

L'INCIDENCE DE LA REFORME DES SURETES SUR LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES

Par Jean-Pierre BRILL, Professeur à l'Université Robert SCHUMANN, Avocat.

Quelles seront les incidences de la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006¹ sur le droit des procédures collectives ?

Parmi toutes les modifications opérées par l'ordonnance, nombre d'entre elles ne touchent qu'indirectement le droit des procédures collectives. Certaines d'entre elles n'en sont pas moins d'une grande importance. Ainsi l'élargissement de l'assiette du gage et du nantissement à des biens futurs ainsi que la possibilité de garantir des créances futures sont d'une grande importance pour les créanciers, tout en contribuant à diminuer encore davantage la consistance du patrimoine du débiteur soumis à une procédure collective.

D'autres modifications touchent ou peuvent toucher directement au droit des procédures collectives : il s'agit de l'ensemble des règles gouvernant la mise en œuvre et la réalisation des sûretés, c'est-à-dire en fin de compte leur efficacité.

Seules ces dernières seront envisagées.

Elles sont d'une importance primordiale tant il est vrai que c'est à l'aune du droit des procédures collectives que se mesure l'efficacité des sûretés.

L'intérêt de cette question est accru par les craintes suscitées par l'absence de concertation entre les rédacteurs de la loi de sauvegarde d'une part, et de l'ordonnance du 23 mars 2006, d'autre part.

D'emblée, il convient de souligner que ces craintes ne doivent pas être exagérées. Les termes stricts de la loi d'habilitation ont interdit aux rédacteurs de l'ordonnance d'apporter des modifications substantielles au droit des procédures collectives.

Est-ce à dire que les incidences de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives sont minimales ? La réponse à cette question dépend du point de savoir ce qu'il est advenu du principe de primauté du droit des procédures collectives.

L'article 2287 du Code Civil dans sa rédaction nouvelle maintient et consacre ce principe.

Mais quelle est son exacte mesure, sa signification précise ? Cela reste à déterminer en confrontant les principales innovations de l'ordonnance avec ce principe de primauté.

Les modifications apportées par l'ordonnance touchant directement le droit des procédures collectives ne concernent que les sûretés réelles.

¹ Parmi les premiers commentaires de cette réforme voir les dossiers « La réforme du droit des sûretés » D. 2006, *chrono.* p. 1289 et s. ; « Réforme des sûretés » JCP 2006, *Cahier spécial*, mai 2006 ; « Réforme du droit des sûretés ; suppl. RLDA 2006/7.

Elles touchent cinq sûretés ou catégories de sûretés.

Rappelons-les très brièvement :

- d'abord, le contrat de gage qui perd son caractère réel (article 2336 du C. civ.) et ne peut plus porter que sur des meubles corporels ;
- puis, le nantissement sur meubles incorporels avec, d'une part, le nantissement de créance et, d'autre part, les nantissements d'autres meubles incorporels qui, sauf texte spécial, sont soumis aux règles prévues pour les gages corporels (article 2355 dernier alinéa du Code civil) ;
Tout comme le gage, le nantissement peut donner lieu à attribution judiciaire et comporter un pacte comissoire (pour le gage articles 2346 à 2348 du C. civ. ; pour le nantissement article 2365 du C. civ.) ;
- l'antichrèse pour laquelle la grande nouveauté réside dans le fait que le créancier peut donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même, sans en perdre la possession et donc la rétention (article 2390 du C. civ.) ;
- la clause de réserve de propriété qui connaît deux types de modifications :
 - o d'abord, la création d'un régime de droit commun dans le Code civil (articles 2367 et suivants) qui autorise la réserve de propriété sur immeubles (article 2367 du C. civ.) et consacre certaines solutions admises en jurisprudence. Ainsi par exemple la clause de réserve de propriété est-elle admise dans le cadre de tout contrat translatif de propriété (article 2367 du C. civ.) ;
 - o ensuite, des modifications apportées au régime de la revendication tel que prévu dans le Code de commerce, dont la principale est la suppression du texte instaurant une primauté des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat (article 624-16 du C. com. dans sa nouvelle rédaction).
- enfin, il y a les modifications relatives aux hypothèques conventionnelles dont les plus importantes sont les facultés d'attribution judiciaire ou conventionnelle (article 2458 à 2460 du C. civ.) au profit du créancier hypothécaire.

Quelles sont alors les modifications majeures concernant ces sûretés qui touchent directement le droit des procédures collectives ?

Elles sont au nombre de quatre :

- la généralisation du droit d'attribution judiciaire à toutes les sûretés réelles, sauf texte spécial ;
- la validité de principe du pacte comissoire pour toutes les sûretés réelles, sauf texte spécial ;

- le droit de rétention est lié à la remise de la chose, c'est-à-dire à la dépossession du débiteur, sauf dans deux cas expressément prévus par la loi :
 - o le gage automobile, d'une part, (article 2352 du C. civ.);
 - o et l'antichrèse (article 2353 du C. civ.), d'autre part.
- enfin, l'extension de la clause de réserve de propriété aux immeubles telle que résultant de l'article 2367 du C. civ.

A partir de là, la question qui se pose est de savoir si ces modifications produiront effet en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Le Législateur n'a répondu à cette question de façon expresse que dans deux cas, dont le pacte comissoire.

Pour le reste, il s'est contenté de consacrer le principe de la primauté du droit des procédures collectives.

Pour aller plus loin, il convient donc de cerner ce principe avant de le confronter aux innovations précitées.

I – LA PRIMAUTE DU DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES

L'absence de concertation dans la préparation de la loi de sauvegarde et celle de l'ordonnance du 23 mars 2006 a été souvent relevée et dénoncée.

Fort heureusement, dans le cadre de l'ordonnance, le Législateur a pris le soin de consacrer le principe de primauté (A) qui avait d'ailleurs été rappelé par la Cour de cassation quelques mois auparavant (B).

A – LA CONSECRATION DU PRINCIPE DE PRIMAUTE PAR LE LEGISLATEUR

Le Législateur a formulé le principe de primauté dans l'article 2287 du C.civ. qui dispose :

« Les dispositions de l'ordonnance 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 ».

Sous peine de réduire le droit des entreprises en difficulté à sa plus simple expression, voire à néant, l'affirmation de ce principe s'imposait.

Il constitue la contrepartie de l'amélioration et de la revalorisation des sûretés, par exemple du fait de l'élargissement de l'assiette des sûretés aux meubles futurs et aux immeubles à venir. De plus, comme l'a souligné M. Jean-Luc VALLENS (les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés au droit des procédures collectives, R.L.D.A., juillet 2006, pages

75 et suivantes), le Législateur ne pouvait pas dire une chose et son contraire à quelques mois d'intervalle.

Mais que signifie ce texte ? Comme l'a excellemment souligné M. Jean-Luc VALLENS dans son article précité,

- tout d'abord que le droit des procédures collectives déroge au droit des sûretés ;
- ensuite et surtout, qu'en cas de contradiction entre les dispositions de la loi de sauvegarde et celles de l'ordonnance, les premières doivent primer.

Cette règle de principe ne constitue pas une nouveauté, de loin s'en faut. La Cour de cassation en a d'ailleurs fait une application remarquée très récemment.

B – L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRIMAUTE PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION

La recherche de l'efficacité économique en droit des procédures collectives a conduit la Cour de cassation à des solutions qui, sans faire état expressément de la primauté du droit des procédures collectives, ne peuvent s'expliquer que par celle-ci.

L'exemple le plus récent et le plus frappant est certainement constitué par l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation le 12 juillet 2005 (N° 03-14809 ; Bull. JOLY, 2006, page 36, note LE CANNU).

Cet arrêt porte la marque des arrêts de principe.

Pour écarter les effets de la dissolution d'une société unipersonnelle résultant de sa liquidation judiciaire, c'est-à-dire l'effet de transmission universelle de patrimoine qui avait amené le Législateur à intervenir en 2001, la Cour de cassation énonce simplement que :

« A compter du jour d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé que selon les règles d'ordre public applicables au redressement judiciaire ou à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté ».

Au vu de cet arrêt, on peut donc légitimement penser que la Cour de cassation se fera la gardienne fidèle du principe consacré par le Législateur.

Et, si tel est le cas, il convient de souligner que le Législateur lui a donné une arme redoutable, l'article 2427 du Code civil.

Que dit ce texte ? Il dispose en substance qu'en cas de procédure collective, l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets prévus par les titres II, III ou IV du Livre 6^e du Code de commerce.

Sur le fondement de ce texte, la Cour de cassation pourrait donc paralyser les effets conférés par l'ordonnance à telle ou telle sûreté, chaque fois que lesdits effets n'ont pas été repris et consacrés expressément par le droit des procédures collectives.

Mais, cette lecture « maximaliste » de l'article 2427 n'est pas la seule possible.

Ce texte pourrait également être lu comme signifiant que les dispositions du Code Civil ne peuvent être privées d'effet que par une disposition expresse du droit des procédures collectives.

Ainsi donc, les principales innovations de l'ordonnance sont susceptibles de deux lectures au regard de la règle de la primauté des procédures collectives, l'une maximaliste, l'autre minimaliste.

II – LES PRINCIPALES NOUVEAUTES DE L'ORDONNANCE ET LA PRIMAUTE DU DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES

La question s'énonce très simplement :

Que deviennent les principales innovations de l'ordonnance après l'ouverture d'une procédure collective ?

Pour y répondre, il y a lieu de reprendre successivement les quatre principales innovations telles que dégagées précédemment.

A – L'ADMISSION QUASI-GENERALISEE DU PACTE COMMISSOIRE

Sur ce point, la réponse est très simple.

Le pacte comissoire cesse de produire effet par l'application de l'article L 622-7 du C. com. qui dispose :

« Le jugement ouvrant la procédure fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire ».

B – LA GENERALISATION DE LA FACULTE D'ATTRIBUTION JUDICIAIRE

Puisque le Législateur n'a prévu expressément de perte d'effet que pour le pacte comissoire, on serait légitimement en droit de penser que la faculté d'attribution judiciaire doit continuer à produire effet après le jugement d'ouverture d'une procédure collective.

En réalité, les choses ne sont pas aussi simples que cela, sauf pour le gage.

S'agissant de celui-ci, l'article 642-25 alinéa 3 du C. com. prévoit expressément la possibilité pour le créancier gagiste de demander l'attribution judiciaire, en cas de liquidation judiciaire.

Par application de l'article 2355 dernier alinéa du C. civ., ce texte pourrait également s'appliquer au nantissement conventionnel portant sur d'autres meubles incorporels que les créances.

En revanche, pour les nantissements de créances, l'antichrèse et les hypothèques, il n'existe pas de texte similaire.

Aussi, en se fondant sur l'article 2427 du C. civ., les tribunaux pourraient très bien priver de tout effet l'attribution judiciaire après le jugement d'ouverture.

A mon sens, il s'agit d'une question qui devrait être tranchée assez rapidement compte tenu des intérêts majeurs attachés à l'attribution judiciaire.

En effet, celle-ci permet au créancier d'éviter la loi du concours avec d'autres créanciers.

Aux termes d'une jurisprudence très ferme de la Cour de Cassation « *le droit d'attribution est indépendant des règles concernant l'ordre dans lequel s'exerce le prix des divers privilèges en cas de vente* » (en ce sens Cass. com. 6 janvier 1998).

Et, compte tenu de cette dernière solution, on peut se demander si la Cour de Cassation ne va pas chercher à limiter le jeu de l'attribution judiciaire notamment en matière d'hypothèque (sur ces questions voir Philippe DELEBECQUE, Le régime des hypothèques, in « commentaires de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », JCP 2006, 17 mai 2006, supplément au n°20, n°13 à 20).

C – LE DROIT DE RETENTION

L'efficacité du droit de rétention pour ce qui concerne les meubles ne devrait pas être remise en cause.

En effet, les articles 622-7 et 642-25 C. com prévoient expressément le maintien des effets de la rétention après l'ouverture d'une procédure collective.

En revanche, l'hésitation est permise pour l'antichrèse.

D'un côté, l'article 622-7 autorise la revendication d'une chose légitimement détenue, mais un immeuble est-il une chose ? De l'autre, la Cour de cassation a estimé que l'article 159 alinéa 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article 622-21 est inapplicable aux immeubles (cass.civ. 3^e, 22 octobre 2002).

Or, l'article 642-25 reprend exactement la formulation de l'article 622-21.

Quoi qu'il en soit la réponse à cette question conditionne assurément l'avenir de l'antichrèse.

D – LA RESERVE DE PROPRIETE PORTANT SUR UN IMMEUBLE

Est-il possible de revendiquer un immeuble après l'ouverture d'une procédure collective ?

Là encore l'hésitation est permise, du moins a priori.

Au soutien d'une réponse négative on peut faire valoir :

- tout d'abord, que le Code civil n'envisage pas les effets d'une clause de réserve de propriété sur immeuble après le jugement d'ouverture ;
- ensuite, que les modalités de la revendication telles que prévues par le Code de commerce ne concernent que les meubles.

Néanmoins, en dépit de ces arguments, tout laisse à penser que la revendication d'un immeuble trouvera facilement une assise dans l'article L 624-10 qui dispose :

« 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 ».

CONCLUSION :

En fin de compte comme il fallait s'y attendre, la loi de sauvegarde et l'ordonnance du 23 mars 2006 laissent un certain nombre de questions ouvertes, ce qui en fin de compte est tout à fait normal.

La balle est dorénavant dans le camp des tribunaux.

Espérons que comme bien souvent par le passé, ils sauront trouver des solutions adaptées permettant à la loi de sauvegarde de produire ses pleins effets tout en préservant les intérêts des créanciers.

Il y va du crédit, donc de la vie des entreprises et en fin de compte de la suspension de la sauvegarde de celles-ci.

Cela suppose à l'évidence une utilisation nuancée et différenciée du principe de primauté du droit des procédures collectives.