sa sûreté. En effet, comme nous le verrons ultérieurement, l'efficacité de la fiducie-sûreté est totalement restaurée dans le cadre de la liquidation judiciaire.

1063. En somme, conformément à l'équilibre entre le sauvetage de l'entreprise et le respect de la fiducie-sûreté, celle-ci ne peut être neutralisée qu'une seule fois dans les procédures de sauvetage. L'efficacité de la fiducie-sûreté est donc restaurée dans le redressement de la seconde chance¹³⁶¹.

L'efficacité de la fiducie-sûreté se manifeste en outre en cas de résiliation de la convention de mise à disposition.

¹³⁵⁶ M.-C. LASSERRE, « La paralysie de la fiducie-sûreté », art. préc., p.4.

¹³⁵⁷ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2304.

¹³⁵⁸ R. DAMMANN, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », art. préc., p. 65

¹³⁵⁹ Art. L. 631-14, al. 4 du Code de commerce ; M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA*, 23 octobre 2008, n° 213, p. 3.

¹³⁶⁰ F. PÉROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », art. préc. p. 651

¹³⁶¹ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1125.

2-c) Une neutralisation limitée par la résiliation de la convention de mise à disposition

1064. En tant que contrat en cours, la convention de mise à disposition peut être poursuivie mais également résiliée. Cependant, la résiliation des contrats en cours n'intervient qu'à certaines conditions. Aussi, l'article L. 622-13-I précité stipule qu'un contrat en cours ne peut être résilié du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Mais ce même texte indique clairement les différents cas de résiliation. Il en résulte que le contrat en cours peut être résilié de plein droit après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Il en sera de même lorsque, à défaut de paiement au comptant, la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent d'un contrat continué, ou en l'absence d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. Enfin, la résiliation peut être judiciaire. La loi autorise le juge-commissaire de prononcer, à la demande de l'administrateur, la résiliation si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

La jurisprudence a jugé que la résiliation du contrat peut être établie par le jeu d'une clause résolutoire de plein droit. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation considère que si la résiliation intervient par voie postale, sa date sera celle de la réception de la lettre de résiliation¹³⁶².

1065. Quoi qu'il en soit, l'article L. 622-13, VI soumet la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours. Aussi, elle ne saurait échapper aux dispositions relatives à la résiliation des contrats. En conséquence, dès lors que ces conditions sont réunies, la convention de mise à disposition devrait être résiliée de plein droit ou par décision judiciaire.

En cas de résiliation de la convention de mise à disposition, la fiducie-sûreté retrouve, en principe, toute son efficacité. Le créancier bénéficiaire pourrait donc, sous réserve de l'exigibilité de la créance, faire jouer sa sûreté en dépit de la nature de la procédure collective. Ainsi, même en période d'observation ou d'exécution du plan, le créancier pourrait, comme pour les fiducie-sûretés avec dépossession, procéder à la réalisation de la sûreté. De cette manière, le créancier bénéficiaire échapperait à l'arrêt des poursuites individuelles¹³⁶³.

1066. Cependant, un auteur¹³⁶⁴ considère que si le bénéficiaire ne fait pas jouer immédiatement sa fiducie-sûreté et si, après résolution du plan de sauvegarde sans cessation des paiements, s'ouvre un redressement judiciaire, les règles de continuation de contrats en cours auront à nouveau vocation à s'appliquer à la convention de mise à disposition. Dans ce cas, la réalisation de la fiducie-sûreté serait à nouveau paralysée.

¹³⁶² Cass. com., 11 avril 1995, n° 93-12.918, Inédit; *Rev. Proc. Coll.*, 1995, p. 293, obs. J. MESTRE et A. LAUDE

¹³⁶³ V. chapitre 1 du titre 2 de la première partie (n° 381 et s.)

¹³⁶⁴ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 633.57.

Dans tous les cas, compte tenu de la gravité des conséquences liées à la résiliation de la convention de mise à disposition sur le sauvetage de l'entreprise, le débiteur ou l'administrateur doit veiller à ce que cette convention soit parfaitement exécutée¹³⁶⁵.

1067. Quelles sont donc les conséquences de cette situation sur la revendication ?

Lorsque les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire ont été revendiqués conformément aux dispositions de l'article L. 624-16 du Code de commerce, leur restitution immédiate devient possible dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire consécutif à la résolution du plan de sauvegarde ou encore en cas de résiliation de la convention de mise à disposition. En effet, dans les deux cas, la convention de mise à disposition n'est plus soumise aux règles des contrats en cours. Les biens seront donc remis au fiduciaire, à charge pour lui d'en assurer la conservation selon les règles du Code civil. Au terme du contrat de fiducie, le bénéficiaire pourra ensuite ordonner le transfert à son profit des biens transmis dans le patrimoine fiduciaire, si le débiteur ne s'est pas acquitté de son obligation.

Pour finir, la neutralisation ne s'applique pas à toutes les fiducies.

2-d) La limitation du domaine de la neutralisation

1068. La neutralisation de la fiducie-sûreté est limitée. En effet elle ne s'applique pas aux fiducies avec dépossession du débiteur¹³⁶⁶. Dès lors que le débiteur ne conserve pas l'usage des biens transférés, on considère que ceux-ci ne sont pas indispensables à la poursuite de l'activité. Il n'existe alors aucune restriction aux droits du bénéficiaire. Ce dernier peut en conséquence faire jouer la fiducie-sûreté et demander le transfert des biens fiduciaires dans son patrimoine propre, sous réserve de l'exigibilité de la créance.

Là encore, le créancier échappe à l'arrêt des poursuites individuelles et peut même obtenir, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective¹³⁶⁷, le paiement de sa créance. L'efficacité de ces fiducies-sûretés est garantie dans toutes les phases de la procédure collective. Cette solution est tout à fait logique. Les biens étant sortis du patrimoine du débiteur, ils devraient échapper aux conséquences de la procédure collective.

1069. La situation du bénéficiaire d'une fiducie avec dépossession du constituant se rapproche de celle du titulaire d'un droit de rétention effectif. En effet, l'article L. 622-7, II, alinéa 2, du Code de commerce permet au débiteur seul (en sauvegarde) ou à l'administrateur et au débiteur (en

¹³⁶⁵ *Ibid*, n° 421.24.

¹³⁶⁶ Ph. DUPICHOT, « La fiducie-sûreté en pleine lumière; A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G*, 2009, I, 132.

¹³⁶⁷ V. les développements faits dans le titre 2 de la première partie.

redressement judiciaire)¹³⁶⁸ de demander au juge-commissaire d'autoriser le paiement du créancier afin d'obtenir le retour des biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Dans cette hypothèse, les effets de la fiducie-sûreté ne sont pas limités.

Toutefois, on voit clairement la volonté pour le législateur de favoriser le sauvetage de l'entreprise, puisque le retour des biens fiduciaires dans le patrimoine du débiteur est justifié par la poursuite de l'activité¹³⁶⁹.

1070. Le domaine de la neutralisation est par ailleurs limité aux seules fiducies avec création d'un patrimoine d'affectation. Il s'agit de la fiducie (sûreté ou gestion) régie par les articles 2011 et suivants du Code civil.

Les autres formes de fiducies, et notamment la cession Dailly, échappent donc à la neutralisation. En effet, dès lors que la créance cédée sort du patrimoine du débiteur (le cédant)¹³⁷⁰, elle devrait échapper à la procédure collective¹³⁷¹, car le bien a non seulement quitté les mains du débiteur mais également son patrimoine. Le créancier cessionnaire qui n'a pas besoin de revendiquer¹³⁷² devrait pouvoir réaliser sa sûreté à l'échéance de la dette garantie, même si la procédure collective n'a pas pris fin. Dans cette hypothèse, la réalisation se produit en dehors de la procédure collective, puisque la créance cédée n'est plus dans le patrimoine du débiteur cédant. De cette manière, le cessionnaire échappe donc à l'arrêt des poursuites individuelles¹³⁷³.

Tout compte fait, l'idée qui consiste à neutraliser les effets de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage est mise en échec face à cette forme de fiducie. La cession Dailly reste donc parfaitement efficace dans toutes les phases de la procédure collective.

1071. En définitive, la neutralisation des effets de certaines sûretés réelles exclusives (la fiducie-sûreté et le droit de rétention fictif) dans les procédures de sauvetage est justifiée par la poursuite de l'activité. Il faut favoriser au maximum les chances de sauvetage de l'entreprise et cela passe notamment par la mise à disposition des biens utiles au profit du débiteur.

Le droit de rétention fictif est inopposable ; ce qui pourrait permettre au débiteur, déjà en possession du bien, de le vendre en cas de besoin. Quant à la fiducie-sûreté, la convention de mise à disposition permet au débiteur de conserver l'usage et la jouissance des biens utiles à la poursuite de l'activité.

¹³⁶⁸ Cf. art. L. 631-14 du Code de commerce. Dans le redressement judiciaire, la demande d'autorisation n'émanera du débiteur seul qu'en l'absence d'administrateur. En sa présence, elle émanera du débiteur et de l'administrateur, si ce dernier a une mission d'assistance. Elle n'émanera que de l'administrateur si celui-ci a une mission de représentation.

¹³⁶⁹ M. COMBE, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », art. préc., p. 9

¹³⁷⁰ Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-10.062, Inédit; La Cour a décidé que la créance du débiteur sort de son patrimoine au jour figurant sur le bordereau.

¹³⁷¹ C. MALECKI, « Le bordereau Dailly à l'épreuve du droit des procédures collectives », in Aspect actuels du droit des affaires, *Mél. Y. GUYON*, Dalloz 2003, p. 767 et s. pp. 786 à 795.

¹³⁷² Sauf, éventuellement si c'est le débiteur cédé qui fait l'objet d'une procédure collective.

¹³⁷³ F. MACORIG-VENIER, « L'exclusivité », art. préc., p. 62.

1072. Cependant, si l'objectif de neutralisation des sûretés dans les procédures de sauvetage semble atteint pour le droit de rétention fictif, l'enthousiasme est plus modéré s'agissant de la fiducie-sûreté. En effet, bien que neutralisée, son efficacité est susceptible d'être ravivée dans plusieurs situations, et cela, en dépit de la nature de la procédure collective dont le débiteur fait l'objet. Cette neutralisation partielle de la fiducie-sûreté pourrait bien mettre à mal le sauvetage de l'entreprise souhaité par le législateur.

1073. Quoi qu'il en soit, la neutralisation des sûretés réelles exclusives influe sur la protection des créanciers. En effet, de l'efficacité ou non de ces sûretés dépend l'effectivité de la protection du créancier. Lorsque les effets de la sûreté sont neutralisés, la protection du créancier est logiquement limitée puisqu'il ne peut efficacement se prévaloir de sa sûreté. En revanche, des lors que la sûreté retrouve la plénitude de ses effets, la protection du créancier est, en principe, assurée ; c'est notamment le cas dans les procédures liquidatives.

Paragraphe 2/ Une protection affirmée dans les procédures liquidatives

1074. Dans la liquidation judiciaire, il n'y a plus aucune possibilité de sauvetage car la procédure tend à l'apurement du passif. Les sûretés dont les effets sont neutralisés pendant les procédures de sauvetage retrouvent alors leur pleine efficacité. Il en résulte, en principe, une véritable protection pour les créanciers bénéficiaires de telles sûretés.

Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, la cession est considérée comme une mesure liquidative. Ainsi, nous examinerons également le sort de créanciers munis de sûretés réelles exclusives dans l'hypothèse d'une cession.

1075. L'analyse du sort réservé aux créanciers rétenteur et bénéficiaire d'une fiducie-sûreté dans les procédures liquidatives révèle que même si, en théorie, la protection du créancier rétenteur est affirmée, le caractère fictif du droit de rétention compromet néanmoins sa mise en œuvre. Il en résulte une protection aux contours incertains pour le créancier rétenteur (A). En revanche, pour le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, l'incertitude est moins grande (B).

A- La protection aux contours incertains du créancier rétenteur

1076. L'article L. 622-7-I, alinéa 2, du Code de commerce qui pose le principe de l'inopposabilité du droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil en limite aussitôt la portée. Le texte indique que l'inopposabilité ne s'applique pas si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1 du même Code. En outre, l'absence de disposition limitant le droit de rétention fictif dans la liquidation judiciaire conduit à reconnaître son efficacité dans cette procédure.

Nous verrons donc le sort du droit de rétention fictif dans une cession décidée en dehors de la liquidation judiciaire (1), puis dans la procédure de liquidation (2).

1- L'opposabilité du droit de rétention fictif dans l'hypothèse d'une cession en dehors de la liquidation judiciaire

1077. Il ressort des dispositions de l'article L. 622-7-I, alinéa 2, que le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil n'est pas inopposable lorsqu'une cession est décidée en application de l'article L. 626-1, c'est-à-dire dans le cadre d'un plan de sauvegarde. De la combinaison des articles L. 631-14, alinéa 1^{er}, qui rend applicable en redressement l'article L. 622-7 et de l'article L. 631-19, qui rend applicable en redressement judiciaire l'article L. 626-1, on peut considérer que le droit de rétention fictif est également opposable dans l'hypothèse d'une cession d'activité décidée dans le cadre d'un plan de redressement.

1078. L'opposabilité du droit de rétention dans l'hypothèse d'une cession décidée dans un plan de sauvegarde ou de redressement permet au gagiste sans dépossession de retrouver ses prérogatives de rétenteur face au cessionnaire. Le créancier peut donc efficacement opposer son droit de rétention, fût-il fictif, au cessionnaire. Ainsi, le cessionnaire qui souhaite voir inclure le bien retenu dans la cession doit préalablement désintéresser le créancier gagiste sans dépossession. Cet avantage considérable provient de sa qualité de créancier rétenteur et non pas de simple gagiste. Dans cette situation, il ne s'agit pas réellement de la technique du retrait contre paiement car le créancier n'est pas en possession du bien. Il s'agit en revanche de « la cession contre paiement », puisque pour inclure le bien gagé dans une cession, il faut au préalable payer le créancier, ainsi que l'a affirmé le professeur LE CORRE « retenir et céder ne vaut¹³⁷⁴ ».

Retenir et céder ne vaut donc pas paiement du créancier. Seul le paiement permet efficacement de faire obstacle au droit de rétention. Même si l'auteur a avancé cette théorie dans le cadre d'un droit de rétention effectif, a priori, rien d'interdit d'en faire application en présence d'un droit de rétention fictif opposable au repreneur.

1079. Cependant, le professeur AYNÈS¹³⁷⁵, particulièrement critique à l'égard du droit de rétention fictif de l'article 2286, 4° du Code civil, a affirmé que faute pour le gagiste d'exercer un pouvoir de blocage sur le bien, le refus de s'en dessaisir au profit du cessionnaire risque de ne pas produire d'effet en présence d'une rétention fictive. Pour cet auteur, bien qu'opposable dans l'hypothèse d'une cession, la fictivité du droit de rétention le prive des effets d'un droit de rétention effectif.

1080. L'opposabilité du droit de rétention fictif dans l'hypothèse d'une cession soulève effectivement des difficultés de mise en œuvre. Le créancier n'étant pas physiquement en

¹³⁷⁴ P.-M. LE CORRE, « Le gage avec droit de rétention face au plan de cession », *LPA*, 22 octobre 1997, n°127, p. 5.

¹³⁷⁵ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 7.

possession du bien d'une part, et ne disposant d'aucun pouvoir de blocage d'autre part, il ne peut matériellement empêcher la remise du bien au cessionnaire. L'efficacité de sa sûreté repose donc sur le débiteur ou son représentant. La situation est d'autant plus complexe que lorsque la cession est décidée dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le droit de rétention fictif est toujours inopposable au débiteur. Il n'est opposable qu'au cessionnaire. Le débiteur est-il fondé à ignorer l'existence de ce droit de rétention ? Peut-il donc en toute impunité remettre le bien dont il a conservé l'usage au cessionnaire ?

1081. Sur le plan pénal, la remise de la chose gagée par le débiteur au cessionnaire peut s'analyser comme un délit de détournement du gage. Le débiteur qui remet ainsi un bien au cessionnaire au mépris du gage se rend coupable d'une infraction punie par la loi¹³⁷⁶. Dans tous les cas, comme l'affirme le professeur AYNÈS¹³⁷⁷, l'opposabilité du droit de rétention fictif dans la cession aurait quelque chose d'inexplicable et d'inédit à faire peser sur le débiteur constituant ou son représentant l'obligation de préserver l'efficacité du gage sans dépossession, le cas échéant, au mépris de son propre intérêt.

1082. Somme toute, en théorie, le droit de rétention jadis inopposable au débiteur, devient opposable au cessionnaire. Le créancier rétenteur est donc en droit d'exiger au cessionnaire le paiement intégral de sa créance avant la cession du bien.

Il résulte des dispositions de l'article L. 626-1 que la cession d'activité décidée dans le cadre d'un plan de sauvegarde est soumise aux dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV. Cette cession est donc soumise aux dispositions des articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce prévues pour les cessions intervenues dans le cadre de la liquidation judiciaire. Cela nous amène à voir l'opposabilité du droit fictif dans le cadre de cette procédure.

2- L'opposabilité du droit de rétention fictif dans la liquidation judiciaire

Dans la liquidation judiciaire, le droit de rétention fictif est opposable en cas d'adoption (a) ou non d'un plan de cession (b).

a- L'opposabilité du droit de rétention fictif en cas de plan de cession

1083. L'article L. 642-12, alinéa 5, du Code de commerce pose le principe de l'efficacité du droit de rétention dans l'hypothèse d'une cession décidée dans la liquidation judiciaire. Le texte précise que « *Les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession* ». Le législateur admet ainsi l'efficacité du droit de rétention dans une disposition relative aux conséquences de la cession d'un bien grevé dans le cadre du plan de cession. Ainsi, les alinéas 1 à 4 de l'article L. 642-12 du Code de commerce ne

¹³⁷⁶ Art. 314-5 du Code pénal.

¹³⁷⁷ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., ns° 7 et 8

s'appliquent pas en présence d'un droit de rétention. Le repreneur qui veut acquérir les biens retenus dans le cadre d'une cession doit donc au préalable payer le créancier rétenteur.

1084. En l'absence de précision législative et compte tenu de l'absence de renvoi à l'alinéa 2 de l'article L. 622-7, I, il faut considérer que le texte s'applique à tous les droits de rétention réels, fictifs, et même au droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil¹³⁷⁸.

Cette disposition consacre une jurisprudence ancienne dans laquelle la Cour de cassation avait admis l'opposabilité du droit de rétention au cessionnaire, en considérant que le gagiste rétenteur n'avait pas à se contenter d'une quote-part du prix de cession. En effet, dans un arrêt du 20 mai 1997¹³⁷⁹, la Cour avait jugé que « *la cession d'entreprise, par suite de l'adoption d'un plan de redressement, ne peut porter atteinte au droit de rétention issu d'un gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis sur des éléments compris dans l'actif cédé ; qu'en l'absence de dispositions légales en ce sens, le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance qu'il a déclaré, et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence* ».

1085. La doctrine¹³⁸⁰ avait considéré que la solution jurisprudentielle devait s'appliquer à tous les droits de rétention réels, peu important qu'ils soient issus ou non d'un gage, mais aussi au droit de rétention fictif attaché aux gages sans dépossession.

Il est cependant important de noter qu'à cette époque, le législateur n'avait pas encore consacré un droit de rétention fictif en faveur de tous les gagistes sans dépossession. Aujourd'hui, en l'absence de précision législative, la solution consacrée à l'article L. 642-12, alinéa 5, devrait s'appliquer à tous les droits de rétention sans distinction.

1086. En somme, le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil est parfaitement efficace dans l'hypothèse d'une cession, peu important que celle-ci soit décidée en sauvegarde (article L. 626-1), en redressement judiciaire (article L. 631- 22) ou en liquidation judiciaire (article L. 642-12, alinéa 5).

Mais quelle est donc la situation en liquidation judiciaire en l'absence d'un plan de cession ?

b- L'opposabilité du droit de rétention fictif en l'absence de cession

1087. En l'absence de cession, le droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil est tout de même opposable puisqu'il n'existe aucune disposition qui tend à limiter l'efficacité de ce droit dans la liquidation judiciaire. Son droit étant opposable, le créancier devrait pouvoir se

¹³⁷⁸ F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc. p. 32 ; P. CROCQ, « Le gage avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., p. 28.

¹³⁷⁹ Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, arrêt préc.; *LPA* 1999, n° 77, p. 10, note F. DERRIDA.

¹³⁸⁰ P.-M. LE CORRE, « Le gage avec droit de rétention face au plan de cession », art. préc.

prévaloir de la technique du retrait contre paiement. En effet, dans le cadre de la liquidation judiciaire, l'article L. 641-3, alinéa 2, du Code de commerce permet au liquidateur de retirer, sur autorisation du juge-commissaire, le bien en contrepartie du paiement de la créance.

1088. Mais compte tenu du caractère fictif du droit de rétention, l'application à son profit de la technique du retrait contre paiement est très discutée¹³⁸¹. Selon nous, le droit de rétention fictif n'a d'intérêt qu'en cas de réalisation du bien grevé. Ce droit devrait ainsi permettre à son titulaire de s'opposer à la vente du bien, s'il n'a pas, au préalable, obtenu le paiement de sa créance¹³⁸². Or, dans le cadre de la liquidation judiciaire, l'article L. 642-20-1 du Code de commerce autorise le liquidateur à procéder, à défaut du retrait contre paiement, à la vente du bien grevé. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente.

1089. Mais ce mécanisme est-il applicable au créancier à l'égard duquel le droit de rétention résulte de l'article 2286, 4° du Code civil ?

L'article L. 642-20-1 précise qu'en cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. Il en résulte que le législateur ne fait aucune distinction entre les différents droits de rétention. De même, s'agissant de la jurisprudence, la Cour de cassation avait admis, sous l'empire des législations antérieures à la loi de sauvegarde, que le report du droit de rétention sur le prix jouait au profit du créancier titulaire d'un gage sur véhicule automobile. En effet, dans un arrêt rendu le 15 octobre 1991¹³⁸³, la Haute juridiction a estimé qu'une banque titulaire d'un droit de rétention fictif sur le véhicule litigieux, était fondée à suspendre la mainlevée du gage à l'attribution à son profit du produit de la vente effectuée par le liquidateur, peu important l'existence de créances super privilégiées de salaires qui ne pouvaient faire échec au report du droit de rétention sur le prix. La Cour avait donc reconnu le bénéfice du mécanisme du report du droit de rétention sur le prix de vente au profit d'un créancier gagiste doté d'un droit de rétention fictif. La même solution a été rendue, dans un arrêt plus récent, au profit du titulaire d'un warrant agricole¹³⁸⁴.

¹³⁸¹ V. discussions doctrinales, pour un retrait contre paiement au profit du titulaire d'un droit de rétention fictif : R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2305 ; F. PÉROCHON, « À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc., pp. 795-796 ; F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réformes du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc., p. 32 ; P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., ns° 633.31 et 563.62 ; Contre le bénéfice du retrait contre paiement du titulaire d'un droit de rétention fictif : AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., ns° 4 et 5 ; P. CROCO, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E*, 2009, 1313, n° 42 ; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, op. cit., n° 496.

¹³⁸² V. nos développements dans le chapitre relatif au paiement des créanciers.

¹³⁸³ Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-10.784, *Bull. civ. IV*, n° 288 ; *JCP E*, 1992, I, 138, n° 25, obs M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; *RTD com.* 1992, p. 464, obs. A. MARTIN-SERF.

¹³⁸⁴ Cass. com., 26 janvier 2010, n° 08-21.340, Inédit ; *BJE* janvier 2011, n° 1, p. 32, obs. N. BORGA ; *Gaz. Pal.* 17 avril 2010, n° 107, p. 18, obs. Ph. ROUSSEL GALLE.

1090. Ainsi, au-delà-des controverses doctrinales¹³⁸⁵ sur la question, rien ne nous empêche, à ce jour, de considérer que le report du droit de rétention sur le prix peut également bénéficier au gagiste sans dépossession doté d'un droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil. Cette solution est d'autant plus envisageable que le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil est expressément neutralisé dans les procédures de sauvetage et non pas dans la liquidation judiciaire.

Selon nous, la mesure du report du droit de rétention sur le prix devrait surtout bénéficier au titulaire d'un droit de rétention fictif, même en l'absence d'un pouvoir de blocage. En effet, ne pouvant efficacement se prévaloir de la technique du retrait contre paiement comme les titulaires d'un droit de rétention effectif, il faut donc, compte tenu de son droit de rétention, lui accorder un paiement prioritaire sur le prix de vente du bien.

Cependant, l'efficacité du droit de rétention fictif dans la liquidation judiciaire ne manque pas de soulever des difficultés pratiques, notamment en raison des conflits susceptibles de naître entre les différents créanciers.

1091. La première hypothèse à envisager est celle où le bien serait grevé de plusieurs gages sans dépossession, tous assortis d'un droit de rétention fictif. Dans ce cas, le conflit devrait être résolu en fonction de la date d'inscription par les créanciers de leur sûreté. Le premier créancier inscrit l'emportera. Cette situation conflictuelle pose tout de même un problème. Les créanciers gagistes sans dépossession étant payés par ordre d'inscription, le droit de rétention de certains d'entre eux pourrait se trouver limité, notamment lorsque le prix de vente n'est pas suffisamment élevé pour permettre le désintéressement de tous les créanciers inscrits. Dans ce cas, le droit de rétention ne permettra pas aux créanciers d'obtenir le paiement prioritaire et exclusif de leur créance.

1092. La seconde hypothèse est celle du conflit qui opposerait un créancier titulaire d'un droit de rétention effectif et le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif. En faveur de qui le conflit sera-t-il résolu ?

Il est certain que si la mise en possession du créancier titulaire d'un droit de rétention effectif est antérieure à l'inscription du gagiste titulaire d'un droit de rétention fictif, le conflit se résoudra au

¹³⁸⁵ Pour l'application du mécanisme du report du droit de rétention sur le prix au titulaire d'un droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil ; V. F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc. p. 32 ; P. CROCQ, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », art. préc. p. 28. En revanche, sans dénier le bénéfice de ce mécanisme au profit du créancier doté du droit de rétention de l'article 2286, 4 du Code civil, une auteur a pourtant émis quelques réserves à ce sujet. Ces réserves se fondent sur l'absence du pouvoir de blocage de ce droit de rétention fictif, qui, selon lui, empêche le créancier de s'opposer concrètement à la réalisation forcée du bien. (V. A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc. n° 8.

profit du rétenteur effectif. C'est la solution qui avait été retenue par la jurisprudence en matière de gage sur véhicule automobile¹³⁸⁶.

La difficulté existe lorsque l'inscription du gage sans dépossession est antérieure à la mise en possession du titulaire d'un droit de rétention effectif. Le professeur MACORIG-VENIER soutient que, conformément à l'article 2287 du Code civil, rien n'interdit de faire application des règles édictées par l'article 2340, alinéa 2 du même code, qui résolvent le conflit en faveur du créancier gagiste dont le gage a été inscrit avant la mise en possession du gagiste avec dépossession¹³⁸⁷.

Mais, bien avant l'entrée en vigueur de la LME, le professeur AYNÈS¹³⁸⁸ avait considéré que ce texte – l'article 2340 du Code civil – ne permettrait pas de résoudre tous les conflits, en l'occurrence celui qui se poserait entre un gagiste sans dépossession et un simple rétenteur.

1093. De notre point de vue, la résolution du conflit pourrait dépendre de la phase procédurale dans laquelle se situe le débiteur.

Si le conflit survient au cours de la liquidation judiciaire ou dans le cadre d'une cession, le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession étant opposable au cours de ces périodes, rien n'interdit à priori, comme l'a soutenu le professeur MACORIG-VENIER, de faire application des dispositions de l'article 2340 du Code civil pour résoudre le conflit. En revanche, si celui-ci survient en période d'observation ou d'exécution du plan, périodes au cours desquelles le droit de rétention du gagiste sans dépossession est inopposable, le conflit serait tranché en faveur du créancier titulaire d'un droit de rétention réel parfaitement opposable.

1094. Tout bien considéré, si, en théorie, le droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil est opposable et donc pleinement efficace dans l'hypothèse d'une cession et dans la procédure de liquidation, en pratique, cette efficacité semble quelque peu utopique. D'abord, en raison du caractère fictif du droit de rétention, le créancier qui en est titulaire ne peut efficacement se prévaloir de la technique du retrait contre paiement dans la liquidation judiciaire. Ensuite, la difficulté provient ici, en cas de réalisation du bien gagé, de la survenance possible d'un conflit entre plusieurs créanciers gagistes sans dépossession ou entre un gagiste sans dépossession et un gagiste avec dépossession.

1095. En définitive, l'idée qui consiste à faire varier la protection du créancier gagiste sans dépossession, titulaire d'un droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil, en fonction de la procédure collective engagée est clairement affirmée par le législateur. Cependant, compte tenu du caractère fictif du droit de rétention, la protection du créancier rétenteur risque d'être difficile à mettre en œuvre, et cela même dans les procédures liquidatives.

¹³⁸⁶ V. la jurisprudence en matière de gage sur véhicule automobile: Cass. com., 11 juin 1969, *Bull.* n° 221 ; *D.* 1970, p. 244.

¹³⁸⁷ F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », art. préc., p. 33.

¹³⁸⁸ A. AYNÈS, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », art. préc.

Cette situation a d'ailleurs conduit une partie de la doctrine à remettre en question l'existence même de ce droit de rétention¹³⁸⁹.

Nous achevons ici l'analyse de la protection du rétenteur fictif dans les procédures liquidatives. Il sied maintenant d'évoquer le cas du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté.

B- La protection du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté

Nous verrons d'abord le sort de la fiducie-sûreté dans le plan de cession (1) puis dans la liquidation judiciaire (2).

1- La fiducie-sûreté dans le plan de cession

1096. La fiducie-sûreté retrouve sa pleine efficacité dans l'hypothèse d'un plan de cession. D'abord, en raison même de la nature translatrice du contrat de fiducie¹³⁹⁰, les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire sont de facto sortis du patrimoine du débiteur constituant. Ce dernier n'étant plus propriétaire de biens fiduciaires, il est tout à fait logique qu'il ne puisse les céder, même lorsqu'il en conserve l'usage et la jouissance. Une juridiction de fond a confirmé cette solution¹³⁹¹, en considérant que les biens fiduciaires qui sont de fait soustraits au droit de gage général des créanciers, échappent également au périmètre de la cession.

1097. Il restait cependant à régler le sort de la convention de mise à disposition. En effet, l'article L. 642-7, alinéa 1^{er}, du Code de commerce permet au tribunal d'ordonner la cession en faveur du ou du repreneur, des contrats nécessaires au maintien de l'activité. Or la convention de mise à disposition permet justement au débiteur de conserver l'usage ou la jouissance des biens utiles à la poursuite de l'activité. La convention de mise à disposition était donc exposée à la cession judiciaire forcée.

Pour y remédier, le législateur a étendu le principe applicable à la fiducie à la convention de mise à disposition¹³⁹². L'article L. 642-7, alinéa 5 du Code de commerce dispose que « *La convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance des biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire, sauf accord des bénéficiaires des contrats de fiducie* ». Le législateur interdit ainsi la cession judiciaire de la convention de mise à disposition. Le débiteur ou le liquidateur ne peut, de manière unilatérale, décider de céder cette convention. L'accord des bénéficiaires est obligatoire.

¹³⁸⁹ *Ibid* ; S. PIÉDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4° du Code civil », art. préc., p. 2950.

¹³⁹⁰ K. LUCIANO, « Fiducie-sûreté et plan de cession », *Rev. Proc. Coll.*, mars-avril 2011, n° 2, étude 9, p. 21.

¹³⁹¹ CA PARIS, pôle 5, 9e ch., 4 novembre 2010, n° 10/07100: JurisData n° 2010-025412.

¹³⁹² R. DAMMAN et G. PODEUR, « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre art. préc., p. 33.

En application des dispositions de l'article précité, seule une cession conventionnelle¹³⁹³ est admise. On pourrait cependant envisager l'hypothèse où le juge ordonne la cession eu égard à l'accord donné par les bénéficiaires.

Dans tous les cas, en pratique, l'accord des bénéficiaires risque d'être difficile à obtenir, sauf en contrepartie de garanties sérieuses, car il s'agit-là d'une réelle protection du bénéficiaire de la fiducie-sûreté contre la cession forcée des biens fiduciaires.

1098. Cependant, la solution législative nous paraît quelque peu confuse. En effet, tant que la fiducie n'a pas joué, le fiduciaire demeure le propriétaire des biens transférés. Il nous semble alors étonnant que ce soit l'accord des bénéficiaires uniquement qui soit exigé. À notre avis, c'est l'accord du fiduciaire ou celui de ce dernier avec l'accord du bénéficiaire qui aurait dû être exigé, sauf si le fiduciaire est également le bénéficiaire ou encore lorsque la fiducie a déjà joué, c'est-à-dire lorsque le bénéficiaire est devenu le propriétaire des biens.

1099. Par ailleurs, le législateur, dans l'hypothèse d'un plan de cession, ne donne aucune précision sur la continuation de la convention de mise à disposition. Le texte ne dit pas que l'interdiction de la cession emporte résiliation de plein droit de la convention. La convention n'est ni cédée, ni résiliée¹³⁹⁴.

Que faut-il alors décider ?

En réalité, lorsque la cession intervient au cours d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, cela suppose que l'organe compétent s'était déjà prononcé ou alors doit se prononcer sur le sort de la convention, puisqu'il s'agit d'un contrat en cours. En application des dispositions de l'article L. 622-13 du Code de commerce, il peut soit continuer la convention, soit demander au juge-commissaire de la résilier. Ainsi, comme le précise monsieur LIÉNHARD, dès lors que la convention de mise à disposition peut être poursuivie, « il était nécessaire que soit prévu un mécanisme évitant son transfert au repreneur, sans l'accord du bénéficiaire de la fiducie »¹³⁹⁵.

En revanche, si la convention est résiliée, nous sommes alors en présence d'une fiducie avec dépossession, pleinement efficace. À défaut du paiement de la créance du bénéficiaire, le fiduciaire devrait lui transférer les actifs fiduciaires, sauf lorsqu'il est aussi le bénéficiaire.

1100. En outre, comme pour le droit de rétention fictif, se pose la question de l'empêchement matériel de la cession des biens fiduciaires. En effet, du fait de la convention de mise à disposition, les biens fiduciaires restent entre les mains du débiteur constituant. Il en résulte que le fiduciaire et, encore moins, le créancier bénéficiaire ne peuvent matériellement s'opposer à la remise des biens fiduciaires au cessionnaire.

¹³⁹³ P.- M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 633.58.

¹³⁹⁴ Cass. com., 6 octobre 2009, n° 07-15.325, *Bull. civ. IV*, n° 120. La Cour de cassation a jugé que les contrats non repris par le cessionnaire ne sont pas résiliés par l'effet du jugement arrêtant le plan de cession.

¹³⁹⁵ A. LIÉNHARD, « Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D. 2009*, p. 115 et s; spéc. p. 120

Cette situation soulève des difficultés pratiques. Quelle sanction encourt le débiteur qui, au mépris de la fiducie, cède les biens fiduciaires ? Faut-il mettre une obligation de non-délivrance des biens fiduciaires à la charge du débiteur ?

Comme l'affirme le professeur AYNÈS¹³⁹⁶ à propos de l'efficacité droit de rétention fictif dans le cadre de la cession, cette situation revient à faire peser sur le débiteur constituant ou son représentant l'obligation de préserver l'efficacité de la fiducie, le cas échéant, au mépris de son propre intérêt. Le débiteur ou son représentant devient ainsi garant de l'efficacité de la fiducie-sûreté. Il s'agit là d'une situation totalement paradoxale, l'objectif du débiteur n'étant pas d'assurer l'efficacité des sûretés contre lui-même. À l'instar du droit de rétention fictif, l'absence de solution législative ou jurisprudentielle laisse donc planer le doute sur la réalité de l'efficacité de la fiducie-sûreté dans le cadre d'une cession.

1101. Enfin, l'efficacité de la fiducie-sûreté dans le plan de cession présente quelques inconvénients. Perçue comme une mesure liquidative depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹³⁹⁷, la cession apparaît comme un moyen de réalisation de tout ou partie des actifs du débiteur dans le but de favoriser la poursuite de l'activité¹³⁹⁸.

Mais la cession revêt aussi une dimension économique fondamentale qu'exprime clairement l'article L. 642-1 du Code de commerce aux termes duquel « *La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activité susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». Par ailleurs, une cession peut être ordonnée dans le cadre d'un plan de redressement judiciaire ou de sauvegarde (cession partielle).

1102. Ce paradoxe soulève la question de la nature de la cession. S'agit-il d'une mesure de sauvetage de l'entreprise ou d'une mesure liquidative ?

Cette question n'a pas manqué de susciter l'intérêt de la doctrine¹³⁹⁹. Pour un auteur¹⁴⁰⁰, « Davantage qu'un ensemble d'actifs à liquider, la cession d'entreprise a donc pour objet principal le support d'une activité à exploiter. Il s'agit d'une opération globale qui vise prioritairement le redressement de l'entité économique et non l'addition des ventes relatives aux biens cédés ». Un autre auteur¹⁴⁰¹ considère qu'en dépit de la loi du 26 juillet 2005, la cession ne peut être liquidative, car elle assure

¹³⁹⁶ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 7 et n° 8.

¹³⁹⁷ La question s'était posée lors des travaux parlementaires préparatoires; J.-J. HYEST, Projet de loi de sauvegarde des entreprises, Rapp. n° 335, Commission des lois du Sénat, 11 mai 2005, p. 346; X. de ROUX, Projet de loi de sauvegarde des entreprises, Rapp. n° 2095, Commissions des lois de l'AN, 11 février 2005, p. 376; V. aussi : P. FROEHLICH, « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 2878.

¹³⁹⁸ M.-L. COQUELET, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *Rev. Proc. Coll.*, juin 2006, n° 2, p. 188; L.-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 39.

¹³⁹⁹ B. SOINNE, « Problématique de la nouvelle cession d'entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, décembre 2006, n° 4, p. 313; A. COURET, « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? » *RLDA*, mars 2005, suppl. n° 80, p. 42.

¹⁴⁰⁰ K. LUCIANO, « Fiducie-sûreté et plan de cession », art. préc., p. 25.

¹⁴⁰¹ G. COUTURIER, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes », *BJS*, février 2008, n°2, p. 142.

le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés. La cession est donc inspirée des considérations étrangères à la logique de la liquidation, de sorte qu'elle rappelle plutôt la sauvegarde ou le redressement judiciaire¹⁴⁰².

Sans dénier la nature liquidative de la cession qui consiste à vendre tout ou partie des actifs nécessaires à l'exercice d'une activité, nous pensons, comme la doctrine, que la cession est surtout une mesure de restructuration, voire de continuation¹⁴⁰³ de l'entreprise entre les mains d'un autre exploitant.

1103. Cependant, l'efficacité consacrée de la fiducie-sûreté face au plan de cession semble s'opposer à ces caractéristiques et finalités¹⁴⁰⁴. En effet, si cette efficacité est avérée en pratique, elle risque de ruiner les possibilités des plans de cession. Cette situation pourrait avoir des conséquences graves sur le plan économique. Aussi, la fiducie-sûreté, du moins l'efficacité que lui consacre l'ordonnance de 2008 face au plan de cession, risque de faire obstacle à la poursuite de l'activité du débiteur par un autre exploitant et, par voie de conséquence, au maintien des emplois qui y sont attachés. Or, à l'heure où la compétitivité juridique se mue en boussole du droit¹⁴⁰⁵, y compris en matière de sûretés¹⁴⁰⁶, une telle atteinte aux impératifs de la concurrence normative et à l'efficacité économique propre à la législation relative aux entreprises en difficulté ne manque pas d'interpeller¹⁴⁰⁷.

L'efficacité de la fiducie-sûreté dans le plan de cession risque donc de remettre en cause l'équilibre trouvé par le législateur de 2008, qui semblait avoir abouti à une parfaite situation de « gagnant-gagnant »¹⁴⁰⁸. Comme l'affirme un auteur¹⁴⁰⁹, l'efficacité de la fiducie-sûreté face au plan de cession viendrait ainsi dissiper le mirage trompeur de la conciliation parfaite de l'inconciliable¹⁴¹⁰.

1104. Quoi qu'il en soit, en l'état du droit positif, le constat est sans appel : la fiducie-sûreté est – du moins en théorie – pleinement efficace dans l'hypothèse d'un plan de cession, peu important qu'elle intervienne au cours d'une procédure de sauvetage ou en liquidation judiciaire. En effet, le repreneur ne peut se substituer au débiteur dans la convention de mise à disposition sans avoir à

¹⁴⁰² Ph. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté - La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises - L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCL. Procédures Collectives*, janvier 2010, fasc. 2151, n° 58

¹⁴⁰³ Ph. ROUSSEL GALLE, « Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique », *Litec*, 2^e éd. 2007, n° 730.

¹⁴⁰⁴ K. LUCIANO, « Fiducie-sûreté et plan de cession », art. préc., p. 25.

¹⁴⁰⁵ K. LUCIANO, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, Th. Paris I, 2010, p. 276.

¹⁴⁰⁶ Ph SIMLER, « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP G*, 2006, I, 124; S. PIÉDELIÈVRE, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Deffrénois*, 2006, p. 791.

¹⁴⁰⁷ K. LUCIANO, « Fiducie-sûreté et plan de cession », art. préc., p. 22

¹⁴⁰⁸ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre », art. préc., p. 33.

¹⁴⁰⁹ K. LUCIANO, « Fiducie-sûreté et plan de cession », art. préc., p.25.

¹⁴¹⁰ F.-X. LUCAS, M. SÉNÉCHAL, « Fiducie vs sauvegarde. Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *art. préc.*, p. 29.

assumer le remboursement de la créance garantie qui semble être le corollaire indissociable¹⁴¹¹. Avec l'ordonnance du 18 décembre 2008, le législateur assure ainsi l'invulnérabilité de la fiducie-sûreté en cas de plan de cession.

La pleine efficacité de la fiducie-sûreté s'observe également dans le cadre de la liquidation judiciaire.

2- La fiducie-sûreté dans la liquidation judiciaire

1105. Plusieurs dispositions permettent d'assurer l'efficacité de la fiducie-sûreté dans la liquidation judiciaire.

D'abord, comme c'est le cas dans les procédures de sauvetage, le contrat de fiducie n'est pas un contrat en cours dans la liquidation judiciaire¹⁴¹². L'organe compétent ici, le liquidateur, n'a pas à décider du sort du contrat de fiducie. Celui-ci ne peut donc être soumis à la continuation forcée. Ensuite, en liquidation judiciaire, il n'existe pas de dispositions semblables à celles de l'article L. 622-23-1, qui interdisent la réalisation de la fiducie-sûreté du seul fait de l'ouverture de la procédure collective. En liquidation judiciaire, la fiducie peut être réalisée en toute quiétude.

1106. Mais doit-on considérer que l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire implique la réalisation de plein droit de la fiducie-sûreté ?

Un auteur¹⁴¹³ envisage cette possibilité de réalisation automatique de la fiducie dans la liquidation judiciaire, lorsqu'une telle clause est insérée dans le contrat de fiducie. À notre avis, il ne s'agit pas d'une réalisation de plein droit de la fiducie-sûreté. Il faut simplement comprendre que dans la liquidation judiciaire, la réalisation de la fiducie-sûreté n'est plus neutralisée. Le jeu de la fiducie n'est plus interdit. Le fiduciaire peut donc, à défaut de paiement, transférer les biens transmis dans le patrimoine propre du bénéficiaire, et ce, d'autant plus que le jugement ouvrant la liquidation judiciaire emporte exigibilité des créances non échues, sauf dans l'hypothèse d'une cession totale ou partielle.

1107. Enfin, contrairement à ce que prévoit l'article L. 622-13-VI, l'article L. 641-11-1-VI précise que les dispositions relatives à la continuation des contrats en cours ne sont pas applicables à la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance des biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire. Il en résulte qu'en liquidation judiciaire, la convention de mise à disposition n'est plus soumise au régime des contrats en cours. Cette mesure se comprend aisément dans la mesure où la consécration du régime des contrats en cours en liquidation judiciaire est motivée par l'intérêt que peut avoir la poursuite d'un contrat dans la

¹⁴¹¹ R. DAMMANN, G. PODEUR, « Le nouveau droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., p. 2305.

¹⁴¹² Art. L. 641-11-1-VI du Code de commerce

¹⁴¹³ M. COMBE, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », art. préc., p. 12.

réalisation des actifs du débiteur. Or, s'agissant des biens objets de la fiducie, ils ne peuvent, par principe, être réalisés puisqu'ils sont sortis du patrimoine du débiteur¹⁴¹⁴.

Il reste néanmoins à décider du sort de cette convention dans la liquidation judiciaire. Celle-ci n'étant pas soumise au régime des contrats en cours, le liquidateur n'a pas à se prononcer sur son sort. La convention de mise à disposition se trouve alors dans une situation ambiguë. Selon un auteur¹⁴¹⁵, la convention de mise à disposition est, en liquidation judiciaire, un contrat « Ni - Ni ». Elle n'est ni continuée, ni résiliée.

1108. Que faut-il alors décider par rapport à son exécution ? Est-elle ou non suspendue ?

A priori, rien n'empêche la poursuite de son exécution jusqu'à la clôture de la liquidation. On peut également envisager l'hypothèse d'une exécution suspendue jusqu'à sa résiliation.

Par ailleurs, se pose également la question de la résiliation automatique de la convention de mise à disposition. Autrement dit, l'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire entraîne-t-il la résiliation de plein droit de la convention de mise à disposition ?

Une réponse affirmative peut sembler possible. L'article L. 641-11-1-I du Code de commerce indique que « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une liquidation judiciaire* ». La convention de mise à disposition n'étant pas un contrat en cours en liquidation judiciaire, un raisonnement a contrario permettrait de considérer que cette convention pourrait être résiliée du seul fait de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Le contrat de fiducie pourrait prévoir qu'en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire, la convention de mise à disposition serait résiliée de plein droit¹⁴¹⁶. Dans cette hypothèse, le constituant devrait logiquement remettre les biens au fiduciaire, à charge pour ce dernier de les transférer au bénéficiaire de la fiducie, qui en deviendrait le propriétaire, puisque le jugement d'ouverture emporte exigibilité des créances, sauf en cas de cession.

Quoi qu'il en soit, une résiliation de plein droit, bien que possible, susciterait des difficultés pratiques. Reste donc au législateur ou à la jurisprudence de préciser le sort de la convention de mise à disposition dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire.

1109. En somme, la convention de mise à disposition n'étant pas soumise au régime des contrats en cours, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté échappe à la possibilité d'une continuation forcée de la convention. L'utilité des biens ne suffit plus à empêcher ni la réalisation de la fiducie, ni la résiliation de la convention.

¹⁴¹⁴ G. BERTHELOT, « Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives », art. préc., p. 94.

¹⁴¹⁵ M. COMBE, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », art. préc., p. 12.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*

1110. Par ailleurs, à l'instar de ce qu'il en est dans les procédures de sauvetage, le fiduciaire qui souhaite rendre son droit de propriété opposable, doit revendiquer les biens meubles laissés en possession du débiteur en vertu de la convention de mise à disposition. La différence est qu'en liquidation judiciaire, la restitution des biens revendiqués peut intervenir immédiatement dans la mesure où la convention de mise à disposition n'est pas soumise au régime des contrats en cours, elle échappe donc à la continuation forcée.

1111. Il existe cependant une petite limite à la protection des créanciers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté dans la liquidation judiciaire. Contrairement à ce qui est prévu pour les procédures de sauvetage, le juge-commissaire ne peut, en liquidation judiciaire, autoriser le liquidateur à payer une créance antérieure pour obtenir le retour des biens transférés à titre de garantie. En effet, l'article L. 641-3, alinéa 1^{er}, qui reprend les exceptions à l'interdiction de paiement des créances antérieures prévues par l'article L. 622-7, n'en fait pas mention.

Nonobstant cette privation, l'efficacité de la fiducie-sûreté dans les procédures liquidatives est incontestable. Elle assure en conséquence une réelle protection au créancier bénéficiaire.

1112. Mais en réalité, à ce jour, le débat sur l'efficacité de la fiducie, et par voie de conséquence, sur la protection du bénéficiaire, dans les procédures collectives, reste bien théorique. En effet, en dépit de la pleine efficacité que lui confère l'ordonnance du 18 décembre 2008, la fiducie-sûreté ne semble pas susciter un véritable engouement chez les praticiens, à en juger par le manque de jurisprudence en la matière.

1113. En définitive, dans le combat qui oppose le droit des sûretés à celui des procédures collectives, on peut considérer, au regard de la logique instituée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, que lorsque le sauvetage de l'entreprise est encore possible, la victoire penche du côté du droit des procédures collectives, puisque les effets des sûretés se trouvent neutralisés. En revanche, lorsqu'il n'y a plus de possibilités de sauvetage, la victoire est du côté des sûretés qui retrouvent alors leur pleine efficacité. Dans tous les cas, cette ordonnance démontre que la protection dont bénéficient les créanciers munis de sûretés réelles exclusives dépend, avant tout, des objectifs du droit des procédures collectives, en l'occurrence le sauvetage des entreprises en difficulté.

1114. Toutefois, en jetant son dévolu uniquement sur la fiducie-sûreté et le droit de rétention fictif, le législateur de 2008 n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique. En effet, l'efficacité de certaines sûretés réelles exclusives, à savoir le droit de rétention effectif et la réserve de propriété, n'a pas été affectée par l'ordonnance. Il en découle une véritable protection pour les créanciers munis de ces sûretés.

Cette situation amène finalement à s'interroger sur l'influence des objectifs du droit des procédures collectives par rapport à la protection des créanciers rétenteur et réservataire. Nous verrons que, la

protection des créanciers réservataires et surtout rétenteurs, bien qu'effective dans les différentes procédures collectives, elle est en réalité influencée par les objectifs qui leur sont assignés.

Section 2/ Une protection constante mais en partie dépendante des objectifs des procédures collectives : Le cas du titulaire d'un droit de rétention effectif et du créancier réservataire

1115. À la différence du droit de rétention fictif et de la fiducie-sûreté dont les effets sont neutralisés au cours des procédures de sauvetage et maintenus durant les procédures liquidatives, les effets de la clause de réserve de propriété et du droit de rétention effectif ne sont à aucun moment neutralisés. En conséquence, la protection des créanciers rétenteurs et réservataires est admise à tout moment de la procédure, même dans les procédures de sauvetage.

Sans revenir sur le régime de protection dont bénéficient ces créanciers, il s'agit de voir si cette protection est néanmoins encadrée, voire influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.

1116. Il nous faut donc analyser la protection accordée aux créanciers rétenteurs et réservataires eu égard aux objectifs du droit des procédures collectives.

S'il est possible de considérer que les objectifs du droit de procédures collectives influencent quelque peu la protection du créancier rétenteur (paragraphe 1), on ne saurait en dire autant pour le créancier réservataire tant l'impact desdits objectifs est plus faible (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ La protection du créancier rétenteur (effectif) quelque peu influencée par les objectifs du droit des procédures collectives

1117. Rappelons que le droit de rétention réel ou effectif est celui qui découle de la rétention matérielle du bien par le créancier. Le bien se trouve physiquement entre les mains du créancier ou d'un tiers agissant à son profit. Le droit de rétention effectif peut être autonome, mais il peut également résulter de l'existence d'un gage avec dépossession¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁷ Tous les créanciers bénéficiant d'un droit de rétention fictif autre que celui conféré par l'article 2286, 4 ° du Code civil bénéficient du même régime de protection que les titulaires d'un droit de rétention effectif car leur droit de rétention n'est pas frappé d'inopposabilité pendant certaines phases de la procédure. En principe, l'efficacité des droits de rétention fictifs non concernés par l'inopposabilité est donc la même que celle du droit de rétention effectif ou réel

À ce stade, l'efficacité du droit de rétention effectif dans les procédures collectives n'est plus à démontrer. Dans toutes les procédures collectives, le droit de rétention se révèle d'une efficacité incontestable¹⁴¹⁸. Il en découle un traitement de faveur fort appréciable pour le créancier rétenteur. De manière générale, l'efficacité du droit de rétention effectif repose sur son pouvoir de blocage. Seul le paiement permet efficacement de faire obstacle à ce droit. Dans le contexte des procédures collectives, l'efficacité du droit de rétention se manifeste dans plusieurs situations¹⁴¹⁹.

1118. Se pose alors la question de la justification de cette efficacité au regard des objectifs du droit des procédures collectives. L'efficacité reconnue au droit de rétention effectif fait-elle obstacle à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives ? Ou est-elle en revanche soumise aux objectifs de ce droit spécial ?

Nous verrons que, si l'efficacité du droit de rétention et, par voie de conséquence, la protection qu'elle procure au créancier rétenteur peuvent effectivement compromettre la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives, le législateur a su trouver le moyen de contourner la difficulté de sorte que, finalement, on peut considérer que la manifestation de la protection du créancier rétenteur est subordonnée à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives. Cette protection se justifie cependant différemment selon que le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvetage (A) ou d'une liquidation judiciaire (B).

A- La protection du créancier rétenteur dans les procédures de sauvetage

1119. Dans les procédures de sauvetage, la protection du créancier rétenteur, se manifeste au travers des situations très différentes que nous avons abordées dans la première partie de cette étude.

La protection du droit de rétention effectif est réelle dans toutes les phases de la procédure. Contrairement au droit de rétention fictif, le droit de rétention effectif est efficace aussi bien pendant la période d'observation que pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement. Il est également efficace dans l'hypothèse d'une cession décidée dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

1120. Cette efficacité absolue reconnue au droit de rétention au cours des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire semble, à première vue, s'opposer à l'objectif du sauvetage recherché par le législateur¹⁴²⁰. En effet, l'exclusion du droit de rétention du domaine de la règle de

¹⁴¹⁸ L'efficacité du droit de rétention dans les procédures collectives a été consacrée par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 25 novembre 1997, elle énonce que « Le droit de rétention confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement reconnue jusqu'au complet paiement de la créance, même en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du débiteur » (Cass. com, 25 novembre 1997, n° 95-16.091 ; *Bull. civ.* IV, n° 301 ; *D.* 1998, AJ, p. 232, note J. FRANÇOIS) ; P.-M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », art. préc.

¹⁴¹⁹ Cf. première partie de cette étude.

¹⁴²⁰ S. PIÉDELIÈVRE, « Le nouvel article 2286, 4° du code civil », art. préc., p. 2951.

la consignation du prix édictée par les articles L. 622-8 et L. 626-22 du Code de commerce pourrait, a priori, laisser croire que les biens légitimement retenus ne peuvent en aucun cas être vendus au cours des procédures de sauvetage, et cela, peu important l'intérêt qu'une telle vente pourrait présenter pour la poursuite de l'activité. De même, dans le cadre d'un plan de cession, l'impossibilité de céder les biens retenus ferait obstacle à une possibilité de reprise et même de continuation de l'activité. En effet, conformément à l'article L. 642-1 du Code de commerce « *La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activité susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». Or le fait pour le rétenteur d'opposer systématiquement son droit de rétention au cessionnaire risque de priver le cessionnaire de biens qui pourraient être nécessaires au maintien de l'activité.

Dans les deux cas, on aboutirait à une situation de paralysie puisque, en raison de l'existence du droit de rétention, le bien retenu ne pourrait être ni vendu, ni cédé. Le sauvetage de l'entreprise et la poursuite de l'activité seraient ainsi compromis par l'efficacité du droit de rétention.

1121. Fort heureusement, il existe un mécanisme qui permet de sortir de cette situation de paralysie : c'est le retrait contre paiement. Cette technique qui fonde pourtant l'efficacité du droit de rétention, oblige le créancier à libérer le bien retenu dès lors qu'il reçoit le paiement intégral de sa créance. Ainsi, le retrait contre paiement permet, lorsque le débiteur dispose des fonds suffisants, de sortir de la paralysie résultant de l'efficacité du droit de rétention.

Quelle pourrait donc être la justification de ce mécanisme au regard des objectifs du droit des procédures collectives ? (1).

1- Justification du retrait contre paiement dans les procédures de sauvetage

1122. L'article L. 622-7, II, alinéa 2, du Code de commerce précise que le juge-commissaire peut autoriser le paiement de créances antérieures pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité¹⁴²¹. Le débiteur peut donc, sur autorisation du juge-commissaire, retirer le bien en contrepartie du paiement intégral du créancier rétenteur. L'objectif ici est d'éviter que la détention matérielle d'un bien par un créancier ne compromette la continuation de l'activité.

1123. Cependant, la nécessité du bien à la poursuite de l'activité ne se manifeste que par son utilité dans la procédure collective. L'utilité du bien résulte de son utilisation matérielle, d'une part, ou de sa vente, d'autre part¹⁴²².

S'agissant de l'utilisation matérielle, le bien dont il s'agit d'obtenir le retour entre les mains du débiteur doit se révéler utile à l'exploitation de l'activité. Il peut ainsi s'agir des matières premières

¹⁴²¹J. DEVÈZE, « Les créanciers titulaires d'un gage, d'un nantissement ou d'un droit de rétention », art. préc., p. 125; CA Nancy, 22 mai 1986, *Rev. Proc. Coll.* 1986, p. 59.

¹⁴²² Ph. PÉTEL, « Procédure collective et continuation de l'activité : comment le gage résiste-t-il ?, in *Le gage commercial* », *RJ com.*, 1994, n° 11, numéro sp, n° 8, p. 143.

utiles pour la production de l'entreprise. S'agissant de la vente du bien, l'utilité découle de l'apport en trésorerie provenant de la vente dudit bien. Les fonds acquis pourraient par exemple servir pour l'achat de matériels nécessaires à la poursuite de l'activité.

Dans tous les cas, le bien ne sera utile que si son prix de vente est supérieur au montant de la créance du rétenteur.

Cette solution a par ailleurs été consacrée par la jurisprudence. La Cour de cassation a en effet jugé que le retrait est le préalable nécessaire à la vente du bien gagé retenu par le créancier gagiste¹⁴²³.

1124. Ainsi, le retrait contre paiement est subordonné à l'utilité du bien pour la poursuite de l'activité. Cette condition d'utilité du bien tend, dans le contexte d'une procédure collective, à restreindre l'efficacité du droit de rétention. En effet, dès lors que le bien retenu n'est pas vraiment utile à la poursuite de l'activité, le créancier, fût-il titulaire d'un droit de rétention effectif, ne peut véritablement se prévaloir du retrait contre paiement. Or, en l'absence de retrait contre paiement, l'efficacité du droit de rétention réel s'apprécie difficilement, puisque le créancier est dans une situation d'inertie. Il doit se contenter de retenir le bien.

1125. Mais cette situation d'inertie ne traduit pas une inefficacité du droit de rétention effectif. Contrairement au droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil, l'efficacité du droit de rétention effectif n'est pas neutralisée dans les procédures de sauvetage. Simplement, le bien retenu ne présentant aucune utilité pour la poursuite de l'activité, le créancier ne peut obtenir un paiement exceptionnel au cours de la procédure par dérogation à la règle de l'interdiction des paiements. Il est donc contraint de demeurer dans une situation passive jusqu'à ce qu'il obtienne le paiement de sa créance. À défaut, si le créancier se dessaisit volontairement du bien, il perd son droit de rétention.

1126. Tout compte fait, s'il est vrai que le droit de rétention effectif est pleinement efficace dans les procédures de sauvetage, cette efficacité ne se manifeste véritablement que lorsque le retrait contre paiement est mis en œuvre. Or, le retrait contre paiement n'est possible qu'en présence d'un bien utile à la poursuite de l'activité. En outre, même si en raison du retrait contre paiement le créancier rétenteur échappe à certaines règles de la discipline collective, notamment à l'interdiction des paiements des créances, il ne fait en réalité que subir le paiement puisque celui-ci ne résulte pas de sa propre initiative.

En conséquence, si l'efficacité du droit de rétention effectif peut de prime abord sembler s'opposer à l'objectif du sauvetage, le retrait contre paiement n'est en réalité qu'un instrument au service de la poursuite de l'activité. En effet, la manifestation de la protection du créancier rétenteur dépend

¹⁴²³ Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-11.280; *Bull. civ.* IV, n° 98 ; *D. Aff.* 1999, p. 943, obs. A. LIENHARD; *JCP E*, 1999, 1532, n° 39, obs. M. CABRILLAC.

largement de la réalisation de l'objectif de sauvetage. La protection du créancier rétenteur est donc finalement influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.

Le même constat est-il possible dans la liquidation judiciaire ?

B- La protection du créancier rétenteur dans la liquidation judiciaire

1127. L'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire révèle l'impossibilité de sauver ou de redresser l'entreprise. Ainsi, contrairement aux procédures de sauvetage, l'efficacité du droit de rétention dans la liquidation n'est pas toujours justifiée par la poursuite de l'activité. Par ailleurs, la protection du créancier rétenteur est dans la liquidation judiciaire, garantie par deux mécanismes : le retrait contre paiement et le report du droit de rétention sur le prix de vente.

Nous verrons donc successivement la justification du retrait contre paiement puis celle du report du droit de rétention sur le prix de vente.

1- La justification du retrait contre paiement dans la liquidation judiciaire

1128. L'article L. 641-3, alinéa 2, du Code de commerce permet au juge-commissaire d'autoriser le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné un, à payer une créance antérieure pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue. Il s'agit là d'une transposition à la liquidation judiciaire des exceptions posées au principe de l'interdiction des paiements des créances antérieures. Le retrait contre paiement dans la liquidation judiciaire ne pose a priori aucune difficulté. Il obéit à un régime identique à celui prévu pour les procédures de sauvetage.

1129. Il existe cependant une différence notable. Dans la liquidation judiciaire, le retrait contre paiement n'est pas forcément subordonné à l'utilité du bien pour la poursuite de l'activité¹⁴²⁴. Cette solution se comprend aisément puisque l'ouverture ou le prononcé d'une telle procédure suppose que l'entreprise ne peut survivre entre les mains du débiteur. Il faut donc réaliser les actifs pour désintéresser les créanciers.

Toutefois, comme dans les procédures de sauvetage, le retrait contre paiement peut être justifié par la poursuite d'activité. C'est notamment le cas dans l'hypothèse où une cession est envisagée au cours de la liquidation judiciaire. En effet, le but de la cession est de favoriser la poursuite de l'activité entre les mains d'un autre exploitant. Dans ce cas, si le bien retenu se révèle utile pour la poursuite de l'activité du cessionnaire, il faudrait au préalable payer le créancier pour pouvoir l'inclure dans la cession¹⁴²⁵. En revanche, lorsqu'aucune cession n'est envisagée, le retrait contre paiement repose sur la volonté de favoriser le déroulement rapide de la liquidation en évitant toute

¹⁴²⁴ C. POURQUIER, « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD com.* 2000, pp. 569 et s. sp., p. 571.

¹⁴²⁵ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 563.62.

situation de paralysie pouvant résulter de la rétention d'un bien, sachant que le but de la liquidation est de réaliser au mieux les actifs du débiteur afin d'apurer le passif.

Mais, même lorsque retrait contre paiement n'est pas subordonné à la poursuite de l'activité, il doit être opportun¹⁴²⁶. Le retrait doit être intéressant pour la collectivité des créanciers¹⁴²⁷. C'est le cas lorsque le bien retenu est d'une grande valeur marchande et que sa vente est susceptible de procurer une trésorerie nécessaire à l'entreprise. Dans ce cas, le prix de la réalisation du bien doit être supérieur à la valeur de la créance du rétenteur.

1130. Dans tous les cas, le bien dont il s'agit d'obtenir le retour doit se révéler utile, soit à la poursuite de l'activité dans le cadre d'une cession, soit à la liquidation judiciaire, notamment lorsqu'aucune cession n'est envisagée.

Comme l'a souligné un auteur¹⁴²⁸, le retrait contre paiement doit permettre au liquidateur de réaliser le bien dans les meilleures conditions.

Ainsi, le retrait contre paiement est, dans la liquidation judiciaire, également justifié par l'utilité du bien. Le retrait contre paiement qui s'effectue en principe dans l'intérêt de la procédure profite aussi au créancier rétenteur, lui assurant en conséquence une réelle protection dans la liquidation judiciaire.

Il devient alors possible de considérer que dans le contexte d'une procédure collective, la technique du retrait contre paiement sur laquelle repose l'efficacité du droit de rétention est d'abord au service de l'entreprise en difficulté, avant d'être au service de la protection du créancier rétenteur.

1131. Quoi qu'il en soit, le juge-commissaire doit, pour autoriser le retrait, s'assurer que le liquidateur dispose des fonds suffisants. Dans le cas contraire, la réalisation du bien retenu est toujours envisageable. Dans cette situation, l'efficacité du droit de rétention effectif est alors garantie par le report du droit de rétention sur le prix de vente.

2- La justification du report du droit de rétention sur le prix de vente

1132. Aux termes des dispositions de l'article L. 642-20- I, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement ouvrant la liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation du bien gagé ou d'une chose légitimement retenue. Le liquidateur est tenu de notifier cette autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation. Le créancier est tenu, sauf en cas de recours, de se dessaisir du bien entre les mains du liquidateur pour qu'il soit procédé à la vente. Cette réalisation est suivie du report du droit de rétention sur le prix¹⁴²⁹.

¹⁴²⁶ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 1206.

¹⁴²⁷ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 563.62.

¹⁴²⁸ A. AYNÈS, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », art. préc., n° 8.

¹⁴²⁹ Art. L. 642-20-1, al. 3 du Code de commerce

1133. D'une manière générale, il est admis que le report du droit de rétention sur le prix interviendra lorsque le juge-commissaire n'a pas autorisé le retrait contre paiement, soit parce qu'il ne l'a pas jugé utile, soit encore parce que le liquidateur ne disposait pas de fonds suffisants pour payer le créancier rétenteur. La technique du retrait contre paiement et celle du report du droit de rétention sur le prix sont donc des mesures alternatives et non-cumulables.

1134. Toutefois, même si le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix consacre l'efficacité du droit de rétention dans la liquidation judiciaire¹⁴³⁰, il apparaît que ce mécanisme est d'abord au service de la liquidation, puisqu'il permet avant tout de pallier l'inertie du créancier rétenteur. En effet, le report du droit de rétention sur le prix suppose la vente préalable du bien. Ce mécanisme permet donc de sortir de l'impasse créée par la rétention d'un bien par le créancier. Le report du droit de rétention sur le prix favorise ainsi le déroulement de la procédure de liquidation.

De ce fait, à l'instar du retrait contre paiement, le report du droit de rétention sur le prix de vente doit être justifié par l'utilité du bien à la procédure. Or, la liquidation judiciaire vise, dans le but d'apurer le passif, à réaliser les biens du débiteur. En conséquence, l'utilité du bien vendu ne peut que résulter des fonds provenant de sa vente.

1135. Somme toute, s'il est vrai que le report du droit de rétention sur le prix est un mécanisme du droit commun, dans le contexte d'une procédure collective, en l'occurrence la liquidation judiciaire, ce mécanisme vise à faciliter le déroulement de la liquidation. La manifestation de la protection du créancier rétenteur est donc soumise à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives.

1136. En définitive, il convient de noter que les mécanismes qui garantissent l'efficacité du droit de rétention effectif dans les procédures collectives et, par voie de conséquence, la protection du créancier qui en découle, varient selon que le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvetage ou d'une liquidation judiciaire.

Dans les procédures de sauvetage, l'efficacité du droit de rétention repose sur le retrait contre paiement et celui-ci n'est justifié que par la poursuite de l'activité. En revanche, dans la liquidation judiciaire, l'efficacité du droit de rétention est garantie soit par le retrait contre paiement, soit par le report du droit de rétention sur le prix de vente. Ces mécanismes sont justifiés soit par la poursuite de l'activité, soit par les besoins de la liquidation. Dans tous les cas, ils favorisent la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives.

Ainsi, qu'il s'agisse des procédures de sauvetage ou de la liquidation judiciaire, il en résulte, pour le créancier rétenteur, une protection dépendante des objectifs du droit des procédures collectives.

¹⁴³⁰ Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-10.784, *Bull. civ.* IV, n° 288; *JCP E*, 1992, I, 138, n° 25, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.

Contrairement à l'idée qui se dessine à première vue, la protection du créancier rétenteur ne fait pas nécessairement obstacle à la réalisation des objectifs de la procédure collective.

C'est parce qu'il faut sauver l'entreprise ou encore favoriser l'apurement du passif, que la protection du créancier rétenteur se manifeste véritablement.

1137. Il convient toutefois d'apporter une nuance.

Dans certaines situations, la protection du créancier rétenteur peut compromettre la réalisation des objectifs des procédures collectives. C'est notamment le cas lorsqu'au cours des procédures de sauvetage, le débiteur ne dispose pas de fonds suffisants pour payer le rétenteur. Dans cette hypothèse, l'efficacité du droit de rétention peut effectivement remettre en cause le sauvetage de l'entreprise, en l'occurrence lorsque le bien est utile à la poursuite de l'activité. Mais même dans cette hypothèse, le créancier rétenteur, certes en possession d'une sûreté efficace, est contraint de demeurer dans une situation d'attente.

Au vu de ce qui précède, il devient possible d'affirmer que la protection du créancier rétenteur, ou du moins son effectivité, est quelque peu influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.

La même analyse est-elle possible pour le créancier réservataire ?

Paragraphe 2/ La protection du créancier réservataire faiblement influencée par les objectifs du droit des procédures collectives

1138. À l'instar du droit de rétention effectif, la clause de réserve de propriété est efficace dans toutes les procédures collectives. En conservant la propriété du bien, le créancier réservataire peut le revendiquer¹⁴³¹ puis en obtenir la restitution, même au cours d'une procédure de sauvetage. La protection du créancier réservataire est donc admise dans toutes les phases de la procédure collective.

1139. Par analogie avec le droit de rétention réel, l'on peut se demander si l'efficacité de la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, et notamment dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire est susceptible de compromettre le sauvetage de l'entreprise. La protection dont bénéficie le créancier réservataire est-elle prévue au mépris des finalités du droit des procédures collectives ?

1140. L'efficacité de la clause de réserve de propriété et, par voie de conséquence, la protection qu'elle assure au créancier reposent sur la réussite des actions en revendication et restitution. En effet, la revendication permet au créancier réservataire d'opposer son droit de

¹⁴³¹ Lorsque le bien n'existe plus en nature au jour du jugement d'ouverture, les actions en revendication et restitution portent sur la créance du prix subrogée au bien.

propriété à la procédure collective. La revendication est ensuite suivie de la restitution effective du bien ou de la créance du prix qui lui est subrogée¹⁴³².

Dès lors que l'opposabilité de la réserve de propriété est assurée soit par la publicité du contrat, soit par une revendication effectuée dans les conditions prévues par la loi, le créancier peut demander la restitution du bien¹⁴³³ à tout moment, nonobstant l'objectif du sauvetage de l'entreprise. Dans cette situation, l'efficacité de la réserve de propriété est susceptible de compromettre le sauvetage de l'entreprise, notamment lorsque la restitution prive le débiteur d'un bien utile à la poursuite de l'activité.

1141. Cependant, pour faire échec à la revendication, le juge-commissaire peut autoriser le paiement immédiat du créancier. L'article L. 624-16, alinéa 4 du Code de commerce précise qu' « *Il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement* ». La protection du créancier réservataire est donc bien réelle dans les procédures collectives. Elle se manifeste cependant dans deux situations distinctes : d'une part, une protection conditionnée par la réussite des actions en revendication et restitution, mais susceptible de faire obstacle au sauvetage de l'entreprise (A) et, d'autre part, une protection justifiée par les besoins de l'entreprise en difficulté et, dans ce cas précis, encadrée par les objectifs du droit des procédures collectives (B).

A- Une protection conditionnée par la réussite des actions en revendication et restitution

1142. L'ouverture d'une procédure collective entraîne une situation particulière : la collectivisation des biens au profit du débiteur. Dès le jugement d'ouverture, les biens qui se trouvent entre les mains du débiteur sont appréhendés par la procédure collective pour le profit commun, peu important que le débiteur en soit ou non le propriétaire¹⁴³⁴. Ainsi, pour faire connaître son droit de propriété et pouvoir l'opposer à la procédure collective, le créancier réservataire qui n'a pas pris soin de publier son contrat est tenu de procéder à la revendication. En revanche, lorsque le contrat a été publié, le créancier doit simplement exercer une demande en restitution. Dans tous les cas, l'opposabilité de la réserve de propriété assure la protection du créancier réservataire dans les procédures collectives.

1143. Mais cette protection n'est pas automatique. Les actions en revendication et restitution sont enfermées dans des conditions de fond et d'exercice définies par la loi et auxquelles doit se soumettre le créancier pour garantir l'effectivité de sa protection.

¹⁴³² Dans l'hypothèse des contrats publiés, le propriétaire est dispensé d'avoir à revendiquer, il peut directement agir en restitution.

¹⁴³³ Dans les précédents chapitres, nous avons vu que le contrat de vente avec clause de réserve de propriété n'était pas un contrat en cours, par conséquent la restitution du bien interviendra immédiatement après l'action en restitution et non au terme ou à la résiliation de la vente.

¹⁴³⁴ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, n° 113.

Notons que les conditions de la demande en restitution sont moins lourdes que celles qui l'action en revendication ¹⁴³⁵. Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un contrat non-publié, la demande en revendication emporte demande en restitution ; en conséquence, seule la demande en revendication sera ici analysée.

1144. Sans revenir sur le régime de l'action en revendication ¹⁴³⁶, la question qui se pose ici est celle de son rôle dans le droit des procédures collectives, et précisément, face aux objectifs de ce droit spécial. Quel rôle joue donc la revendication par rapport aux objectifs de la procédure collective ? Est-elle ou non au service de l'entreprise en difficulté ?

Il nous faut, dans un premier temps, déterminer le rôle de la revendication face aux objectifs du droit des procédures collectives (1) puis, dans un second temps, montrer qu'elle demeure une mesure essentielle pour la protection du créancier réservataire, et cela, quel que soit son rôle (2).

1- Le rôle de la revendication face aux objectifs du droit des procédures collectives

1145. Il s'agit de déterminer à qui profite la revendication. Doit-on y voir une mesure au service de la procédure collective ou, en revanche, une arme au service du créancier ? Cette question divise la doctrine.

Pour certains, la revendication est un piège dressé contre les revendiquants dans le but de garantir les intérêts de la procédure collective, et notamment le sauvetage de l'entreprise (a). Pour d'autres, la revendication apparaît comme le compromis entre la préservation des intérêts divergents (b).

a- Une revendication au service de la procédure collective

1146. Une partie de la doctrine voit en la revendication un moyen de réduire les reprises en piégeant les revendiquants ¹⁴³⁷. Les conditions strictes qui entourent la revendication seraient alors des pièges tendus au créancier.

Comment donc les conditions de la revendication peuvent constituer un obstacle à la protection du créancier ?

1147. Le délai de revendication apparaît comme l'un des obstacles majeurs à la protection du créancier. Institué par la loi du 13 juillet 1967 ¹⁴³⁸, le délai de revendication est aujourd'hui de trois mois. L'article L. 624-9 du Code de commerce précise que la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au

¹⁴³⁵ La demande en restitution n'est pas enfermée dans un délai d'exercice.

¹⁴³⁶ V. chapitre 1 du titre 2 de la première partie.

¹⁴³⁷ M.-H. MONSIÉRIÉ, « Le crédit bailleur » *in la situation des créanciers dans une entreprise en difficulté*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires de l'Université de sciences sociales de Toulouse I, Paris, Montchrestien, 1998, p. 65.

¹⁴³⁸ Pour une étude complète sur le délai l'action en revendication ; V. M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, ns° 29 et s.

BODACC. Il s'agit d'un délai préfix¹⁴³⁹ pour lequel il n'est pas possible d'obtenir de relevé de forclusion.

S'agissant de la durée du délai, les trois mois¹⁴⁴⁰ laissés au créancier pour revendiquer paraissent relativement brefs, notamment pour les créanciers non-professionnels. En effet, si pour les créanciers professionnels le délai de trois mois peut paraître raisonnable, dans la mesure où ils sont amenés à consulter régulièrement le BODACC, il n'en va pas de même pour les créanciers non-professionnels qui n'ont aucune obligation de consulter le BODACC. Pour eux, le risque d'un défaut de revendication est grand puisqu'ils ne disposent d'aucun autre moyen d'information concernant l'ouverture de la procédure collective de leur débiteur.

Le risque est bien présent d'autant plus que le délai de revendication est un délai préfix. La nature préfixe du délai de revendication empêche les créanciers d'obtenir un relevé de forclusion leur permettant de revendiquer à une autre date.

1148. La brièveté et la nature préfixe du délai de revendication augmentent donc considérablement le risque d'une revendication tardive, voire d'une absence de revendication. Or, le créancier forclos ne pouvant être relevé de sa forclusion, son droit de propriété devient alors inopposable à la procédure collective pour la durée de celle-ci.

1149. La sanction de l'inopposabilité du droit de propriété ou de l'inopposabilité de la propriété d'un bien non revendiqué a été posée par la jurisprudence. En effet, lors de l'instauration du délai de revendication par la loi de 1967, le législateur n'avait pas précisé les effets du défaut de revendication¹⁴⁴¹. La jurisprudence qui avait choisi de qualifier le délai de revendication en un délai préfix a tiré les conséquences d'une telle qualification. La sanction d'un délai préfix est la forclusion. La Cour de cassation a donc déduit de la forclusion du propriétaire non-revendiquant l'inopposabilité du droit de propriété¹⁴⁴². Dans un arrêt du 4 janvier 2000, la Cour a précisé que « *si l'absence de revendication rend le droit de propriété inopposable à la procédure collective, elle n'entraîne cependant pas extinction de ce droit de propriété ni le transfert de la propriété au débiteur, la forclusion ne constituant pas un mode d'acquisition de ce droit* »¹⁴⁴³.

1150. Quoi qu'il en soit, une partie de la doctrine considère que l'enfermement de l'exercice de l'action en revendication dans un délai profite à la procédure.

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde, un auteur avait considéré qu'en diminuant le délai de revendication dans la loi de 1985, le législateur espérait que davantage de biens demeurent au service du redressement. Ainsi, a-t-on pu voir dans la brièveté du délai le fruit

¹⁴³⁹ Cass. com., 28 juin 1988, n° 87-10.967, *Bull. civ.*, IV, n° 220 ; *Rev. Proc. Coll.*, 1989, p. 52, obs. B. SOINNE.

¹⁴⁴⁰ Lors de l'instauration du délai de revendication par la loi du 13 juillet 1967, la durée du délai était d'un an.

¹⁴⁴¹ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op cit*, n° 75.

¹⁴⁴² *Ibid.*, ns° 54 et s.

¹⁴⁴³ Cass. com., 4 janvier 2000, n° 96-19.511, Inédit, *D.* 2000, p. 533, note E. LE CORRE-BROLY ; *Act. Proc. Coll.* 2000/4, n° 40, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

de « la volonté du législateur de préserver l'actif de l'entreprise, le danger de voir disparaître le matériel et les marchandises s'étant accru avec le développement des clauses de réserve de propriété et leur opposabilité à la procédure »¹⁴⁴⁴. Le temps servirait donc d'arme au législateur jouant « le rôle d'un passage de plus en plus étroit, au point qu'il pourrait devenir impraticable et que l'exercice d'un droit serait finalement paralysé par son échéance, le fondement demeurant intact »¹⁴⁴⁵. Le délai serait ainsi déformé pour devenir une justification à l'exclusion de droits.

1151. Tout compte fait, le délai de revendication peut véritablement s'analyser comme un obstacle à la protection du créancier. Cependant, cet obstacle n'est pas insurmontable puisqu'il tombe lorsque le contrat objet de la clause de réserve de propriété a été publié. Dans ce cas, le créancier est dispensé d'avoir à revendiquer. Il doit simplement exercer une action en restitution qui n'est pas enfermée dans des délais de forclusion.

En tout état de cause, d'autres obstacles à la revendication pourraient être cités.

1152. C'est par exemple le cas de la condition relative à l'existence du bien en nature¹⁴⁴⁶ ou, à défaut, le non-versement du prix de revente au jour du jugement d'ouverture¹⁴⁴⁷. En effet, aucune mesure ne permet efficacement de garantir l'existence du bien en nature au jour du jugement d'ouverture¹⁴⁴⁸. La condition d'existence du bien en nature est d'autant plus incertaine que le débiteur peut vendre le bien à un sous-acquéreur de bonne foi. Dans ce cas précis, le sous-acquéreur peut effectuer le paiement du prix de revente entre les mains du débiteur.

1153. Par ailleurs, même lorsque le bien existait au jour du jugement d'ouverture, il peut ensuite avoir disparu en raison d'une perte, d'un vol ou d'une destruction. Ainsi, comme l'affirme une partie de la doctrine, « la réserve de propriété est un billet de loterie gratuit ; le vendeur est gagnant s'il retrouve le bien en nature ou si le prix de revente n'a pas été versé ; il est perdant dans l'éventualité contraire, sans qu'il puisse avoir une influence sur ces dénouements »¹⁴⁴⁹. La protection du créancier réservataire dans les procédures collectives est donc quelque peu le fruit du hasard.

1154. Enfin, en se fondant cette fois sur la généralité de l'exigence de revendication, une partie de la doctrine a considéré qu'il s'agissait « tout simplement de contraindre les propriétaires à reprendre rapidement leurs biens, sous la sanction d'une confiscation au profit, soit de l'entreprise en cas de plan de continuation, soit des créanciers en cas de cession ou de liquidation judiciaire »¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁴ J. VALLANSAN, « Redressement et liquidation judiciaires- Situation du vendeur de meubles- Revendications, règles générales », *JCL. com.*, 1^{er} février 1999, fasc. 2550, n° 79.

¹⁴⁴⁵ H.- J. NOUGEN, « Réflexions sur le rôle du temps dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises », *Rev. Proc. Coll.* 1989, pp. 12 et s. sp. p.12-13.

¹⁴⁴⁶ Art. L. 624-16 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁷ Art. L. 624-18 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁸ Sauf éventuellement en cas d'inventaire.

¹⁴⁴⁹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés, op cit*, n° 851.

¹⁴⁵⁰ J.-L. RIVES-LANGE et E. RACHEZ, « L'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 a-t-il une vocation universelle ? », *D.* 1991, Chron., p. 270.

Or, la connaissance personnelle de la propriété d'un tiers par le mandataire judiciaire aurait dû rendre la revendication inutile¹⁴⁵¹.

1155. En somme, la protection du créancier réservataire dans les procédures collectives n'est pas automatique. Tout au long de sa marche vers la reconnaissance de son droit de propriété, le créancier devra faire face à des obstacles contre lesquels le succès est couronné par la réalité de sa protection. En revanche, le créancier qui ne parvient pas à traverser ce chemin périlleux voit son droit de propriété devenir inopposable pendant toute la durée de la procédure. Or, c'est précisément ce droit de propriété qui place le réservataire dans une situation d'exclusivité, lui assurant ainsi un traitement de faveur dans toutes les phases de la procédure collective.

1156. Les conditions posées pour la revendication peuvent ainsi s'analyser comme de véritables obstacles à la protection du créancier. De cette manière, la revendication serait perçue comme une mesure non pas au service de la protection du créancier, mais comme une arme au service de la procédure collective dont l'objectif serait de réduire au maximum les restitutions de biens en vue de les laisser entre les mains du débiteur, pour les besoins de la procédure.

1157. Toutefois, pour d'autres auteurs, la revendication apparaît comme l'expression d'un compromis entre le respect des intérêts divergents.

b- La revendication, l'expression d'un compromis

Une autre partie de la doctrine voit en la revendication l'expression d'un compromis entre les impératifs de la procédure collective et la protection du créancier propriétaire.

C'est l'idée défendue par le professeur LAROCHE, dans sa thèse consacrée à la revendication. Remettant en cause les critiques formulées sur les conditions de la revendication, l'auteur¹⁴⁵² affirme que ce sont les impératifs de la procédure collective qui « légitiment autant l'existence de l'exigence de revendication que l'urgence de sa sanction ». En effet, si la procédure collective a pu s'adapter à l'exigence de protection de la propriété imposée par le droit commun, elle impose que les reprises de biens soient les moins nombreuses possibles. Aussi, une véritable revendication s'avère nécessaire.

1158. En réponse aux critiques formulées sur le délai de revendication, l'auteur soutient que la procédure collective ne peut être efficace que si elle est rapide. Il est alors indispensable que l'exercice de l'action en revendication soit strictement délimité dans le temps. Enfin, l'auteur affirme que le principe d'égalité des créanciers impose que tous soient soumis aux mêmes formalités et que

¹⁴⁵¹ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op cit*, n° 101. En suivant ce raisonnement, les bénéficiaires de contrats continués auraient du être dispensé de revendication. Or ce n'est pas le cas. Simplement, la restitution du bien intervient à l'issue du contrat.

¹⁴⁵² *Ibid*, ns° 99 et s.

celui qui peut s'extraire de la procédure, grâce à la particularité de son droit, en informe les autres¹⁴⁵³.

En somme, l'auteur qui voit en la revendication une action de droit civil qui a dû s'adapter aux impératifs du droit des procédures collectives, la considère également comme l'expression d'un véritable compromis entre le respect des intérêts divergents.

1159. Par ailleurs, la jurisprudence avait consacré un principe dit de libre disponibilité ou d'indisponibilité des biens trouvés entre les mains du débiteur à l'ouverture de la procédure. En effet, dans un arrêt du 11 mars 1997¹⁴⁵⁴, la Cour de cassation a jugé que « *la revendication ne rend pas les marchandises vendues avec clause de réserve de propriété indisponibles tandis que l'activité de l'entreprise est poursuivie* ». Dans cet arrêt, la Haute juridiction avait cassé un arrêt de cour d'appel qui avait considéré que l'utilisation des biens pour la poursuite de l'activité se faisait en fraude des droits du propriétaire revendiquant.

1160. En se fondant sur l'idée d'une libre disponibilité des biens et précisément sur ses aménagements, le professeur LAROCHE y voit encore un effort de compromis réalisé par la jurisprudence entre les intérêts divergents de la procédure collective et la protection du créancier propriétaire. En effet, la non-disponibilité des biens appelés à faire l'objet d'une revendication risque de rendre sans effet la réception de l'action en revendication, faute de bien à restituer lorsque l'action aboutira.

La jurisprudence a donc dû adapter l'idée d'une libre disponibilité des biens objet de la revendication à l'exigence de protection du droit de propriété du créancier. Par conséquent, quand bien même le débiteur pourrait librement disposer des biens qui se trouvent entre ses mains à l'ouverture de la procédure collective, il faut néanmoins conserver l'exclusivisme du droit de propriété. Le créancier dont l'action en revendication aboutirait finalement ne doit pas être privé de son droit de propriété, nonobstant les aléas de la procédure collective. C'est pourquoi, en cas de transformation ou de vente du bien, la revendication demeure possible¹⁴⁵⁵.

Ainsi, l'idée d'une libre disponibilité des biens, pourtant imposé pour les besoins de la procédure, est, dans le but de favoriser la protection du créancier, néanmoins limitée dans ses effets.

1161. Dans le même sens, on peut citer une décision dans laquelle la Cour de cassation limite les effets de l'inopposabilité du droit de propriété. Dans un arrêt du 26 novembre 2002, la Haute juridiction a jugé que l'inopposabilité du droit de propriété avait seulement pour effet d'empêcher la

¹⁴⁵³ *Ibid*, n°105.

¹⁴⁵⁴ Cass. com., 11 mars 1997, n° 94-20. 069; *Bull. civ.*, IV, n° 70; *D. Aff.* 1997, p. 510 ; *JCP E*, 1997. I. 681, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 2000. Somm. pp. 72 et 78, obs. D. MAINGUY ; *RTD com.*, 2000, p. 457, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁴⁵⁵ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op cit*, ns° 116 et s.

restitution du bien au propriétaire¹⁴⁵⁶. Le défaut de revendication n'entraîne donc pas un transfert de la propriété du bien dans le patrimoine du débiteur. Dans cette solution, on pourrait également voir la consécration de la revendication comme l'expression d'un compromis.

La revendication essaye ici de maintenir l'équilibre entre les impératifs de la procédure collective et ceux du créancier propriétaire. D'une part, le droit de propriété du créancier est préservé, même en l'absence de revendication et, d'autre part, le créancier non-revendiquant ne peut obtenir la restitution du bien, pendant toute la durée de la procédure collective. Le but étant, ici, de ne pas priver le débiteur de l'usage de biens utiles.

1162. En définitive, deux thèses s'opposent dans la détermination du rôle de la revendication dans le droit des procédures collectives. Une première qui voit en la revendication une mesure au service de la procédure et une seconde qui considère la revendication comme l'expression d'un compromis. Nous sommes plutôt favorables à la première thèse qui perçoit la revendication comme un moyen de réduire le nombre des restitutions. En effet, les conditions strictes qui entourent l'action en revendication, et notamment le délai de revendication pourraient effectivement s'analyser comme des obstacles posés par le législateur pour disqualifier le plus grand nombre de revendiquants, et cela, dans le but de favoriser la conservation des biens utiles entre les mains du débiteur. De cette manière, l'action en revendication sur laquelle repose l'efficacité de la réserve de propriété serait en réalité une arme au service de la procédure, et notamment du sauvetage de l'entreprise lorsqu'il est possible.

1163. Cependant, il ne s'agit que de simples suppositions et interprétations doctrinales. En l'absence de dispositions expresses ou de solutions jurisprudentielles dans ce sens, la question du rôle de la revendication face aux objectifs de la procédure collective reste largement ouverte. Quoi qu'il en soit, et peu important à qui profite finalement la revendication, celle-ci constitue, à tout le moins, une mesure essentielle pour la protection du créancier réservataire.

2- La revendication : une mesure essentielle pour la protection du créancier

1164. L'importance de cette mesure justifie le fait que la protection du créancier réservataire soit neutralisée en l'absence de revendication (a), tandis qu'elle devient effective dès lors que cette revendication a été effectuée en bonne et due forme (b).

a- Une protection neutralisée en l'absence de revendication

1165. L'ouverture d'une procédure collective emporte la collectivisation des biens détenus par le débiteur. Tant que le réservataire¹⁴⁵⁷ n'a pas revendiqué, son droit de propriété demeure

¹⁴⁵⁶ Cass. com., 26 novembre 2002, n° 01-03.980; *Bull. civ.*, IV, n° 176 ; *RTD com.* 2003, p. 570, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁴⁵⁷ Le créancier dont le contrat n'a pas été publié.

inopposable à la procédure collective. À l'ouverture de la procédure collective, le droit du propriétaire d'exclure le débiteur du bénéfice de son bien est donc mis à mal. Dans l'attente de la revendication, l'exclusivisme de la propriété cède donc le pas aux nécessités de la procédure, puisque le droit de propriété éventuel du créancier est d'abord ignoré¹⁴⁵⁸.

1166. Par ailleurs, même si la jurisprudence est divisée sur cette question¹⁴⁵⁹, il a pu être jugé que l'inopposabilité du droit de propriété résultant de l'absence ou du défaut de revendication, autorise le mandataire judiciaire ou le liquidateur à vendre le bien qui devient ainsi le gage des créanciers¹⁴⁶⁰. Dans tous les cas, l'inopposabilité à la procédure collective n'implique pas la perte du droit de propriété. Ainsi, lorsque s'ouvre une seconde procédure, si le bien existe encore entre les mains du débiteur, il pourra être revendiqué dans les délais.

1167. En somme, il apparaît que le jugement d'ouverture d'une procédure collective limite quelque peu l'efficacité de la réserve de propriété, du moins tant que la revendication n'a pas eu lieu. L'absence ou le défaut de revendication paralyse donc la protection du créancier réservataire, puisque son droit de propriété est inopposable à la procédure collective¹⁴⁶¹. On pourrait alors considérer que la protection du créancier réservataire est neutralisée à compter du jugement d'ouverture jusqu'au succès de l'action en revendication.

b- Une protection effective après la revendication

1168. Le succès de la revendication garantit, en revanche, la protection du créancier. En effet, le créancier qui exerce l'action en revendication dans les conditions posées par la loi voit son droit de propriété devenir opposable et donc pleinement efficace dans la procédure collective. Sa protection est, de ce fait, garantie pendant toute la durée de la procédure. Il peut alors solliciter et obtenir la restitution du bien à tout moment¹⁴⁶².

1169. Cette situation a d'ailleurs conduit une partie de la doctrine à considérer que la part trop belle faite à la réserve de propriété est susceptible de compromettre le sauvetage des entreprises en difficulté, vu qu'elle les prive de la plus grande partie de leur actif mobilier¹⁴⁶³. En effet, la possibilité pour le créancier réservataire de demander la restitution du bien, même au cours d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, peut effectivement compromettre le sauvetage de l'entreprise, notamment lorsque la restitution prive le débiteur de biens utiles à la poursuite de l'activité.

¹⁴⁵⁸ M. LAROCHE, *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens, op. cit.*, ns° 119 et s.

¹⁴⁵⁹ Cass. com., 26 novembre 2002, n° 01-03.980, arrêt préc.

¹⁴⁶⁰ Cass. com., 23 mai 1995, n° 93-10.439, *Bull. civ. IV*, n° 153; *Gaz. Pal.* 1996, pan. 59 ; Cass. com., 3 décembre 2003, n° 01-02.177, Inédit

¹⁴⁶¹ Cass. com., 3 décembre 2003, n° 01-02.177, arrêt préc.

¹⁴⁶² Sauf en cas de contrats en cours. La restitution est différée au terme ou à la résolution du contrat.

¹⁴⁶³ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 851.

L'argument qu'on pourrait opposer aux défenseurs de cette idée est que l'efficacité de la réserve de propriété n'est susceptible de compromettre le sauvetage de l'entreprise que si le bien restitué au revendiquant est utile à la poursuite de l'activité. Dans le cas contraire, la restitution du bien est sans incidence réelle sur le sauvetage de l'entreprise.

1170. En définitive, s'il est vrai que la revendication conditionne la protection du créancier réservataire, il est tout aussi vrai qu'en cas de réussite de revendication, la réserve de propriété devient une arme redoutable pour le créancier. L'efficacité de la clause de réserve de propriété et la protection du créancier qui en découle pourraient donc, à bien des égards, faire obstacle aux objectifs de la procédure collective et notamment au sauvetage de l'entreprise.

1171. Cependant, pour répondre aux besoins de l'entreprise en difficulté, le législateur autorise, dans certains cas, le juge-commissaire à payer le créancier pour faire obstacle à la revendication. Dans cette hypothèse, la protection du créancier est alors justifiée par les enjeux du droit des procédures collectives.

B- Une protection justifiée par les enjeux du droit des procédures collectives

1172. Il existe des situations où la protection du créancier réservataire est indépendante de sa volonté. C'est notamment le cas lorsque le bien faisant l'objet d'une réserve de propriété se révèle utile à la procédure (A). En outre, l'ordonnance du 12 mars 2014, introduit une disposition qui semble interdire la revendication dans la procédure de sauvegarde accélérée (B).

1- Une protection justifiée par l'utilité du bien à la procédure

1173. L'article L. 624-16, alinéa 4, du Code de commerce précise qu'« *Il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement* ». Cette solution posée en sauvegarde est également applicable en redressement judiciaire¹⁴⁶⁴ et en liquidation judiciaire¹⁴⁶⁵.

Il résulte de ces dispositions que lorsque les conditions de la revendication sont réunies, le juge-commissaire peut, pour faire échec à cette revendication, autoriser le paiement immédiat du revendiquant. Pour cela, le juge-commissaire doit juger de l'utilité ou non du bien. En conséquence, le bien dont il s'agit d'empêcher le retour entre les mains de son propriétaire doit se révéler utile à la procédure.

1174. Rappelons que l'utilité d'un bien résulte soit de son utilisation matérielle, soit des liquidités procurées par sa vente.

¹⁴⁶⁴ Art. L.631-18-1 du Code de commerce

¹⁴⁶⁵ Art. L. 641-14, al. 1^{er} du Code de commerce.

Comme pour le retrait contre paiement, en principe, le juge-commissaire ne devrait autoriser le paiement du créancier réservataire que si le bien se révèle utile pour la poursuite de l'activité ou si la vente du bien est susceptible de procurer des liquidités à l'entreprise débitrice. Dans le cadre d'une procédure de sauvetage, le juge-commissaire n'autorisera le paiement que si le bien se révèle utile pour la poursuite de l'activité ou si les liquidités provenant de la vente du bien permettent l'achat de matériel nécessaire à la poursuite de l'activité. En revanche, dans la liquidation judiciaire, le paiement devra être justifié soit par la poursuite de l'activité, c'est le cas lorsqu'une cession est envisagée, soit par les besoins de la liquidation, en l'occurrence la réalisation des actifs dans le but de favoriser l'apurement du passif.

En tout état de cause, lorsque le paiement immédiat est effectué, il profite aussi bien au débiteur, qui peut conserver un bien utile, qu'au créancier, qui reçoit le paiement exclusif et intégral de sa créance et échappe de la sorte à la règle de l'interdiction des paiements des créances non privilégiées.

1175. Cependant, cette mesure qui semble pourtant à l'avantage du créancier vise en réalité à protéger les intérêts de l'entreprise en difficulté. Cette idée est encore renforcée par la possibilité pour le créancier d'accorder des délais de paiement en contrepartie du paiement de sa créance. C'est parce qu'il faut empêcher le retour d'un bien utile entre les mains de son propriétaire que ce dernier reçoit le paiement de sa créance. Aussi, à la différence des actions en revendication et restitution qui dépendent du créancier, le paiement du réservataire sur autorisation de juge-commissaire n'est pas à l'initiative de ce dernier. Le créancier ne fait ici que subir le paiement. Il peut donc, contre son gré, perdre le droit de demander la restitution du bien dont la propriété a été, pour les besoins de l'entreprise, transférée au débiteur par l'effet du paiement immédiat.

1176. En somme, le traitement de faveur dont bénéficie le créancier dans le cadre d'un paiement immédiat est conditionné par l'utilité du bien pour les besoins de la procédure collective, peu important qu'il s'agit d'une procédure de sauvetage ou de la liquidation judiciaire. Il faudrait que le bien soit utile à la procédure pour que le juge-commissaire autorise le paiement. La protection du créancier est donc dans cette hypothèse soumise aux besoins du droit des procédures collectives.

1177. Pour finir, il convient de s'interroger sur les dispositions du nouvel article L.628-1 du Code de commerce créé par l'ordonnance du 12 mars 2014. Ce texte semble en effet envisager l'hypothèse d'une revendication neutralisée.

2- L'hypothèse d'une protection neutralisée

L'ordonnance du 12 mars 2014 a, en créant la nouvelle procédure collective de sauvegarde accélérée, semble-t-il quelque peu obscurci le régime de l'action en revendication. En effet, le nouvel article L. 628-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que les dispositions de la section

III du chapitre IV du titre II du livre VI du Code de commerce, c'est-à-dire les dispositions relatives aux revendications et restitutions ne sont pas applicables à la procédure en cause.

1178. Doit-alors considérer que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée emporte impossibilité de revendiquer ?

Cette disposition n'est pas passée inaperçue chez les commentateurs de la réforme. Pour le professeur SAIN-ALARY-HOUIN¹⁴⁶⁶, les revendications sont paralysées. Elles ne sauraient donc être possibles selon les principes du droit civil. En revanche, le professeur LE CORRE¹⁴⁶⁷ considère que le réservataire n'étant pas tenu à la déclaration des créances, il n'est donc pas soumis à la procédure de sauvegarde accélérée. Ainsi, il peut toujours revendiquer dans les conditions de droit commun. Quant au professeur CROCQ, il affirme que « faire obligation au créancier de revendiquer dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture aurait pour conséquence qu'il pourrait encore revendiquer une fois la procédure est clôturée, ce qui n'aurait guère de sens »¹⁴⁶⁸.

Nous sommes d'avis avec la première analyse qui voit dans les dispositions du nouvel article L. 628-1, alinéa 1^{er}, un moyen de priver le créancier du droit de revendiquer. La conséquence serait donc la neutralisation de l'efficacité de la réserve de propriété dans la sauvegarde accélérée. Le créancier privé du droit rendre son droit de propriété opposable, ne saurait alors bénéficier du régime de faveur traditionnellement reconnu aux revendiquants. La protection du créancier réservataire serait ainsi neutralisée dans la sauvegarde accélérée.

1179. À ce jour, rien n'est clair et l'interprétation des dispositions de l'article précité reste ouverte. Ainsi, rien ne nous permet de considérer que la neutralisation de la revendication vise avant tout à favoriser le sauvetage de l'entreprise. Mais dans tous les cas, la réforme de 2014 place les créanciers revendiquants dans une assez grande insécurité juridique, lorsqu'intervient une procédure de sauvegarde accélérée¹⁴⁶⁹.

1180. Somme toute, contrairement aux créanciers munis d'un droit de rétention fictif ou d'une fiducie-sûreté dont la protection est limitée dans certaines phases de la procédure, les titulaires d'un droit de rétention effectif ou d'une clause de réserve de propriété ne voient, à aucun moment de la

¹⁴⁶⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SPF à la PSA ! », *Rev. Proc. Coll.*, mars-avril 2014, n° 2, dossier 17, pp. 44 et s., sp. p. 46 ; V. aussi ; A. MARTIN-SERF, « Domaine d'application du régime des revendications de meubles. Exclusion dans la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée », *RTD com.* 2014, p. 415. L'auteur considère que la procédure de sauvegarde accélérée « produit effets sur les fournisseurs de biens et de service qui devront voter le plan. Leur situation est originale : même si une clause de réserve de propriété a été insérée dans le contrats, ils ne pourront revendiquer, mais ils auront le droit de participer au comité des fournisseurs ».

¹⁴⁶⁷ P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté. Dispositions générales », *D.* 2014, p. 733.

¹⁴⁶⁸ P. CROCQ, « Les incidences de la réforme du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés », *RLDC*, décembre 2014, n° 121, suppl., p. 20.

¹⁴⁶⁹ P. PAILLER, « Le sort des sûretés dans la nouvelles ordonnance de réforme du droit des procédures collectives du 12 mars 2014 », *RLDC*, mai 2014, n°115, p. 30 .

procédure, l'efficacité de leur sûreté neutralisée. La protection de ces créanciers est en effet admise dans toutes les procédures collectives.

Cependant, il arrive des situations où la protection dont bénéficient ces créanciers est subordonnée aux besoins de la procédure collective. En conséquence, même si cette idée se vérifie surtout pour le créancier rétenteur et dans une moindre mesure, pour le créancier réservataire, il n'en demeure pas moins que la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives est plus ou moins influencée par les objectifs du droit français des procédures collectives.

Conclusion du chapitre

1181. En définitive, il résulte que la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives, bien que réelle en droit français, demeure en partie subordonnée à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives. Par ailleurs, l'analyse que nous venons d'effectuer révèle certaines insuffisances du droit des procédures collectives. En effet, l'ordonnance du 18 décembre 2008, tout en étant l'expression d'un compromis entre les intérêts divergents, met en lumière les incohérences qui subsistent, notamment par rapport à l'objectif du sauvetage de l'entreprise.

1182. S'agissant du droit de rétention ; en tenant compte de l'augmentation potentielle du nombre de créanciers désormais concernés par l'inopposabilité, l'extension du droit de rétention fictif à tous les gagistes sans dépossession pourrait avoir un impact positif et non-négligeable sur le sauvetage de l'entreprise. Cependant, la limitation de la neutralisation au seul droit de rétention fictif conféré par l'article 2286, 4° du Code civil ruine finalement tous les espoirs d'un réel impact de cette neutralisation sur le sauvetage de l'entreprise. En outre, pourquoi la neutralisation ne s'applique-t-elle qu'au droit de rétention fictif conféré par l'article 2286-4° du Code civil, alors que les autres droits de rétention fictifs reposant sur des lois spéciales restent pleinement efficaces¹⁴⁷⁰, sans compter l'invincibilité du droit de rétention effectif¹⁴⁷¹ ? L'efficacité de ces droits de rétention, dans toutes les phases de la procédure, n'est-elle pas susceptible de compromettre l'objectif du sauvetage des entreprises ?

1183. S'agissant de la propriété envisagée comme une garantie ; pourquoi ne neutraliser que les effets de la fiducie sans dépossession, alors que la réserve de propriété tout comme les autres formes de fiducie, notamment la fiducie avec dépossession et la cession de créances par bordereau Dailly conservent leur pleine efficacité ? Là encore, l'efficacité de ces sûretés n'est-elle pas un frein

¹⁴⁷⁰ F. MACORIG-VENIER, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.* janvier-février 2009, n°1, dossier 9, p. 65. Pour ces auteurs, « Il aurait peut-être suffi de préciser que la faculté de retrait ne pouvait s'appliquer que lorsque le créancier avait le bien entre ses mains. ». Ainsi, « on peine à trouver la cohérence d'une règle prétendument destinée à favoriser la poursuite de l'activité et qui ne s'appliquerait pourtant qu'à certains créanciers ! ».

¹⁴⁷¹ P.-M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », art. préc., p. 2815.

au sauvetage de l'entreprise ? L'objectif du sauvetage ne se heurte-t-il pas finalement à la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives ?

1184. Quoi qu'il en soit, toutes ces interrogations nous amènent à rejoindre le point de vue du professeur D. LEGEAIS pour qui l'ordonnance du 18 décembre 2008 révèle l'échec de la réforme du droit des sûretés opérée en 2006¹⁴⁷². En effet, le législateur de 2008 aurait dû profiter de cette occasion pour harmoniser le sort des titulaires de sûretés réelles dans les procédures collectives¹⁴⁷³. En définitive, cette ordonnance est, à notre sens, une source d'incohérences du droit des procédures collectives, incohérences que le législateur de 2014, réformant à nouveau la matière, n'a d'ailleurs pas su corriger.

Nous achevons ainsi l'étude de l'influence des objectifs du droit français des procédures collectives sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives, examinons à présent la situation en droit OHADA.

¹⁴⁷² D. LEGEAIS, « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *LPA*, 11 février 2011, n°30, p. 27.

¹⁴⁷³ F.-X. LUCAS, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », art. préc., pp. 62-63.

CHAPITRE 2/ UNE PROTECTION FAIBLEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT OHADA DES PROCÉDURES COLLECTIVES

1185. À l'instar du droit français, le droit OHADA des procédures collectives poursuit des objectifs importants, à savoir : le sauvetage des entreprises en difficulté, l'apurement du passif, auxquels s'ajoute la sanction du débiteur malhonnête.

Cependant, si jusqu'à la réforme de l'AUPC intervenue en septembre 2015, le législateur communautaire africain faisait de l'apurement du passif l'objectif prioritaire du droit des procédures collectives, la situation a évolué depuis l'entrée en vigueur du nouvel AUPC. Désormais, le législateur OHADA semble, en donnant la priorité au sauvetage des entreprises en difficulté¹⁴⁷⁴, se rallier à son homologue français.

1186. Quoi qu'il en soit, l'objet de ce chapitre est de voir l'influence de ces objectifs sur la protection dont bénéficient les créanciers munis des sûretés réelles exclusives. Autrement dit, les objectifs assignés par le législateur au droit des procédures collectives influencent-ils la protection de ces créanciers ? La protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives est-elle, comme en droit français, subordonnée aux objectifs du droit des procédures collectives, et notamment au sauvetage des entreprises en difficultés ? Ou bien, le législateur africain s'est-il, sur cette question, démarqué de son homologue français ?

La réponse à ces différentes interrogations suscite, au préalable, quelques remarques.

1187. D'abord, il convient d'observer que l'apurement du passif, longtemps resté l'objectif prioritaire, n'a à aucun moment influencé la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives. En effet, dans l'ancien AUPC de 1998, il n'existait pas de situation où les effets des sûretés réelles exclusives étaient neutralisés pour faciliter ou permettre un meilleur apurement du passif.

Cette situation pouvait se comprendre en raison du décalage entre le nouvel AUS et l'ancien AUPC. Avec la réforme, la situation n'a pas beaucoup évolué. Même si l'objectif de sauvetage des entreprises en difficulté semble désormais occuper la première place, il reste encore difficile de percevoir son impact sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives.

1188. Ensuite, il est vrai qu'avec la réforme de l'AUPC, le législateur communautaire africain a fait un effort dans la prise en compte des modifications apportées dans l'AUS. À titre illustratif, on peut citer la modification des articles 166 et 167 de l'AUPC relatifs à l'ordre de paiement des

¹⁴⁷⁴ Art. 1^{er} de l'AUPC ; V. aussi dossier sur la modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253, pp. 30 et s.

créanciers sur le produit provenant de la réalisation des biens. En effet, l'article 167 relatif à la répartition des deniers provenant de la vente de biens meubles exclut clairement les bénéficiaires d'un droit de rétention et les titulaires d'un droit exclusif au paiement de ladite répartition. De même, l'article 68, 5° de l'AUPC portant sur les inopposabilités de droit de la période suspecte ne contient plus une énumération des sûretés réelles, mais vise d'une manière générale « *toute sûreté réelle conventionnelle constituée à titre de garantie d'une dette antérieurement contractée* ». Il en résulte que même les sûretés réelles exclusives peuvent désormais être appréhendées par les sanctions de la période suspecte. Par ailleurs, l'article 18 relatif aux effets du concordat préventif énumère désormais la liste des créanciers munis de sûreté dont la garantie n'est pas perdue¹⁴⁷⁵ du fait de l'homologation du concordat, alors que l'ancien texte se contentait de viser de manière générale les créanciers munis de sûretés réelles¹⁴⁷⁶.

1189. Aussi, à plusieurs égards, le traitement dont bénéficient les créanciers munis de sûretés réelles exclusives semble être le même que celui réservé à tous les créanciers munis de sûretés réelles. En effet, dans de nombreuses dispositions encore, le législateur communautaire africain se contente de viser les sûretés réelles sans aucune distinction. On peut citer les articles 119¹⁴⁷⁷, 121¹⁴⁷⁸, 123¹⁴⁷⁹ et 134¹⁴⁸⁰ de l'AUPC. Ainsi, malgré les différentes réformes du droit des sûretés et du droit des procédures collectives, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, placés dans une situation relativement confortable en droit français, ne bénéficient, en droit OHADA des procédures collectives, que rarement d'une protection qui leur est spécialement consacrée.

1190. Enfin – situation assez étrange – dans l'AUPC, il n'existe aucune disposition relative au transfert fiduciaire de somme d'argent. Si cette absence de réglementation se justifiait sous l'empire de l'ancien AUPC, aujourd'hui la situation nous paraît difficilement explicable, puisque le transfert fiduciaire a été consacré comme sûreté réelle dans le nouvel AUS. Disons que le législateur

¹⁴⁷⁵ Art. 18, al. 2 de l'AUPC « Les créanciers munis d'un privilège général, d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, ne perdent pas leurs garanties. Toutefois, ils ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat préventif auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé ».

¹⁴⁷⁶ Art. 18, al. 2 de l'ancien AUPC. « Les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat préventif auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé ».

¹⁴⁷⁷ Art. 119, al. 3 de l'AUPC : « En outre, le greffier avertit immédiatement les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale d'avoir à faire connaître, au plus tard à l'expiration du délai prévu par l'article 88 ci-dessus, s'ils acceptent ces propositions concordataires ou entendent accorder des délais et des remises différents de ceux proposés et lesquels ».

¹⁴⁷⁸ Art. 121, al. 1^{er} de l'AUPC : « Les créanciers dont la créance est garantie par une sûreté réelle spéciale ou un privilège général conservent le bénéfice de leur sûreté, qu'ils aient ou non souscrit à la déclaration prévue à l'article 120 ci-dessus et quelle que soit la teneur de cette déclaration, sauf disposition contraire du présent Acte uniforme ou renonciation expresse de leur part à leur sûreté ».

¹⁴⁷⁹ Art. 123, al. 3 de l'AUPC : « Le créancier dont seulement la sûreté réelle, quelle qu'elle soit, est contestée, est admis dans les délibérations à titre chirographaire ».

¹⁴⁸⁰ Art. 134, al. 2 de l'AUPC : « Toutefois, les créanciers bénéficiant de sûretés réelles spéciales ne sont obligés que par les délais et remises particuliers consentis par eux ; si le concordat comporte des délais n'excédent pas deux ans, ceux-ci peuvent leur être opposés si les délais par eux consentis sont inférieurs » ;

Art. 134, al. 4 de l'AUPC : « Les créanciers munis de sûretés réelles ne pas perdent leurs garanties mais ne peuvent les réaliser qu'en cas de d'annulation ou de résolution du concordat de redressement auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé, sans préjudice de leur droit d'agir contre un tiers afin de préserver droits ».

OHADA se montre prudent face à cette nouvelle sûreté dont les débuts sont lents, même en droit français.

1191. En définitive, contrairement au droit français où les objectifs du droit des procédures collectives, et notamment le sauvetage des entreprises influencent clairement la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives, en droit OHADA, la réalité est tout autre. Cette influence est encore très faible.

Compte tenu de tous ces éléments, le schéma de protection des sûretés réelles exclusives au regard des objectifs du droit OHADA des procédures collectives ne saurait être le même qu'en droit français. Ainsi, à la différence de ce qui a été fait dans le chapitre précédent, il ne peut ici avoir une section consacrée à l'impact de l'objectif de sauvetage sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives.

1192. Cependant, dans l'AUPC, on peut quand même trouver quelques dispositions spécifiques aux sûretés réelles exclusives. Cette situation permet de s'interroger sur l'influence des objectifs du droit des procédures collectives quant à la protection des créanciers. Toutefois, l'absence des dispositions relatives au transfert fiduciaire de somme d'argent nous amène à axer nos développements sur la protection du créancier réservataire et rétenteur

1193. Nous verrons que, contrairement au droit français, les objectifs du droit de procédures collectives n'influencent pas véritablement la protection des titulaires de sûretés réelles exclusives en droit OHADA. Cette situation se vérifie surtout pour le créancier rétenteur (section 1). En revanche, s'agissant du réservataire, on peut, compte tenu de certains éléments, considérer que l'influence est déjà un peu plus marquée (section 2).

Section 1 / La protection du créancier rétenteur à peine influencée par les objectifs du droit des procédures collectives

1194. Le droit de rétention est la faculté reconnue par la loi à un créancier de retenir un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement du prix de sa créance. Dans la mesure où rien ne peut contraindre le créancier à se dessaisir du bien tant qu'il n'est pas complètement désintéressé, le droit de rétention demeure, en dépit de l'ouverture d'une procédure collective, par principe efficace.

1195. Cependant, contrairement au législateur français qui consacre la technique du retrait contre paiement dans l'ensemble des procédures collectives et fait de cette technique le moyen permettant de garantir efficacement la protection du créancier rétenteur¹⁴⁸¹, le législateur communautaire africain ne consacre pas explicitement la possibilité d'un retrait contre paiement dans l'ensemble des procédures collectives.

¹⁴⁸¹ Cf. titre 2 de la première partie de cette étude.

À la lecture des dispositions de l'AUPC, aucun article ne prévoit la possibilité d'un retrait contre paiement dans les procédures de règlement préventif ou de redressement judiciaire. Toutefois, cette possibilité est envisagée dans la procédure de liquidation des biens. L'alinéa 1^{er} de l'article 149 de l'AUPC, précise que « *Le syndic, autorisé par le juge-commissaire peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage, le nantissement ou le droit de rétention conventionnel constitué sur un bien du débiteur* ». Plus que l'admission d'une exception au principe interdisant le paiement des créances antérieures, le texte renvoie surtout à l'idée d'un retrait contre paiement au profit du créancier gagiste, nanti, ou rétenteur. Il autorise en effet le syndic à retirer un bien en contrepartie du remboursement de la dette du créancier.

1196. Par ailleurs, le droit français prévoit qu'en cas de réalisation du bien au cours de la procédure de liquidation judiciaire, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente. Ce mécanisme est un autre moyen qui permet de garantir la protection du créancier rétenteur dans la procédure de liquidation. Là encore, le droit OHADA se distingue du droit français, puisqu'il n'existe pas dans l'AUPC un mécanisme similaire à celui du report du droit de rétention sur le prix en cas de réalisation du bien grevé.

1197. Ainsi, dans un premier temps, nous verrons la protection du créancier rétenteur dans la liquidation des biens (paragraphe 1), avant d'analyser, dans un second temps, les conséquences inhérentes à l'absence de retrait contre paiement dans les procédures de sauvetage de l'entreprise, en l'occurrence le règlement préventif et le redressement judiciaire (paragraphe 2).

Paragraphe 1/ La protection du créancier rétenteur dans la liquidation des biens

1198. En droit OHADA, la protection du créancier rétenteur est, dans la liquidation des biens, assurée par la technique du retrait contre paiement. Les dispositions de l'article 149, alinéa 1^{er}, de l'AUPC traduisent en effet le bénéfice au profit du créancier rétenteur du mécanisme du retrait contre paiement.

À ce stade, il ne s'agit plus d'étudier les conditions du retrait contre paiement¹⁴⁸². Il s'agit, en revanche, de chercher quelle pourrait être la justification de ce mécanisme au regard des objectifs du droit des procédures collectives. Comme en droit français, le retrait contre paiement favorise-t-il en droit OHADA la réalisation de ces objectifs ? Profite-t-il d'abord à la masse des créanciers¹⁴⁸³, ou est-il simplement, comme en droit commun, un outil au service du créancier rétenteur ? Par ailleurs, en référence au droit français, l'absence d'un mécanisme de report du droit de rétention sur le prix, en cas de vente du bien grevé, ne nous laisse pas indifférent.

¹⁴⁸² Cf. ns° 445 et s.

¹⁴⁸³ En droit français, la masse des créanciers ayant été supprimée, on parle de l'intérêt de la procédure collective.

1199. Ainsi, nous tenterons de déterminer la justification du retrait contre paiement dans la liquidation des biens (A), puis nous examinerons les conséquences de l'absence du report du droit de rétention sur le prix de vente (B).

A- La justification du retrait contre paiement : l'hypothèse d'une protection encadrée par les objectifs du droit des procédures collectives

1200. Il résulte des dispositions de l'article 149, alinéa 1^{er}, de l'AUPC que le retrait contre paiement réalisé par le syndic sur autorisation du juge-commissaire doit être effectué dans l'intérêt de la masse et non dans celui du créancier rétenteur. Ainsi, le juge-commissaire ne peut autoriser le syndic à procéder au paiement d'une créance antérieure en contrepartie du retrait du bien qu'après avoir apprécié l'opportunité de ce retrait pour la masse des créanciers, c'est-à-dire pour les créanciers antérieurs dont la créance est née régulièrement avant le jugement d'ouverture.

1201. Pour que le retrait du bien profite à la masse des créanciers, le juge-commissaire doit s'assurer que le montant de la dette du créancier est inférieur à la valeur du bien à retirer, de sorte que la vente dudit bien permette un meilleur désintéressement du reste des créanciers qui forment la masse. Le retrait doit donc présenter un réel intérêt pour les autres créanciers de la masse. Tel sera par exemple le cas lorsque le retrait est effectué pour inclure le bien dans une cession d'actifs¹⁴⁸⁴.

À notre avis, la seule justification au retrait contre paiement en liquidation des biens réside dans la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette. Lorsque cette différence est considérable, le juge-commissaire a tout intérêt à donner son approbation pour le retrait contre paiement mais, dans le cas contraire, l'autorisation devrait être refusée au syndic.

1202. En somme, même si le retrait contre paiement permet au créancier rétenteur d'obtenir le paiement exceptionnel de sa créance, et cela, en dépit de la règle de l'interdiction des paiements des créances, le créancier ne fait en réalité que subir ce paiement puisque celui-ci n'est pas à son initiative. Le retrait contre paiement intervient pour éviter la situation de paralysie pouvant résulter de la rétention du bien.

1203. Comme en droit français, on peut voir dans la technique du retrait contre paiement un outil au service de l'entreprise en difficulté, puisque le retrait s'effectue au profit de la masse des créanciers. Or, pour la doctrine française, la masse n'est rien que l'ancienne appellation de la procédure collective¹⁴⁸⁵. Dans cette hypothèse, le traitement de faveur dont va bénéficier le créancier rétenteur est conditionné par la réalisation des objectifs du droit des procédures

¹⁴⁸⁴ J.-C. JAMES, « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », art. préc., 1112, n° 36.

¹⁴⁸⁵ V. not. M. CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », in *Mél. Ch. GAVALDA*, Dalloz 2001, p. 69 ; V. aussi P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, n° 813.73; L'auteur voit dans la procédure collective la personnification de la masse des créanciers.

collectives. Il devient alors possible d'affirmer que les objectifs du droit des procédures collectives influencent quelque peu la protection du créancier rétenteur.

Cependant, l'absence du mécanisme de report du droit de rétention sur le prix de vente pourrait bien atténuer cette affirmation.

B- La justification de l'absence du report du droit de rétention sur le prix de vente

1204. En droit français, dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, la protection du créancier rétenteur est également assurée par le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix de vente¹⁴⁸⁶. En droit OHADA, l'alinéa 2 de l'article 149 de l'AUPC précise que « *Si, dans le délai de trois mois suivant la décision prononçant la liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou du nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic* ». À l'analyse de ces dispositions, quelques remarques doivent être faites.

D'abord, il en ressort que le syndic peut, dans les trois mois qui suivent la décision de liquidation des biens, soit retirer le bien gagé ou nanti en contrepartie du paiement du créancier (retrait contre paiement), soit encore procéder à la réalisation forcée dudit bien. Contrairement au législateur français, le législateur communautaire africain ne prévoit pas que, dans cette dernière hypothèse, le droit de rétention se reporte le prix de vente.

Ensuite, à l'instar de l'article L. 642-20 du Code de commerce¹⁴⁸⁷, le texte prévoit que si dans les trois mois qui suivent la liquidation des biens, le syndic n'a procédé ni au retrait contre paiement, ni à la réalisation forcée du bien, le créancier gagiste ou nanti retrouve son droit de poursuite individuelle. Ainsi, en cas d'inertie du syndic, le créancier qui retrouve son droit d'agir, trois mois après l'ouverture d'une procédure de liquidation, peut procéder à la réalisation forcée du bien grevé, soit en vendant le bien, soit en sollicitant son attribution judiciaire. Là encore, le législateur communautaire africain ne prévoit pas, au profit du créancier rétenteur qu'il ne mentionne d'ailleurs pas dans le texte, la possibilité d'un report du droit de rétention sur le prix de vente du bien.

1205. Avant la réforme de l'AUPC, la réalisation du bien par le créancier lui-même ou par le syndic, sans report du droit de rétention sur le prix, pouvait se justifier au regard des dispositions de l'article 43 de l'ancien AUS. En effet, dans certaines circonstances, le législateur conférait au créancier rétenteur un droit de préférence. Le texte prévoyait que « *Si le créancier ne reçoit ni sûreté, ni paiement, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose,*

¹⁴⁸⁶ Art. L. 642-20- I, al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁴⁸⁷ En droit français, le délai est de six mois après le jugement de liquidation judiciaire.

exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage ». La solution du législateur communautaire africain se comprenait donc aisément. En effet, comme l'avait très justement fait remarquer un auteur¹⁴⁸⁸, le droit de rétention est dans l'AUPC assimilé au gage. Cette assimilation qui résultait de l'ancien article 43 de l'AUS pouvait ainsi expliquer l'absence de référence au droit de rétention dans l'ensemble de l'AUPC. À l'image du créancier gagiste, le créancier rétenteur bénéficiait, en cas de réalisation forcée du bien grevé, d'un droit de préférence¹⁴⁸⁹. Aussi, pour sortir de sa passivité, le créancier pouvait, comme en matière de gage, demander la réalisation forcée du bien retenu. Dans cette situation, le créancier bénéficiait d'un paiement non pas exclusif mais préférentiel qui tenait compte de son rang¹⁴⁹⁰.

L'assimilation du droit de rétention au gage qui avait été consacrée par le droit des sûretés dénaturait¹⁴⁹¹ donc profondément le droit de rétention ; bien plus, elle affaiblissait l'efficacité de cette sûreté¹⁴⁹² dans le cadre d'une procédure collective.

1206. Cependant, malgré la réforme, la situation reste inchangée. En effet, même si le droit de rétention fait son entrée parmi les sûretés expressément énumérées à l'alinéa 1^{er} de l'article 149 de l'AUPC, de sorte que le créancier rétenteur pourra désormais se prévaloir de la technique du retrait contre paiement, l'alinéa 2 du même article n'a en revanche pas été modifié. Le législateur communautaire africain n'envisage toujours pas le report du droit de rétention sur le prix de vente en cas de réalisation du bien grevé au cours de la liquidation. Cette situation pourrait remettre en cause l'intérêt du retrait contre paiement.

1207. À l'analyse du contenu de l'article 149, il ressort que le retrait contre paiement n'est qu'une option. De ce fait, lorsque le débiteur n'a pas les fonds nécessaires pour désintéresser le créancier, il peut toujours procéder à la réalisation du bien, sans que le créancier puisse s'y opposer. Quel intérêt le débiteur aura-t-il donc à payer le créancier s'il peut procéder en toute quiétude à la réalisation du bien grevé, sans que le créancier rétenteur puisse voir son droit de rétention reporté sur le prix de réalisation ? Cette situation pourrait donc justifier l'absence d'un mécanisme de report du droit de rétention sur le prix de vente.

¹⁴⁸⁸ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 282 ; V. aussi, G. JOGUE, « Le droit de rétention conventionnel, Etude de droit français et de droit OHADA », *Revue de la recherche juridique Droit Prospectif*, avril 2007, n° 38, p. 1791.

¹⁴⁸⁹ Sur l'analyse du droit de préférence du créancier rétenteur, V. A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention commue sûreté en droit uniforme (O.H.A.D.A.) », art. préc., pp. 328- 329; Z. ZERBO, « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative », art. préc., pp. 134 - 135.

¹⁴⁹⁰ L'ordre de répartition du prix de la vente se fait conformément aux dispositions de l'article 167 s'il s'agit d'un immeuble ou de l'article 166 s'il s'agit d'un bien mobilier. Du fait de l'assimilation du droit de rétention au gage, le créancier rétenteur au même rang que le créancier gagiste (le 4^e rang).

¹⁴⁹¹ L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L.-J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTTE, sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, op. cit., n° 200.

¹⁴⁹² A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention commue sûreté en droit uniforme (O.H.A.D.A.) », art. préc. p. 316; J.-C. OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », art. préc., p. 87.

1208. En tout état de cause, cette solution qui nous paraît, de prime abord, incompréhensible pourrait tout de même se justifier par les dispositions de l'AUS. Le législateur réhabilite, en supprimant le bénéfice d'un droit de préférence au profit du créancier rétenteur, le droit de rétention ; bien plus, il revalorise la situation du créancier rétenteur. À l'instar du droit français, l'efficacité du droit de rétention réside désormais, en droit communautaire africain, dans la force d'inertie du créancier. Le rétenteur doit se contenter de retenir le bien jusqu'au complet paiement de sa créance. Logiquement, la réalisation forcée du bien retenu par le syndic ne devrait plus être possible, sauf à payer préalablement le créancier ou à reporter son droit de rétention sur le prix de vente, comme cela est prévu en droit commun. En effet, l'article 70 de l'AUS qui permet au créancier lui-même de réaliser le bien sous certaines conditions, prévoit par ailleurs la possibilité d'un report du droit de rétention sur le prix de vente¹⁴⁹³.

Le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix n'étant pas prévu dans l'AUPC, nous n'allons pas, au regard des objectifs du droit des procédures collectives, comme en droit français, rechercher des justifications à ce mécanisme.

1209. En définitive, le retrait contre paiement demeure, malgré la réforme de l'AUPC, le seul moyen de protection du créancier rétenteur expressément consacré par le droit OHADA des procédures collectives. Aussi, la possibilité d'un retrait contre paiement n'étant envisagée qu'en liquidation, le texte de l'article 149 n'exige pas que le retrait soit justifié par la poursuite de l'activité. Cette solution est tout à fait logique puisque la procédure liquidative suppose qu'il n'y ait plus d'activité à poursuivre ou à préserver, sauf dans l'hypothèse où une cession est envisagée.

1210. Toutefois, l'absence de retrait contre paiement dans les procédures de sauvetage de l'entreprise ne manque pas d'attirer notre attention. Il convient dès à présent d'examiner les conséquences d'une telle situation au regard des objectifs du droit des procédures collectives.

Paragraphe 2/ La protection du créancier rétenteur dans les procédures de continuation de l'entreprise

Une brève présentation de la situation (A) précèdera l'analyse des conséquences inhérentes à cette situation (B).

A- Le constat de l'absence du mécanisme du retrait contre paiement

1211. À la lecture de l'AUPC, un constat s'impose : le législateur communautaire africain n'envisage pas, à la différence du législateur français, la possibilité d'un retrait contre paiement dans

¹⁴⁹³ Art. 70, al. 2 de l'AUS : « Par dérogation à l'alinéa précédent, il (le créancier) peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention de reporte sur le prix de vente qui doit être consigné ».

les procédures de sauvetage de l'entreprise. En conséquence, peu important que le bien retenu soit utile à la poursuite de l'activité, le syndic, autorisé par le juge-commissaire, ne peut, sur la base d'une disposition législative¹⁴⁹⁴, procéder au paiement du créancier rétenteur pour retirer le bien de l'emprise de ce dernier.

À l'évidence, cette situation présente des conséquences qu'il convient ici d'analyser.

B- Les conséquences inhérentes à l'absence de retrait contre paiement dans les procédures de continuation

1212. Compte tenu de la nature du droit de rétention, seul le paiement de la créance permet d'éteindre le droit du créancier. Rien ne peut en effet contraindre le rétenteur à se dessaisir du bien tant qu'il n'est pas totalement désintéressé. En l'absence de paiement, le créancier est contraint de demeurer dans une situation passive.

1213. Or, cette passivité présente un risque de paralysie pour l'entreprise, notamment lorsque le bien retenu se révèle utile pour la poursuite de l'activité.

L'absence de retrait contre paiement prive le débiteur de la possibilité d'obtenir la restitution d'un bien nécessaire à la poursuite de l'activité. Le vide juridique constaté pourrait donc compromettre le sauvetage de l'entreprise.

1214. Au demeurant, il devient possible de considérer que l'efficacité du droit de rétention dans les procédures collectives et, par voie de conséquence, la protection du créancier rétenteur, du moins dans l'hypothèse d'une procédure de sauvetage, n'est pas subordonnée aux objectifs des procédures collectives. L'efficacité du droit de rétention est, au contraire, susceptible de compromettre le sauvetage de l'entreprise défaillante. La protection du créancier rétenteur supprime donc les objectifs du droit des procédures collectives.

1215. Cette analyse pouvait cependant être relativisée sous l'empire de l'ancien AUS. Un auteur¹⁴⁹⁵ avait considéré que le fait pour le législateur communautaire de prévoir un mécanisme de substitution de garantie s'imposant au créancier rétenteur constituait le moyen de limiter l'efficacité du droit de rétention, mais aussi de maintenir l'équilibre entre les différents intérêts en cause. En effet, l'article 42, alinéa 3, de l'ancien AUS disposait que « *Le créancier doit renoncer au droit de rétention si le débiteur lui fournit une sûreté équivalente* ». Le créancier étant donc tenu de renoncer à la rétention du bien détenu, le débiteur pouvait obtenir la restitution d'un bien utile en contrepartie de l'octroi au créancier rétenteur d'une sûreté de substitution équivalente¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹⁴ Sauf à se référer au droit français. En effet l'article L. 622-7, II, al. 2, précise que le juge-commissaire peut autoriser le paiement de créances antérieures pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité.

¹⁴⁹⁵ A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (O.H.A.D.A.) », art. préc., p. 319.

¹⁴⁹⁶ *Ibid*, p. 320 et s; J.-C. OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », art. préc., p. 86 et s.

1216. De cette manière, le législateur avait anticipé en évitant la situation de paralysie qui pouvait résulter de la rétention du bien par le rétenteur¹⁴⁹⁷. L'existence d'un mécanisme de substitution de garantie venait ainsi pallier l'absence du retrait contre paiement. Ce mécanisme pouvait donc s'analyser comme le retrait contre paiement français, à la grande différence que le créancier n'obtient pas le paiement immédiat de sa créance, mais une nouvelle sûreté équivalente, avec tous les risques que cela comporte¹⁴⁹⁸.

Même si la substitution de garantie n'était prévue qu'en droit commun des sûretés, rien n'empêchait cependant de l'appliquer au droit des procédures collectives. L'analyse faite par Monsieur ADJITA pouvait donc également s'appliquer, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective.

1217. Par ailleurs, nous pensons que l'ancienne assimilation du droit de rétention au gage pouvait également justifier l'absence d'hypothèse de retrait contre paiement dans les procédures de continuation. Comme dans la liquidation des biens (article 149, alinéa 2), dès lors que le bien retenu se révèle utile, il pouvait être retiré de l'emprise du créancier sans au préalable désintéresser ce dernier. En cas de vente du bien, le créancier devait se contenter d'exercer son droit de préférence sur la quote-part du prix correspondant au montant de sa créance.

En revanche, dans l'hypothèse où le bien retiré n'était pas vendu et que son utilité résultait de son utilisation matérielle, l'analyse de Monsieur ADJITA, précédemment développée, pouvait alors à s'appliquer. Pour retirer un bien nécessaire à la poursuite de l'activité, le débiteur devait, en contrepartie de la restitution du bien, octroyer au créancier rétenteur une sûreté de substitution équivalente.

1218. Dans tous les cas, la dénaturation du droit de rétention par le législateur communautaire africain avait des conséquences néfastes pour le créancier rétenteur qui ne pouvait se prévaloir du retrait contre paiement, mécanisme qui assure efficacement sa protection.

1219. Avec la réforme de l'AUS en 2010, le législateur communautaire africain a redonné au droit de rétention ses lettres de noblesse¹⁴⁹⁹. Désormais, l'efficacité du droit de rétention réside dans la passivité du créancier rétenteur. Le droit de rétention n'étant plus assimilé au gage, les solutions précédemment avancées ne devraient plus pouvoir s'appliquer. Seul le retrait contre paiement devrait éteindre le droit de rétention.

1220. Toutefois, malgré la réforme de l'AUPC, le législateur OHADA n'envisage toujours pas la possibilité d'un retrait contre paiement dans les procédures de sauvetage. Nous ne pouvons que manifester notre incompréhension face à cette situation. En effet, à l'instar de son homologue français, le législateur OHADA semble désormais accorder une place de choix au sauvetage des

¹⁴⁹⁷ A. AKRAWATI WHAMSIDINE, « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (O.H.A.D.A.) », art. préc., p. 324.

¹⁴⁹⁸ Sur l'étude de la substitution de garantie, cf. première partie de cette étude.

¹⁴⁹⁹ Art. 67 à 70 de l'AUS.

entreprises. Or, il paraît contradictoire de prôner le sauvetage des entreprises, d'une part, et de consacrer l'efficacité absolue du droit de rétention, d'autre part.

Comme en droit français, il aurait fallu trouver des moyens qui favorisent le sauvetage de l'entreprise tout en respectant les droits du créancier rétenteur.

1221. En définitive, compte tenu du vide juridique, on pourrait considérer qu'en l'état actuel du droit OHADA, la protection du créancier rétenteur, du moins dans les procédures de sauvetage, n'est pas influencée par les objectifs du droit des procédures collectives. La nature du droit de rétention permet cependant de penser que, dans l'hypothèse où un bien retenu serait utile pour la poursuite de l'activité, à l'image de ce qui est prévu pour la liquidation judiciaire, le syndic, autorisé du juge-commissaire, devrait pouvoir faire usage de la technique du retrait contre paiement pour éviter les risques pouvant naître de la rétention d'un bien utile.

1222. Ainsi s'achève l'examen de la protection du créancier rétenteur au regard des objectifs du droit des procédures collectives. Il en ressort que la protection du créancier rétenteur n'est que faiblement influencée par les enjeux des procédures collectives.

Peut-on faire le même constat pour le créancier réservataire ?

Section 2/ La protection du créancier réservataire moyennement influencée par les objectifs du droit OHADA des procédures collectives

1223. Comme le législateur français¹⁵⁰⁰, le législateur OHADA consacre, en cas d'ouverture d'une procédure collective, l'efficacité de la clause de réserve de propriété. Aussi, il ressort des dispositions de l'article 103, alinéa 3, de l'AUPC que les marchandises et objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété peuvent, sous certaines conditions, être revendiqués. La revendication assure donc l'efficacité de la réserve de propriété et, partant, l'opposabilité du droit de propriété laquelle garantit la protection du créancier réservataire.

1224. Bien avant que la clause de réserve de propriété ne soit considérée comme une véritable sûreté, son efficacité avait été consacrée en droit OHADA. En effet, dans l'ancien AUPC¹⁵⁰¹, le législateur communautaire africain avait déjà admis l'hypothèse d'une revendication des biens meubles vendus sous réserve de propriété. Cette solution est maintenue après la réforme.

1225. Cependant, sous l'empire de l'ancien AUPC, seule la revendication assurait l'opposabilité de la clause de réserve de propriété. Contrairement au droit français, le législateur communautaire africain n'avait pas envisagé l'hypothèse d'une dispense de revendication pour les

¹⁵⁰⁰ Loi du 12 mai 1980 qui a consacré l'efficacité de la réserve de propriété en cas de défaillance du débiteur.

¹⁵⁰¹ Article 103 de l'ancien AUPC.

titulaires de contrats publiés. La publicité de la clause ne dispensait donc pas le créancier réservataire d'avoir à revendiquer ; bien au contraire, c'était une condition requise pour la revendication¹⁵⁰². Dès lors que le créancier avait revendiqué, son droit de propriété devenait opposable à la masse des créanciers.

1226. Avec la réforme, les choses se compliquent. D'une part, l'article 101-3, alinéa 1^{er}, de l'AUPC précise que « *Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité* » et, d'autre part, l'alinéa 3 de l'article 103 du même Acte uniforme prévoit que « *peuvent être revendiqués les marchandises et objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété, selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». Il résulte des dispositions de ce dernier texte que pour revendiquer des biens et objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété, la clause qui s'y rapporte doit respecter les conditions posées par le droit commun des sûretés. Or, selon les dispositions de l'article 74 de l'AUS, la réserve de propriété n'est opposable aux tiers que si elle a été régulièrement publiée au Registre de Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). La publicité de la clause est donc exigée, à peine d'opposabilité. À la différence du droit français, la publicité de la réserve de propriété est obligatoire en droit OHADA¹⁵⁰³.

1227. La clause de réserve de propriété devant obligatoirement être publiée, le créancier réservataire devrait, en application de l'article 101-3 précité, être dispensé d'avoir à revendiquer. À première vue, les dispositions des articles 101-3, alinéa 1^{er} et 103, alinéa 3 de l'AUPC semblent donc contradictoires.

Quoi qu'il en soit, à ce jour, le législateur communautaire africain envisage toujours la possibilité de revendiquer des biens mobiliers faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété. On peut alors considérer que la protection du créancier réservataire est désormais garantie soit par la revendication, soit par la publicité de la clause qui permet au créancier de faire une simple demande en restitution.

1228. À ce stade, il nous faut analyser les contours de cette protection au regard des objectifs du droit des procédures collectives. La question qui se pose est donc de savoir si la protection dont bénéficie le créancier réservataire est maintenue au mépris des finalités du droit des procédures collectives ? Ou bien si elle est admise dans le but de favoriser la réalisation de ces objectifs ?

1229. Nous verrons que, comme en droit français, la protection du créancier réservataire repose sur la réussite des actions en revendication ou restitution. En effet, dès lors que

¹⁵⁰² Art. 103, al. 2 de l'ancien AUPC : « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier* ».

¹⁵⁰³ P. CORCQ, « Des créanciers et des cocontractants mieux protégés », in dossier sur la modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253, p. 59 et s., sp. p. 63.

l'opposabilité de la clause est assurée soit par sa publicité, soit par l'exercice d'une action en revendication, le créancier peut, en principe, solliciter la restitution du bien à tout moment de la procédure, et cela, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective. Dans cette hypothèse, la protection du créancier réservataire est susceptible de compromettre la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives, notamment le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

1230. Cependant, pour faire obstacle à la revendication, le législateur communautaire africain permet, à l'instar de son homologue français, au syndic de payer le créancier avant la restitution du bien mobilier objet de la clause. En effet, l'alinéa 4 de l'article 103 de l'AUPC précise que *« Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic après autorisation du juge-commissaire »*. Dans ce cas, le traitement de faveur dont va bénéficier le créancier réservataire dépend, en principe, de la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives, et non du créancier lui-même. La protection du créancier est donc quelque peu influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.

1231. Le schéma de protection du créancier réservataire africain étant identique à celui du réservataire français, nous adopterons la même démarche que celle du précédent chapitre. Ainsi, s'il faut admettre que la protection du créancier réservataire est assurée par la revendication ou la restitution (Paragraphe 1), force est de constater que le législateur communautaire africain, en donnant au syndic la possibilité de faire obstacle à la revendication par le paiement de la créance, soumet quelque peu cette protection aux besoins l'entreprise en difficulté (Paragraphe 2).

Paragraphe1/ Une protection assurée par la revendication ou la restitution

1232. La protection du créancier réservataire dépend de l'opposabilité de son droit de propriété. Ainsi, sous réserve de la contradiction, ci-dessus relevée, entre les articles 101-3 et 103, alinéa 3, de l'AUPC, le créancier réservataire qui souhaite mettre en œuvre sa protection doit, à défaut de publicité du contrat, procéder à la revendication des biens mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété.

La protection du réservataire est donc assurée soit par la publicité du contrat, soit par la revendication. Lorsque le contrat a été publié, le créancier est dispensé de revendication. Il peut alors réclamer la restitution du bien à tout moment. En revanche, en l'absence de dispense, le créancier doit procéder à la revendication.

1233. À l'instar du législateur français, le législateur communautaire africain a allégé les conditions de la demande en restitution, tandis que la revendication reste soumise à des conditions d'exercice rigoureuses. En conséquence, seule la revendication retiendra ici notre attention.

1234. Sans revenir sur le régime de l'action en revendication et sur la protection du créancier réservataire dans les procédures collectives, la question qui se pose ici est celle de la justification de la revendication au regard des objectifs du droit OHADA des procédures collectives. À qui profite réellement la revendication ? Profite-t-elle au créancier réservataire ou est-elle en revanche au service du débiteur ? La revendication vise-t-elle prioritairement à favoriser la protection du créancier ou la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives ?

1235. Comme en droit français, les conditions posées pour la revendication peuvent, dans une certaine mesure, s'analyser comme des pièges posés pour les revendiquants, dans le but de réduire au maximum les revendications et d'empêcher les remises de biens à leurs véritables propriétaires. Vue sous cet angle, la revendication serait plutôt une arme au service de l'entreprise en difficulté, donc du droit des procédures collective (A).

Toutefois, au-delà des conditions strictes qui entourent la revendication, il n'en demeure pas moins que celle-ci reste néanmoins une mesure essentielle de la protection du créancier réservataire, même si avec la récente réforme de l'AUPC, l'importance de la revendication pourrait bien être mise à mal (B).

A- La revendication : une arme au service de l'entreprise en difficulté

1236. Les conditions posées pour la revendication peuvent aussi, en droit OHADA, être perçues comme des freins à la réussite de cette action.

Il convient d'observer que jusqu'à la récente réforme de l'AUPC, le législateur communautaire africain se démarquait par sa rigueur. En effet, en plus des conditions communes aux deux législations, le créancier réservataire africain devait se soumettre à d'autres conditions qui n'existaient plus en droit français. Celles-ci pouvaient alors être perçues comme des obstacles supplémentaires à la revendication.

Avec la réforme, la situation change. Le législateur OHADA a repris, presque à l'identique, le régime de la revendication du droit français.

1237. Compte tenu du caractère récent de la réforme de l'AUPC, il semble opportun, dans un premier temps, de rappeler brièvement les obstacles auxquels le créancier réservataire se heurtait avant cette réforme (1) puis, dans un second temps, nous analyserons la situation après ladite réforme (2).

1- Les obstacles à la revendication sous l'empire de l'ancien AUPC

1238. Avant la réforme, plusieurs conditions étaient posées pour la revendication des marchandises et objets mobiliers. Cependant, nous étudierons uniquement celles qui n'ont pas expressément été reprises dans le nouvel AUPC à savoir : la production des créances (a), l'existence du bien en nature (b) et la publicité de la clause (c).

a- La production des créances

1239. L'article 101, alinéa 1^{er}, de l'ancien AUPC disposait que « *Les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88 ci-dessus* ».

Pour revendiquer, le créancier devait préalablement produire sa créance dans les formes et délais prévus à cet effet. Le législateur communautaire africain se distinguait ainsi de son homologue français, puisqu'il soumettait l'exercice ou la reprise des actions en revendication à la production préalable des créances.

Comme l'ensemble des créanciers munis ou non de sûretés, le créancier réservataire était tenu de produire pour pouvoir revendiquer. À défaut de production, la revendication ne pouvait avoir lieu. Le créancier ne pouvait donc rendre son droit de propriété opposable à la masse des créanciers. De ce fait, la protection du créancier réservataire africain dans les procédures collectives dépendait aussi de la production de sa créance.

1240. Somme toute, contrairement au législateur français qui exclut le réservataire de l'obligation de déclarer¹⁵⁰⁴, le droit OHADA se démarquait par sa rigueur. L'exigence d'une production préalable de créance pouvait, en effet, s'analyser comme un des nombreux obstacles à la revendication, dans le but de favoriser au maximum les intérêts de l'entreprise débitrice.

1241. Avec la réforme, le législateur communautaire africain a supprimé l'article 101 qui soumettait les revendiquants aux règles régissant la production des créances. Comme en droit français, les titulaires d'un droit à la revendication sont désormais dispensés d'avoir à produire leurs créances.

En plus de la production des créances, il existait une autre condition susceptible de faire obstacle à la revendication : l'existence du bien en nature.

b- L'existence du bien en nature

1242. L'article 103, alinéa 2, de l'ancien AUPC prévoyait que « *peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix* ». Il en résulte que les

¹⁵⁰⁴ Cf. ns° 760 et s.

marchandises ou objets mobiliers sur lesquels le propriétaire entendait faire reconnaître son droit de propriété devaient exister en nature au jour du jugement d'ouverture. L'interprétation stricte du texte permet de penser que le législateur africain n'autorisait que la revendication des biens qui existaient dans leur état d'origine. Cette interprétation est conforme à la théorie générale classique en matière de revendication des choses mobilières et en vertu de laquelle le bien réclamé doit être celui-là même sur lequel le vendeur qui revendique avait un droit de propriété¹⁵⁰⁵.

1243. Le problème qui se posait alors était celui de l'identification des marchandises ou objets mobiliers à revendiquer. Le propriétaire du bien faisant l'objet d'une réserve de propriété devait parvenir à identifier son bien parmi ceux qui se trouvaient, à l'ouverture de la procédure collective, entre les mains du débiteur.

La question de l'identification soulevait donc le problème de la revendication des marchandises ou objets mobiliers dont l'identification peut poser des difficultés en raison de leur transformation, de leur incorporation ou de leur caractère fongible. En effet, comme l'ancien droit français¹⁵⁰⁶, l'ancien AUPC n'envisageait pas l'hypothèse d'une revendication portant sur ce type de bien. Ainsi, le propriétaire dont le bien avait été transformé, incorporé ou mélangé à d'autres biens de mêmes espèces perdait, en principe, son droit à la revendication.

1244. Cette limitation de l'assiette de la revendication constituait à n'en point douter un gros obstacle à la revendication du réservataire africain. Dès lors que les marchandises ou objets mobiliers ne pouvaient plus être identifiés, la revendication devenait impossible. La condition d'existence du bien en nature exposait donc le créancier réservataire à l'incertitude de la réalisation de son droit de propriété, cela pouvait être de nature à dissuader les sociétés de financements dont les entreprises ont besoin¹⁵⁰⁷. Dans le même sens, il a été soutenu que la condition d'existence du bien en nature « met en exergue le risque de rendre hasardeuse la garantie dont bénéficie le vendeur avec les problèmes qu'elle risque de poser par rapport d'une part, à l'identité entre le bien revendiqué et le bien vendu et d'autre part, à la transformation ou l'incorporation dans un autre bien »¹⁵⁰⁸.

En somme, compte tenu de son caractère aléatoire, la condition d'existence du bien en nature pouvait également s'analyser comme un obstacle à la revendication. La protection du créancier pouvait, en effet, être mise à mal par la limitation de l'assiette de la revendication. Ainsi, des

¹⁵⁰⁵ A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Étude à la lumière du droit français*, l'Harmattan, 2009, n° 315.

¹⁵⁰⁶ Avant la loi du 10 juin 1994.

¹⁵⁰⁷ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 280.

¹⁵⁰⁸ A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Etude à la lumière du droit français*, op. cit., n° 315.

auteurs¹⁵⁰⁹ avaient émis le souhait d'une adoption de dispositions plus favorables pour le créancier réservataire.

1245. Le législateur OHADA semble avoir pris en compte le souhait formulé par la doctrine. L'article 103, alinéa 3, du nouvel AUPC dispose que « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». Il en résulte que la revendication est admise dès lors que la réserve de propriété respecte les conditions prévues par le droit commun des sûretés. Or, selon les dispositions de l'AUS, il est possible, pour un propriétaire, de se réserver la propriété des biens fongibles. De même, la revendication des biens incorporés semble être admise. En effet, l'article 75 de l'AUS précise que « *La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte* ». Et l'alinéa 1^{er}, de l'article 76 ajoute que « *L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage* »¹⁵¹⁰.

1246. La revendication des biens fongibles et incorporés est donc possible en droit commun des sûretés. Au regard des dispositions de l'article 103, alinéa 3, de l'AUPC qui renvoient au droit commun des sûretés, on peut légitimement penser que depuis l'entrée en vigueur du nouvel AUPC, il est désormais possible de revendiquer des biens fongibles ou incorporés, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur.

Sous l'empire de l'ancien AUPC, le créancier réservataire devait se soumettre à une autre condition obligatoire : la publicité de la clause.

c- La publicité de la clause de réserve de propriété

1247. Selon les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 103 de l'ancien AUPC « *Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier* ». Il en résulte que la publicité de la clause était une condition préalable et obligatoire. Pour revendiquer, le réservataire devait préalablement publier la clause de réserve de propriété. La revendication était donc impossible lorsque la clause n'avait pas été régulièrement publiée.

¹⁵⁰⁹ E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », art. préc., p. 37; M. K. BROU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA », art. préc., p. 273 et s. sp. p. 312.

¹⁵¹⁰ C'est par exemple le cas de pneumatiques montés sur des véhicules ; Cass. com., 7 juin 1988, n° 86-18.401; *Bull. civ.* IV, n° 193.

1248. Cette publicité se faisait conformément aux dispositions des articles 51 à 66 de l'AUS. Le législateur OHADA se démarquait ainsi de son homologue français. En effet, en droit français, la publicité n'est plus une condition préalable à la revendication¹⁵¹¹. La publicité est une simple faculté qui permet au créancier de bénéficier des avantages en cas d'ouverture d'une procédure collective, et notamment la dispense de revendication¹⁵¹².

1249. Le choix du législateur communautaire africain avait habilement été critiqué par la doctrine. En effet, la revendication permet de rendre le droit de propriété du créancier opposable à la masse. Or, la publicité de la clause n'est rien d'autre que son inscription au RCCM dont le but est de la rendre opposable à tous¹⁵¹³. La publicité assure l'opposabilité de la réserve propriété aux tiers. La publicité et la revendication ont donc la même finalité : rendre le droit de propriété du réservataire opposable à tous. Le créancier réservataire se devait donc d'exécuter deux actions distinctes, mais dont la finalité est la même.

Un auteur¹⁵¹⁴ avait ainsi souhaité que le législateur OHADA ou la CCJA consacre la solution du droit français qui consiste à dispenser le propriétaire d'un bien de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité.

1250. En définitive, même si la publicité de la clause était avant tout une mesure de protection du vendeur réservataire¹⁵¹⁵, il n'en demeurerait pas moins que cette obligation s'ajoutait aux nombreuses conditions posées pour la revendication. Ainsi, l'exigence de publicité de la clause pouvait s'analyser comme un obstacle supplémentaire à la revendication et donc à la protection du créancier réservataire

1251. Avec la réforme, le législateur communautaire africain s'est ravisé. En effet, l'article 101-3, alinéa 1^{er}, de l'AUPC dispose que « *Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité* ». Comme en droit français, les propriétaires africains peuvent déroger à l'exigence d'une action en revendication lorsque le contrat portant sur le bien susceptible d'être revendiqué a été publié. Désormais, la publicité de la clause devrait dispenser le réservataire de la revendication. Ainsi, sous réserve de la contradiction entre les articles 101-3, alinéa 1^{er} et 103, alinéa 3 que nous avons précédemment relevée, l'entrée en vigueur du nouvel AUPC devrait alléger la tâche du

¹⁵¹¹ Mais avant la loi du 10 juin 1994, le législateur français n'admettait l'opposabilité du droit de propriété (du créancier par exemple) la procédure collective qu'à la double condition de publicité et d'exercice d'une action en revendication.

¹⁵¹² Cette solution a été consacrée en France par l'article 115-1 de la loi du 25 janvier 1985, puis confirmée par la loi du 10 juin 1994.

¹⁵¹³ M. K. BROU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA », art. préc. p. 309.

¹⁵¹⁴ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 279.

¹⁵¹⁵ A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Etude à la lumière du droit français*, op. cit., n° 311.

réservataire qui ne devrait plus se soumettre à la double condition de publicité et de revendication pour rendre son droit de propriété opposable.

1252. En tout état de cause, l'adoption du nouvel AUPC mets un terme à la rigueur qui caractérisait le législateur communautaire africain en matière de revendication. Désormais, le régime de la revendication du droit OHADA est quasiment identique à celui du droit français. Cependant, la revendication reste encadrée. Aussi, convient-il de voir dans quelle mesure les conditions posées pour la revendication, dans le nouvel AUPC, peuvent constituer des obstacles pour la protection du créancier réservataire.

2- Les obstacles à la revendication sous l'empire du nouvel AUPC

De même qu'en droit français, le principal obstacle à la protection du créancier réside, en droit communautaire africain, dans l'enfermement de l'action en revendication dans un délai (a).

a- Le délai de revendication

1253. L'article 101 du nouvel AUPC énonce que « *Nonobstant les dispositions du présent Acte uniforme, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'Etat partie concerné* ». Contrairement à la demande en restitution qui n'est enfermée dans aucun délai, la créancier qui souhaite rendre son droit de propriété opposable par le moyen de la revendication est tenu de le faire dans un délai relativement court.

1254. Sous l'empire de l'ancien AUPC, les revendiquants disposaient d'un temps plus long pour revendiquer. L'article 101, alinéa 2, de l'ancien AUPC prévoyait que « *L'action en revendication doit être exercée, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de la publicité du dépôt de l'arrêté des créances ou de la décision de justice admettant les revendications* »¹⁵¹⁶. Comme en droit français, la durée légale du délai était de trois mois. Cependant, en droit OHADA, le temps laissé aux créanciers pour revendiquer était plus long. En effet, le délai de revendication ne commençait pas à courir immédiatement à compter de la publicité du jugement d'ouverture, mais seulement à partir de la publicité du dépôt de l'arrêté de créances, en sachant que l'arrêté des créances intervient après la production de celles-ci.

Ainsi, pour que le délai de revendication commence à courir, il fallait que le délai de production des créances se soit écoulé¹⁵¹⁷. Cette solution était tout à fait logique puisque le législateur

¹⁵¹⁶ Art. 101, al. 2 de l'ancien AUPC « Les revendications admises par le syndic, le Juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications ».

¹⁵¹⁷ Cf. Art. 78 et suivants de l'ancien AUPC.

communautaire africain faisait de la production des créances une condition préalable à la revendication. Le créancier qui n'avait pas produit ne pouvait pas revendiquer.

1255. Avec la réforme, la rédaction de l'article 101 de l'AUPC a été modifiée. En ne soumettant plus les revendiquants à la production des créances, le temps de revendication se trouve raccourci. Il commence à courir directement après la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure collective dans un journal d'annonces légales. Sans reprendre à l'identique le délai de revendication français, le législateur communautaire africain s'aligne néanmoins sur les pas du législateur français. Les critiques relatives à la brièveté du délai de revendication formulées par la doctrine française peuvent donc ici être transposées.

Bien que cette solution soit plus logique et plus avantageuse pour le réservataire qui n'est plus tenu de produire sa créance, le droit OHADA a, sur cette question, avec l'adoption du nouvel AUPC, perdu son originalité par rapport au droit français.

1256. S'agissant de la nature du délai de revendication, le nouvel AUPC ne donne aucune précision à ce sujet. Sous l'empire de l'ancien AUPC, l'article 101, alinéa 2, indiquait *in fine* que « *L'action en revendication doit être exercée, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de la décision de justice admettant les revendications* »¹⁵¹⁸. En tenant compte de la sanction édictée en cas de défaut de revendication, en l'occurrence la forclusion¹⁵¹⁹, une partie de la doctrine avait, en se référant au droit français, considéré qu'il s'agissait d'un délai préfix¹⁵²⁰.

Cette solution peut être reprise aujourd'hui, puisque le législateur OHADA a calqué le régime de la revendication sur celui du droit français. On pourrait donc considérer, qu'à l'instar du droit français, le délai de revendication en droit OHADA est un délai préfix.

¹⁵¹⁸ A priori, le texte pouvait sembler incohérent car il faisait courir le délai de revendication à compter de la décision de justice admettant les revendications. Comment donc agir dans le délai ouvert par l'admission de l'action que l'on veut exercer ?

Logiquement, il fallait d'abord revendiquer avant que la revendication ne soit admise. Mais en réalité, la formulation du texte se justifiait au regard de l'exigence de production des créances posée pour les revendiquants d'une part, et de l'obligation pour le créancier d'indiquer s'il entend exercer son droit de revendication, d'autre part. Après la production de créance, le créancier devait attendre la réaction du syndic. Si ce dernier ne proposait pas d'empêcher la revendication par le paiement de la créance, le créancier devait revendiquer dans le délai légal (E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », art. préc., p.36). Avant de revendiquer, le créancier devait donc savoir si sa créance avait été acceptée ou rejetée. Lorsque la créance avait été acceptée, s'il était admis à titre de revendiquant, ou de simple créancier chirographaire. Le législateur OHADA avait tenu compte des éventuelles contestations qui pourraient avoir lieu après la production des créances. (M. K. BROU, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA », art. préc., p. 312 ; A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Etude à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 320. En conséquence, le texte qui pouvait, au premier abord, paraître incompréhensible est en réalité d'une logique indéniable.

¹⁵¹⁹ Art. 101, al. 2 de l'ancien AUPC.

¹⁵²⁰ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif, op.cit.*, n° 278; J.-R. GOMEZ, *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 195; A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Etude à la lumière du droit français, op. cit.*, n° 320; V. aussi Cass. com., 13 février 1990, n° 88-13.546 ; *Bull. civ. IV*, n° 41 ; *D.* 1991, somm. p. 42; Cass. com., 20 octobre 1992, n° 90-19.100 ; *Bull. civ. IV*, n° 316.

De ce fait, ce délai est insusceptible de relevé de forclusion. Le créancier qui n'a pas revendiqué dans ce délai est forclos. Il perd ainsi toute possibilité ultérieure de revendiquer et, par conséquent, de rendre son droit de propriété opposable.

1257. Quoi qu'il en soit, l'enfermement de l'action en revendication dans un bref délai et la nature préfixe du délai peuvent s'analyser comme des obstacles à la revendication, lesquels pourraient bien mettre à mal l'effectivité de la protection du créancier réservataire.

1258. Un auteur ¹⁵²¹ voit dans les conditions strictes qui entourent la revendication, la solution de conciliation des intérêts en présence adoptée par le législateur OHADA. Pour lui, les conditions de la revendication sont des moyens trouvés par le législateur afin de « limiter le recours systématique à l'action en revendication dont les effets sont susceptibles de compromettre gravement la continuation de l'exploitation de l'entreprise redressable ».

Nous partageons quelque peu cette analyse.

À notre avis, les conditions posées pour la revendication sont, comme le soutient une partie de la doctrine française ¹⁵²², des obstacles imaginés par le législateur pour disqualifier les revendiquants et empêcher les reprises des biens. Tout cela pour favoriser au maximum la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives, en l'occurrence le sauvetage des entreprises en difficulté ou l'apurement du passif.

En conséquence, même si, en théorie, l'objectif du législateur africain n'est pas de piéger les revendiquants et de réduire les revendications dans le but de limiter les reprises de biens, il faut convenir, en pratique, que le risque est néanmoins d'aboutir à ce constat. La revendication serait donc, d'abord, un outil au service l'entreprise en difficulté avant d'être, ensuite, un outil au service de la protection du vendeur réservataire.

À ce jour, la jurisprudence ne s'étant pas prononcée sur cette question, nous ne pouvons qu'être prudents dans nos analyses. Cette prudence est d'autant plus requise que même en droit français, cette solution n'a pas été posée de manière expresse. Il s'agit en effet d'une question qui divise encore la doctrine française.

1259. En définitive, alors qu'elle a été créée pour assurer l'opposabilité du droit de propriété à l'égard de tous, la revendication est en réalité un long chemin parsemé d'obstacles. En effet, le créancier qui souhaite rendre son droit de propriété opposable devra respecter les conditions de la revendication posées par le législateur. Dans le cas contraire, et sauf dispense, sa protection serait

¹⁵²¹ F. THÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., n° 276.

¹⁵²² H.-J. NOUGEN, « Réflexions sur le rôle du temps dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises », *Rev. Proc. Coll.* 1989, p. 12 ; J. VALLANSAN, « Redressement et liquidation judiciaires, Situation du vendeur de meubles, Revendications, règles générales », fasc. préc, n° 79.
J.-L. RIVES-LANGE et E. RACHEZ, « L'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 a-t-il une vocation universelle ? », *D.* 1991, Chron., p. 270.

remise en cause. La revendication demeure ainsi une mesure essentielle dans la protection du créancier réservataire.

B- La revendication : une mesure essentielle de la protection du créancier réservataire

1260. Au-delà des conditions strictes qui entourent la revendication, celle-ci reste un moyen qui permet d'assurer efficacement la protection du créancier réservataire¹⁵²³. La revendication est donc aussi un outil de protection du créancier réservataire. En effet, dès lors que le créancier a revendiqué dans les conditions prévues à cet effet, son statut de créancier exclusif est garanti, et sa protection devient alors effective malgré l'ouverture d'une procédure collective. C'est en tout cas la solution qui prévalait sous l'empire de l'ancien AUPC.

Avec la réforme, la revendication pourrait perdre son importance.

1261. Conformément aux dispositions de l'article 103, alinéa 3, de l'AUPC, « *Peuvent être revendiqués les marchandises et objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété, selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». À l'analyse des dispositions de ce texte, il ressort que pour revendiquer des biens et objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété, la clause de réserve de propriété qui les garantit doit respecter les conditions posées par l'AUS. Or, selon les dispositions de l'article 74 de l'AUS, la réserve de propriété n'est opposable aux tiers que si celle-ci a été régulièrement publiée au RCCM. La publicité de la clause est exigée à peine d'opposabilité. Ainsi, en application des dispositions de l'article 103, alinéa 3 précité, la revendication est soumise à la publication de la clause.

1262. Cependant, le nouvel article 101-3, alinéa 1^{er}, de l'AUPC dispense le propriétaire d'un bien de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il en résulte une contradiction entre les deux articles de l'AUPC. Logiquement, le créancier réservataire devant obligatoirement publier sa clause, il devrait bénéficier de la dispense de revendication édictée par l'article 101-3, alinéa 1^{er} précité. De ce fait, la protection du créancier réservataire, en cas d'ouverture d'une procédure collective, ne serait plus garantie par la revendication mais par la publicité de la clause. La revendication pourrait, du moins pour le créancier réservataire, perdre toute son importance en droit OHADA.

1263. Toutefois, on peut aussi considérer que la contradiction entre les articles ci-dessus cités n'est qu'une maladresse législative, une erreur de coordination entre le droit commun des sûretés et le droit des procédures collectives. Ainsi, à l'instar du droit français, la publicité de la clause ne serait pas obligatoire. De ce fait, lorsque la clause de réserve de propriété n'a pas été publiée, le

¹⁵²³ E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », art. préc., pp. 34 et 36

créancier devrait, sur la base des dispositions de l'article 103, alinéa 3, pouvoir revendiquer ses marchandises et objets mobiliers. En revanche, en application des dispositions de l'article 101-3, alinéa 1^{er}, la publicité de la clause le dispenserait de revendication.

1264. Quoiqu'il en soit, à ce jour le débat reste ouvert. Il revient donc au législateur ou à la jurisprudence d'apporter des éclaircissements sur cette question.

Pour finir, s'il est vrai que l'analyse des articles 101-3, alinéa 1^{er} et 103, alinéa 3 de l'AUPC révèle une certaine contradiction, on ne saurait néanmoins conclure que la revendication n'est plus une mesure essentielle pour la protection du créancier réservataire africain.

1265. Le doute existe d'autant plus que l'alinéa 4 de l'article 103 de l'AUPC permet au syndic, sur autorisation du juge-commissaire, de procéder au paiement du créancier réservataire pour faire empêcher la revendication. Dans cette situation, la protection du créancier n'est plus assurée par la revendication qui se trouve alors neutralisée. Cette protection est en revanche exceptionnellement influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.

Paragraphe 2/ Une protection exceptionnellement influencée par les objectifs du droit des procédures collectives

1266. À l'instar de son homologue français, le législateur communautaire africain envisage la possibilité de faire obstacle à la revendication (A). Toutefois, il ne donne aucune justification à cette solution (B).

A- La possibilité de faire obstacle à la revendication

1267. L'article 103, alinéa 4, de l'AUPC dispose que « *Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic après autorisation du juge-commissaire* ». Comme en droit français, le législateur OHADA consacre la possibilité pour le syndic de faire échec à la revendication. Ainsi, le créancier n'aura pas à revendiquer lorsque, sur autorisation du juge-commissaire, le syndic procède au paiement de sa créance, avant la restitution du bien mobilier ou des marchandises objet de la clause. Il convient à présent de rechercher une justification à cette solution.

B- Justification de la solution législative

1268. Si, comme son homologue français, le législateur communautaire africain consacre la possibilité de faire obstacle à la revendication, ce dernier ne donne, aussi, aucune précision quant aux conditions dans lesquelles intervient le paiement exceptionnel du créancier. La doctrine, quant à

elle, considère la paralysie de la revendication par le syndic comme un moyen de préserver les chances de redressement de l'entreprise¹⁵²⁴ ou de favoriser la continuation de l'entreprise¹⁵²⁵.

1269. Dans le silence des textes, et par analogie avec le droit français, nous pensons que le paiement du créancier réservataire ne devrait être autorisé que si le bien objet de la clause se révèle utile à l'entreprise en difficulté ou du moins à la masse des créanciers. Le paiement du créancier devrait donc être justifié soit par la poursuite de l'activité du débiteur, soit par les besoins de l'entreprise défaillante. Ainsi, dans l'hypothèse d'une liquidation des biens, le paiement du créancier et, par conséquent, la conservation du bien par le débiteur devraient favoriser l'apurement du passif. Pour cela, il faudrait que le bien soit d'une valeur suffisamment élevée de sorte que sa vente puisse procurer des fonds nécessaires à l'entreprise défaillante.

1270. Somme toute, contrairement à l'idée précédemment développée, selon laquelle la revendication assure la protection du créancier réservataire, dans cette dernière hypothèse, la protection du créancier n'est pas subordonnée à la revendication. Elle est, en revanche, justifiée par les besoins de l'entreprise en difficulté. En effet, le créancier réservataire ne reçoit le paiement de sa créance que parce que le bien dont il est resté le propriétaire se révèle utile au débiteur. Ainsi, sur autorisation du juge-commissaire, le syndic va procéder au paiement du créancier réservataire, dans le but de favoriser la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives.

1271. En définitive, bien que la protection du créancier réservataire dépende de l'exercice de l'action en revendication ou de la publicité de la clause, quelques éléments permettent néanmoins d'atténuer cette affirmation. En effet, les conditions strictes qui entourent l'action en revendication, d'une part, et la mise en échec de la revendication par le syndic sur autorisation du juge-commissaire, d'autre part, permettent de considérer qu'à l'instar du droit français, la protection du créancier réservataire africain est, à certains égards, quelque peu influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.

Conclusion du chapitre

1272. L'étude menée dans ce chapitre révèle que parmi les trois suretés réelles exclusives faisant l'objet de notre recherche, seules la protection du créancier réservataire et, dans une moindre mesure, celle du créancier rétenteur peuvent être influencées par les objectifs du droit OHADA des procédures collectives.

S'agissant du créancier réservataire, les conditions strictes qui entourent l'action en revendication, d'une part, et surtout la possibilité pour le syndic de faire obstacle à la revendication, d'autre part, sont des éléments qui permettent d'étayer cette thèse. Pour favoriser la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives, et notamment le sauvetage des entreprises défaillantes, le

¹⁵²⁴ A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, op. cit., n° 807.

¹⁵²⁵ Y. KALIEU ELONGO, *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, op. cit., p. 196.

législateur communautaire africain a quelque peu limité l'efficacité de la clause de la clause de réserve de propriété et, de ce fait, la protection du créancier réservataire.

En ce qui concerne le créancier rétenteur, sa protection est partiellement subordonnée aux besoins de l'entreprise en difficulté. En effet, cette hypothèse ne se vérifie que dans la procédure de liquidation des biens. Dans les autres cas, l'efficacité du droit de rétention et, partant, la protection du créancier rétenteur est admise au risque même de compromettre le sauvetage de l'entreprise.

Enfin, compte tenu de l'absence de réglementation relative au transfert fiduciaire dans l'AUPC, on ne peut à ce jour se prononcer sur l'impact des objectifs du droit des procédures collectives sur la protection du créancier bénéficiaire d'une telle sûreté.

1273. Ainsi, contrairement au droit français où la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives est à bien des égards influencée par les objectifs du droit des procédures collectives, en droit OHADA, le constat est différent, tant l'influence des objectifs du droit des procédures collectives sur la protection de ces créanciers est minime.

Conclusion du titre

1274. L'examen de l'influence des objectifs du droit des procédures collectives sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives nous amène à constater que cette protection n'est pas sans limite.

En droit français particulièrement, l'effectivité de cette protection est dans une certaine mesure subordonnée à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives. Dans le but de favoriser le sauvetage des entreprises, le législateur fait varier la protection de certains créanciers en fonction du sauvetage de l'entreprise. Cette situation se vérifie en présence du titulaire d'un droit de rétention fictif et du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté. Pour ces créanciers, les effets de leurs sûretés seront neutralisés tant qu'il existe encore des possibilités de sauver l'entreprise. Au contraire, elles retrouvent la plénitude de leurs effets dans les procédures liquidatives. Il en résulte une protection relativement influencée par les objectifs du droit des procédures collectives. Par ailleurs, même si les effets du droit de rétention effectif et ceux de la réserve de propriété ne sont à aucun moment neutralisés dans certaines situations, on peut considérer que l'effectivité de la protection des créanciers est légèrement influencée par les enjeux de la procédure collective.

1275. En droit OHADA, la situation est tout autre. Dans la mesure où le législateur communautaire africain ne paralyse à aucun moment les effets des sûretés réelles exclusives, l'impact des objectifs du droit OHADA des procédures collectives sur la protection des créanciers munis de sûretés réelles est donc bien plus faible que celui du droit français.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

1276. L'étude que nous avons menée dans cette seconde partie a permis de montrer que l'effectivité de la protection des sûretés réelles exclusives est largement dépendant des exigences des procédures collectives. En effet, le jugement d'ouverture entraîne l'application des règles qui influent sur l'existence même des sûretés. Cette fois, les sûretés réelles exclusives n'y échappent pas. Pour exister, elles doivent respecter les conditions imposées par la procédure collective. Celles-ci tiennent, d'une part, à leur reconnaissance fondée sur la déclaration de créance et, pour les sûretés soumises aux formalités de publicité, à l'inscription préalablement au jugement d'ouverture. L'existence des sûretés tient, d'autre part, à leur absence de remise en cause fondée sur les sanctions de la période suspecte et l'engagement de la responsabilité des créanciers.

1277. Par ailleurs, les objectifs poursuivis par le droit des procédures collectives ne sont sans conséquence sur la protection de ces sûretés. L'illustration est faite par le législateur français lorsque, à bien des égards, il fait dépendre l'effectivité de cette protection à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1278. Au terme de cette étude, nous pouvons affirmer que la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives est une réalité. Pour autant, elles n'échappent pas aux exigences desdites procédures.

1279. Dans la première partie, nous avons vu que cette protection se manifeste à travers deux séries de règles.

Les sûretés réelles exclusives sont d'abord à l'abri des règles dont la mise en œuvre est susceptible d'altérer l'assiette des sûretés, en l'occurrence l'affectation d'une quote-part du prix de cession et la substitution de garantie.

1280. Le droit des procédures collectives a, en effet, pour objectif prioritaire le sauvetage des entreprises en difficulté qui passe notamment par la poursuite de l'activité. Aussi, pour favoriser la réalisation de cet objectif, il peut être décidé de réaliser les actifs du débiteur dans le cadre d'une cession. Pour préserver les droits des titulaires des sûretés, le législateur prévoit qu'une quote-part du prix de cession sera affectée pour l'exercice des droits de préférence. Cette mesure, pourtant créée pour protéger les droits des créanciers peut, compte tenu de la modicité habituelle des prix de cession, considérablement réduire l'assiette de leurs sûretés. Toutefois, n'entrant pas dans le domaine de la règle, les sûretés réelles exclusives ne courent pas le risque d'une réduction de leur assiette. Ainsi, même dans l'hypothèse d'une cession des biens grevés de telles sûretés, leurs titulaires vont bénéficier d'un traitement dérogatoire favorable. C'est du moins la solution admise en droit français. En outre, dans le but d'assurer une trésorerie à l'entreprise défaillante, le législateur prévoit qu'une substitution de garantie puisse être imposée aux créanciers munis de sûretés réelles. Là encore, les sûretés réelles exclusives en sont épargnées. L'exclusivité va donc permettre la préservation de l'identité de leur assiette.

1281. Les sûretés réelles exclusives ne sont pas seulement préservées contre toute altération de leur assiette, leur protection se manifeste également au regard de certaines règles traditionnelles du droit des procédures collectives. Il s'agit notamment de celles qui ont pour effet de paralyser les droits des créanciers, à savoir l'arrêt des poursuites individuelles et son corollaire l'interdiction des paiements des créances. Ces règles fondamentales de la discipline collective privent les créanciers de leur droit de poursuite et de leur droit au paiement.

En dépit de leur portée très générale, ces règles se trouvent limitées en présence de créanciers munis de sûretés réelles exclusives, et cela, dans les deux législations. Les législateurs français et OHADA ont, en effet, prévu des moyens permettant aux créanciers munis de telles sûretés d'échapper à chacune de ces règles.

1282. Face à l'arrêt des poursuites individuelles, les prérogatives conférées par les sûretés réelles exclusives, en l'occurrence le droit de retenir le bien et le droit de revendiquer assurent la protection des créanciers. Face à l'interdiction des paiements, les créanciers munis de sûretés réelles exclusives disposent, chacun, des moyens qui leur permettent d'obtenir un paiement en espèces ou parfois en nature, nonobstant l'interdiction touchant le débiteur. Bien plus, le paiement des créanciers se fera, en principe, en dehors de tout concours.

Les sûretés réelles exclusives échappent ainsi à certaines règles de la discipline collective. Et les droits des créanciers sont maintenus.

1283. Cependant, bien qu'effective, la protection des sûretés réelles exclusives ne met pas celles-ci en dehors de la procédure collective. En d'autres termes, ces sûretés là n'échappent pas aux exigences des procédures collectives. C'est ce que nous avons démontré dans la seconde partie de cette étude.

Le jugement d'ouverture d'une procédure collective entraîne la mise en œuvre de règles spéciales dont certains régissent l'existence des sûretés. Pour exister et produire des effets dans le cadre de la procédure collective, la sûreté doit être valablement constituée et également opposable à la procédure. Les sûretés réelles exclusives n'échappent pas à ces exigences et leur protection dans les procédures collectives est donc subordonnée à leur reconnaissance, d'une part, et absence de remise en cause, d'autre part.

1284. La reconnaissance des sûretés dans les procédures collectives passe traditionnellement par la déclaration ou la production des créances et par leur inscription. Les créanciers munis de sûretés réelles exclusives, pour la plupart, n'échappent pas à ces règles dont le non-respect est sanctionné par l'inopposabilité de la sûreté, laquelle est toutefois difficile de déterminer les effets compte tenu de la nature exclusive de la sûreté.

1285. Si les conséquences de l'inopposabilité des sûretés réelles exclusives sont incertaines, ces sûretés peuvent tout de même être remises en cause du fait des sanctions de la période suspecte ou encore de l'engagement de la responsabilité des créanciers. En effet, les sûretés réelles exclusives n'échappent pas au régime de la période suspecte. Ainsi, en droit français notamment, elles peuvent être annulées du fait de leur constitution en période suspecte. En outre, l'engagement de la responsabilité des créanciers au cours de la procédure collective peut avoir une incidence sur l'existence de leurs sûretés, y compris celles qui sont exclusives, en ce qu'elles peuvent être réduites, annulées ou encore frappées par la déchéance.

1286. Pour finir, nous nous sommes interrogés sur les conséquences de la protection des sûretés réelles exclusives au regard des objectifs du droit des procédures collectives. Nous avons donc vu que la protection de ces sûretés, et par voie de conséquence, celle des créanciers, est

quelque fois subordonnée aux objectifs du droit des procédures collectives. Le degré de subordination varie cependant selon que l'on se situe en droit français ou en droit OHADA.

1287. En droit français, cette protection est relativement subordonnée à la réalisation des objectifs du droit des procédures collectives. Si, de prime abord, cette affirmation ne semble concerner que le créancier rétenteur fictif et le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, et cela, en raison de la neutralisation des effets de leur sûreté dans les procédures de sauvetage, elle est aussi valable pour le titulaire d'un droit de rétention effectif et, dans une moindre mesure, pour le créancier réservataire.

En droit OHADA, les objectifs du droit des procédures collectives n'influencent que faiblement la protection de certains créanciers munis de sûretés réelles exclusives. C'est notamment le cas pour le créancier réservataire et le créancier rétenteur.

1288. En somme, les sûretés réelles exclusives peuvent effectivement être considérées comme protégées, sous réserves des exigences des procédures collectives. Il ressort cependant de manière générale que cette protection n'est pas uniforme. Elle varie en fonction de la sûreté dont est titulaire le créancier, d'une part, et selon la législation applicable, d'autre part.

1289. En droit français, on a pu remarquer, s'agissant du droit de rétention, que la protection est beaucoup plus sûre lorsqu'il s'agit d'un droit de rétention effectif. En effet, dès lors que le bien retenu se révèle efficace pour l'entreprise défaillante, le créancier peut, à toute phase de la procédure, opposer son droit de rétention au débiteur, au cessionnaire, ou aux organes de la procédure. En revanche, la situation est différente lorsqu'il s'agit d'un droit de rétention fictif. Dans ce cas de figure, il faut encore distinguer selon qu'il résulte d'une disposition spéciale ou de l'article 2286, 4° du Code civil. Lorsque le droit de rétention résulte d'une disposition spéciale (c'est le cas du gagiste sur véhicule automobile), a priori, le créancier devrait bénéficier du même traitement que celui réservé au titulaire d'un droit de rétention effectif.

Cependant, compte tenu de la nature fictive de ce droit, des interrogations subsistent quant à la possibilité pour le créancier de se prévaloir efficacement de la technique du retrait contre paiement. Mais la protection du droit de rétention fictif est surtout incertaine lorsque ce droit résulte du 4° de l'article 2286 du Code civil. Dans ce cas, le législateur a limité ses effets puisqu'il est inopposable pendant les procédures de sauvetage. Par ailleurs, même lorsque l'inopposabilité ne joue plus, en l'occurrence dans l'hypothèse d'un plan de cession ou en liquidation judiciaire, l'absence d'un pouvoir de blocage attaché à ce droit de rétention permet de douter de la réalité de sa protection.

1290. En ce qui concerne les propriétés-sûretés, il existe là encore des différences de régime selon qu'il s'agit d'une réserve de propriété ou d'un transfert fiduciaire de propriété.

S'agissant de la réserve de propriété, il n'existe pas de différence entre les créanciers réservataires. De plus, la protection résultant du bénéfice d'une réserve de propriété est admise dans toutes les

procédures collectives. Le créancier réservataire peut, en effet, revendiquer dans toutes les phases de la procédure collective, sous réserve du cas où le bien serait utile à l'entreprise.

Quant à la fiducie-sûreté, comme pour le droit de rétention, la protection varie non seulement en fonction de la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur, mais aussi selon que la fiducie-sûreté est constituée avec ou sans convention de mise à disposition. Lorsque la fiducie est assortie d'une telle convention, ses effets sont neutralisés pendant toutes les périodes d'observation et d'exécution des plans de sauvegarde ou de redressement. Au contraire, la sûreté est pleinement efficace dans l'hypothèse où un plan de cession est envisagé ou encore dans le cadre de la liquidation judiciaire. Il en résulte une protection variable de la fiducie-sûreté sans dépossession. Lorsqu'il s'agit, en revanche, d'une fiducie-sûreté avec dépossession du débiteur, celle-ci demeure efficace dans toutes les phases de la procédure collective. La protection de cette sûreté devrait ainsi être admise, peu important que le débiteur fasse ou non l'objet d'une procédure de sauvetage.

1291. En droit OHADA, toutes ces subtilités n'existent pas.

D'abord, s'agissant du droit de rétention, le législateur communautaire africain, contrairement à son homologue français, ne confère pas un droit de rétention fictif au titulaire d'un gage sans dépossession. Il en résulte une protection du droit de rétention admise dans toutes les procédures collectives.

Ensuite, comme en droit français, l'efficacité de la réserve de propriété est reconnue en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ainsi, sous réserve de l'exercice d'une action en revendication régulière, la protection du créancier réservataire est bien réelle, quelle que soit la nature de la procédure collective.

Enfin, dans l'AUPC, il n'existe à ce jour aucune disposition relative au transfert fiduciaire de somme d'argent. Toutefois, compte tenu de la particularité de cette sûreté qui repose sur un transfert de propriété, elle devrait être protégée contre les effets de la procédure collective. Les sommes données en garanties étant sorties du patrimoine du débiteur, elles devraient échapper au gage commun des créanciers. La fiducie devrait ainsi pouvoir être réalisée en dehors de la procédure collective du débiteur. En tout état de cause, il reste au législateur communautaire africain ou à la CCJA à apporter des précisions sur cette question.

Ainsi donc, l'examen de l'état de la protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives n'est pas aisé. La diversité des solutions à prendre en compte en révèle la complexité.

1292. Par ailleurs, cette étude met en lumière certaines incohérences du droit français des procédures collectives. Sur le droit de rétention, deux questions se posent. Quel est finalement l'intérêt du droit de rétention fictif résultant de l'article 2286,4° du Code civil, sa protection étant incertaine même dans les procédures liquidatives ? Quant au droit de rétention effectif, l'efficacité qu'on lui reconnaît n'est-elle pas susceptible de faire obstacle au sauvetage des entreprises tant prisé

par le législateur ? Ce serait notamment le cas lorsqu'au cours d'une procédure de sauvetage, le bien retenu se révèle utile pour la poursuite de l'activité, mais que le débiteur ne dispose pas de fonds suffisants pour désintéresser le créancier.

Quant aux propriétés-sûretés, comment comprendre que l'efficacité de la réserve de propriété qui en assure la protection, est admise dans toutes les procédures collectives, alors que certaines fiducies-sûretés voient leurs effets neutralisés lorsque le sauvetage de l'entreprise est encore envisageable ? Doit-on finalement admettre que la fiducie-sûreté ne confère pas un véritable droit de propriété au fiduciaire dans la mesure où celui-ci n'est que temporaire ? En outre, comme pour le droit de rétention effectif, l'efficacité de la réserve de propriété ne ruine-t-elle pas les chances de sauvetage de l'entreprise lorsque le débiteur n'a pas les fonds nécessaires au paiement du créancier ?

1293. Ces différentes questions amènent à s'interroger sur l'avenir des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives.

En droit français, un auteur¹⁵²⁶ suggère, pour le droit rétention effectif, une limitation de son efficacité, voire une suppression de ce droit. Une suppression nous semble peu envisageable car ce serait remettre en cause une partie du droit des garanties. La suppression priverait par ailleurs les créanciers d'une garantie efficace. Pour ce qui est du droit de rétention fictif résultant de l'article 2286,4° du Code civil, nous suggèrerions volontiers sa suppression, mais elle réduirait évidemment l'attractivité des gages sans dépossession. Une autre solution, avantageuse pour les créanciers, serait d'aligner le régime de ce droit sur celui des droits de rétentions fictifs spéciaux.

À propos des propriétés-sûretés, une solution serait de leur appliquer un traitement homogène. Ainsi, pour concilier les différents intérêts, on pourrait par exemple aligner le sort de la réserve de propriété sur celui de la fiducie-sûreté sans dépossession.

En droit OHADA, hormis le cas de la réserve de propriété, c'est plutôt l'absence d'une réglementation relative au traitement des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives qui doit être palliée. Nous regrettons ainsi que le législateur communautaire africain n'ait pas saisi l'opportunité de la réforme de l'AUPC intervenue en septembre 2015, pour apporter plus de précisions.

1294. Pour finir, s'il nous fallait choisir parmi les sûretés réelles exclusives la mieux protégée dans le contexte d'une procédure collective, notre préférence irait au droit de rétention effectif. En effet, au-delà même de son efficacité, il ne demande aucune action de la part du créancier. Ce dernier doit simplement se contenter de retenir le bien. Le bémol ici est que le paiement du créancier rétenteur est subordonné à l'utilité du bien. Ainsi, lorsque le bien n'est pas utile à l'entreprise, le droit de rétention, bien qu'efficace, laisse le créancier dans une position d'attente.

¹⁵²⁶ D. LEGAIS, « Quel avenir pour le droit de rétention ? », *art. préc.*

On aurait également pu choisir la clause de réserve de propriété, et cela, d'autant plus que l'action en revendication est admise dans toutes les procédures collectives. Toutefois, les conditions strictes qui encadrent cette action peuvent quelques fois limiter la protection qui résulte de cette sûreté.

1295. Tout bien considéré, même si la protection des sûretés réelles exclusives est effective, il n'en demeure pas moins que dans le combat qui oppose ces sûretés là aux procédures collectives, la victoire penche du côté des dernières, surtout lorsque le sauvetage de l'entreprise est encore possible.

Ainsi, comme les sûretés réelles préférentielles qui, sous l'empire des législations antérieures à la loi de 1985, bénéficiaient d'un régime de faveur en cas d'ouverture d'une procédure collective, il est à craindre que l'objectif de sauvetage des entreprises finisse par avoir gain de cause sur les sûretés réelles exclusives. Mais nous n'y sommes pas, pour l'heure, les sûretés réelles exclusives ont encore de beaux jours à l'horizon.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages généraux

AKUETE (P.S.), YADO TOE (J.), *OHADA, Droit commercial général*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 478 pages.

ALBIGÈS (Ch.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Droit des sûretés*, 5^e éd., Dalloz, 2015, 545 pages.

ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, 7^e éd., LexisNexis, 2014, 243 pages.

ANOUKAHA (F.), CISSE- NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), YANKHOBA NDIAYE (I.), SAMB (M.), *OHADA Sûretés*, Collection Droit Uniforme Africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelles 2002, 279 pages.

AYNÈS (L.), CROCQ (P.), *Les sûretés, La publicité foncière*, 8^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, 443 pages.

AYNÈS (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 9^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, 471 pages.

BLACK YONDO (L.), BRIZOUA-BI (M.), FILLE LAMBIE (O.), LAISNEY (L.-J.), MARCEAU-COTTE (A.), sous la dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Editions Lamy, 2012, 406 pages.

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.),

- *Droit des sûretés*, 5^e éd., Sirey 2016, 824 pages.

- *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey 2014, 804 pages.

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, 10^e éd., Lexis Nexis, 2015, 831 pages.

CHAPUT (Y.), *Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises*, PUF 1990, 413 pages.

CHARTIER (Y.), *Droit des affaires, t. 3, Entreprises en difficulté. Prévention. Redressement. Liquidation* ; PUF coll. Thémis, 1989, 529 pages.

COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civil et commerciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2015, 1046 pages.

CORNU (G.),

- *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, 1099, pages.

- *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, 1101, pages.

COQUELET (M.-L.),

- *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Hyper Cours, 5^e éd., Dalloz, 2015, 598 pages.

- *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Hyper Cours, 4^e éd., Dalloz, 2015, 586 pages.

DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, (cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985), 3^e éd., Dalloz, 1991, 675 pages.

FARGE (M.), *Les Sûretés*, Presse Universitaire de Grenoble, 2007, 364 pages.

GHÉSTIN (J.), *Traité de droit civil, t. V, Les obligations, la responsabilité : effets*, LGDJ 1988, 592 pages.

GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Lextenso éditions, Défrénois, 2009, 764 pages.

GOMEZ (J.-R.), *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, Pierrefitte-Sur-Seine: BAJAG-MERI, 2 003, 431 pages.

GUILLOUARD (L.), *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 2^e éd., Paris, 1896, 504 pages.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, t.2, Entreprises en difficulté - Redressement judiciaire-faillite*, 9^e éd., Economica, 2003, 467 pages.

HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, 355 pages.

ISSA-SAYEGH (J.),

- *Acte uniforme portant organisation des sûretés. OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Vanves, FFA-Ernst & Young international, 1999, 79 pages.

- *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, Unida-uemoa-ohada, 2009, 815 pages.

LOHOUES-OBLE (J.), *Harmonisation du droit des affaires, OHADA, Collection Droit Uniforme Africain*, Juriscope, Bruylant, Bruxelles 2002, 245 pages.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., Lexis Nexis, 2013, 701 pages.

JACQUEMONT (A.), VABRES (R.), *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., Lexis Nexis, 2015, 750 pages.

JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Précis Dalloz, 2007, 847 pages.

KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, PUA, Cameroun, 2010, 236 pages.

LE CORRE (P.-M.), *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, 8^e éd., 2015/ 2016, Dalloz 2014, 2791 pages.

LE CORRE (P.-M.), LE CORRE- BROLY (E.), *Droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., Sirey, 2006, 545 pages.

LEFÈBVRE (F.), *Réforme des procédures collectives*, ordonnance du 18 décembre 2008, décret du 12 février 2009, éditions Francis Lefebvre, 2009, 480 pages.

LEGEAIS (D.),

- *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, 506 pages.

- *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 10^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, 508 pages.

LIÉNHARD (A.), *Procédures collectives*, Ed., Delmas, 2015/2016, 615 pages.

LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française en un volume*, Paris, Hachette, 2000, 1839 pages.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987, 614 pages.

MAZEAUD (L. J.), CHABAS (F), *Leçons de droit civil, Tome III, Sûretés, publicité foncière*, vol. 1, 7^e éd., par Y. PICOD, Montchrestien, 1999, 647 pages.

MÈSTRE (J.), *Recueil d'études sur l'OHADA et l'UMOA, vol.1*, Presse Universitaire d'aix-Marseille, 2013, 421 pages.

MÈSTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil*, sous la dir. de J. GHÉSTIN, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, 520 pages.

MIGNOT (M.), *Droit des sûretés*, Montchrestien Lextenso, 2010, 848 pages.

MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, Tome 2, Les Garanties réelles, Diffusion PUF, Paris, Dianoïa, 2010, 398 pages.

PÉROCHON (F.),

- *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., L.G.D. J. Lextenso éditions, 2012, 932 pages.

- *Entreprises en difficulté* 10^e éd., L.G.D. J. Lextenso éditions, 2014, 878 pages.

PEYRAMOURE (Ph.), SARDET (P.), *L'entreprise en difficulté, Prévention, Restructuration, Redressement*, 4^e éd., Delmas, 2006, 366 pages.

PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, 2^e éd., PUF, 2011, 501 pages.

PIÉDELIÈVRE (S.), *Droit des sûretés*, 2^e éd., Ellipses, 2015, 447 pages.

POUGOUE (P.-G.), KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999, 232 pages.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil, t.3, Sûretés réelles, Contrats civils,* L.G.D.J, 1985, 842 pages.

G. RIPPERT (G.), ROBLLOT (R.), *Traité élémentaire de Droit commercial,* LGDJ, 9^e éd. 1981, 1026 pages.

RIPERT (G.), ROBOT (R.), *Traité de droit commercial, t.2,* 17^e éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 2004, 1323 pages.

ROUSSEL GALL (Ph.), préf. D. TRICOT, *Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique,* 2^e éd., Lexisnexis, Litec, 2007, 514 pages.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté,* 9^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, 982 pages.

SAWADOGO (F.-M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté,* Bruylant, Bruxelles, 2002, 444 pages.

SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Les Sûretés, La publicité foncière,* 6^e éd., Dalloz, 2012, 852 pages.

SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives,* 2^e éd., Litec, 1995, 2812 pages.

SZRAMKIE-WICZ (R.), *Histoire du droit des affaires,* Montchrestien, Domat, 1998, 343 pages.

THÉRY (Ph.), *Sûretés et publicité foncière,* 2^e éd., PUF, 1998, 482 pages.

VALLANSAN (J.), CAGNOLI (P.), FIN-LANGER (L.), *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre IV du Code de commerce,* 6^e éd., Lexisnexis, 2012, 636 pages.

VIDAL (D.), GIORGNI (G.-C.), *Droit des entreprises en difficulté,* Gualino, Lextenso éd., 2014-2015, 659 pages.

II- Ouvrages collectifs

CAMPANA (M.-J.),

- « La situation des créanciers garantis », in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire,* t.2, SIREY, 1987, p. 27.

- « Les revendications après la réforme du 10 juin 1994 », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises,* sous la dir. M.-A. FRISON-ROCHE, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires », 1995, p. 197.

FARHI (S.), « Le banquier garanti par une fiducie-sûreté et la procédure collective », in *Contentieux bancaire des procédures collectives, l'établissement de crédit et l'entreprise en difficulté,* sous la dir. de E. LE CORRE-BROLY, Bruylant, 2014, p. 109.

JAMES (J.-C.), « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », in *Encyclopédie du droit OHADA,* sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p. 1104.

KALIEU ELONGO (Y. R.), « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p.1443.

MACORIG-VENIER (F.), « Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté, Droit 360°*, sous la dir. de Ph. ROUSSEL GALLE, Lexis Nexis, 2012, p. 405.

PÉROCHON (F.), « Le périmètre de l'arrêt des voies d'exécution », in *Mesures d'exécution et procédures collectives*, sous la dir. P.-M. LE CORRE, Bruylant 2012, p. 9.

ROUSSEL GALL (Ph.), « Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté, Droit 360°*, sous la dir. de Ph. ROUSSEL GALLE, Lexisnexis, 2012, p. 375.

SAWADOGO (F.-M.),

- « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p. 725 ;

- « Période suspecte. Inopposabilités », in *Encyclopédie du droit OHADA*, sous la dir. P.-G. POUGOUE, Lamy, 2011, p. 1335.

SORTAIS (J-P.), « Responsabilité bancaire. Soutien abusif », in *Entreprises en difficulté*, sous la dir. de Ph. ROUSSEL-GALLE, Lexis-Nexis, Droit 360°, 2012, p. 617.

III- Mélanges, études

CABRILLAC (M),

- « Les accessoires de la créance » in *Etudes à A. WEILL*, Dalloz- Litec, 1983, p. 107.

- « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en l'honneur de A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 31.

- « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Études à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 709

- « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Ch. GAVALDA*, Dalloz 2001, p. 69

CROCQ (P.),

- « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges en l'honneur de Ch. MOULY*, t. 2, Litec, 1998, p. 317

- « Sûretés et proportionnalité », in *Etudes à Ph. SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291.

DERRIDA (F.), « La dématérialisation du droit de rétention », in *Mélanges en l'honneur de P. VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 178.

GHOZI (A), « Sur la dualité du droit de rétention, À propos du droit de rétention du commissaire de transport », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Études à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 719.

GRIMALDI (M.), « Réflexions sur les sûretés propriétés (À propos de la réserve de propriété) », in *Études à J. DUPICHOT- Liber amicorum*, éd, Bruylant, 2004, p. 183

MACORIG-VENIER (F.), « Immeuble et droit de rétention » in *L'immeuble et le droit, Mélanges en l'honneur de R. SAINT-ALARY*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 333.

MOULY (Ch.), « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Mélanges en l'honneur de R. ROBLOT*, 1984, p. 529.

HOUIN- BRESSAND (C.), « La caution en difficulté », in *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Dalloz- Lexis Nexis, 2011, p. 453.

MALECKI (C), « Le bordereau Dailly à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Aspect actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Y. GUYON*, Dalloz 2003, p. 767.

MOULY (Ch.), « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français, Etudes à R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 529.

PÉROCHON (F.), « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in *Mélanges en l'honneur de M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 379.

PÉTEL (Ph.), « Retour sur la revendication des choses fongibles », in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Dalloz-LexisNexis, 2011, p. 571.

ROBINE (D.), « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un Janus à deux visages », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique, Mélanges en l'honneur de P. LE CANNU*, Dalloz-Lextenso-Thomson Reuters, 2014, p. 621.

SOINNE (B.), « L'absence de réponse à la contestation du représentant des créanciers », in *Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'A. HONORAT*, Morceaux choisis, Éditions Frison-Roche, 2000, p. 209.

IV- Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

ADJAGBA (I.), *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, thèse Paris II, 1988, 522 pages.

ALGADI (A.S.), *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Etude à la lumière du droit français*, l'Harmattan, 2009, 369 pages.

AMIGUES (G.), *Les sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives après la loi du 10 juin 1994*, thèse, Aix- Marseille, 1997, 252 pages.

AYNÈS (A.), *Le droit de rétention : Unité ou pluralité*, préf. Ch. LARROUMET, Economica, 2005, 345 pages.

BOUGEROL-PRUD'HOMME (L.), *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P.CROCQ, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDJ., Lextenso éd., 2012, 572 pages.

BRUNET (A.), *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse Nancy II, 1973, 583 pages.

CABRILLAC (S.), ALBIGÈS (Ch.), LISANI (C.), *Evolutions des Sûretés Réelles : Regards croisés, Universités -Notariat*, Lexis Nexis, Litec, 2007, 138 pages.

CAPOEN (A.-L.), *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, thèse Toulouse, 2008, 400 pages.

CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, Bibliothèque de droit privé, t. 248, L.G.D.J, 1995, 500 pages.

DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. AYNÈS, Economica 2007, 534 pages.

DERRIDA (A.), *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, thèse Alger, 1940, 262 pages.

DURAND (J.-F.), *Le droit de rétention*, thèse Paris II, 1979, 1250 pages.

EL KHOURY (M.), *La fiducie : étude de droit comparé*, thèse Paris II, 2002, 287 pages.

GAMALEU KAMENI (Ch.), *L'implication du créancier dans les procédures collectives, Étude comparée du droit français et du droit de l'OHADA*, Préf. G. BLANC, PU d'Aix- Marseille, 2015, 307 pages.

GOURDON (P.), *L'exclusivité*, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. privé, t. 455, L.G.D.J, 2006, 370 pages.

FARHI (S.), *La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté*, thèse Nice, 2013, 462 pages.

HUMBERT (H.), *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, thèse Paris, 1940, 163 pages. .

KOTO TCHEKA (A.), *Le règlement préventif l'espace OHADA au regard du droit français des procédures collectives*, Paris Publibook, 2014, 352 pages.

LAROCHE (M.), *Revendication et propriété, Du droit des procédures collectives au droit des biens*, préf. Ph. THÉRY, Doctorat et Notariat, t.24, Défrénois, 2007, 373 pages.

LAUGIER (M.), *Les créanciers « hors procédures » ou la fuite des créanciers devant la discipline collective*, thèse Lille 2, 2002, 483 pages.

LAURIOL (M.), *La subrogation réelle*, préf. A. BRETON, thèse Alger, t.1, 1952, 479 pages.

LE CORRE (P.-M.),

- *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, PU d'Aix-Marseille, 2000, (2 t.), 1226 pages.

- *La réforme du droit des entreprises en difficulté, commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz, 2009; *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Dalloz, 2011, 467 pages.

LEGEAIS (D.), *Les garanties conventionnelles sur créance*, préf. Ph. RÉMY, avant-propos J. STOUFFET, Economica, 1986, 386 pages.

LIKILLIMBA (G.-A.), *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, préf. J. MESTRE, Litec, 2001, 622 pages.

LUCIANO (K.), *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, thèse Paris I, 2010, 756 pages.

MACORIG-VENIER (F.), *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, thèse Toulouse, 1992, 530 pages.

MARLY (P.-G.), *Fongibilité et volonté individuelle, Etude sur la qualification juridique des biens*, préf. Ph. DELEBECQUE, LGDJ, Coll. A. Tunc, t. 4, 2004, 365 pages.

MARTOR (B.), **PILKINGTON (N.)**, **SELLERS (D.)**, **THOUVENOT (S.)**, *Le droit uniforme des affaires issu de l' OHADA*, 2e éd., Lexisnexis, Litec, 2009, 382 pages.

MONSÉRIÉ (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Litec 1994, Bibl. de droit de l'entreprise, vol. 33, 700 pages.

PATARIN (J.), *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, thèse Paris, 1951, 280 pages.

PÉROCHON (F.), *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, préf. F. DERRIDA, avant-propos J.-M. MOUSSERON, Bibl.dr.ent.,t. 21, Litec, 1988, 332 pages.

POUGOUE (P.-G.), *Présentation générale et procédure en OHADA*, PUA, 1998, 90 pages.

POUGOUE (P.G) et **KUATE (S.S)**, *Les grandes décisions de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, l'Harmattan, Paris, 2010, 692 pages.

PRAICHEUX (S.), *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. GHOZI, Banque Édition, 2004, 470 pages.

ROUSSEL GALLE (Ph.), « *Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique* », Litec, 2^e éd. 2007, 514 pages.

SALEY SIDIBÉ (H.), *Le sort des créances postérieures en droit français et en droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, thèse Nice Sophia Antipolis, 2013, 506 pages.

SALVAGE (P.), *La rétention*, thèse Grenoble, 1968, (401 fiches).

SÉGARRA (M.- N.), *La situation des créanciers dans les procédures collectives - Aspects de droit comparé, Allemagne, Espagne, France, Italie*, thèse Pau et des Pays de l'Adour, 2000, 1120 pages.

SOUPGUI (E.), *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse Université de Yaoundé II Soa (CAMEROUN), 2008, 408 pages.

THÉRA (F.), *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, L'Harmattan, 2012, 498 pages.

VIALA (Y.), *Le Principe de l'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, thèse Toulouse I, 2001, 444 pages.

WITZ (C.), *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1981, 351 pages.

ZÉPI (S.), *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2004, 648 pages.

V- Articles, chroniques

AKRAWATI WHAMSIDINE (A.), « Le droit de rétention en droit uniforme (OHADA) », *Penant*, juillet- septembre 2003, n° 844, p. 279.

ALIX (P.), « Les poursuites individuelles non suspendues par l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire », *Gaz. Pal.* 25 avril 1996, *Doct.*, p. 412.

ALGADI (A.S.), ELKOUBI (L.), « La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA des procédures collectives », *Revue Congolaise de droit et des affaires*, 2012, n° 8, p.25.

ANCEL (P.), « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *JCP E*, 1989, *Cahier Droit de l'Entreprise*, suppl. n° 5, p. 3.

ANOUKAHA (F.), « L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats africains membres de l'OHADA, Afrique juridique et politique », *La Revue du CERDIP*, Vol.1, janvier – juin 2002, n° 1, p.65.

ANSAULT (J.-J.), « La fiducie-sûreté ressuscitée », *Journal des sociétés*, mai 2009, n° 65, p. 18 ; « Fiducie-sûreté et sûretés réelles: que choisir ? », *Dr. et Patr.*, mai 2010, n° 192, p.52.

ARRIGHI (J.-P.), « Les nouveaux cas de nullités de la période suspecte », *Gaz. Pal.*, 9-10 septembre 2005, n°253, p.9.

AYNÈS (A.), « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p.1301 ; « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G*, 2008, 300 « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G*, 2009, I, 119.

AYNÈS (L.), « Un droit en pleine évolution » in Droit des sûretés : analyse d'un renouveau, *Dr et patr.*, juillet 2002, n°106, p. 44 ; « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 63 ; « Le régime juridique de la fiducie », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 67.

BAC (A.), « De la notion de contrat en cours et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions », *JCP E*, 2000, I, p. 22.

BARRIÈRE (F.), « La loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence », *JCP E*, 2007, 2053.

BAYLE (M.), « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA*, 23 octobre 2008, n° 213, p. 3.

BERGER-PERRIN (B.), « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif ? », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin, 2012, n° 3, dossier 16, p. 86.

BERNARD-MENORET (R.), « Le droit de rétention au sein des sûretés », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p 55.

BERTHÉLOT (G.), « Le traitement de la fiducie-sûreté dans la nouvelle ordonnance sur les procédures collectives », *Dr. et patr.*, octobre 2009, n° 185, p. 89.

BORGA (N.), « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. drt. banc. et fin.*, mai-juin 2009, n°3, étude 20, p. 9.

BOUGEROL (L.) « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *Rev. Drt. banc. et fin.*, septembre 2014, n° 5, dossier 36.

BOULAY (J.-Ch.), « Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. Proc. Coll.*, février 2006, n° 2, p. 135.

BRUNETTI-PONS (C.), « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783.

BUISINE (O.), « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », *Rev. Proc. Coll.*, novembre 2011, n° 6, étude 31.

CABRILLAC (M), « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente », *D.*1988, p. 225. ;

CABRILLAC (M), PÉTEL (Ph.), « Le printemps des sûretés réelles ? », *D.* 1994, *Chron.*, p. 243.

CAGNOLI (P.), « Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles au pouvoir juridictionnel du juge-commissaire en matière de vérification des créances », *Rev. Proc. Coll.*, septembre-octobre 2009, n° 5, étude 23, p. 11 ; « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2015, n°3, dossier 39, p. 69.

CALENDINI (J.-M.) et CAMPANA (M.-J.), « Droit de rétention et procédures collectives : la dissipation des dernières ambiguïtés », *JCP E*, 1998, 1083.

- CADAOU (E.),** « Justice privée et procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 817.
- CATALA-FRANJOU (N.),** « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, p. 10.
- CERLES (A.),** « La fiducie, nouvelle reines des sûretés », *JCP E*, 2007, 2054.
- CHAMPALAUNE (C.),** « Un nouveau droit des entreprises en difficulté. Propos introductifs », *Rev. Proc. Coll.*, juillet-août 2014, n° 4, dossier 27, p. 44.
- CHAPUT (Y.),** « Les clauses de réserve de propriété », *JCP E*, 1981, II. 13444.
- CHARLERY (E.),** « L'efficacité de la réserve de propriété en cas de redressement judiciaire de l'acquéreur. - À propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 janvier 1996. », *JCP G*, 1997, I, 4013.
- CHIFFLOT BOURGEOIS (F.),** « Les garanties de paiement : l'apport des sûretés dans l'espace OHADA », *Rev. drt. banc. fin.*, janvier- février 2011, n° 1, p. 17.
- COMBE (M.),** « L'efficacité de la fiducie-sûreté », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, p. 8.
- COQUELET (M.-L.),** « Le plan de cession a-t-il changé ? », *Rev. Proc. Coll.*, mars-avril 2006, n° 2, p. 188 ; « Fiducie-sûreté : fin du feuilleton ? », *Dr. Sociétés*, juillet 2009, n°7, p.1.
- COURET (A.),** « Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ? » *RLDA* mars 2005, suppl. n° 80, p. 42.
- COURTIER (J.L.),** « La loi du 25 janvier 1985 en question. Le rapport C.N.P.F/ A.F.B », *LPA*, 25 janvier 1993, n° 11, p.7.
- COUTURIER (G.),** « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *BJS*, février 2008, n°2, p. 142.
- CRÉDOT (F.-J.),** « La cession d'entreprises et le droit de rétention », « La cession d'entreprises et le droit de rétention », *LPA*, 8 juin 1987, n° 68, p.12 ; « La supériorité irréductible du droit de rétention », *LPA*, 28 juillet 1997, n° 90, p. 24.
- CROCQ (P.),** « Propriété-garantie. Réserve de propriété. Etre ou ne pas être un accessoire : le sort de la réserve de propriété en cas de défaut de déclaration de sa créance par le vendeur », *RTD civ.* 1996, p. 436 ; « Propriété-garantie. Réserve de propriété ayant pour objet des biens fongibles », *RTD civ.* 1998, p.709 ; « La réserve de propriété », *Jursi Class.*, supplément, mai 2006, n° 20 ; « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306 ; « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. - Situation du vendeur de meuble- Clause de réserve de propriété- » *JCL. com.*, 6 juin 2015, fasc. 2545 ; « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. Proc. Coll.*, janvier-février 2009, n° 1, dossier 10, p. 75 ; « Le gage avec, ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cah. drt. ent.*, juillet-août 2009, n°4, dossier 21, p. 25 ; « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective », *Rev. Proc. Coll.*, novembre-décembre 2009, n° 6, dossier 18, p. 63 ; « Les grandes orientations de la

réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés »; « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patr.*, novembre 2010, n° 197, p. 52 ; « Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés », *D.* 2011, p. 432 ; « Les incidences de la réformes du droit des procédures collectives sur le droit des sûretés », *RLDC*, décembre 2014, n° 121 supplément, p. 20 ; « Des créanciers et des contractants mieux protégés », *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253, p. 59.

CROSIO (V.), « Les problèmes d'application de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 », *LPA*, 1985, p. 22.

DAGOT (M.), « La situation des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture », *Annales faculté de Toulouse* 1986, n° 34, p. 169.

DAMMANN (R.), « La situation des banques titulaires de sûretés après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, septembre-octobre 2005, n°103, p. 16 ; R. DAMMANN, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1298 ; « Banque et banquiers responsables », in *Responsabilité et régulation économique*, vol. 5, Presses Sc. Po et *D.* 2007, p. 73; « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre », *RLDC*, mai 2008, n°49, p. 33; « Les conséquences de la loi de modernisation de l'économie sur les sûretés réelles en matière de gage et de fiducie », *RLDC*, mars 2009, n° 58, p. 45; « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 64.

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *D.* 2007, Chron. p. 1359 ; « Le nouveau du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, p. 2300 ; « Les sûretés-propriétés face au plan de sauvegarde », *D.* 2008, p. 928 ; « Fiducie et sauvegarde : deux réformes complémentaires », *BJS*, février 2008, n° 2, p. 88 ; « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre », *RLDC*, mai 2008, n° 49, p. 33.

DAMMANN (R.), ROBINET (M.), « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûretés ? », *Cah. drt. ent.*, juillet 2009, n°4, dossier 23, p.35.

DAMMANN (R.), DE KEATING (H.), LECUYER (H.), « Entreprises en difficulté, gage, nantissement, droit de rétention et fiducie », *LPA*, 22 avril 2010, n° 80, p. 4.

DANOS (F.), « Exceptions inhérentes à la dette et subrogation réelle sur la créance de prix de revente », *JCP E*, 2011, 1366, n° 7.

DARROUSEZ (P.), « La poursuite des contrats en cours (article 37, loi du 25 janvier 1985- L'option de l'administrateur judiciaire », *RJ com.* 1992, p. 20.

DAURY-FAUVEAU (M.), « Détournement de gage ou d'objet saisi », *JCL. Pénal*, 20 décembre 2009, fasc. 20.

DE LAJARTE (C), « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC*, mai 2009, n° 60, p. 71.

DELEBECQUE (Ph.), « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *Juris Classeur Périodiques*, 1986, I, p. 185.

DÉMOURES (Y.), « La vente avec réserve de propriété et la loi du 12 mai 1980 », *RTD. com.*1982, p. 33.

DERRIDA (F.), La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives, *D.*1980, Chron. p. 293.

DERRIDA (F.), **SORTAIS (J.P.)**, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures », *LPA*, 22 mars 2006, n° 58, p.7.

DESURVIRE (D.), « Banqueroute et faillite. De l'Antiquité à la France contemporaine », *LPA*, 1991, n° 104, p. 12.

DEVÈZE (J.), « Les créanciers titulaires d'un gage, d'un nantissement ou d'un droit de rétention ». *Rev. Proc. Coll.*, 1992/2, p. 119.

DICKERSON (C.M.), « Le droit de l'OHADA », *D.* 2007, p. 560 .

DIENER (P.), « Du caractère suspect de l'absence de période suspecte », *D.* 1993, Chron. p. 255.

DOON COLLINS (R.), **BOCCOVI (A.)**, **BUSTIN (O.)**, « Rapport général sur l'Acte uniforme révisé OHADA portant sur l'organisation des sûretés », *LPA*, 25 septembre 2015, n° 192, p. 23.

DROSS (W.), « La revendication dans les procédures collectives: une imposture ? », *Dr. et Patr.*, février 2001, n° 200, p. 30.

DUPICHOT (Ph.), « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC* 2006, supplément n° 29, p. 17 ; « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G*, 2007. I. 121 « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G*, 2009, I, 132; « Le nantissement un an après », *LPA* du 27 mars 2008, n° 63, p. 27.

DU PONTAVICE (E), « Intérêts et limites de la clause de de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai », *Banque* 1980, p. 1221.

FARGE (M.) et GOUT (O.), « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, n° 58, p. 25.

FASQUELLE (D.), « L'harmonisation des droits des entreprises en difficulté dans l'Union européenne : des avancées réelles mais encore trop modestes », *Rev. Proc. Coll.*, janvier-février 2015, n° 1, dossier 9, p. 56.

FÉNÉON (A.), « Le nantissement des stocks de matières premières : une garantie adaptée et efficace dans l'acte uniforme sur les sûretés », *Penant*, juillet- septembre 2002, n° 840, p. 274; «

Aperçu de la jurisprudence OHADA en matière de procédures collectives », *Penant*, octobre-décembre 2008, n° 865, p. 492 ; « Des mandataires judiciaires mieux encadrés, pour une procédure plus efficace », *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253, p.65.

FRÉMONT (F.), « Les nouvelles procédures de règlement collectif au regard de la publicité foncière », *JCP N*, 1987, I.

FROEHLICH (P.), « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, p. 2878

GALLOIS-COCHET (D.), « Garantie autonome et lettres d'intention » *RLDA*, juillet 2007, n° 850, p. 68.

GERBAULT (P.), « Droit des sûretés et droit de l'entreprise : influences croisées », *RJ com.*, 2002, p. 150.

GHÉSTIN (J.), « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, Chron. p.1.

GHÉSTIN (J) et JAMIN (Ch.), « La protection du vendeur sous réserve de propriété et la survie de l'entreprise », *Rev. Proc. Coll.*, 1989/3, 291.

GHOZI (A.), « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives », *RTD. com.* 1978, p.1 ; « Nature juridique et transmissibilité de la réserve de propriété », *D.* 1986, chron. p. 317.

GINESTET (C.), « La qualification de sûretés (seconde partie) », *Défrénois*, 28 février 1999, n° 4, p. 203.

GOUT (O.), « Les sûretés face aux procédures collectives », *JCP N*, immobilière, 2012, , 1339, n° 40.

GRIMALDI (M.), « L'acte uniforme portant organisation des sûretés, in L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », *LPA*, numéro spécial, 13 octobre 2004, n° 205, p. 30.

GRIMALDI (M.), **DAMMANN (R.)**, « La fiducie sur ordonnance », *D.* 2009, p. 670.

HENRY (L.-C.), « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.*, 8 septembre 2005, n° 251, p. 39 ; « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives », *Gaz. Pal.* du 8 au 10 mars 2009, n° 69, p. 32.

HOANG (P.), « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, Chron. p. 1458.

HOUIN (R.), « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP E*, 1980, II. 1328.

HOUIN-BRESSAND (C.), « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *Rev. drt. banc. et fin*, mars 2010, n° 2, dossier 12, p. 95 ; « La situation des créanciers réformée par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *Rev. Drt. banc et fin*, mai 2014, n° 3, comm. 16.

ISSA- SAYEGH (J.), « Le droit de rétention en droit sénégalais », *Penant*, octobre-décembre 1992, n° 810, p. 261 ; « Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif », *Pénant*, 1998, numéro spécial OHADA, mai-août, n° 827, p. 217 ; « Organisations des sûretés », *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n°2, p. 351 ; « Présentation des projets d'Actes uniformes de l'OHADA portant sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif », *Pénant*, mai-août 1998, n° 827, p. 204 ; « Présentation des dispositions sur le droit des sûretés », *Ohadata.com/ Ohadata D-06-09* ; « Présentation générale de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sûretés », *Revue de droit uniforme*, Unidroit, Rome, 2003, ns° 1-2, p. 369.

JAMES (J.C.), « Le droit de rétention en droit uniforme africain », *Revue Afrique juridique et politique, La revue du CERDIP*, volume 1, juillet-décembre 2002, n°2, p. 3.

JAZOTTES (G.), « La protection des droits des créanciers », *Dr. et patr.*, juillet 2014, n°238, p. 73.

JIOGUE (G.), « Le droit de rétention conventionnel, Etude de droit français et de droit OHADA », *Revue de la Recherche Juridique Droit Prospectif*, 2007-4, n° 38, p. 1791.

JUAN (R.), « Trois ans de jurisprudence sur la clause de réserve de propriété », *Cah. drt. entp.*, 1984, n° 2, p. 5 et « Quatre ans de jurisprudence sur la clause de réserve de propriété (1984-1987) », *JCP E*, 1987, n° 39, p. 14.

JUILLET (Ch.), « Le warrant agricole, les sûretés mobilières spéciales et le droit commun du gage », *D.* 2016, p. 178.

KACZMAREK (L.), « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845.

KAMDEM FETZE (I.), « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », *R.J.T.* 2009, n° 43, p. 605.

KANE EBANGA (P.), « La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *Juridis*, n° 50, p. 109; *Ohadata D-08-23, ohada.com*.

KODO (J.), « Le régime juridique du droit de rétention dans l'OHADA et en droit français », *Lamy Droit des Sûretés*, n° 227, coll., *Lamy Droit Civil*, 2007, www.insitut-idef.org.

KONATE MAMADOU (I.), « La consécration des sûretés spécifiques OHADA: réserve de propriété, droit de rétention, cession de créances », *Ohadata D- 11-91, ohada.com* ; « Le

redressement et la liquidation mieux encadrés et plus rapides », *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253, p 39.

KORNMANN (A.), « La substitution de garantie et la loi du 25 janvier 1985 (À propos de quelques éléments omis) », *JCP N*, 1988, I, 726, 584.

KOUAKOU BROU (M.), « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives: l'apport du traité OHADA », *Penant*, septembre-décembre 2001, n° 837, p. 273.

KUHN (C.), « Une fiducie française », *Dr. et patr.* avril 2007, n° 158, p. 32.

LAMARCHE (Th.), « La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006, p. 709.

LARROUMET (Ch.), « Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective de l'acheteur ? », *D. Aff.* 1996, p. 603 ; « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350.

LASSERRE (M.-C.), « La paralysie de la fiducie-sûreté », *LPA* 11 février 2011, n° 30, p.3.

LAUDE (A.), « La fongibilité », *RTD Com.* 1995, p. 307.

LAURENT (J.), « Les tribunaux de commerce plus sollicités en raison de la crise économique », *L'année économique et sociale*, 2008, Dossier n°154.

LE CORRE-BROLY (E.), « Le droit de rétention sur documents d'immatriculation », *D. Aff.*, 1998, p. 1802-1838; « La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 27 octobre 2007, n° 300, p.3 ; « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », *D.* 2009, p. 663 ; « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matières de revendications et de restitutions », *Gaz. Pal.*, du 8 au 10 mars 2009, n° 69, p. 48 ; « L'inopposabilité à la procédure collective de la créance non déclarée », *Gaz. Pal.*, 8 janvier 2011, n°8, p.18 ; « Le gage sur stocks et le Code de commerce : un mariage forcé ? », *JCP E*, 2014, 1538 ; « La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME », *JCP E*, 2013, 1446.

LE CORRE (P.-M.), « Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et la règle du concours », *Rev. Proc. Coll.* 1990/1, p. 21; « Le gage avec droit de rétention face au plan de cession (rien ne sert de concourir, il faut à point retenir) », *LPA*, 22 octobre 1997, n° 127, p. 5; « Retenir et substituer ne vaut (la substitution de garantie de l'article 34, alinéa3, de la loi du 25 janvier 1985) », *D. Aff.* 1998, p. 1246; « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001, *Chron.*, p. 2815 ; « Procédure de vérification et d'admission des créances et dissolution des sociétés placées en liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.* 7-8 avril 2004, n° 99, p. 2 ; « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », *LPA*, 10 juin 2004, n° 116, p. 25; « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », *JCP E*, 2007, 1185; « Déclaration, vérification, admission des créances et

procédure civile », *LPA*, 28 novembre 2008, n° 239, p. 72; « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », *JCP E*, 2009, 1204; « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.*, mars-avril 2009, du 8 au 10 mars 2009, Doctr. p. 810 ; « Le créancier nanti sur compte-titres bénéficiaire d'un paiement provisionnel confronté au superprivilège des salaires », *Gaz. Pal.*, 31 octobre 2009, n° 304, p. 27 ; « Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession », *Gaz. Pal.*, 08 janvier 2011, n°8, p.13 ; « Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, p. 68 ; « La créance non déclarée et la clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif exigible », *JCP E*, 2011, 1318 ; « Le passif de l'EIRL », *BJE*, mars 2011, n°1, p.70 ; « Lecteurs choyés de la Gazette... », *Gaz. Pal.*, 08 avril 2014, n° 98, p. 5 ; « L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications affectant la déclaration et la vérification des créances », *Gaz. Pal.* 8 avril 2014, n° 98, p. 47 ; « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, p. 733 ; « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 20 octobre 2015, n° 293, p.7 ; « La vente de biens grevés de sûretés en période d'observation », *Gaz. Pal.*, 12 avril 2016, n° 14, p. 80.

LE CORRE (P-M.), DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Le droit de rétention fictif au cœur de tous les débats », *BJE*, Juillet- Août, 2011, n° 3, p. 227.

LÉCUYER (H.), « De la détermination du patrimoine du débiteur », *LPA*, n° sp., 8 février 2006, n° 28, p. 66.

LEFÈVRE (H.), « Les conséquences de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 71.

LEGEAIS (D.), « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP E*, 2005,1510 ; « Droit de rétention du créancier gagiste », *Rev. drt. banc. et fin.*, septembre-octobre 2008, n°5, comm. 139, p.38 ; « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, p. 27 ; « Portée de la réforme du droit des procédures collectives », *Rev. drt. banc. et fin.*, mai 2014, n° 3, comm.102; « Quel avenir pour le droit de rétention », *Rev. drt. banc. et fin.*, septembre 2014, n° 5, dossier 42.

LEGRAND (F.), LEGRAND (M.-N.), MONSERIE-BON (M.-H.), « Qu'est ce qui change pour les partenaires de l'entreprise en difficulté ? », *Rev. Proc. Coll.* mars 2014, n°2, dossier 18, n° 9, p. 49.

LEGUEVAQUES (Ch.), « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ? », *LPA*, 2006, n° 35, p. 63.

LE MAIGAT (P.), « La supériorité de plus en plus irréductible du droit de rétention du créancier-gagiste dans les procédures collectives », *JCP G*, 2000, II, 10278 ; « L'efficacité du droit de rétention du créancier gagiste dans les procédures collectives », *Les Petites Affiches* 1999, n° 242, p. 10.

LIBCHABER (R.), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Défrénois* 2007, 38631.

LIÉNHARD (A.), « Le créancier rétenteur ne peut se voir imposer une substitution judiciaire de garantie », *D.* 2000, p. 361 ; « Inefficacité du droit de rétention portant sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture », *D.* 2001, p. 3533 ; « Modalités de déclaration des créances », *D.* 2001, p. 1011 ; « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, Chron. p. 110 ; « Déclaration des créances : nouvelles modalités à compter du 1er juillet 2014 », *D.* 2014, p. 1448 ; « Réforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014, p. 25.

LUCAS (F.-X.), « Fiducie vs sauvegarde, un arbitrage équilibré », *BJS*, février 2009, n° 2, p. 105 ; « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, novembre-décembre 2009, n° 6, dossier 17, p. 60 ; « La SFA une procédure quasi collectif », *LEDEN*, décembre 2010, n° 11, p. 1 ; « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2012, n° 3, dossier 18, p. 93 ; « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJE*, mars 2014, n° 2, p. 111.

LUCAS (F.-X.), SÉNÉCHAL (M.), « Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *D.* 2008, p. 29.

LUCIANO (K.), « Fiducie- sûreté et plan de cession », *Rev. Proc. Coll.*, mars-avril 2011, n° 2, étude 9, p. 21 ; « Analyse juridique du droit de rétention », *Rev. Proc. Coll.*, juillet-août 2012, n° 4, étude 29, p.38.

MACORIG-VENIER (F.), « La place occupée par l'apurement du passif dans la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, 1988, n° 74, p. 5 ; « Le soutien abusif », *RLDA*, février 2008, n° 24, p. 119 ; « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matières de sûretés », *Dr et patr.*, janvier 2010, n° 188, p. 26 ; « L'exclusivité », *LPA*, 11 février 2011, n°30, p. 59 ; « Les biens fiduciaires (bien distraits des procédures) », *Rev. Proc. Coll.*, janvier-février 2011, n°1, dossier 10, p. 89 ; « Les créanciers de l'EIRL en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, mars-avril 2011, n° 2, dossier 20, p. 87 ; « Les créanciers antérieurs hors comité après l'ordonnance du 12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance », *BJE*, mai 2014, n°3, p. 185.

MACORIG-VENIER (F.) et SAINT-ALARY- HOUIN (C.), « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. drt. banc. et fin.*, janvier 2006, n°1, p. 60 ; « Les

créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, janvier-février 2009, n° 1, dossier 9, p. 65.

MALLET-BRICOUT (B.), « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. et patr.* octobre 2009, n° 185, p.79 ; « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E*, 2010, 1191.

MARINI (P.), « Enfin la fiducie à la française », *D.* 2007, p. 1347.

MARTIAL-BRAZ (N.), « Sûretés avec et sans dépossession, une summa divisio désuète ? », *Rev. drt banc. et fin.*, septembre 2014, n° 5, dossier 35.

MARTIN (D.), « L'article 34, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? », *D.* 1986, p. 325 ; « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *Juris Classeur Périodique*, 1986 éd. Not. I. 180 ; « Le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises », *Banque édition*, 1986, p. 23 ; « De la rétention d'actif en cas de cession de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 27-28 janvier 1988, 1, Doctr., p. 67 ; « De la survie du gage à la cession d'entreprise », *RJ. com.* 1987, p.81 ; « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, Chron. p. 47.

MARTIN-SERF (A.), « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD com.* 1980, p. 667 ; « La continuation des contrats », *RJ com.*, 1992, p. 9 ; « Revendications et restitutions : Questions procédurales », *LPA*, 28 octobre 1998, n° 129, p. 23 ; « Les nullités de la période suspecte, l'avis à tiers détenteur et la loi Dailly », *Rev. Proc. Coll.*, décembre 2000, n° 5, p. 167 ; « Déclaration des créances », *RTD com.* 2014. p. 409 ; « Vérification des créances », *RTD com.* 2014, p. 411 ; « Domaine d'application du régime des revendications de meubles. Exclusion dans la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée », *RTD com.* 2014, p. 415.

MBAYE (K.), « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *LPA*, 13 octobre 2004, n° 205, p. 4.

E. LE CORRE- BROLY, « Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », *D.* 2009, p. 663.

MERCADAL (B.), « Droit de rétention dans une procédure collective », *D.* 2000, p. 297.

MODI KOKO BEBEY (H.-D.), « L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA (étude comparé) », *Juriscope 2002*, www.juriscope.org, p. 1.

MONASSIER (B.), **MICHEL (F.)**, « Les sûretés ne sont plus sûres... », *Dr. et patr.*, avril 2001, n° 92, p. 52.

MONSIÉRIÉ (M.-H.), « Le crédit bailleur » in *La situation des créanciers dans une entreprise en difficulté*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit des affaires de l'Université de sciences sociales de Toulouse I, Paris, Montchrestien, 1998, p.65.

MOURY (J.), « La responsabilité du fournisseur de " concours " dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce », *D.* 2006, Chron. p. 1743.

NANDJIP MONEYANG (S.), « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », *Rev. Proc. Coll.*, juillet- août 2010, n°4, étude 22, p. 24.

NARAYAN-FOURMET (H.), « Le droit de rétention dans le gage: l'arme absolu du créancier », *LPA*, 8 juin 2001, n° 114, p. 20.

NEMEDEU (R.), « Le principe d'égalité des créanciers : Vers une double mutation conceptuelle, Etude à la lumière du droit français et OHADA », *RTD com.* 2008, p. 241.

NOUGEN (H.-J.), « Réflexions sur le rôle du temps dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises », *Rev. Proc. Coll.* 1989, p. 12.

NZOUABETH (D.), « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Rev. Proc. Coll.*, décembre 2007, n° 4, p. 192.

OTOUMOU (J.- C.), « Le droit de rétention en droit OHADA », *Penant*, janvier- mars 2002, n° 838, p. 75.

PAILLER(P.), « Le sort des sûretés dans la nouvelles ordonnance de réforme du droit des procédures collectives du 12 mars 2014 », *RLDC*, mai 2014, n° 115, p. 30.

PAILLUSSEAU (D.), « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle », *D.* 2003, p. 260 ; « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, p. 2346.

PÉDAMON (M.), « La réserve de propriété en droit allemand », *Gaz. Pal.* 1981, p. 5 ; « La réserve de propriété en droit allemand et en droit français », *RJ com.* 1982, p.62.

PELLIER (J.-D), « Réflexions sur la classification des sûretés réelles », *LPA*, 24 avril 2014, n° 82, p.7.

PÉROCHON (F.), « La revendication favorisée », *D.* 1994, p. 251 ; « La revendication des choses fongibles par le vendeur », *LPA*, 14 septembre 1994, n° 110, p. 82 ; « La revendication du prix de revente », *D. Aff.* 1996, p. 1402 ; « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p. 651 ; « À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal*, mars- avril 2009, du 8 au 10 mars 2009, *Doctr.*, p. 788 ; « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », *Cah. drt. entp.*, juillet-août 2009, n°4, dossier 22, p. 29 ; « Le choix de garanties efficaces », *BJE*, septembre 2012, n° 5, p. 32; « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA*, 28 novembre 2008, n° 239, p. 56 ; « Revendications et restitutions selon le décret du 21 octobre 1994 », *LPA*, 1995, n° 71, p. 32 ; « Les propriétaires sont-ils heureux ? », *RLDA*, mars 2005, n° 80, p. 105.

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « La fiducie sans dépossession », *RLDC*, juin 2009, n° 61, p. 55.

PÉTAVY (R.), « Interprétation (très) stricte de l'article L. 605-1 par les juges du fond », *L'EDEN*, novembre 2010, n° 10, p. 5.

PÉTEL (Ph), « Procédure collective et continuation de l'activité : comment le gage résiste-t-il? in *Le gage commercial* », *RJ com.*, 1994, p. 143 ; « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. - Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E*, 2009, 1049; « Le nouveau droit des entreprises en difficulté - La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises - L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCL. Procédures Collectives*, janvier 2010, fasc. 215 ; « Entreprises en difficulté : encore une réforme », *JCP E*, 2014, 1223.

PIÉDELIÈVRE (S.), « La mise en œuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives », *LPA*, 20 septembre 2000, n°188, p. 12 ; « Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective », *D.* 2001, p. 465; « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur », *JCP G*, 2003, I, 165 et E, 2004, 69, n° 14; « Premier aperçu de l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Défrénois*, 2006, art. 38393, p. 791 ; « Le nouvel article 2286, 4°, du code civil », *D.* 2008, p. 2950.

POHÉ (D.), « La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. Proc. Coll.*, 1992/3, p. 245.

POURQUIER (C.), « Faculté de rétention et procédures collectives », *D. Aff.*, 1998, p. 936 ; « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD com.*, 2000, p. 569.

PRIGENT (S.), « La réforme du droit des sûretés : une avancée sur la voie de la modernisation », *ADJI*, 2006, n° 5, p. 34.

RAKOTOVAHINY (M.-A.), « L'inopposabilité dans les procédures collectives », *LPA*, 05 juillet 2011, n° 132, p. 6.

REILLE (F.), « Déclaration, vérification et admission des créances : l'actualité en question », *Rev. Proc. Coll.*, juillet-août 2013, n° 4, dossier 28, p.72.

REYGROBELLET (A.), « Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde », *in Regards croisés de praticiens sur la loi de sauvegarde*, *LPA*, 17 février 2006, n° 35, p. 58.

RIVES-LANGES (J.-L.), « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *Dalloz-Sirey*, 1975, Chron. p. 77.

RIVES-LANGE (J.-L.) et RACHEZ (E.), « L'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 a-t-il une vocation universelle ? », *D.* 1991, Chron., p. 270.

ROBINE (D.), « L'article L. 650-1 du code de commerce : « un cadeau » empoisonné ? », *D.* 2006, p. 69.

RONTCHEVSKY (V.N), « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit*, janvier- février 2006, n° 105, p. 17.

ROSSI (P.), « Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce. Obstination ou obsession ? », *Rev. Proc. Coll.*, septembre-octobre 2015, n°5, étude 15, p.11.

ROSSI (P.), LEGRAND (F.), « L'amélioration des droits des créanciers, La déclaration et la vérification du passif simplifiées », *Rev. Proc. Coll.*, juillet-août 2014, n° 4, dossier 33, p. 63.

ROUGER, (Ch.), « La procédure de vérification des créances (les rôles respectifs du représentant des créanciers et du juge-commissaire et la rectification d'erreurs ou d'omissions) », *Rev. Proc. Coll.*, octobre 2001, n° 4, p.182.

ROUSSEL GALLE (Ph.), « Les retouches apportées aux règles de l'interdiction des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution », *Gaz. Pal.*, 8 au 10 mars 2009, Doct., p. 806 ; « Sûretés et procédures collectives », *Cah. drt. de l'entp.*, juillet 2009, n°4, dossier 19; « La déclaration des créances et les sûretés réelles », *LPA*, 11 février 2011, n° 30, p. 37; « Deux idées utopiques (?) de révision du règlement européen pour 2012... ou 2022... », *JCP E*, 2012, 1546 ; « Faut-il réformer le droit des entreprises en difficulté... ou le droit des entreprises ? », *Rev. Proc. Coll.*, juillet-août 2013, n°4, repère 4, p.1 ; « L'OHADA: l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », *Rev. Proc. Coll.*, novembre-décembre 2013, n° 6, dossier 50, p. 53 ; « Incompétence du juge-commissaire en matière de vérification des créances ou dépassement de pouvoirs, même combat », *JCP G*, 2014, 818 ; « Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014. Des outils plus performants, une meilleure sécurité juridique et des équilibres renouvelés », *Rev. sociétés* 2014, p. 351 ; « Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté », *Rev. drt. banc. et fin.*, septembre 2014, n° 5, dossier 38 ; « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253, p.55.

ROUSSEL GALLE (Ph.), PÉROCHON (F.), « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *Rev. Proc. Coll.*, janvier-février 2016, n° 1, dossier 12, p. 65.

ROUTIER (R.), « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », *Gaz. Pal.* du 10 septembre 2005, n° 253, p. 33 ; « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, Chron. p. 1478 ; « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, du 8 au 10 mars 2009, n° 69, p. 53.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La gestion de l'entreprise pendant la période d'observation, les innovations de la procédure de redressement judiciaire », *RTD com.* 1986, p.37 ; « Les créanciers face au redressement judiciaire de l'entreprise », *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 129 ; « Rapport de synthèse », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 40 ; « De la procédure de sauvegarde financière

accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! », *Rev. Proc. Coll.*, mars-avril 2014, n° 2, dossier 17, p. 44.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MACORGIR-VENIER (C.), « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, janvier 2009, n° 1, dossier 9, p. 65 ; « Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. - Situation des créanciers.- Interdictions des inscriptions », *JCL com.*, 30 juin 2014, fasc. 2365.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), « Redressement et liquidation judiciaires. - Nullités de droit et nullités facultatives. - Notion. Actions voisines (action paulienne, abus de droit). -Exercice de l'action et conséquences. », *JCL com.*, 1^{er} juin 2011, fasc. 2502 ; « Redressement et liquidation judiciaires- Nullités Facultatives », *JCL com.*, 1^{er} juin 2011, fasc. 2510; « Redressement et liquidation judiciaires - Nullités des sûretés- Nullité des dépôts et consignations - Nullité des mesures conservatoires - Nullité du contrat de fiducie », *JCL com.*, 1^{er} juillet 2011, fasc. 2508.

SAWADOGO (F.-M.), « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le règlement préventive », *Dr. et patr.*, décembre 2015, n° 253, p. 32.

SCARANO (J.-P.), « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété (Observations de droit comparé et de droit international privé) », *RTD com.* 1990, p. 535.

SÉNÉCHAL (J.-P.), « La loi du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire et la pratique notariale », *JCP N.*, I, n° 172, p. 1 ; « La vente des immeubles et la distribution de leur prix », *LPA*, 28 octobre 1998, n° 129, p. 36 ; « La réforme de la liquidation judiciaire », *LPA* 10 juin 2004, n° 116, p. 43.

SÉNÉCHAL (M.), « La distribution du prix de vente d'un immeuble grevé de sûretés par le commissaire à l'exécution du plan de continuation », *LPA*, 12 mai 2004, n° 95, p.4.

SIMLER (Ph.), « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006, I, 124.

SOINNE (B.), « La transmission de la réserve de propriété », *Gaz. Pal.* 1985, I ; « Principes et pratiques de la nouvelle vérification des créances », *Rev. Proc. Coll.* 1986, p.1 « Le contenu de la déclaration de créance et la preuve de sa réception », *LPA*, 1998, n° 130, p. 19; « Problématique de la nouvelle cession d'entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, décembre 2006, n° 4, p. 313.

SOSSA (D.C.), « Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, 2006, n° 16, p.3.

SOUPGUI (E.), « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *Rev. Proc. Coll.*, septembre-octobre 2009, n° 5, étude 28, p. 33.

SOUWÉINE (C), « Revendication du prix de revente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété: à la recherche d'une cohérence en droit des entreprises en difficulté », *D.* 2001, *Chron.*, p. 2617.

STOUFFLET (J.), MATHEY (N.), « Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005- Commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *Rev. drt. banc et fin.*, janvier- février 2006, n° 1, dossier 1, p. 54.

TÉBOUL (G.), « Le sort des contrats pendant les procédures collectives, Quel choix opérer ? », *Gaz. Pal.*, 24 avril 2004, n° 115, p. 7.

TEXIER (A.-S), RUSSO (E.), « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA*, 2 mars 2009, n° 43, p. 3.

THÉRON (J.), « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière de vérification des créances », *RTD com.* 2010, p. 635.

TOE (S.), « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté en droit OHADA à partir de l'exemple du Burkina Faso », *Pénant*, avril-juin 2012, n° 879, p. 151.

TORCK (S.), « Les garanties réelles sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. drt. banc et fin.*, juillet- août 2006, n°4, étude 12, p. 39.

TRICOT (D.), « Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? », *Rev. Proc. Coll.*, mai-juin 2012, n° 3, dossier 21, p. 102.

URBAIN-PARLÉANI (I.), « L'octroi abusif de crédit », *Rev. drt. banc et fin.*, novembre-décembre 2002, n° 6, p. 365.

VALLANSAN (J.), « Redressement et liquidation judiciaires, Situation du vendeur de meubles, Revendications, règles générales », *JCL.com.*, 1^{er} février 1999, fasc. 2550 ; « Quelques observations sur les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire », *Rev. Proc. Coll.*, avril 2008, n° 2, étude 14, p.15 ; « Exception d'incompétence ou fin de non-recevoir pour absence de pouvoir ? Du flou dans la procédure de vérification des créances », *Rev. Proc. Coll.*, mars-avril 2012, n° 2, étude 9, p. 21 ; « La nouvelle procédure de vérification des créances. Rapide présentation chronologique », *Rev. Proc. Coll.*, septembre-octobre 2014, n° 5, alerte 21, p.4.

VALLÈNS (J.-L.), « La clause de réserve de propriété et la procédure de redressement judiciaire », *JCP G*, 1986, II. 145651 ; « Toute décision du juge-commissaire n'a pas forcément l'autorité de la chose jugée », *RTD com.* 2001, p. 520 ; « La sauvegarde financière accélérée est-elle

une procédure collective? », *RTD com.*, 2011, p. 644 « Des limites des pouvoirs du juge-commissaire en matière d'admission des créances », *RTD com.* 2013, p. 153.

VASSEUR (M.), « L'application de la loi Dailly », *D.* 1982, Chron. p. 273.

VINCKEL (F.), « Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 : une réforme en trompe œil », *JCP E*, 2006, 1118.

VOINOT (D.), « Le refus par l'acheteur de la clause de réserve de propriété en droit des procédures collectives », *D.* 1997, p. 312 ; « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. Pal.*, 7-8 septembre 2005, n°40, p.34 ; « Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 43890 ; « Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. Pal.*, du 8 avril 2014, n° 98, p. 23.

WICKER (G.), « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Proc. Coll.*, mars 2006, n° 1, p. 12.

WITZ (C.), « Les sûretés mobilières en RFA », *RID comp.* 1985, p. 27.

ZATTARAS-GROS (A.-F.), « Des responsabilités et des sanctions », *LPA*, 9 février 2006, n° 29, p. 52.

ZERBO (Z.), « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA: étude comparative », *Penant*, mai- août 2001, n° 836, p. 125.

VI- Rapports, loi

Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, JO 19 décembre 2008, Titre I, chap. II-3, art. 22.

Intervention A. MONTEBOURG, AN, 1^{ère} séance, 9 mars 2005, JOAN, 10 mars 2005, p. 1840 et s.

SHOETTL (J-E.), Décret. n° 2005-522, 22 juillet 2005, JO 27 juillet 2005, p. 12225, *LPA* 4 août 2005, p. 14.

Rapport du Sénat n° 442, 27 mai 2009, Art. 6 sexies B (nouveau), par PH. MARINI.

Rapport Ph. RÉMERY, *RJ. com.* 1997, p. 308.

Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, ministère de la réforme de l'état de la décentralisation et de la fonction publique, ministère délégué chargé de la décentralisation, 26 mars 2013.

H. LEVY BRUHL, *Rapport aux travaux du 4e colloque des facultés de droit et sciences économiques*, Droit-Economie-Sociologie, annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse, Paris, *D.* 1959, p. 80.

VII- Références électroniques

Larousse.fr

<https://fr.wiktionary.org/wiki/exclusivité>

Sites OHADA :

<http://www.ohada.com>

<http://www.ohada.org>

<http://www.sire-ohada.com>

VIII- Notes de jurisprudence

ANSAULT (J.J.)

Note sous : Cass. com., 26 janvier 2010, n° 08-21.340, *RLDC*, mars 2010, n° 69, p. 31 ; Cass. Com., 4 novembre 2014, n° 13-24.51, *RLDC*, janvier 2015, n° 122, p. 35.

BLANC (G.)

Obs. sous : Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-10.413, *Rev. Proc. Coll.* 2002, p. 281.

BORGA (N.)

Obs. Sous : Cass. com., 26 janvier 2010, n° 08-21.340; *BJE* janvier 2011, p. 32.

BOULOC (B.)

Obs. sous : Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12.884, *RTD com.* 1991, p. 639 ; Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, *RTD com.* 2000, p. 167;

CABRILLAC (M.)

Obs. sous: Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12.884, *JCP E*, 1991, I, 102, n° 11; Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-107.84, *JCP E*, 1992, I, 138, n° 25 ; Cass.com., 9 juin 1992, n° 90-16.804, *JCP E*, 1992, I, 195, n° 10 ; Cass. com., 9 janvier 1996, n° 93-12.667, *JCP E*, 1996, 554, n° 19 ; Cass. com., 3 décembre 1996, n° 94-21.227, *JCP E*, 1997, I, 651, n° 16; Cass. com., 13 avril 1999, n° 96-19.428, *JCP E*, 1999, 1534, n° 39 ; Cass. com., 4 janvier 2000, n° 96-18.638, *JCP E*, 2000, 298, n° 8; Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *JCP G*, 2001, I, 298, n° 13 ; Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-15.585, *JCP E*, 2002, 1380, n° 12 ; 5 novembre 2003, n° 00-21.357, *JCP E*, 2004, 783, n° 13; Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-10.137, *JCP E*, 2004, 783, n° 11 ; Cass. com., 3 décembre 2003, n° 00-15.929, *JCP E*, 2004, 783, n° 12 ; Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-20.332, *JCP E*, 2005, 1274, n° 15 ; Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, 01-17.590, *JCP E*, 2004, 1295, n° 51 ; Cass. com., 5 juillet 2005, n° 04-11.132, *JCP E*, 2007, 1004, n° 12 ; Cass. com., 21 février 2006, n° 04-19.672, *JCP E*, 2006, 1569, 672, n° 9 ; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103, *JCP E*, 2007, 1004, n° 13 ; Cass. com., 27 février 2007, n° 05-20.522, *JCP E*, 2007, 2119, n° 11; Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-15.753, *JCP E*, 2009, 1814, n° 11.

Note sous: Cass. com., 1 er octobre 1985, n° 84-12.015, *D.* 1986, p. 246.

CABRILLAC (M.) et PÉTEL (Ph.)

Obs. sous: Cass. com., 6 mars 2001, n°98-15.099, *JCP E*, 2001, 1472, n° 12 ; Cass. com., 2 octobre 2001, n° 98-22.304, *JCP E*, 2002, 175, n° 13.

CABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.)

Obs. sous: Cass. com., 11 juillet 1988, n° 87-10.834, *RTD com.* 1988, p. 656.

CAMPANA (M.-J.) et CALENDINI (J.-M.)

Obs. sous : Cass. com., 3 décembre 1996, n° 94-21.227, *RD bancaire*, 1997, p. 37.

CERLES (A.)

Comm. sous: CA Paris, 4 nov. 2010, jurisData n° 2010-025412, *Rev. Drt. Banc. Fin.*, juillet 2011, n° 4.

COURTOT (L.)

Obs. sous: Cass. com., 10 mai 2000, n° 97-16.726, *JCP E*, 2001, 521.

CRÉDOT (F.-J.)

Note sous: Cass.com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, *LPA*, 28 juillet 1997, n° 90, p. 24.

CROCQ (P.)

Obs. sous: Cass. com 9 mai 1995, n° 92-20.811, *RTD civ.* 1996, p. 441 ; Cass. com., 9 janvier 1996, n° 93-12.667, *RTD civ.* 1996, p. 436 ; Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, *RTD civ.* 1996, p. 671; Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, *RTD civ.* 1997, p. 708 ; Cass. com., 4 janvier 2000, n° 96-18.638, *Act. Proc. Coll.* 2000, n° 3; Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-21.126, *RTD civ.* 2001, p. 930 ; Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-15.585, *RTD civ.* 2002, p. 339 ; Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, *D.* 2011. Pan. p. 410 ; Cass. com., 26 novembre 2013, n° 12- 27.390, *RTD civ.* 2014, p. 158.

DELEBECQUE (Ph.)

Obs. sous : Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, *JCP G*, 2000, I, 209, n°18; Cass. com., 26 novembre 2013, n° 12- 27.390, *JCP G*, 2014, 635, n° 20.

Note sous : Cass. Com., 16 juin 2015, n° 13, 27.736, *JCP E*, 2016, 1311, n° 21.

DELPEH (X.)

Obs. sous: Cass. 1ere civ. 24 septembre 2009, n° 08-10.165, *D.* 2009, AJ, p. 2275.

Note sous: Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2009, n° 08-10.281, *D.* 2009, p. 1422.

DERRIDA (F.)

Obs. sous: Cass. com., 1 er octobre 1985, n° 84-12.015, *D.* 1986. IR. p. 169; Cass.com., 9 juin 1992, n° 90-16.804 ; *D.* 1993, p. 6; Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *D.* 1999, somm. p. 5; CA Aix-en-Provence, 30 octobre 1997, *D.* 1999, somm. , p. 2.

Note sous: Cass. com., 20 octobre 1992, n° 90-19.100, *D.* 1993, p. 19; Cass. com., 9 janvier 1996, n° 93-12.667, *D.* 1996.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.)

Obs. sous: Cass. com., 15 octobre 2013, n° 13-10.463; *Gaz. Pal.*, 05 décembre 2013, n° 339, p. 21.

Note sous: Cass. com., 26 novembre 2013, n° 12-27.309 ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2014, p. 22 ; Cass. civ., 2^e, 27 février 2014, n° 13-10.891, *Gaz. Pal.*, 20 mars 2014, p. 22 .

FORGUES (F.)

Note sous: Cass. com., 13 novembre 2002, n° 00-10.284 ; Inédit ; *JCP E* 2003, p. 667.

HONORAT (A.)

Obs. sous: Cass.com., 20 mai 1997, n° 95-12.925; *D.* 1997, p. 312 .

LAROCHE (M.)

Obs. sous : Cass. com., 15 octobre 2013, n° 13-10.463; *BJE*, novembre 2013, n° 6, p. 373.

LE CORRE (P.-M.)

Obs. sous : CA Toulouse, 1er décembre 1997, *D. Aff.* pp. 1246- 1250 ; Cass. com., 5 juillet 2005, n° 04-11.132, *D.* 2007. Pan. p. 49.

Note sous: Cass.com., 15décembre 2009, n° 08-21. 553, *Lexbase hebdo*, 21 janv. 2010, n° 379 ; Cass. com., 15 octobre 2013, n° 13-10.463, *Gaz. Pal.* 12 janvier 2014, p. 28.

LE CORRE-BROLY (E.)

Obs. sous : CA paris, 3e ch. A, 22 mars 2005, *Gaz. Proc. Coll.* 2005/2, p. 46; Cass. com., 21 février 2006, n° 04-19.672, *Gaz. Proc. Coll.* 2006/2, p. 49.

Note sous : Cass. com., 27 mars 2007, n° 05-20.757, *Gaz. Pal.*, 20 juillet 2007, n° 201, p.47; Cass. Com., 16 septembre 2008, n° 07-11.012, *Gaz. Proc. Coll.* 2008/4, p. 59; Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20.381, *Gaz. Pal.* 8-10 janvier 2010, ns° 8 et 9, p. 44.

LIÉNHARD (A.)

Obs. sous: CA Paris, 26 juin 1998, *D. Aff.*, 1999, p.1401 ; Cass. com., 15 février 2000, n° 97-11.670, *D.* 2000, *AJ.* p. 127; Cass. com., 10 mai 2000, n° 97-16.726, *D.* 2000, p. 278; CA Paris, 3e ch. Com, 12 mai 2000, *D.* 2000, *AJ.* p. 329; Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *D.* 2000, *A.J.* p.361 ; Cass. com., 6 mars 2001, n° 98-15.099, *D.* 2001, p. 1099 Cass. com., 2 octobre 2001, n° 98-22.304 ; *D.* 2001, *AJ.* p. 3043; Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-15.585, *D.* 2002, p. 1139 et s ; Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-10.137, *D.* 2003, p. 3049; Cass. com., 3 décembre 2003, n° 00-15.929, *D.* 2004, p. 140; Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-20.332, *D.* 2005, *AJ.* p. 1083 ; Cass. com., 24 mai 2005, n° 40-13.464, *D.* 2005, *AJ.* p. 1633 ; Cass. com., 5 juillet 2005, n° 04-11.132, *D.* 2006, p. 2100 ; Cass. com., 21 février 2006, n° 04-19.672, *D.* 2006, *AJ.* p. 718 ; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103, *D.* 2006. *AJ.* p. 2462 ; Cass. com., 14 mai 2008, n° 06-21.532, *D.* 2008, *AJ.* p. 1477; Cass. com., 6 octobre 2009, n° 08-15.048, *D.* 2009, *AJ.* p. 2482 ; Cass. com., 1er

décembre 2009, n° 08-13.187, *D.* 2010, *AJ*, p. 12 ; Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-17.626, *D.* 2012, *AJ*, p.1326 ; Cass. com., 5 septembre 2013, n° 13-40.034, *D.* 2013, *AJ*, p. 2100.

Note sous: Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-15.753, *D.* 2009, *AJ*, p. 1752 ; Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-65.812, *D.* 2010, p. 1412 ; Cass. com., 15 octobre 2013, n° 13-10.463, *D.* 2013, *AJ*, p. 2462.

LUCAS (A.) et LUCAS (F.-X.)

Note sous: Cass. com., 19 novembre 2003, n° 01-10.137, *D.* 2004, comm. p. 801.

LUCAS (F.-X.)

Obs. sous: Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-17.201, 01-17.590, *D.* 2004, somm. p. 2144 ; Cass. com., 21 février 2006, n° 04-19.672, *D.* 2006, comm. p. 2255.

Note sous: Cass. com., 6 octobre 2009, n° 08-15.048, *D.* 2010, *Pan.* p. 1822.

MACORIG-VENIER (F.)

Obs. sous : CA Toulouse, 3 novembre 1999, *Rev. Proc. Coll.* 2001/4, p. 248.

Note sous: Cass. com., 6 décembre 2011, n° 10-24.968, *BJE*, mai 2012, p. 160; Cass. com., 26 novembre 2013, n° 12-27.309, *BJE*, mai 2014, p. 156 ; Cass. civ., 2^e, 27 février 2014, n° 13-10.891, *BJE*, juillet 2014, p. 245.

D. MAINGUY (D.)

Obs. sous: Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-15.585, *Act. Proc. Coll.* 2002/9, p. 1.

MARTIN- SERF (A.)

Obs. sous : Cass. com., 29 mai 1990, n° 88-16.434, *RTD com.* 1990, p. 490, obs. A. MARTIN-SERF. Cass. com., 15 octobre 1991, n° 90-107.84, *RTD com.* 1992, p. 464 ; Cass.com., 9 juin 1992, n° 90-16.804, *RTD com.* 1994, p. 126 ; Cass. com., 9 janvier 1996, n° 93-12.667, *RTD com.* 1997, p. 331 ; Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, *RTD com.* 1997, p. 517; Cass.com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, *RTD com.* 1998, p. 205 ; Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *RTD com.* 1998, p. 202 ; Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, *RTD com.* 1999, p. 968 ; Cass. com., 15 février 2000, n° 97-11.670, *RTD com.* 2000, p. 180; Cass. com., 4 février 2003, n° 00-13.356, *RTD com.* 2003, p. 570; Cass. com., 5 novembre 2003, n° 00-21.357, *RTD com.* 2004, p. 601; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103, *RTD com.* 2007, pp. 452-453 ; Cass. com., 20 octobre 2009, n° 08-20.381, *RTD com.* 2010, p. 425, Cass. com., 5 septembre 2013, n° 13-40.034, *RTD com.* 2013, p. 807.

Note sous: Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *RTD com.* 2000, p. 1009 .

MESTRE (J.)

Note sous: Trib. Com. de Paris, 3e ch., 1er juillet 1981, et Trib. Com. Toulouse, 5 juin 1981, *RJ. Com.*, 1981, n° 965.

MONSÉRIÈ-BON (M.-H.)

Obs. sous : Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803; *Dr. et patr.*, 2001/1, n° 2751 ; Cass. com., 4 février 2003, n° 00-13.356, *Rev. Proc. Coll.* 2003, p. 306 ; Cass. com., 24 mars 2004, n° 10-10.280 et Cass. com., 4 janvier 2005, n° 02-10.538, *Rev. Proc. Coll.* 2004, p. 380.

NARAYAN- FOURMET (H.)

Note sous : Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *LPA*, 8 juin 2001, n° 114, p. 20.

PÉROCHON (F.)

Obs. sous: Cass. com., 18 juillet 1989, n° 88-13.395, *D.* 1991, somm. p.45 ; CA d'Aix, 20 mars 1990, *D.* 1991, p. 42 ; Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-14.267, *D.* 1991. somm. p. 46; CA Versailles, 7 juin 1990, *D.* 1991. somm. p. 46 ; Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12.884, *D.* 1993, somm. p. 297 ; Cass. com., 8 juin 1993, n° 90-21.928, *D.* 1993, p. 296 ; CA Caen, 16 mars 1995, *D.* 1996, somm. p. 220 ; Cass. com., 21 novembre 1995, n° 93-20.531, *D.* 1996, somm. p. 214 ; CA Paris, 14 octobre 1997, *D.* 2000, somm. p. 70 ; Cass. com. 24 mars 2004, n° 01-10280 et Cass. com., 4 janvier 2005, n° 02-10538, *RLDA* mars 2005, p. 105, n° 37 ; Cass. com., 24 mai 2005, n° 40-13.464, *Gaz. Proc. Coll.* 2005/3, p. 57; Cass. com., 31 mai 2005, n° 02-12.538, *Proc. Coll.* 2005/3, p. 56; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103, *Act. Proc. Coll.* 2006/16, p. 1 ; Cass. com., 28 octobre 2008, n° 07-16.899 ; Inédit; *Gaz. Proc. Coll.* 2009/1, p. 52; Cass. com., 18 janvier 2011, n° 07-14.181 ; *Gaz. Proc. Coll.*, avril 2011, p. 36 ; Cass. civ., 2^e, 27 février 2014, n° 13-10.891, *BJE*, juillet 2014, p. 217.

Note sous : Cass. com., 15 mars 1988, n° 85-18. 623, *D.* 1988, p. 330 ; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.103, *Act. Proc. Coll.* 2006, n° 198 ; Cass. com., 26 janvier 2010, n° 09-63.357, *Gaz. Pal.* 16-17 avril 2010, n° 106, p. 43.

PÉROCHON (F.) ET MAINGUY (D.)

Obs. sous: Cass. com., 28 janvier 1997, n° 94-14.345, *D.* 2000, somm. p. 66.

PÉTEL (Ph.)

Obs. sous : Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-12.884, *JCP E*, 1991,I, 102, n° 11; CA Lyon, 3e ch., 5 novembre 1999, *JCP E*, 2001, 221, n° 13; Cass. com., 9 mai 2007, n° 05-21.357, *JCP E*, 2007, 2119, n° 8 ; Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-17.626, *JCP, E*, 2012. 1508, n° 6; Cass. com., 15 octobre 2013, n° 13-10.463, *JCP E* 2014, 1020, n° 12.

Note sous : Cass. com., 25 mars 1997, n° 94-18.337, *JCP E*, II, 991; Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-11.209, *JCP E*, 1998, I, 167.

PIÉDELIÈVRE (S.)

Obs. sous : Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, *D.* 1996, somm. p. 390 ; Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, *D.* 1998, p. 102 ; Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, *D.* 1998, somm., p. 102.

Note sous : Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803 et Cass. com., 11 juillet 2000, n° 97-12.374 ; *D.* 2001, pp. 465- 467.

REGNAUT-MOUTIER (C.)

Note sous : Cass. com., 21 novembre 1995, n° 93-20.531, *D.* 1996, p. 211.

RODIÈRE (R.)

Note sous : Cass. 1ere civ., 22 mai 1962, *D.* 1965, p. 28.

ROUSSEL-GALL (Ph.)

Obs. sous : Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-17.207, Inédit ; *Gaz. Pal.* 26- 28 avril 2009, n° 118, p. 30.

Note sous: Cass. com., 13 juillet 2010, n° 09-13.103, *JCP E*, 2010, 1744. Cass. com., 3 mai 2011, n° 10-16.155, *Rev. soc.*, mars 2011, p. 194.

RUIZ (M.)

Comm. sous: CA Paris, 4 novembre 2010, JurisData, n° 2010-025412, *JCP G*, 2011, 71, n°4.

SAINT-ALARY- HOUIN (C.)

Obs. sous: Cass.com., 20 mai 1997, n° 95-12.925, *Rj com.* 1997, p. 308.

SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.)

Obs. sous: Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-10.361, *JCP E* 1997, I, 3991, n° 20.

SOINNE (B.)

Obs. sous: Trib.com. Lille 27 mai 1988, *Rev. Proc. Coll.* 1989, p. 179, n° 14 ; CA Douai, 21 septembre 1991, *Rev. Proc. Coll.* 1992, p. 417 ; Cass. com., 3 mars 1992, n° 89-15.336, *Rev. Proc. Coll.*, 1992, p. 412, n° 14 ; CA Nancy, 12 janvier 1995, *Rev. Proc. Coll.* 1996, p. 107 ; Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, *Rev. Proc. Coll.* 1995, p. 487 ; Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-17.768, *Rev. Proc. Coll.* 1997, p. 321, obs. B. SOINNE CA Versailles, 27 février 1997, *Rev. Proc. Coll.* 1998, p.165 ; CA Lyon, 11 juillet 1997, *Rev. Proc. Coll.* 2001, p. 19, n° 13.

VALLANSAN (J.)

Obs. sous: Cass. com., 5 juillet 2005, n° 04-11.132, *Act. Proc. Coll.* 2006/15, p.177.

VIRFOLET (J.-L.)

Obs. sous: T. com., Le Mans, 7 octobre 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 259.

ANNEXE

Présentation des Institutions de l'OHADA

Le but de l'OHADA était de doter les Etats membres d'un droit des affaires harmonisé et uniformisé, adapté à leurs réalités économiques et juridiques en vue de renforcer la sécurité juridique et judiciaire des Etats membres, d'une part, et d'attirer éventuellement des investisseurs internationaux, d'autre part. Le droit de l'OHADA est ainsi utilisé pour propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré afin de faire de l'Afrique un pôle de développement¹⁵²⁷.

Pour réaliser ses objectifs, l'OHADA s'est dotée de plusieurs institutions, à savoir :

- **Un Conseil des ministres composé des ministres** en charge de la Justice et des Finances de chaque Etat membre. La présidence du Conseil des ministres est exercée à tour de rôle et par ordre alphabétique, pour une durée d'un an, par chaque Etat membre. Le Conseil des ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son président, à l'initiative de celui-ci ou du tiers des Etats membres. Il ne peut valablement délibérer que si au moins les deux tiers des Etats membres sont représentés.

- **Une Conférence des chefs d'Etat et des gouvernements.** Comme son nom l'indique, elle est composée des chefs d'Etat et des gouvernements des Etats membres. Elle est présidée par le chef de l'Etat ou du gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des ministres. Elle se réunit, si besoin est, sur convocation de son président, à son initiative ou à celle du tiers des Etats parties. Elle statue sur toute question relative au traité et ne délibère valablement que si les deux tiers des Etats parties ont été représentés. Ses décisions sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents.

- **Un Secrétariat permanent.** C'est l'organe exécutif de l'OHADA. Il est dirigé par un Secrétaire permanent qui assiste le Conseil des ministres et qui est nommé par ce dernier pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois. Le Secrétariat permanent a pour mission de coordonner la préparation et le suivi de la procédure relative à l'adoption des Actes uniformes. Ainsi, il est tenu de communiquer les projets d'Actes uniformes aux Etats membres puis de les publier au journal officiel de l'OHADA dans les soixante jours qui suivent leur adoption.

- **Une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA).** Clé de voûte de la réglementation de l'OHADA, c'est l'organe juridictionnel. Cette Cour est composée de treize juges depuis le recrutement de quatre juges supplémentaires en décembre 2014. Elle assure l'interprétation et l'application commune du traité OHADA, des règlements pris pour son application et des Actes uniformes. La CCJA se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats

¹⁵²⁷ Ohada.com, « À propos de l'OHADA ».

membres dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application Actes uniformes et des règlements pris pour leur application, à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle est également compétente pour des décisions non-susceptibles d'appel rendues par les Etats membres. Enfin, en cas de cassation, elle statue sur le fond.

- **Une Ecole régionale de la magistrature (ERSUMA)** dont le but est d'assurer la formation et le perfectionnement en droit des affaires des magistrats et auxiliaires de justice des Etats membres. Elle constitue également un centre de recherche et de documentation juridique. L'établissement est rattaché au Secrétariat permanent.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Actifs fiduciaires, 123
Affectation d'une quote-part, 80 et s.
Attribution judiciaire, 453 et s.
Assiette des sûretés, 78, 80, et s.
AUPC, 30, 33, 34, 35, 36
AUS, 40, 41, 42

B

Biens fongibles,
- définition 303, 304
- revendication 305 et s.

C

Caisse de dépôt et de consignation, 1024
Cessation des paiements, 65 et s; 804 et s
Cession Dailly ou Cession de créance professionnelle, 53,
523, 824, 825, 1070
Concordat de redressement, 63, 125, 126, 127
Concordat préventif, 67, 553, 1188
Contrat en cours (la notion), 1040

D

Déclaration ou production des créances, 573 et s
Discipline collective, 63, 73, 75, 231, 233, 386, 446
Disproportion des garanties, 946 et s.
Droit de la faillite, 19
Droit de rétention, 59, 60, 61, 62
Droit de rétention effectif, 61
Droit de rétention fictif, 61

E

EIRL, 28, 710
Entreprise (la notion), 1,2, 3
Étendue de l'assiette des sûretés, 78, 79 et s.
Exclusivité (définition), 50

F

Fiducie-gestion, 382, 523, 821
Fiducie-sûreté (définition), 57, 58

G

Gage, 54, 60, 62, 98 et s.
Gage sur stocks, 288, 999
Gage-espèces, 53, 825
Garantie (la notion), 943 et s.

I

Identité de l'assiette des sûretés, 78, 167 et s.
Inscriptions des sûretés, 614, 712, 846
Interdiction des inscriptions, 708 et s.
Interdiction des paiements, 231, 395 et s.

L

La revendication, 292 et s.
Liquidation des biens, 33, 69, 70
Liquidation judiciaire, 65, 69
Liquidation judiciaire simplifiée, 70

M

Masse des créanciers (définition) , 446 et s.

N

Nantissement de compte-titres, 419, 1005, 1006
Nullités (inopposabilités) de la période suspecte, 806, 809 et s.

O

OHADA, 13, 14, 15, 16, 17, 18

P

Paiement des créanciers, 395 et s.
période suspecte (définition), 804
Procédures collectives, 63, 64, 65
-évolution du droit des procédures collectives, 19 et s.

R

RCCM, 629, 783
Redressement judiciaire (et simplifié), 68
Règlement préventif, 67
Relevé de forclusion, 636, 637 et s.
Report du droit de rétention sur le prix, 435 et s.
Réserve de propriété, 56
Responsabilité, 919 et s.
Restitution (du bien), 491 et s.

Retour contre paiement, 521 et s.
Retrait contre paiement, 410 et s.

S

Sauvegarde, 66
Substitution de garanties, 79, 84, 98, 99, 100, 101, 104
Sûretés réelles, 5,6, 7, 8,
- la classification des sûretés, 9,10, 11
- évolution du droit des sûretés, 37 et s.

V

Vente de biens grevés, 168, 403, 1017

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	5
REMERCIEMENTS	7
LISTES DES ABRÉVIATIONS	8
INTRODUCTION	11
I- Présentation de l'OHADA	14
II- L'évolution législative du droit des procédures collectives.....	16
III- L'évolution législative du droit des sûretés.....	22
IV- Confrontation entre le droit des procédures collectives et le droit des sûretés.....	24
* La réserve de propriété	32
* La fiducie-sûreté	33
* Le droit de rétention.....	34
<u>PREMIÈRE PARTIE : UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES EFFECTIVE DANS LES</u>	
<u>PROCÉDURES COLLECTIVES.....</u>	41
TITRE 1/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE LEUR ASSIETTE	43
CHAPITRE 1/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE L'ÉTENDUE DE LEUR ASSIETTE.....	44
Section 1/ Les fondements de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives.....	46
Paragraphe 1/ Les fondement de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés en droit français	46
A- Les fondements communs à toutes les sûretés réelles exclusives	46
1- Le domaine de la règle de l'affectation d'une quote-part du prix de cession	46
2- La finalité de la règle de l'affectation de la quote-part du prix de cession	47
B- Les fondements spécifiques à chacune des sûretés.....	48
1- La préservation de l'étendue de l'assiette du droit de rétention.....	48
a- Les fondements relatifs au droit de rétention.....	49
a-1) Le fondement jurisprudentiel	49
a- 2) Le fondement législatif.....	51
b- La problématique soulevée par le gage	52
2- Les fondements spécifiques aux propriétés-sûretés.....	56
a- La préservation de l'étendue de l'assiette de la réserve de propriété	56
b- La préservation de l'étendue de l'assiette de la fiducie-sûreté.....	58
Paragraphe 2/ Les fondements de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés en droit ohada.....	59
A- Les fondements communs à toutes les sûretés réelles exclusives	61
B- Les fondements spécifiques à chacune des sûretés.....	62
1- La préservation de l'étendue de l'assiette du droit de rétention.....	62
2- La préservation de l'étendue de l'assiette des propriétés-sûretés.....	63
Section 2/ Les effets de la préservation de l'étendue de l'assiette des sûretés réelles exclusives.	64
Paragraphe 1/ L'absence de réduction de l'assiette des sûretés réelles exclusives	64
A- La situation en droit français	65

B- La situation en droit OHADA.....	67
Paragraphe 2/ Le traitement de faveur des créanciers munis de sûretés réelles exclusives en cas de cession.	69
A- Le traitement de faveur des créanciers munis de sûretés réelles exclusives en droit français.....	69
1- La situation du créancier rétenteur face au plan de cession.....	69
2- La situation des créanciers propriétaires face au plan de cession.....	70
a- La situation du créancier réservataire face au plan de cession	70
b- La situation du bénéficiaire de la fiducie-sûreté face au plan de cession.....	71
B- Quel traitement pour les créanciers munis de sûretés réelles exclusives en droit OHADA ?	72
Conclusion du chapitre	73
CHAPITRE 2/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LA PRÉSERVATION DE L'IDENTITÉ DE LEUR ASSIETTE.....	74
Section 1/ Les fondements de l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie	76
Paragraphe 1/ L'exclusion progressive du droit de rétention.....	77
A- Une exclusion amorcée par la doctrine.....	78
B- Une exclusion consacrée par la jurisprudence	84
C- Une exclusion partiellement perturbée par la loi	89
Paragraphe 2/ L'exclusion constante des propriété-sûretés.....	91
A- La propriété des biens : un fondement tiré de la logique juridique	91
B- Le retour des actifs fiduciaires contre le paiement du créancier : une possible justification législative à l'exclusion de la fiducie-sûreté.....	92
Section 2/ Les effets de l'exclusion des sûretés réelles exclusives du domaine de la substitution de garantie	94
Paragraphe 1/ L'exclusion des sûretés réelles exclusives : une limite aux effets de la substitution de garantie	95
A- Les effets de la substitution de garantie.....	95
B- Le maintien de l'assiette des sûretés réelles exclusives.....	96
Paragraphe 2/ L'exclusion des sûretés réelles exclusives : une limite à l'autorité de la substitution de garantie	96
A- L'autorité de la substitution de garantie	96
B- La protection des créanciers munis de sûretés réelles exclusives contre l'autorité du mécanisme de substitution.....	100
Conclusion du chapitre	101
Conclusion du titre 1.....	101
TITRE 2/ LA PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PAR LE MAINTIEN DES DROITS DES CRÉANCIERS	102
CHAPITRE 1/ LA PROTECTION DU DROIT DE POURSUITE DES CRÉANCIERS MUNIS DE SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES	103
Section 1/ La protection du droit de rétention contre l'arrêt des poursuites individuelles	106
Paragraphe 1/ La protection efficace du droit de rétention effectif dans les deux législations.....	107

A- La protection du droit de rétention effectif en droit français	107
B- La protection du droit de rétention effectif en droit OHADA	110
1- La situation avant la réforme de 2010	112
2- La situation depuis la réforme de 2010	114
Paragraphe 2/ La protection incertaine du droit de rétention fictif en droit français	115
A- La fictivité droit de rétention et l'arrêt des poursuites individuelles	116
B- L'inopposabilité du droit de rétention et l'arrêt des poursuites individuelles	116
Section 2/ La protection de la revendication contre l'arrêt des poursuites individuelles.....	119
Paragraphe 1 : La reventication du créancier réservataire admise dans les deux législations	122
A- La revendication du créancier réservataire en droit français	122
1- Les conditions de la revendication	123
a- L'objet de l'action en revendication	123
a-1) La revendication des biens meubles se trouvant entre les mains du débiteur	124
a-1-a) La revendication des biens transformés	125
a-1-b) La revendication des biens incorporés	126
a-1-c) Qu'en est-il de la revendication des biens fongibles ?	127
a-1-c-1) La définition des « biens fongibles »?	127
a-1-c-2) La nature juridique de la revendication des choses fongibles.....	131
a-2) La revendication de la créance subrogée au bien	138
a-2-a) La revendication de la créance du prix de revente du bien	138
a-2-a-1) Fondement de la revendication de la créance du prix de revente	139
a-2-a-2) Conditions de la revendication de la créance du prix de revente.....	143
* Le non-paiement de tout ou partie du prix du bien revendiqué au jour du jugement d'ouverture	144
* La revente du bien vendu sous clause de réserve de propriété	145
a-2-b) Revendication de l'indemnité d'assurance.....	146
b- Les modalités procédurales de la revendication.....	147
b-1) La phase amiable : un préalable obligatoire.....	147
b-2) La phase judiciaire : la saisine du juge-commissaire	149
2- Les effets de la revendication	150
B- La revendication du créancier réservataire en droit OHADA.....	151
1- Les conditions de la revendication	152
a- L'objet de la revendication.....	152
a-1) La revendication du bien objet de la garantie.....	152
a-1-a) La revendication des biens fongibles	154
a-1-a) La revendication des biens incorporés	155
a-2) La revendication de la créance de prix subrogée au bien	157

b- La procédure de revendication	159
b-1) Le délai de la revendication	159
b-2) Le déroulement de la procédure	160
b-2-a) La phase amiable.....	161
b-2-a) La phase contentieuse	161
2- Les effets de la revendication	162
Paragraphe 2 : Le droit de renvendre du fiduciaire en droit français.....	162
A- Le droit de revendiquer du fiduciaire : une source d'interrogations.....	163
1- L'admission de la revendication pour les fiducies sans dépossession.....	163
2- L'absence de revendication pour les fiducies avec dépossession.....	165
B- Le régime de la revendication du fiduciaire	166
1- Les conditions de la revendication du fiduciaire	166
2- Les effets de la revendication du fiduciaire.....	166
Conclusion du chapitre	167
CHAPITRE 2/ LA PROTECTION DU DROIT AU PAIEMENT DES CRÉANCIERS MUNIS DE SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES	168
Section 1/ Le paiement du créancier rétenteur.....	173
Paragraphe 1/ Le paiement du créancier rétenteur dans les procédures de sauvetage du droit français	174
A- Le paiement du créancier titulaire d'un droit de rétention effectif.....	174
1- Un paiement justifié par la poursuite de l'activité	174
2- Un paiement autorisé par le juge-commissaire.....	175
B- Le paiement du créancier titulaire d'un droit de rétention fictif.....	177
1- L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286, 4° du Code civil : un frein au paiement du créancier rétenteur.....	177
2- Le paiement des créanciers titulaires d'un droit de rétention fictif issu de lois spéciales.....	178
Paragraphe 2/ Le paiement du créancier rétenteur dans les procédures de liquidation des deux législations	182
A- Le paiement en espèces du créancier rétenteur.....	182
1- Les modalités de paiement du créancier rétenteur en droit français.....	183
a- Le retrait du bien.....	183
b- La vente du bien	185
b-1) La nature du mécanisme du report du droit de rétention sur le prix de vente	185
b-2) Les bénéficiaires du report du droit de rétention sur le prix	187
2- Les modalités de paiement du créancier rétenteur en droit OHADA	188
a- Le domaine d'application du texte	189
b- Les conditions du remboursement de la dette	190
b-1) L'autorisation du juge-commissaire	190
b-2) Un retrait au profit de la masse	191

B- Le paiement en nature du créancier rétenteur	193
1- Le paiement en nature du créancier rétenteur en droit français.....	193
a- Les personnes habilitées à solliciter une attribution judiciaire	193
b- Les modalités de l'attribution judiciaire	195
2- Le paiement en nature du créancier rétenteur en droit OHADA	196
Section 2/ Le paiement des créanciers propriétaires.....	198
Paragraphe 1/ Le paiement du créancier réservataire	198
A- Le paiement en espèces du créancier réservataire	199
1- Le paiement en espèces du créancier réservataire en droit français	199
a- Le domaine d'application de l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 du Code de commerce.....	199
b- Les conditions du paiement en espèces	202
c- Les caractéristiques du paiement en espèces	203
c-1) Le principe d'un paiement immédiat	203
c-2) L'exception d'un paiement différé	203
c-2-a) Les conditions du paiement différé	203
c-2-a-1) Le consentement du créancier	204
c-2-a-2) L'octroi des délais de paiement par le juge-commissaire.....	204
c-2-b) Les conséquences d'un paiement différé.....	204
2- Le paiement en espèces du créancier réservataire en droit OHADA	206
a- Les conditions du paiement en espèces	206
b- Les caractéristiques du paiement en espèces.....	207
b-1) Un paiement en espèces immédiat et intégral	207
B- Le paiement en nature du créancier réservataire.....	208
1- Le paiement en nature du créancier réservataire en droit français	208
a- La demande en restitution : un préalable obligatoire au paiement du créancier.....	209
a-1) Les conditions de la demande en restitution.....	209
a-2) Les effets de la restitution effective du bien.....	210
b- Les obstacles au paiement en nature du créancier réservataire	212
b-1) La disparition du bien : l'impossibilité d'un paiement en nature.....	212
b-2) Les conflits entre les créanciers : un frein au paiement en nature des créanciers réservataires	214
b-2-a) Les conflits externes.....	214
b-2-b) Les conflits internes	215
2- Le paiement en nature du créancier réservataire en droit OHADA.....	216
a- Les conditions du paiement en nature.....	216
b- Les effets de la restitution du bien.....	217
Paragraphe 2/ Le paiement du bénéficiaire de la fiducie-sûreté	219

A- Le paiement du bénéficiaire de la fiducie-sûreté en droit français	219
1- Le paiement en espèces du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté	220
a- Les conditions du retour contre paiement.....	220
b- Les bénéficiaires du retour contre paiement.....	221
2- Le paiement en nature du bénéficiaire de la fiducie-sûreté	223
a- Un paiement en nature par la restitution effective du bien	223
b- Un paiement en nature par la réalisation de la fiducie-sûreté.....	225
b-1) La réalisation d'une fiducie-sûreté sans dépossession.....	226
b-2) La réalisation d'une fiducie-sûreté avec dépossession	228
c- Les obstacles au paiement en nature du bénéficiaire	229
B- Le paiement du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire en droit OHADA	231
1- Un paiement à l'échéance	231
2- La réalisation de la sûreté	232
Conclusion du chapitre	233
Conclusion du titre 2.....	234
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	235
<u>DEUXIÈME PARTIE : UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE AUX</u>	
<u>EXIGENCES DES PROCÉDURES COLLECTIVES.....</u>	236
TITRE 1/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR EXISTENCE DANS	
LES PROCÉDURES COLLECTIVES	238
CHAPITRE 1/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR RECONNAISSANCE	
DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES	239
Section 1/ La reconnaissance générale des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives.....	240
Paragraphe 1/ La reconnaissance des sûretés réelles exclusives fondée sur la déclaration ou la production des créances.....	240
A- Les sûretés réelles exclusives et le régime de la déclaration ou de la production des créances	242
1- Le domaine de la déclaration ou de la production des créances.....	242
a- Le domaine de la déclaration des créances en droit français	243
a-1) Le créancier rétenteur et la déclaration des créances	244
a-1-a) La déclaration de créance du rétenteur.....	244
a-1-b) La déclaration du droit de rétention	245
a-2) Le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté et la déclaration des créances	247
a-2-a) La déclaration de créance du bénéficiaire de la fiducie-sûreté.....	247
a-2-b) La déclaration de la fiducie-sûreté	248
b- Le domaine de la production des créances en droit OHADA	250
b-1) Le créancier rétenteur et l'obligation de production.....	251
b-1-a) La production de créance du créancier rétenteur	251
b-1-b) La déclaration du droit de rétention	251
b-2) Le bénéficiaire d'un transfert fiduciaire et l'obligation de production	252

b-2-a) La production de créance du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire	252
b-2-b) La mention du transfert fiduciaire dans la production de créance	253
2- Les modalités de la déclaration ou de la production des créances	253
a- Les délais de la déclaration en droit français	254
a-1) Présentation des délais de déclaration	254
a-2) L'avertissement d'avoir à déclarer la créance	256
a-2-a) Les créanciers munis de sûretés réelles exclusives et l'avertissement	257
* S'agissant du créancier rétenteur.	257
* Qu'en est-il du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ?	258
b- Les délais de production en droit OHADA	259
b-1) Présentation des délais de production	260
b-2) L'avertissement d'avoir à produire	261
b-2-a) Les créanciers munis de sûretés réelles exclusives et l'avertissement	261
* Que peut-on dire du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire ?	262
B- Le défaut de déclaration ou de production	263
1- Le défaut de déclaration des sûretés réelles exclusives en droit français	263
a- La possibilité d'un relevé de forclusion pour les créanciers défailants	264
a-1) Les cas de relevé de forclusion	264
a-2) Les conditions de la demande en relevé de forclusion	267
a-2-a) Les délais du relevé de forclusion	268
b- La sanction du défaut de déclaration	272
b-1) L'absence de participations aux répartitions et dividendes	272
b-2) L'inopposabilité des créances non déclarées	273
b-2-a) Les effets de l'inopposabilité des créances non déclarées	273
b-2-a-1) Les effets de l'inopposabilité dans les rapports entre le créancier et le débiteur	273
* La créance elle-même n'a pas été déclarée	274
* La créance a été déclarée mais pas ses accessoires	274
- Le droit de rétention et l'inopposabilité	274
- La fiducie-sûreté et l'inopposabilité	276
- La durée de l'inopposabilité	277
b-2-a-2) Les effets de l'inopposabilité dans les rapports entre le créancier et les tiers	280
* Les effets à l'égard des garants	280
* Les effets à l'égard du repreneur en cas de cession	281
b-2-b) La portée de l'inopposabilité des créances non déclarées	282
2- Le défaut de production des sûretés réelles exclusives en droit OHADA	284
a- La possibilité d'un relevé de forclusion pour les créanciers défailants	284

a- 1) Les conditions du relevé de forclusion.....	284
a-1-a) Cas de relevé de forclusion	284
a-1-b) Délais et la forme de la demande en relevé de forclusion.....	285
a- 2) Les effets du relevé de forclusion.....	285
b- La sanction du défaut de production.....	286
Paragraphe 2/ La reconnaissance des sûretés réelles exclusives fondée sur leur inscription.....	289
A- Le domaine de l'interdiction ou de l'arrêt des inscriptions	292
1- Le domaine de l'interdiction des inscriptions en droit français	292
a- Le refus d'application de l'interdiction conformément à la lettre du texte	293
b- Un fondement propice à l'application de la règle.....	295
b-1) Le droit de rétention et la publicité	296
b-2) La fiducie-sûreté et la publicité.....	297
2- Le domaine de l'arrêt des inscriptions en droit OHADA.....	299
a- Un domaine large conformément à la lettre du texte.....	300
b- Un domaine restreint conformément au fondement de la règle.....	301
b-1) Droit de rétention et publicité	301
b-2) Transfert fiduciaires d'une somme d'argent et publicité.....	302
B- La sanction de l'interdiction des inscriptions.....	303
1- La sanction en droit français.....	303
a- La nature de la sanction	303
b- Les effets de la sanction	305
2- La situation en droit OHADA	306
a- La sanction applicable	306
b- Les effets de la sanction	307
Section 2/ La reconnaissance de la réserve de propriété dans les procédures collectives	309
Paragraphe 1 / La reconnaissance générale de la réserve de propriété dans les procédures collectives.....	309
A- La reconnaissance de la réserve de propriété fondée sur la déclaration ou la production des créances ...	309
1- Les solutions du droit français.....	310
a- Le créancier réservataire et la déclaration de créance	310
b- Le créancier réservataire et la déclaration de la sûreté.....	313
c- La sanction du défaut de déclaration	315
2- Les solutions du droit OHADA.....	316
a- Le créancier réservataire et la production de créance.....	316
b- Le créancier réservataire et la production de la sûreté	317
c- La sanction du défaut de production.....	318
B- La reconnaissance de la réserve de propriété fondée sur son inscription	318

1- L'absence d'obligation de publicité en droit français	319
2- L'exigence d'une publicité en droit OHADA	319
Paragraphe 2/ Les conditions d'opposabilités spécifiques à la réserve de propriété	320
A- Les conditions spéciales d'opposabilité en droit français	321
1- Un écrit	321
2- L'accord des parties	323
3- Le moment de l'établissement de l'écrit au plus tard à la livraison.....	324
B- L'allègement des conditions d'opposabilité de la réserve de propriété en droit OHADA	325
1- La publicité de la réserve de propriété.....	326
Conclusion du chapitre	326
CHAPITRE 2/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES SUBORDONNÉE À LEUR ABSENCE DE REMISE EN CAUSE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES.....	328
Section 1/ La remise en cause des sûretés réelles exclusives fondée sur le régime de la période suspecte...	328
Paragraphe 1/ Les conditions d'application des sanctions de la période suspecte.....	330
A- Le domaine des sanctions de la période suspecte	330
1-Le domaine des nullités de la période suspecte en droit français	330
a- Les sûretés réelles visées par les nullités de droit.....	330
a- 1) L'appréhension du droit de rétention par les nullités de droit de la période suspecte.....	332
a- 2) L'appréhension des propriétés-sûretés par les nullités de droit de la période suspecte.....	333
a-2-a) La réserve de propriété	333
a-2-b)- La fiducie-sûreté	334
b- Les sûretés réelles visées par les nullités facultatives	338
b-1) L'appréhension des propriétés-sûretés par les nullités facultatives	339
b-1-a) La clause de réserve de propriété	339
b-1-b) La fiducie-sûreté	340
b-2) L'appréhension du droit de rétention par les nullités facultatives.....	340
2- Le domaine des inopposabilités de la période suspecte en droit OHADA.....	342
a- Les sûretés réelles visées par les inopposabilités de droit	342
b- Les sûretés réelles visées par les inopposabilités facultatives	343
B- La mise en œuvre des sanctions de la période suspecte.....	344
1- La mise en œuvre des nullités de la période suspecte en droit français	344
a- Les conditions spécifiques à la nullité de droit.....	345
a-1) La constitution de la fiducie-sûreté en période suspecte	346
a-2) L'antériorité de la dette à la sûreté.....	348
a-2-a) La date de naissance de la créance	349
a-2-a-1) La charge de la preuve	349
a-2-a-2) L'objet de la preuve.....	349

* Les sources de la dette	349
* Les modalités de la dette.....	350
a-2-b) La confrontation entre les dates	350
b- Les conditions spécifiques à la nullité facultative	351
b-1) La connaissance de l'état de cessation des paiements	351
b-2-a) Les critères d'appréciation.....	353
b-2-a-1) Le préjudice subi.....	353
b-2-a-2) La mauvaise foi.....	354
2- La mise en œuvre des inopposabilités de la période suspecte en droit OHADA	355
a- Les conditions de l'inopposabilité de droit.....	356
a-1) Quelles sont les conditions relatives à la constitution de sûretés réelles exclusives ?	356
a-1-a) La constitution du droit de rétention	357
a-1-b) La constitution des propriétés-sûretés	357
a-1-b-1) La constitution de la clause de réserve de propriété	358
a-1-b-2) La constitution du transfert fiduciaire de somme d'argent	358
b- Les conditions des inopposabilités facultatives.....	359
b-1) Le préjudice causé à la masse des créanciers.....	359
b-2) La connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur.....	360
Paragraphe 2 / Les effets de sanction de la période suspecte sur les sûretés réelles exclusives	361
A- Les effets des nullités de la période suspecte en droit français	361
1- Les conséquences de la nullité des sûretés	361
a- Les conséquences de la nullité à l'égard des parties	362
b- Les conséquences de la nullité à l'égard des tiers.....	363
2- La finalité des nullités de la période suspecte	364
B- Les effets des inopposabilités de la période suspecte en droit OHADA.....	364
1- Les conséquences des inopposabilités de la période suspecte.....	365
2- La finalité des inopposabilités de la période suspecte	366
Section 2/ La remise en cause des sûretés réelles exclusives fondée sur la responsabilité des créanciers	366
Paragraphe 1/ La réunion des conditions de la responsabilité : un préalable à la remise en cause des sûretés	371
A- La réunion des éléments traditionnels de la responsabilité communs aux deux législations	371
1- La faute.....	371
2- Le préjudice.....	373
3- Le lien de causalité entre le préjudice et la faute.....	373
B- La prise des garanties disproportionnées : une condition supplémentaire spécifique au droit français....	374
1- La notion de garanties	374

2- La disproportion des garanties.....	376
Paragraphe 2/ L'effectivité de la remise en cause des sûretés par le prononcé d'une action	379
A- Le pouvoir d'appréciation des juges du fond.....	380
1- Le pouvoir d'appréciation des juges français	380
a- Le pouvoir d'opportunité	380
b- Le pouvoir modérateur	381
2- Le pouvoir d'appréciation des juges africains.....	381
B- Les sanctions entraînant la remise en cause.....	382
1- Les sanctions du droit français	382
a- La réduction des garanties	382
b- La nullité des garanties.....	383
2- Les sanctions du droit OHADA	384
a- La déchéance des sûretés	384
Conclusion du chapitre	385
Conclusion du titre 1.....	385
TITRE 2/ UNE PROTECTION DES SÛRETÉS RÉELLES EXCLUSIVES PARTIELLEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES	387
CHAPITRE 1/ UNE PROTECTION RELATIVEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT FRANÇAIS DES PROCÉDURES COLLECTIVES	388
Section 1/ Une protection variable au nom du sauvetage des entreprises : le cas du titulaire d'un droit de rétention fictif et du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté.....	389
Paragraphe 1/ Uune protection limitée dans les procédures de sauvetage.....	391
A- Une protection limitée par l'inopposabilité du droit de rétention.....	391
1- Le domaine de l'inopposabilité.....	391
2 - La durée de l'inopposabilité.....	397
3- Les effets de l'inopposabilité	398
a- Les effets stricto sensu.....	398
b- La portée de l'inopposabilité.....	401
B- Une protection limitée par la neutralisation de la fiducie-sûreté	402
1- Les cas de neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage	404
a- L'interdiction de réaliser la fiducie-sûreté	404
a-1) Les conditions de mise en œuvre de l'interdiction.....	404
a-2) Les effets de l'interdiction de réaliser la fiducie-sûreté	405
b- La soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours.....	407
b-1) La notion de contrat en cours	408
b-1-a) Les modalités de l'option.....	409
b-1-a-1) Le titulaire du droit d'option	409
b-1-a-2) L'exercice du droit d'option	410

b-2) Les effets à l'égard du bénéficiaire de la fiducie-sûreté de la soumission de la convention de mise à disposition au régime des contrats en cours.....	410
b-2-a) Le sort de la convention de mise à disposition	411
b-2-b) La continuation forcée de la convention de mise à disposition	412
2- Les limites à la neutralisation de la fiducie-sûreté dans les procédures de sauvetage.....	414
2-a) Une neutralisation limitée par la non-appartenance au comité des créanciers	414
2-b) Une neutralisation limitée en cas de résolution du plan.....	415
2-c) Une neutralisation limitée par la résiliation de la convention de mise à disposition.....	416
2-d) La limitation du domaine de la neutralisation.....	417
Paragraphe 2/ Une protection affirmée dans les procédures liquidatives	419
A- La protection aux contours incertains du créancier rétenteur	419
1- L'opposabilité du droit de rétention dans l'hypothèse d'une cession en dehors de la liquidation judiciaire	420
2- L'opposabilité du droit de rétention fictif dans la liquidation judiciaire.....	421
a- L'opposabilité du droit de rétention fictif en cas de plan de cession.....	421
b- L'opposabilité du droit de rétention fictif en l'absence de cession	422
B- La protection du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté.....	426
1- La fiducie-sûreté dans le plan de cession	426
2- La fiducie-sûreté dans la liquidation judiciaire	430
Section 2/ Une protection constante mais en partie dépendante des objectifs des procédures collectives : Le cas du titulaire d'un droit de rétention effectif et du créancier réservataire.....	433
Paragraphe 1/ La protection du créancier rétenteur (effectif) quelque peu influencée par les objectifs du droit des procédures collectives	433
A- La protection du créancier rétenteur dans les procédures de sauvetage	434
1- Justification du retrait contre paiement dans les procédures de sauvetage.....	435
B- La protection du créancier rétenteur dans la liquidation judiciaire.....	437
1- La justification du retrait contre paiement dans la liquidation judiciaire	437
2- La justification du report du droit de rétention sur le prix de vente	438
Paragraphe 2/ La protection du créancier réservataire faiblement influencée par les objectifs du droit des procédures collectives.....	440
A- Une protection conditionnée par la réussite des actions en revendication et restitution.....	441
1- Le rôle de la revendication face aux objectifs du droit des procédures collectives.....	442
a- Une revendication au service de la procédure collective.....	442
b- La revendication, l'expression d'un compromis.....	445
2- La revendication : une mesure essentielle pour la protection du créancier	447
a- Une protection neutralisée en l'absence de revendication	447
b- Une protection effective après la revendication	448

B- Une protection justifiée par les enjeux du droit des procédures collectives	449
1- Une protection justifiée par l'utilité du bien à la procédure.....	449
2- L'hypothèse d'une protection neutralisée.....	450
Conclusion du chapitre	452
CHAPITRE 2/ UNE PROTECTION FAIBLEMENT SUBORDONNÉE AUX OBJECTIFS DU DROIT OHADA DES PROCÉDURES COLLECTIVES	454
Section 1 / La protection du créancier rétenteur à peine influencée par les objectifs du droit des procédures collectives	456
Paragraphe 1/ La protection du créancier rétenteur dans la liquidation des biens	457
A- La justification du retrait contre paiement : l'hypothèse d'une protection encadrée par les objectifs du droit des procédures collectives	458
B- La justification de l'absence du report du droit de rétention sur le prix de vente	459
Paragraphe 2/ La protection du créancier rétenteur dans les procédures de continuation de l'entreprise	461
A- Le constat de l'absence du mécanisme du retrait contre paiement.....	461
B- Les conséquences inhérentes à l'absence de retrait contre paiement dans les procédures de continuation	462
Section 2/ La protection du créancier réservataire moyennement influencée par les objectifs du droit OHADA des procédures collectives	464
Paragraphe 1/ Une protection assurée par la revendication ou la restitution	466
A- La revendication : une arme au service de l'entreprise en difficulté	467
1- Les obstacles à la revendication sous l'empire de l'ancien AUPC	468
a- La production des créances.....	468
b- L'existence du bien en nature	468
c- La publicité de la clause de réserve de propriété	470
2- Les obstacles à la revendication sous l'empire du nouvel AUPC	472
a- Le délai de revendication.....	472
B- La revendication : une mesure essentielle de la protection du créancier réservataire	475
Paragraphe 2/ Une protection influencée par les objectifs du droit des procédures collectives	476
A- La possibilité de faire obstacle à la revendication	476
B- Justification de la solution législative	476
Conclusion du chapitre	477
Conclusion du titre.....	478
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	479
CONCLUSION GÉNÉRALE	480
BIBLIOGRAPHIE	486
ANNEXE	517
INDEX ALPHABÉTIQUE	519
TABLE DES MATIÈRES	521