La réalisation des sûretés réelles

Mathilde Naïda Alice Dols-Magneville

▶ **To cite this version:**

Mathilde Naïda Alice Dols-Magneville. La réalisation des sûretés réelles. Droit. Université Toulouse 1 Capitole, 2013. Français. NNT : . tel-02413244

HAL Id: tel-02413244
https://hal.umontpellier.fr/tel-02413244v1

Submitted on 16 Dec 2019

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

En vue de l'obtention du doctorat en droit

Spécialité droit privé

Délivré par l'Université de Toulouse 1 Capitole

Présentée et soutenue publiquement le 4 décembre 2013
par :

Mathilde DOLS-MAGNEVILLE

LA REALISATION DES SURETES REELLES

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Francine MACORIG-VENIER

Professeur de droit privé à l'Université Toulouse 1 Capitole

RAPPORTEURS

Françoise PEROCHON

Professeur de droit privé à l'Université Montpellier I

Pierre CROCQ

Professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas Paris II

SUFFRAGANT

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN

Professeur de droit privé à l'Université Toulouse 1 Capitole

École doctorale Sciences juridiques et politiques

Centre de Droit des Affaires

L’université Toulouse I Capitole n’entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont d'abord à Madame le professeur F. Macorig-Venier de m'avoir, avec humanité et bienveillance, guidée sans me contraindre pendant toutes ces années.

Mes remerciements vont ensuite à Mesdames les professeurs C. Saint-Alary-Houin et F. Pérochon et à Monsieur le professeur P. Crocq d'avoir accepté de faire partie de ce jury et d'avoir accordé du temps et de l'attention à mes travaux.

Mes remerciements vont encore à Monsieur O. Staes pour ses conseils avisés et les nombreux entretiens qu'il m'a accordés.

Mes remerciements vont également à mes amis doctorants qui ont partagé mon quotidien et sont venus, au moment opportun apporter leur aide et leur expérience.

Mes remerciements vont enfin à mes grands-parents, mes parents, mon frère, Arlande, mes amis proches et mon époux, pour leur indéfectible soutien.

A Benoît,

Pour son amour et sa main toujours posée sur mon épaule.

Table des principales abréviations

AAPPE	Association des Avocats et Praticiens des Procédures d'Exécution
Actu. Proc. Coll.	Actualité des procédures collectives
adm.	Administratif
AGS	Assurance Générale des Salaires
AJ Famille	Actualités Jurisprudentielles de Droit de la Famille
AJDE	Association des Juristes de la Défaillance Economique
AJDI	Actualités Jurisprudentielles de Droit Immobilier
anc.	Ancien
art.	Article
BERD	Banque Européenne de Recherche et Développement
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BO CP	Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique
BRDA	Bulletin Rapide de Droit des Affaires
Bull. Civ.	Bulletin civil
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
Cass.	Cour de cassation
Cciv.	Code civil
Ccom.	Code de commerce
CGI	Code Général des Impôts
Civ. 1er	Première chambre civile
Civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de Justice Administrative
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
Com.	Chambre commerciale
comm.	Commentaire
CPC	Code de Procédure Civile
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Répertoire Dalloz
DALO	Loi DALO : Droit Au Logement Opposable
déc.	Décembre
dir.	Direction
Doctr	Doctrine
DP	Dalloz Périodique
éd.	Edition
EIRL	Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée
Fasc	Fascicule
févr.	Février
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
GAJC	Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile
Gaz. Pal.	Gazette du palais

IFPPC	Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives
Inst.	Instruction
J.	Jurisprudence
J.-Cl.	Jurisclasseur
JAL	Journal d'Annonces Légales
janv.	Janvier
JCP E.	Semaine juridique édition entreprise
JCP G.	Semaine juridique édition générale
JCP N.	Semaine juridique édition notariale
JOAN Q	Journal Officiel Assemblée Nationale – Questions
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JORF	Journal Officiel de la République française
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
juil.	Juillet
LEDB	L'essentiel du droit bancaire
LEDEN	L'essentiel du droit des entreprises en difficulté
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LME	Loi de Modernisation de l'Economie
LPA	Les Petites Affiches
LPF	Livre des Procédures Fiscales
MEDEF	Mouvement des Entreprises de France
n° ou n^{os}	Numéro(s)
nov.	Novembre
NRE	Loi de Nouvelles Régulations Economiques
obs.	Observations
oct.	Octobre
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
p ou pp	Pages
PME	Petites et Moyennes Entreprises
préf.	Préface
PUAM	Presses Universitaires Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUFDCF	Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand
rapp.	Rapport
RDBF	Revue de Droit Bancaire et Financier
RDC	Revue des Contrats
Rép.	Répertoire
Rép. Min.	Réponse Ministérielle
Rép. Not. Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Req.	Chambre de Requêtes de la Cour de Cassation
Rev. Proc. Coll.	Revue des Procédures Collectives
RIDC.	Revue Internationale de Droit Comparé
RJCom	Revue de Jurisprudence Commerciale
RJDA.	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RRJ	Revue de la Recherche Juridique ancien Journal des agréés.

RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDI.	Revue trimestrielle de droit immobilier
S.	Sirey
s.	Suivant
sept.	Septembre
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
t.	Tome
TA	Tribunal Administratif
Th.	Thèse
UCC	Uniform Commercial Code

Sommaire

INTRODUCTION

PARTIE 1. L'EFFICACITE DE LA REALISATION POUR LE CREANCIER

TITRE 1. L'OPTION DU CREANCIER POUR LA REALISATION

CHAPITRE 1. LE PRINCIPE DE LIBERTE D'OPTION

CHAPITRE 2. UNE LIBERTE D'OPTION ENCADREE

TITRE 2. LA SATISFACTION DU CREANCIER PAR LA REALISATION

CHAPITRE 1. LA SATISFACTION PAR PRIORITE

CHAPITRE 2. LA SATISFACTION PAR EXCLUSIVITE

PARTIE 2. LA PROTECTION DU CONSTITUANT ET DES TIERS ET LA REALISATION DES SURETES REELLES

TITRE 1. LE CONSTITUANT ET LES TIERS FACE A L'OPTION

CHAPITRE 1. LES REGLES COMMUNES DE PROTECTION DES PERSONNES PHYSIQUES OU MORALES

CHAPITRE 2. LA PROTECTION SPECIALE DU CONSTITUANT PERSONNE PHYSIQUE

TITRE 2. LE CONSTITUANT ET LES TIERS FACE A LA SATISFACTION

CHAPITRE 1. LE PRINCIPE DE NON ENRICHISSEMENT, REGLE GENERALE DE PROTECTION

CHAPITRE 2. LES REGLES PARTICULIERES DE PROTECTION DU CONSTITUANT ET DES TIERS

CONCLUSION GENERALE

ANNEXE

BIBLIOGRAPHIE

INDEX

Introduction

La réalisation des sûretés réelles est le moment où la sûreté sort de son sommeil, réveillée par le baiser du créancier dont la créance n'a pas été honorée. Elle s'éveille, non pas pour rester dans un état de léthargie, mais pour défendre les intérêts de son titulaire et lui procurer le paiement de sa créance inexécutée. Parce qu'elle joue ce rôle, la réalisation est au cœur du mécanisme des sûretés réelles. Elle est au cœur des préoccupations du créancier qui, à la constitution, effectue son choix pour une sûreté en fonction des avantages qu'elle offre à son titulaire à l'issue de la réalisation.

Les sûretés réelles et leur réalisation ont connu d'importantes transformations par l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés qui a été initiée lors des cérémonies du bicentenaire du Code civil.

1. **Le besoin de réforme**. Le bicentenaire du Code civil et les travaux qui l'ont entouré ont permis de brosser un tableau du droit des sûretés et d'entendre les critiques formulée par la doctrine et la pratique.

Avant 2006, les sûretés modèles contenues dans le Code civil n'avaient subi presque aucune modification. Aucune réforme d'ensemble n'avait été menée. Pour s'adapter aux innovations techniques et juridiques, le législateur a opéré par touches et a créé, en dehors du Code civil, et parallèlement aux sûretés réelles de droit commun, des sûretés réelles spéciales. Il en va ainsi du nantissement de fonds de commerce créé dès 1909[1]. Selon la même méthode sont également nés les nantissements de films cinématographiques par la loi du 22 février 1944, le gage de véhicule automobile par le décret du 30 septembre 1953[2] ou le nantissement de matériel et d'outillage par la loi du 18 janvier 1951[3]. Les législateurs successifs ont donc multiplié les textes spéciaux, en dehors du Code civil, les ont empilés et juxtaposés, jusqu'à l'obtention « *d'un millefeuille* »[4], projetant les non-initiés dans un labyrinthe sans fil d'Ariane. De plus, de nombreux obstacles se dressaient face au créancier. Les procédures d'insolvabilité des entreprises et des particuliers se sont considérablement développées. Concomitamment, un phénomène général de protection du débiteur

[1] Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce
[2] Ce décret a été modifié par le décret n° 55-655 du 20 mai 1955 et par la loi n° 57-888 du 2 août 1957.
[3] Loi n°51-59 du 18 janvier 1951 Nantissement de matériel et d'outillage
[4] Expression empruntée à **F. ZATTARA-GROS**, Propos introductifs, in Bilan d'une année d'application, 29 et 30 mars 2007, *LPA* 27 mars 2008, n°63, p. 3 ; Voir aussi **D. LEGEAIS**, L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz Litec, 1999, p. 385. L'auteur parle de « balkanisation » du droit des sûretés réelles.

s'est initié et par ricochet, le créancier titulaire d'une sûreté réelle a vu les effets de sa sûreté réduits au moment où il en a le plus besoin, au moment de la défaillance de son débiteur. La loi du 25 janvier 1985[5] relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises a soumis, pour la première fois, les créanciers titulaires de sûretés réelles à la discipline collective[6], aux délais uniformes du plan et à la perte du droit de suite en cas de plan de cession[7]. La réalisation des sûretés réelles a perdu en efficacité et le droit français en attractivité.

Pour ces raisons, à partir du milieu du XX^{ème} siècle, les sûretés réelles préférentielles déclinent au profit du cautionnement et des sûretés réelles « archaïques » fondées sur la propriété telles que la réserve de propriété, empruntée au droit allemand ou à des fiducies innommées telles que la cession de créances Dailly. La loi du 2 janvier 1981[8] sur la cession de créance professionnelle, dite Loi Dailly instituait un nantissement de créance mais ce dernier a été délaissé par la pratique qui a préféré utiliser la cession de créance à des fins de garantie consacrée en 1984[9]. Ces garanties fondées sur la propriété recevaient un meilleur traitement en cas d'ouverture d'une procédure collective que les sûretés réelles traditionnelles. Par exemple, la loi dite Dublanchet du 12 mai 1980 est venue rendre la réserve de propriété opposable à la procédure collective, permettant ainsi au créancier réservataire de revendiquer son bien[10].

La pratique et la doctrine dénonçaient une inadaptation du droit français des sûretés à l'économie moderne. Ce dernier s'avérait éclaté entre des sûretés réelles modèles contenues dans le Code civil et des sûretés spéciales disséminées dans l'ensemble des autres codes. Il ne permettait pas de maintenir l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles en cas de procédures collectives. Il ne reconnaissait pas à la réserve de propriété la nature de sûreté alors qu'elle faisait l'objet d'un traitement favorable par les procédures collectives. Il ne comportait pas de mécanismes comparables au trust permettant de céder une propriété à titre de garantie, en dehors d'hypothèses très spéciales comme la cession de créance professionnelle.

---

[5] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises

[6] Quelques précédents légaux étaient toutefois à noter. Le mouvement avait été amorcé par la loi de 1967 mais c'est véritablement en 1985 que la soumission des créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles est généralisée. Voir **A. MARTIN-SERF**, L'évolution législative des conflits d'intérêts dans l'entreprise en procédures collectives, in Les procédures collectives, Terre de conflit, *Gaz.-Pal*. 26 juin 2008, n°178, p. 60 ; Voir aussi **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Montchrestien, Domat Droit privé, 8ème éd.. 2013, spéc. n^{os} 1 et s.

[7] Voir ancien article L.621-96 du Code de commerce ; voir article L. 642-12 du Code de commerce ; Voir aussi **F. MACORIG-VENIER**, L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans, inregards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, PUSST, 2005, p. 413, spéc. p.420

[8] Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, modifiée par la loi n, p.° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers. Ces lois ont été complétées par le décret n° 81-862 du 9 septembre 1982, modifié par le décret n° 85-1288 du 3 décembre 1985.

[9] Loi n°84-46 du 24 janvier 1984

[10] Articles 1 et 2 de la loi n°80-335 du 12 mai 1980 dite loi Dublanchet relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de ventes.

Le rapport *Doing Business*[11] de 2004, ne faisait pas l'éloge du droit français du crédit, lui attribuant seulement la note de 3 sur 10. Au contraire, il montrait les imperfections du système de garantie, un coût de constitution élevé, une faible efficacité, une grande complexité et une faible attractivité[12]. Le législateur ne pouvait demeurer indifférent à la nécessité d'une réforme globale du droit des sûretés. Après deux siècles de silence envers le phénomène d'éclatement de la matière, le temps était venu de redonner simplicité, lisibilité, efficacité et attractivité au droit français des sûretés.

2. **Le mouvement de réforme**. Lors des cérémonies entourant le bicentenaire du Code civil, le Président de la République, J. Chirac, a souligné l'importance de la question[13]. Sous l'impulsion de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, en juillet 2003, le Ministre de la Justice a accepté de nommer une commission mixte et réduite sous la présidence de Monsieur M. Grimaldi[14] afin de « *de proposer les adaptations nécessaires du Code civil pour que figure en son sein un corps de principes directeurs du droit des sûretés* » et de réfléchir *« à des solutions novatrices dans le cas où le droit des sûretés n'apparaît pas répondre aux besoins actuels. »*[15]. Après dix-huit mois de travail, le 31 mars 2005, la commission a rendu son rapport au Garde des sceaux proposant une réforme d'ensemble des sûretés personnelles et réelles renouant avec l'accessibilité du droit au citoyen, l'attractivité du droit français pour les législations étrangères et l'efficacité nécessaire au crédit[16].

---

[11] Ces rapports ont fait l'objet de très nombreuses critiques notamment quant aux indices et aux techniques de mesures. Voir notamment dans ce sens : **ASSOCIATION H. CAPITANT**, *Les droits de radiation civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006 ; **B. DU MARAIS**, De Koror à Palikir : à la recherche du paradis du droit des affaires, *D.* 2006, p. 1110 ; **R. BLAZY, J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK ET ALII**, *Pratique des affaires, Les atouts du droit français*, Lamy, Axe Droit, 2010 ; **A. RAYNOUARD, A.-J. KERHUEL**, L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente, *D.* 2010, p. 2928. Ces auteurs plébiscitent en revanche l'initiative de la Fondation de droit continental pour la mise en place d'un index de la sécurité juridique. Ce point de comparaison commun et essentiel à tous les systèmes juridiques semble être indice intéressant pour opérer des comparaisons ; **A. ROCHER, L. HE**, A propos du rapport Doing Business 2012, Comparaison n'est pas raison, *JCP E* 2012, 1162 ;
Pour une critique particulière concernant l'évaluation « Getting Credit », voir **J. LASSERRE CAPDEVILLE**, Le droit du crédit dans le rapport Doing Business, in *Pratique des affaires, Les atouts du droit français*, dir **R. Blazy, J. Lasserre Capdeville, M. Storck**, Lamy, Axe Droit, 2010, p. 17 ; **M. MIGNOT**, Le rapport Doing Business et l'analyse économique du droit français des sûretés réelles, in *Pratique des affaires, Les atouts du droit français*, dir **R. Blazy, J. Lasserre Capdeville, M. Storck**, Lamy, Axe Droit, 2010, p. 33

[12] Rapport Doing Business Understanding Regulation, 2004, p. 68

[13] Discours du Président de la République Jacques Chirac, prononcé à la Sorbonne le 11 mars 2003

[14] Cette commission était composée de six universitaires Messieurs M. Grimaldi (Président), L. Aynès, P. Crocq, P. Simler, H. Synvet et P. Dupichot (secrétaire), d'un magistrat, Madame D. Dos-Rei, de deux banquiers, Madame A. Bac et Monsieur A. Gourio, d'un avocat Monsieur A. Provensal et d'un notaire Madame E. Frémeaux.

[15] Extraits de la lettre de mission du 23 septembre 2003, extraits rapportés par **P. SIMLER**, Avant propos, in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP G* suppl., 10 mai 2006

[16] Voir Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique Perben*, Garde des sceaux, Ministre de la Justice, 28 mars 2005,
www. justice.gouv.fr/publications-10047/rapport-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html ou http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf; Voir aussi **R. DAMMANN**, La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée, Dossier : La réforme des sûretés, *D.* 2006, p. 1298

3. **L'échec de la réforme d'ensemble**. Malgré la volonté du Gouvernement, la réforme d'ensemble du droit des sûretés est un échec. Elle demeure toutefois une réforme majeure du droit des sûretés réelles.

Le Gouvernement choisit de légiférer par voie d'ordonnance, à dessein d'agir rapidement et d'éviter les amendements législatifs. Comme il était à craindre, la loi d'habilitation du 26 juillet 2005[17]a procédé à un « *dépeçage d'un texte conçu comme une réforme d'ensemble* »[18]. Elle n'a pas autorisé le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance en matière de sûretés personnelles, de privilèges et de sûretés commerciales, condamnant ainsi la réforme globale.

Néanmoins, cette réforme d'ensemble était déjà compromise car les réformes touchant directement au droit des sûretés ont été segmentées selon des limites que seuls les enseignements universitaires soumis à des contraintes pédagogiques peuvent connaître[19]. Ainsi, la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi a été empêchée de réfléchir sur la fiducie-sûreté, la fiducie faisant l'objet de travaux isolés[20]. Le droit des procédures collectives et le droit des procédures civiles d'exécution ont fait l'objet de réformes séparées[21]. Pire, Les commissions, cloisonnées par les découpages imposés par le Gouvernement ne se sont pas consultées et sont restées « *entre soi* », au détriment d'une construction globale et cohérente du droit. C'est notamment pour cette raison que le traitement des propriétés-sûretés et des situations d'exclusivités dans le droit des entreprises en difficulté s'avère disparate.

La réforme globale voulue par la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi et par une majorité d'auteurs n'a pas eu lieu. Pourtant, la transversalité du droit des sûretés et la conjoncture des travaux parlementaires offraient une occasion unique de procéder à un tel travail.

Les hasards du calendrier législatif et le besoin simultané de réformes ont offert au législateur des années 2005 à 2007 l'occasion historique, depuis la rédaction des codes napoléoniens, de procéder à une réforme d'ensemble. En effet, entre le 26 juillet 2005 et le 19 février 2007, sont intervenues

---

[17] Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, JO 27 juil. 2005, p. 12160, art. 24

[18] **M. GRIMALDI**, Orientations générales de la réforme, in Dossier Rapport « Grimaldi », Pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2005, p. 51

[19] **C. EISENMANN**, *Droit public, droit privé*, Revue du droit public, vol. LXVIII, 1952, p. 903-979. L'auteur développe que le clivage droit public droit privé n'existe que pour de pure considérations pédagogiques. Certes les deux branches comportent des spécificités mais elles se regroupent et forment un tout.

[20] Proposition de loi n° 178 (2004-*2005*) présentée par le sénateur P. Marini. La commission de loi du Sénat a élaboré le texte en s'inspirant des travaux antérieurs réalisés. Pour une présentation de la genèse du texte, voir **X. DE ROUX**, Rapport sur la proposition de loi n°3655, à l'assemblée Nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3655.asp

[21] **D. LEGEAIS**, La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer, in *Etudes offertes au doyen P. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367, spéc. n^{os} 4 et s. ; **P. SIMLER**, Avant propos, Dossier Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP G* suppl., 10 mai 2006, p. 3, spéc. n^{os} 3 et 4 ; **P. SIMLER**, Dispositions générales du livre IV nouveau du code civil, Dossier Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP G* suppl., 10 mai 2006, p.5, spéc. n°3

trois textes majeurs pour le droit des sûretés. La loi du 26 juillet 2005[22], en même temps qu'elle autorisait le gouvernement à légiférer en matière de sûretés par voie d'ordonnance a réformé en profondeur le droit des procédures collectives. L'ordonnance du 23 mars 2006[23] est véritablement venue, malgré les amputations subies, rénover le droit des sûretés. Elle a été suivie et complétée par l'ordonnance du 21 avril 2006[24] et le décret du 27 juillet 2006[25] réformant la saisie immobilière, puis par la loi du 19 février 2007 et l'ordonnance du 30 janvier 2009[26] introduisant dans le droit français la fiducie-sûreté.

4. **Une réforme majeure du droit des sûretés réelles et de leur réalisation**. L'occasion a été manquée, la réforme n'a malheureusement été que partielle. Le rêve « *d'un droit des sûretés cohérent, fondé sur un corpus présentant les diverses manières de faire sortir le créancier du lot peu enviable des chirographaires* »[27] n'a pas été accompli. Mais, la réforme « *ne s'est pas transformée en peau de chagrin* »[28]. Le texte demeure un texte majeur. Il a le mérite de « *préserver la diversité et la souplesse d'un droit qui se veut commun, alors même qu'il s'adresse à des usagers divers* »[29].

Au plan structurel, un nouveau livre du Code civil, le livre IV a spécialement été créé et affecté aux sûretés. Au plan substantiel, les sûretés personnelles n'ont pas beaucoup été réformées alors que la réforme est majeure en matière de sûretés réelles. En matière de sûretés personnelles, si le cautionnement, n'a, à regret, pas été modifié, la garantie autonome et la lettre d'intention ont été consacrées aux articles 2321 et 2322 du Code civil.

La réforme est majeure en matière de sûretés réelles. Le droit du gage et du nantissement a été refondu, leurs modalités de constitution assouplies, les propriétés-sûretés consacrées, l'hypothèque est devenue rechargeable ou inversée[30], les modalités de réalisation ont été rénovées et

[22] Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, *JORF* n°173 du 27 juillet 2005 p. 12160

[23] Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés

[24] Ord. n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière, *JORF* n°95 du 22 avril 2006 p. 6072

[25] D. n°2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

[26] Ord. n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie**,** *JORF* n°0026 du 31 janvier 2009 p. 1854

[27] **L. AYNÈS**, Présentation générale de la réforme, in Dossier La réforme du droit des sûretés, *D.* 2006, n°19, p. 1289, spéc. p. 1290

[28] **P. SIMLER**, Avant propos, in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP G* suppl., 10 mai 2006, p. 3, spéc. n°5

[29] **L. AYNÈS**, Présentation générale de la réforme, in Dossier La réforme du droit des sûretés, *D.* 2006, n°19, p. 1289, spéc. p. 1290

[30] Cette dernière a été supprimée par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (article 46). Pour un commentaire, voir notamment **S. PIEDELIEVRE**, La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JCP E*, 2014, 1176 ;

diversifiées[31]. A côté de la vente forcée, le législateur a généralisé les attributions judiciaires. Il a consacré la validité du pacte commissoire ou, plus précisément, il a ressuscité les clauses d'attribution de gage à *bonus vir* avec restitution d'excédent du droit romain et du droit coutumier du Midi Toulousain[32]. La consécration des propriétés-sûretés est également venue modifier l'échiquier des sûretés réelles et de leurs modes de réalisation.

La réforme du droit des sûretés ainsi que la consécration de la fiducie-sûreté ont transformé le paysage de la réalisation des sûretés réelles, allant jusqu'à en modifier la notion (I). Dans le rapport aux Garde des sceaux, la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi indiquait que son projet était de proposer « *une réforme des sûretés visant à clarifier leur régime tout en assurant leur efficacité et la protection des débiteurs* »[33]. L'ambition de la commission était donc de tenter de résoudre le paradoxe traditionnel des sûretés réelles, allier l'efficacité et la protection du constituant et des tiers, paradoxe qui irrigue l'ensemble de la matière et rejaillit au stade de la réalisation (II). La recherche de l'efficacité et de la protection commande l'adoption de règles communes permettant de poursuivre chacun de ces buts et d'établir entre eux, un équilibre (III).

I. L'approche notionnelle de la réalisation des sûretés réelles

Etudier la réalisation des sûretés réelles implique nécessairement et préalablement d'étudier le droit dont est titulaire le créancier qui souhaite mettre en œuvre sa sûreté. Il convient par conséquent de partir de la définition des sûretés réelles. Notons que nonobstant l'absence de définition légale de la notion de sûreté réelle par l'ordonnance du 23 mars 2006, ce texte est venu substantiellement et indirectement la modifier.

La sûreté réelle est d'abord une sûreté.

[31] Pour une présentation générale des innovations en la matière voir notamment: **L. AYNÈS**, Présentation générale de la réforme, Dossier La réforme des sûretés, *D.* 2006, p. 1289 ; **L. AYNÈS, P. DUPICHOT**, Janv. 2006-octobre 2007 : Les grandes lignes d'un nouveau paysage, *Dr. et Patr*. janv. 2008, p. 82 et s ; Dossier : La réforme des sûretés, *D.* 2006, p. 1298 ; Dossier Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP G suppl*., 10 mai 2006 ; Pour une présentation et une vive critique voir **R. DAMMANN**, La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée, Dossier : La réforme des sûretés, dir. **V. AVENA-ROBARDET**, *D.* 2006, p. 1298 ; **E. BOURETZ, J. DESCLOZEAUX**, Table ronde, Réforme du droit des sûretés, une réforme nécessaire !, *Cahier de droit de l'entreprise*, sept-oct. 2006, n°5, p. 9 ;

[32] Le pacte commissoire résidait dans le transfert de la propriété du bien gagé au créancier même lorsque la valeur du bien était supérieure au montant de la créance. En revanche, la clause d'attribution du gage répondait au mécanisme suivant « *le prix de la chose était estimé à l'échéance par un bonus vir (un expert) et permettait au créancier de conservait la chose tout en rendant au débiteur ce que la chose pouvait valoir de plus que la dette* ». **D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2ème éd. 2012, spéc. pp. 288 et 289

[33] **M. GRIMALDI**, Orientations générales de la réforme, in Dossier Rapport « Grimaldi », Pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2005, p. 51

5. La notion de sûreté. Dans le langage courant, le mot sûreté peut prendre trois sens. Premièrement, il désigne « *le caractère de ce qui est sûr* » et constitue un synonyme de certain ou de fiable. Deuxièmement, il prend le sens de garantie ou d'assurance, « *ce par quoi quelque chose est rendu sûr* ». Troisièmement, le mot sûreté s'entend comme « *l'état ou la situation de ce qui n'est pas en danger, de ce qui ne risque rien* »[34]. Il ressort de ces différentes définitions qu'une sûreté est animée par le sentiment de sécurité qu'elle procure.

Au sens juridique, le terme sûreté recouvre trois acceptions. Il peut d'abord désigner l'une des composantes traditionnelles de l'ordre public au sens du droit de la police administrative. Il constitue, « *pour chaque citoyen la garantie contre les arrestations, détentions et peines arbitraires et la garantie de la liberté individuelle qui consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de sa propriété* ». Le terme sûreté est ensuite employé dans différentes expressions « *sûreté de l'Etat* », « *sûreté publique* », dans lesquelles elle signifie « *la protection dont l'Etat se couvre ou celle qu'il organise* »[35]. Enfin, la sûreté désigne la garantie de l'exécution d'une obligation. Les deux premières définitions sont ici écartées et la dernière est retenue. Toutefois, la notion de sûreté est difficile à cerner.

La notion de sûreté se caractérise par sa polymorphie. La sûreté est personnelle ou réelle. La loi énumère, aux articles 2287-1[36], 2329[37] et 2373[38] du Code civil, les mécanismes juridiques qu'elle nomme « sûretés » mais ne définit pas la notion de sûreté. La jurisprudence utilise également la notion pour qualifier un mécanisme de sûreté sans toutefois avoir préalablement établi des critères clairs et déterminants[39]. Quant à la doctrine, les avis sont partagés.

Certains auteurs arguent que cette polymorphie impose l'absence de définition de la sûreté et comprennent celle-ci comme un concept plutôt que comme une notion. Ils indiquent que les définitions proposées sont des guides permettant d'identifier les sûretés[40]. D'autres auteurs tentent de définir cette notion. Deux conceptions s'affrontent. Une partie de la doctrine adopte une vision

---

[34] Voir www.cnrtl.fr/definition/sûreté; A. **REY, REY DEBOVE, ROBERT**, *Dictionnaire Le Robert*, Paris, Robert, 2013, sous le mot.

[35] Voir **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, voir sous le mot.

[36] « *Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention.* »

[37] « *Les sûretés sur les meubles sont :1° Les privilèges mobiliers ; 2° Le gage de meubles corporels ; 3° Le nantissement de meubles incorporels ;4° La propriété retenue ou cédée à titre de garantie.* »

[38] « *Les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, le gage immobilier et les hypothèques.*
La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie. »

[39] Voir notamment, Cass. Com. 20 mai 1997, n°95-11.915, Bull. Civ. IV, n°141. La Cour de cassation réaffirme que le droit de rétention est un droit réel mais refuse de lui reconnaître la nature de sûreté. « *Le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage […]* »

[40] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°2

fonctionnelle[41] de la notion de sûreté qu'ils définissent comme tout mécanisme produisant un effet de garantie. Ceci a pour effet d'inclure dans la catégorie des sûretés les mécanismes du régime général de l'obligation comme la compensation ou la subrogation.

Une autre partie de la doctrine retient une vision conceptuelle de la notion de sûreté. Pour Monsieur P. Crocq, « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir accessoire à un droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement.* »[42]. L'auteur dessine les trois traits qui caractérisent une sûreté « *sa finalité : améliorer la situation du créancier sans l'enrichir ; son effet : la satisfaction du créancier et l'extinction de la créance ; sa technique : celle de l'accessoire* »[43]. Cette définition, bien qu'écartée par la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi et le législateur de 2006, a été consacrée par l'OHADA[44], et a emporté l'adhésion d'une partie de la doctrine[45]. Cette définition semble inclure toutes les sûretés réelles tout en excluant les techniques de droit des obligations ou les actions ayant un effet de garantie. Si ces techniques et actions produisent un effet de garantie, ce dernier n'est pas de l'essence de ces mécanismes[46]. Il ne semble donc pas suffisant à faire changer de nature ces techniques[47].

Depuis la réforme de 2006, cette définition est contestée sur un point, le caractère accessoire[48] de la sûreté. En effet, l'ordonnance du 23 mars 2006 est venue consacrer les garanties autonomes, les lettres d'intention et les sûretés rechargeables, sûretés dans lesquelles le lien d'accessoire entre la créance garantie et la garantie est largement atténué. Pour certains auteurs, cette distension du

---

[41] Voir notamment **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013, spéc. n°1 ; **D. LEGEAIS**, L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 27, spéc. II.B; **M. BOURASSIN, V. BRÉMONT, M.-N JOBARD-BACHELLIER**, *Droit des sûretés*, Sirey, 4ème éd. 2014, spéc. n°11.– voir aussi **J.-F. RIFFARD**, *Le Security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du droit français*, préf. **J. Stoufflet**, Avant propos **G. Rouhette**, PUFDCF, LGDJ, 1996 ; **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009.

[42] **P. CROCQ**, *Propriété et garantie*, Th. Préf. **M. Gobert**, Bibliothèque de Droit privé, tome 248, LGDJ, 1995, spéc. n°282

[43] **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, spéc. n°2

[44] Article 1 de l'acte OHADA : « *Une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes, futures, déterminées ou déterminables, conditionnelle ou inconditionnelle et que leur montant soit fixe ou fluctuant.* »

[45] **H.** et **L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS** par **Y. PICOD**, *Sûretés publicité foncière*, Leçons de droit civil, Montchrestien, oct. 1999, spéc. n°5-1 ; **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, spéc. n°5

[46] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°4

[47] Dans ce sens, voir **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2011, spéc. n°4

[48] Voir par exemple, **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°2

caractère accessoire de la sûreté, condamne cette définition[49]. Pourtant, distension ne signifie pas disparition. La constitution de ces sûretés ne peut avoir lieu si elles ne garantissent pas une créance. L'autonomie ne s'acquiert que postérieurement et peut resurgir. La lettre d'intention peut, par exemple, être anéantie par la fraude, la collusion frauduleuse ou l'abus[50]. Dans l'ouvrage qu'il coécrit avec Monsieur L. Aynès, Monsieur P. Crocq semble avoir nuancé cette définition en ajoutant que le lien d'accessoire peut avoir une « *intensité variable* »[51].

La conception fonctionnelle n'a été retenue ni par la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi, ni par le législateur de 2006. Au contraire, en maintenant la diversité des sûretés, et l'opposition traditionnelle sûretés réelles, sûretés personnelles, ils ont manifesté leur volonté de demeurer dans la tradition juridique française en retenant une vision conceptuelle et plurale des sûretés. Malgré l'absence de définition légale et jurisprudentielle, nous adhérons à la définition retenue par Monsieur P. Crocq et c'est cette dernière que nous retiendrons.

La notion de sûreté ainsi définie permet d'exclure du champ de notre étude certains mécanismes ayant un effet de garantie.

6. **Les exclusions**. Retenir une notion conceptuelle de la sûreté nous permet immédiatement d'exclure du domaine de notre étude, le droit de rétention, le crédit-bail et la vente avec faculté de rachat.

Le droit de rétention ne constitue pas, à notre sens, une sûreté[52]. En effet, outre la position jurisprudentielle[53] en ce sens, le droit de rétention ne confère qu'un pouvoir de gêne, soit sous la forme d'un pouvoir matériel, soit sous la forme d'un pouvoir de blocage. Il n'offre au créancier aucune action. Il lui impose même la passivité. En effet, le créancier gagiste qui intente une saisie

[49] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°4
[50] Article 2321 du Code civil.
[51] **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, spéc. n°2
[52] Excluant la qualification de sûreté au droit de rétention voir : **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. GHESTIN**, LGDJ, 1996, n°72 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n° 606 ; **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005, spé. n°303. Le droit de rétention ne confère aucun droit direct sur la chose, il constitue seulement une attitude passive ; il ne peut pas constituer un droit réel accessoire**. N. CATALA-FRANJOU**, De la nature juridique du droit de rétention, *RTDCiv*. 1967, p. 9, spéc. n°29 ; *Contra*: CA. Toulouse, 11. Févr. 1977, *D.* 1978, P. 206, note **J. MESTRE** ; Cass. Com. 25 nov. 1997, n° 95-16.091 ; *Bull. Civ. IV*, n°301 ; D. 1998, p. 232, note **J. FRANÇOIS** ; *JCP G* 1998, I, 149, n°6 et n°18 ; *JCP G* 1998, I, 141, n°15, obs. **M.C** ; **MARTY, RAYNAUD, JESTAZ**, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Dalloz Sirey, 2ème éd., mars 1987, n°46 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n°582. Voir aussi F. PEROCHON, Le droit de rétention accessoire de la créance, Mélanges M. Cabrillac, Litec 1999, p. 379, n° 1.
[53] Cass. Com., 22 mars 2005, n° 03-14.014, *Bull. Civ.* IV, n° 33, D*r.et Patr.* 2005, n°142, p. 40, chron. **A. AYNÈS** ; Cass. Com. 20 mai 1997, n° 95-11.915 ; Bull. Civ. IV, n°141 ; *D.* 1998, somm. p. 115, obs. **R. LIEBCHABER** ; *D.* 1998, p. 102, obs. **S. PIÉDELIÈVRE;** *D.* 1998, p. 479, note **F. KENDÉRIAN** ; *RTDCom*. 1998, p. 202, obs. **A. MARTIN-SERF.**

du bien ne peut se prévaloir de son droit de rétention, la jurisprudence[54] considérant qu'il s'est volontairement dessaisi. Si nous estimons que le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle, il n'est pas totalement exclu du domaine de l'étude car il peut apparaître comme un obstacle à la réalisation de la sûreté réelle et à la satisfaction du créancier qui en est titulaire.

A notre sens, doit être également exclu du domaine des sûretés et donc de cette étude, le crédit-bail, car l'effet de garantie relève plus du droit des contrats spéciaux que du droit des sûretés et le crédit-bail n'a pas pour seul effet la garantie procurée au créancier. Il est le plus souvent utilisé pour des véhicules ou des machines. L'économie du contrat repose davantage sur une rémunération intéressante pour le constructeur, d'une part, et sur le service d'entretien gratuit bénéficiant au locataire, d'autre part, que sur l'effet de garantie. Pour ces raisons, il parait constituer seulement une garantie et non une sûreté.

De même, nous excluons la vente avec faculté de rachat, ancienne vente à réméré[55], « *clause par laquelle le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant restitution du prix principal et le remboursement des frais et réparations* ». Le mécanisme est le suivant. L'emprunteur (vendeur) transfère la propriété d'un bien à un prêteur (acheteur). Le prix de vente du bien correspond au montant de la créance. En cas de non-paiement, l'acquéreur créancier demeure propriétaire du bien. En cas de paiement, le vendeur demande à faire jouer la clause de rachat. La vente est alors résolue et le bien lui est restitué. La vente à réméré ressemble, dans son économie générale à une opération proche de la *fiducia cum creditore*[56]. Elle comporte un effet évident de garantie, mais elle emporte surtout une faculté de rétractation pour l'acquéreur. Elle a souvent été utilisée comme instrument de crédit permettant de détourner, selon les époques, l'interdiction des prêts à intérêts, des prêts usuraires ou du pacte commissoire. C'est pour cette raison qu'elle a longtemps été prohibée[57]. A côté de ces utilisations, le régime applicable à la clause de rachat fait du créancier un sujet passif car il n'est titulaire d'aucune action à l'encontre du débiteur. Il ne peut pas provoquer le rachat. Pour ces raisons, il nous semble que la vente avec faculté de rachat ne constitue pas une sûreté mais peut jouer le rôle d'une garantie.

---

[54] Par exemple, Cass, civ 1er, 10 oct 1962, *Bull Civ* I, n°413 : « *Le rétenteur, en demandant la validation de la saisie qu'il a faite entre ses propres mains, et dont l'effet nécessaire est de placer l'objet sous la main de la justice en vue de sa vente, abandonne le bénéfice de la situation dont il pouvait se prévaloir*. »

[55] Le terme « réméré » a disparu du code civil au profit du mot « rachat » à l'occasion de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, Simplification du droit.

[56] Pour la qualification de fiducie innommée, voir **MARTY, RAYNAUD, JESTAZ**, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Dalloz Sirey, 2ème éd., 1987, spéc. n°544

[57] Le pape Alexandre II en interdisant les mortgages a interdit les ventes à réméré. Voir **D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2ème éd. 2012, spéc. p. 285

7. **La notion de sûreté réelle.** La loi oppose traditionnellement les sûretés personnelles aux sûretés réelles. Les sûretés personnelles garantissent un rapport d'obligation donné en ajoutant au gage général du débiteur, le gage général d'un tiers. Elles n'ont presque pas été retouchées par la réforme de 2006, le gouvernement n'ayant pas été autorisé par le Parlement à légiférer par voie d'ordonnance en matière de cautionnement. Seuls ont été introduits les définitions de la garantie autonome et de la lettre d'intention aux articles aux articles 2321 et 2322 du Code civil. Les sûretés réelles reposent sur l'adjonction d'un droit réel[58] portant sur un bien en garantie d'une obligation. Le gage général garantit toujours le paiement de la créance mais en sus, le créancier dispose d'un droit particulier sur le bien, qui rompt l'égalité des créanciers en accordant un droit de préférence ou un droit exclusif au créancier garanti.

Ni la loi, ni la jurisprudence ne définissent la notion de sûreté réelle. En revanche, la loi énumère successivement les sûretés réelles mobilières et immobilières. Ainsi les articles 2329 et 2373 du Code civil énoncent que les sûretés réelles sont les privilèges, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels, l'hypothèque et le gage immobilier.

Eu égard à leur qualification légale de sûreté réelle et malgré le débat doctrinal dont certains mécanismes sont l'objet, entrent dans le champ de cette étude, les gages, les nantissements, les hypothèques, la clause de réserve de propriété[59], la fiducie-sûreté et les privilèges spéciaux ou généraux[60].

Toutefois, il est intéressant de s'interroger sur la notion de sûreté réelle. Plusieurs auteurs ont tenté de regrouper les sûretés réelles sous une définition commune.

---

[58] Le droit réel est entendu ici comme un « *droit qui porte directement sur une chose (jus in re) et procure à son titulaire ou tout ou partie de l'utilité économique de la chose* ». Pour une présentation des différents droits réels, voir notamment **J. CARBONNIER**, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Puf, 2004, spéc. n°700 ; **J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMANMONTI**, *Traité de droit civil, Les biens*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2° éd., 2010, spéc. n^{os} 35 et s. ;

[59] Le débat sur la nature de sûreté réelle de la clause de réserve de propriété a été ravivé par la jurisprudence récente. Sur ce point voir n°305

[60] Les privilèges généraux ont fait l'objet d'un double débat doctrinal. Il convenait de savoir s'ils conféraient à leur titulaire un droit réel et s'ils constituaient une sûreté.

Sur la nature de droit réel conférée au titutlaire des privilèges généraux : Pour une présentation générale du débat : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°631. Ces auteurs, précsient que ce débat est « confiné au plan purement spéculatif »

Certains auteurs admettent l'existence d'un droit réel : voir notamment **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°450 ; voir aussi **J.-B. SEUBE**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, th, Bibli. de droit de l'entreprise, 1999, n°10 ; **Contra** voir : **M. PLANIOL**, *Traité élementaire de droit civil*, t. II, 6ème éd. 1911, spéc. n°2548 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°596, n° 634.

Sur la nature de sûreté réelle des privilèges généraux : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°596, n^{os} 631 et 634 ; **M. DAGOT**, La notion de privilège, *in Mélanges C. Mouly*, t. 2, Litec 1996, p. 325, spéc. p. 341

La commission présidée par Monsieur M. Grimaldi a proposé de définir les sûretés réelles comme « *l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier* »[61]. Cette définition n'a pas emporté l'adhésion du législateur. Toutefois, si le bien est affecté, il ne l'est pas seulement au paiement préférentiel du créancier. Il peut également être affecté au paiement exclusif de ce dernier.
Madame F. Pérochon retient une définition alliant la nature du droit conféré au créancier, l'idée d'affectation d'un bien à la garantie d'une obligation et le caractère accessoire. Selon cet auteur, « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien au paiement préférentiel ou exclusif du créancier. Elle investit classiquement le créancier d'un droit réel accessoire sur un bien appartenant à autrui (débiteur ou tiers constituant), qui ne lui confère aucune utilité sur le bien, mais seulement un droit sur sa valeur* »[62]. Cette définition est séduisante car elle synthétise les différents caractères d'une sûreté réelle. Une sûreté réelle résulte d'abord de l'affectation du bien à la garantie d'une obligation. Ensuite, elle confère au créancier un droit réel sur ce bien et lui promet une satisfaction préférentielle ou exclusive. Il convient toutefois d'ajouter qu'il peut s'agir d'un bien ou d'un ensemble de biens mêmes fongibles et que le droit réel conféré peut être un droit de propriété ou un droit réel accessoire, un droit de préférence assorti ou non d'un droit de suite et que la satisfaction du créancier ne provoque aucun enrichissement.

Nous retiendrons donc la définition suivante des sûretés réelles. La sûreté réelle est une sûreté qui consiste en l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens présents ou futurs au paiement préférentiel ou exclusif d'un créancier en lui conférant un droit réel sur ce ou ces biens.

Outre la modification indirecte et subreptice de la notion de sûreté réelle opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006[63], cette dernière a également modernisé leurs modes de réalisation ce qui a incontestablement provoqué une évolution de la notion de réalisation.

8. **La notion de réalisation**. La réalisation est « *l'action de réaliser, son résultat* »[64]. Pour donner du sens au mot « *réalisation* », il est nécessaire de se tourner vers le verbe « *réaliser* ». Au plan sémantique, il apparaît comme un verbe polysémique. Il peut signifier, faire, exister, accomplir, représenter quelque chose concrètement. Mais c'est aussi exécuter ce qui a été promis ou

[61] Voir article 2288 du code civil tel que rédigé dans le Rapport Grimaldi http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf ; Voir aussi dans le même sens **H. ET L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS** par **Y. PICOD**, *Sûretés publicité foncière*, Leçons de droit civil, Montchrestien, oct. 1999, spéc. n°4

[62] **F. PÉROCHON**, La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ?, Dossier Sûretés et Procédures collectives, *Cahier de droit des affaires*, juil.-août 2009, n°4, p. 29

[63] Rappelons que la notion de sûreté réelle, comme celle de sûreté, n'a pas été définie par l'ordonnance du 23 mars 2006.

[64] Dictionnaire de l'Académie Française, http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?11;s=133724040;

le contrat qui a été conclu[65]. Le verbe réaliser comprend toutefois un sens philosophique et un sens juridique.

Au plan philosophique, « *réaliser* » signifie « *faire exister à titre de réalité mentale ce qui n'est qu'une abstraction.* »[66]. La prise de sûreté est une anticipation sur la possible insolvabilité ou inexécution du débiteur. La réalisation est la concrétisation de cette anticipation en une réalité objective et observable. Le créancier obtient satisfaction. Comme en matière philosophique ce qui n'était qu'une abstraction pour le créancier devient une réalité objective. L'application de la définition philosophique à la réalisation des sûretés réelles permet d'en saisir le sens global mais pas les subtilités techniques. Il convient alors de se tourner vers d'autres cieux.

Au plan économique et juridique, le terme « *réaliser* » apparaît à la fin du XV siècle dans les coutumes de Ponthieu, de Boulevois ou d'Amiens[67]. Il désigne alors « *Convertir (des valeurs, des titres, des biens) en argent liquide, par une vente* »[68] mais aussi, exécuter un contrat ou formuler une offre. Plus tard, Cornu a défini « *la réalisation* » comme « *terme pratique désignant l'opération financière consistant à vendre un bien (en général de placement) pour pouvoir disposer de fonds provenant de la vente* »[69]. Si cette définition demeure en partie vraie, il semble que la réforme des sûretés est venue la modifier substantiellement parce qu'elle portait comme objectif de moderniser les modes de réalisation – les mécanismes juridiques permettant de réaliser - des sûretés réelles. Ainsi, la loi prévoit désormais qu'à côté des procédures civiles d'exécution, les sûretés réelles préférentielles puissent se réaliser au moyen d'attribution conventionnelle ou judiciaire en propriété. En outre, la consécration des propriétés-sûretés a élargi le domaine des modes de réalisation car la réserve de propriété se réalise, en principe, par la restitution du bien. La fiducie-sûreté est mise en œuvre, soit par une attribution en propriété, soit par une vente amiable du bien, soit par un changement de la titularité du bien.
La définition développée par Cornu semble montrer ici ses limites et nécessite d'être adaptée à cette nouvelle situation.

[65] Pour une présentation détaillée de tous les sens de « réaliser », voir http://www.cnrtl.fr/definition/r%C3%A9aliser
[66] http://www.cnrtl.fr/definition/r%C3%A9aliser sens I. A. 7.
[67] 1495 *Anc. coutumes de Boulenois,* art. 32, in *Nouv. Coutumier général.*, t. 1, p. 30: « *acquestes non réalisées sont réputées bien [sic] meubles* »; 1495 *Coutumes de Ponthieu,* art. 132, in *Nouv. Coutumier général.,* p. 97: « *si lesdites rentes ne sont hypothéquées et réalisées sur aucuns héritages* »; 1507, *Anc. coutumes d'Amiens*, art. 65, in *Nouv. Coutumier général.*, p. 130: « *donations, rentes, baux à cens, à louages et autres contrats, seroient et sont réputées réalisées et hypothécaires* » - http://www.cnrtl.fr/etymologie/r%C3%A9aliser.
[68] http://www.cnrtl.fr/definition/r%C3%A9aliser sens I. B.
[69] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, voir sous ce mot

Ainsi, il apparaît que la réalisation est la mise en œuvre du droit réel conféré au créancier sur un bien, un ensemble de biens ou le patrimoine d'un débiteur ou d'un tiers, lui permettant d'obtenir satisfaction en nature ou par équivalent.
Appliquée aux sûretés réelles, elle réside dans la concrétisation, lors de la défaillance du débiteur, du droit réel conféré par la sûreté au créancier sur un bien ou un ensemble de biens du constituant, en vue d'obtenir l'exécution en nature ou par équivalent de la créance garantie.

Contrairement à ce qu'il apparaît de prime abord, la réalisation ne se confond pas avec la liquidation. Il semble que le terme « *liquidation* » doit être réservé à l'opération consistant à vendre un bien, un titre ou une valeur pour le convertir en somme d'argent. Le bien est rendu liquide, c'est-à-dire transformé en somme d'argent. Le renouveau des modes de réalisation opéré par la généralisation des attributions en propriété et la consécration des propriétés-sûretés imposant les actions en restitution et en revendication comme des modes de réalisation ont modifié totalement le paysage de la réalisation des sûretés réelles. Les procédures civiles d'exécution, particulièrement les ventes forcées, ne sont plus le mode exclusif de réalisation mais un mode de réalisation des sûretés réelles parmi d'autres. Le terme « liquidation » ne peut donc plus être employé comme synonyme de réalisation.

La réalisation des sûretés réelles ainsi définie, les règles qui l'organisent se révèlent diverses et complexes. Elles sont imprégnées par le paradoxe traditionnel des sûretés réelles, allier efficacité pour le créancier et protection du constituant et des tiers non constituants. Cette question de l'équilibre entre l'un et l'autre se retrouve avec une acuité particulière en matière de procédures collectives car il est d'une part nécessaire de maintenir l'efficacité des sûretés réelles et d'autre part de mettre en place le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

II. Le paradoxe, l'efficacité de la sûreté réelle face à la protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants

Le droit des sûretés se trouve tiraillé[70]. Il doit, d'une part, assurer l'efficacité pour le créancier. Cette efficacité qui est la finalité du mécanisme de sûreté, se révèle être d'une grande importance pour notre économie. Il doit, d'autre part, assurer une certaine protection au constituant. Ce mouvement de protection du constituant est un phénomène contemporain qui se situe dans le

[70] Pour une présentation voir notamment : **F.-X. LUCAS**, L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises ; *Rev. Proc. Coll*. nov. 2009, p. 60, spéc. n^{os} 1 à 4

prolongement du mouvement de protection du débiteur en situation de défaillance économique et en situation d'endettement.

9. L'efficacité nécessaire de la réalisation. L'efficacité est la « qualité d'une chose ou d'une action qui produit l'effet attendu »[71]. La sûreté efficace doit « protéger les intérêts financiers du créancier » (efficacité objective) et « consister en un double rapport d'adéquation : d'une part, une adéquation entre les attentes nées de l'octroi du crédit et de la finalité assignée à la garantie ; d'autre part, une adéquation entre cette finalité et les effets produits par la constitution ou la réalisation de la garantie » (efficacité subjective)[72]. L'efficacité de la sûreté se mesure dans le but et dans la réalisation du but qu'elle poursuit[73], c'est-à-dire la protection des intérêts financiers du créancier.

L'efficacité d'une sûreté réelle est importante car elle permet de renforcer la confiance des créanciers. Or la méfiance a depuis longtemps conquis les prêteurs. La méfiance traditionnelle est renforcée actuellement par deux éléments conjoncturels. D'abord, la société française est animée par un sentiment collectif de peur de l'avenir se traduisant par un besoin incessant et insatiable de prévention et de sécurisation[74]. C'est un contexte psychologique et sociologique particulier qui ne favorise pas la confiance des prêteurs. Ensuite, même si les signes extérieurs annoncent une probable sortie de crise[75], la méfiance des prêteurs est attisée par la situation actuelle de crise économique de la France. Cette situation se traduit notamment par l'accroissement constant du nombre de défaillance d'entreprises[76].

---

[71] **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. **M.-N. Jobard-Bachellier, V. Brémont**, Biblio de droit privé, LGDJ, t. 456, 2006, spéc. n^{os}7 et s. Les notions développées par l'auteur peuvent, à notre sens, être transposées à l'ensemble des sûretés.

[72] **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. **M.-N. Jobard-Bachellier, V. Brémont**, Biblio de droit privé, LGDJ, t. 456, 2006, spéc. n^{os}22 et 27.

[73] La différence entre le but et la réalisation de but marque la différence entre l'efficacité et l'effectivité d'un droit ou d'une norme. Sur cette distinction voir notamment : **M.-A. FRISON-ROCHE**, L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, *LPA* 19 mai 2005, n°99, p. 15 ; **F. TERRÉ**, Rapport de synthèse, in *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'association H. Capitant, Journées Françaises, t. XXXVI, Economica, 1985, spéc. pp. 8 et 9 ; **J. CARBONNIER**, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd. 2007, spéc. p 136. L'auteur oppose l'effectivité et l'ineffectivité ; Pour une application aux garanties personnelles Voir : **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. **M.-N. Jobard-Bachellier, V. Brémont**, Biblio de droit privé, LGDJ, t. 456, 2006, spéc. n^{os}33 et s.

[74] Voir **M. SERRES**, *Petite poucette*, éd. Le pommier, Manifeste, 2012. Le philosophe constate que notre société « *fait l'éloge de la sécurité* » alors que d'autres et notamment les sociétés Antiques, du Moyen Age, de la Renaissance, la société de la Révolution et même la société napoléonienne faisaient l'éloge de l'héroïsme ou du risque.

[75] La croissance de La France et de l'Europe montre « *une inflexion positive* » au deuxième trimestre de 2013, d'après le rapport de l'ICDE du 12 septembre 2013. http://www.oecd.org/fr/std/indicateurs-avances/CLI-Fr-Oct13.pdf. Pour 2014, la croissance française est quasi nulle.

[76] Le nombre d'entreprises placées en procédures collectives s'est encore accru de 4,3% entre le 1er juillet 2012 et le 30 juin 2013 . Chiffres publiés par la banque de France et diffusés par la presse. Voir par exemple, http://www.news-banques.com/le-nombre-de-faillites-dentreprises-a-augmente-en-france-de-43-en-juin/0121113602/; le nombre de redressement et de liquidation judiciaire a augmenté de 7.5% au troisième trimestre 2013 par rapport à la même époque

Au niveau micro économique, l'efficacité de la sûreté est importante pour le créancier car elle lui permet de recouvrer sa créance. Elle constitue également un élément déterminant au stade de la constitution de la sûreté. Le droit français, qui repose sur une diversité de sûretés réelles, offre une option au créancier lors de la constitution. Ce dernier peut choisir la ou les sûretés, préférentielles ou exclusives, pour garantir une obligation. Ce choix s'établit au regard de différents éléments, notamment la simplicité, le coût et l'efficacité lors de la réalisation.

Au niveau macro-économique, l'efficacité d'une sûreté réelle semble primordiale. En effet, les sûretés sont un élément essentiel du crédit que certains considèrent comme « *le moteur* » de notre économie[77] car elles tendent à redonner confiance au créancier en atténuant le risque d'impayé[78]. Elles permettent d'éviter les faillites en chaine, la défaillance du débiteur entraînant celle de son créancier.

Cette efficacité de la sûreté réelle, en tant que garantie du crédit est primordiale car, dans la perspective d'une économie mondialisée, elle permet d'attirer des investisseurs étrangers sur le territoire national. Dans cette optique, il est important que l'efficacité se retrouve dans toutes les situations. Lorsque le débiteur est *in bonis,* mais également lorsqu'il fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité[79], c'est-à-dire d'une procédure collective relevant du livre VI du Code de commerce relatif au droit des entreprises en difficulté, ou encore d'une procédure de surendettement ou d'une procédure de rétablissement personnel régies par les dispositions du Code de la consommation et applicables aux particuliers. Les auteurs du Rapport d'analyse économique du mois de juin 2013 montrent, à l'appui d'études réalisées à l'étranger[80], que lorsque le droit des faillites offre au créancier une bonne satisfaction, cela permet d'apporter des financements supplémentaires aux

---

l'an dernier. Chiffres Altares du 15/10/2013 http://www.lesechos.fr/journal20131015/lec1_france/0203062428362-ete-meurtrier-pour-les-entreprises-617489.php

[77] Voir notamment **R. RODIÈRE, J.-L. RIVES-LANGES**, *Droit bancaire*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1980, n°218 indiquant « *Sans sûreté, point de crédit* » ; **A. CHIREZ**, *De la confiance en droit contractuel*, Th. Nice, 1977, p. 190 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8ème éd., 2014, spéc. p.1

[78] **BIGOT-PRÉAMENEU**, *Exposé des motifs du titre XVIII du Livre III*, in Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires au code civil, Paris, 1827, t.15, p. 257 « *Il faut partir d'une idée que l'expérience a toujours confirmée, c'est qu'un créancier emploie tous les moyens qui sont en son pouvoir pour ne courir aucun risque : son intérêt le lui commande et il fait la loi* » , Voir aussi **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°3. ; **J.-F. RIFFARD**, *Le Security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du droit français*, préf. **J. Stoufflet**, Avant propos **G. Rouhette**, PUFDCF, LGDJ, 1996, n°4

[79] **G. PLANTIN, D. THESMAR, J. TIROLE**, Les enjeux économiques du droit des faillites ; *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 7, juin 2013

[80] **LA PORTA R., F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER ET R.W. VISHNY** « Law and Finance », Journal of Political Economy, (1998), Vol. 106, n° 6, pp. 1113-1150

entreprises saines et d'éviter les situations de faillite[81]. Il est donc primordial que la réalisation de la sûreté réelle apporte au créancier une satisfaction optimale, celle à laquelle il pouvait s'attendre au jour de la constitution. Les auteurs du rapport remarquent que malheureusement, ce n'est pas le cas de la France.

L'efficacité des sûretés réelles semble importante car elle permet de redonner confiance aux prêteurs mais l'efficacité des sûretés réelles comporte une limite liée à la valeur de l'assiette de celles-ci. Le risque d'impayé n'est jamais totalement effacé et l'efficacité d'une sûreté, en particulier d'une sûreté réelle montre de grandes limites en cas de crise économique systémique[82.] La crise économique mondiale traversée depuis 2008 a pour origine la crise immobilière américaine dite des *subprimes*. Cette crise, au départ locale, s'est propagée par le jeu de la titrisation de créances dites toxiques (créances pour lesquelles le risque de défaillance du débiteur est grand) à l'ensemble du système mondial bancaire, puis à l'ensemble des économies dites réelles. Avant 2008, le crédit immobilier américain était très largement fondé sur des crédits revolving à taux variables et garantis par des sûretés immobilières rechargeables[83]. La chute du marché immobilier en 2008 et la hausse corrélative des taux d'intérêts a suscité un très grand nombre de défaillances parmi les débiteurs de ces crédits. Les immeubles dont la valeur était diminuée se sont révélés insuffisants à satisfaire les prêteurs.

Les différentes réformes touchant directement ou indirectement le droit des sûretés réelles et leur réalisation ont tenté de renforcer leur efficacité. Dans ce but, l'ordonnance du 23 mars 2006 et la loi du 19 février 2007 ont élargi l'assiette des sûretés réelles, ont développé les propriétés-sûretés et les modes de réalisation conférant un droit exclusif au créancier. Le droit des procédures civiles d'exécution a eu le souci de rendre les procédures plus efficaces en déjudiciarisant les procédures de ventes forcées mobilières et en réduisant la lourdeur et la longueur des procédures de saisie immobilière. Quant au droit des procédures collectives, son évolution montre, à partir de 1994, un retour vers l'efficacité des sûretés réelles[84] et un phénomène de différenciation du traitement des sûretés selon les procédures appliquées. Les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles sont

[81] **G. PLANTIN, D. THESMAR, J. TIROLE**, Les enjeux économiques du droit des faillites ; *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 7, juin 2013

[82] **V. CATILLON**, Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques, *LPA* 8 août 2008, n°159, p.7

[83] Sur les causes de la crise des subprimes voir notamment : **J.-P. BETBÈZE**, Les six ressorts et les six resorts de la crise actuelle, *Revue d'économie financière*, 2008, supplément, p. 107 et s. ; **C. ROMEY, B. DRUT**, Une analyse de la notation sur le marché RMBS « subprime » aux USA, *Risques et Tendances*, janv. 2008 ;**V. CATILLON**, Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques, *LPA* 8 août 2008, n°159, p. 7

[84] Dans ce sens, voir notamment **P. MÉHAIGNERIE**, JO Débat Ass. Nat, compte rendu, 23 nov.1993, p.6173 et **A. MADELIN**, JO Débat, Sénat, compte rendu, 4 avril 1994, p. 736 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN, P. BLAQUIER-CIRELLI,** L'amélioration des droits des créanciers antérieurs, in *Les réformes du droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 71, spéc. n^{os} 1 à 8.

paralysés tant que le sauvetage de l'entreprise est envisagé alors qu'ils retrouvent leur efficacité en cas de liquidation judiciaire. Ainsi, la loi 10 juillet 1994 classe les créanciers titulaires de sûretés mobilières spéciales et de sûretés immobilières avant les créanciers de l'article 40, elle permet, dans certains cas, la survie du droit de suite en cas de plan de cession[85]. La loi du 26 juillet 2005, l'ordonnance du 18 décembre 2008[86] et l'ordonnance du 12 mars 2014[87] ont confirmé cette tendance et ont accentué la différenciation des traitements selon les procédures appliquées. Le sort réservé à la fiducie-sûreté[88] et au droit de rétention attaché au gage sans dépossession[89] montre la volonté de paralyser les droits des créanciers quand le sauvetage de l'entreprise est envisagé, c'est-à-dire dans les procédures de sauvegarde et de redressement. En revanche, lorsque la liquidation judiciaire est prononcée, ce qui postule l'impossibilité du redressement de l'entreprise par ceux qui la géraient et marque le retour à une logique liquidative, le créancier retrouve ses droits et peut, dans une certaine mesure, faire produire ses effets à sa sûreté. Par exemple, le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté avec convention de mise à dispositions doit revendiquer le bien grevé dans la liquidation judiciaire.

Notons que le manque de vision globale a conduit à multiplier la différenciation à outrance en traitant de manières diverses les situations d'exclusivité pendant les procédures. A titre d'exemple, le droit de rétention fictif est soumis à deux régimes différents pendant les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire selon qu'il s'agit du droit de rétention fictif attaché à un gage sans dépossession de droit commun ou à un gage spécial comme le gage de véhicule automobile[90].

Le rapport rédigé par Messieurs G. Plantin, D. Thesmar et J. Tirole[91] et la position de certains auteurs[92] invitaient à confirmer le retour à l'efficacité des sûretés réelles. Ces appels ont été entendus par le législateur qui, dans l'ordonnance du 12 mars 2014, a tenté de renforcer, dans certains cas, l'efficacité des sûretés réelles[93].

---

[85] Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises

[86] Cette disposition a été maintenue. Voir par exemple, **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Les privilèges de la procédure, LPA 14 juin 2007, n°119, p. 70

[87] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises er des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014

[88] Article L.622-23-1 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde, l'article L. 631-14, alinéa 4 du Code de commerce pour le redressement judiciaire et l'article L. 641-3 du Code de commerce pour la liquidation judiciaire.

[89] Article L. 622-7 I al. 2 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde, article L. 631-14 al. 1 du Code de commerce pour le redressement judiciaire et l'article L. 641-3 al. 2 du Code de commerce pour la liquidation judiciaire.

[90] Voir une application de l'article L. 622-7 I et II du Code de commerce

[91] **G. PLANTIN, D. THESMAR, J. TIROLE**, Les enjeux économiques du droit des faillites ; *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 7, juin 2013

[92] **F.-X. LUCAS**, La subordination de créance à l'épreuve des procédures collectives, Rev.Proc. Coll. Mai 2013, n°3

[93] Sur ce point, voir **G. JAZOTTES**, La protection des droits des créanciers, in dossier ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *Dr. et Patr*. 2014, n°238 ; **C. HOUIN-BRESSAND**, la situation des créanciers réformée par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, *RDBF* 2014, n°3, comm. 116

L'efficacité d'une sûreté réelle, le paiement qu'elle procure *in fine* au créancier, doit donc être assurée par la loi mais cette dernière ne saurait oublier les intérêts du constituant et des tiers non constituants.

10. **La protection du constituant.** La protection du constituant d'une sûreté réelle est un phénomène contemporain qui s'inscrit dans un mouvement plus large de protection du débiteur.

Aux plans économique et sociologique, les rapports entre le créancier et le débiteur sont asymétriques. Pour le débiteur, l'octroi du crédit répond à un besoin, il se trouve donc dans une situation de dépendance face au créancier[94]. L'un des meilleurs exemples réside dans la constitution d'une sûreté conventionnelle. En principe, la constitution d'une sûreté conventionnelle est un acte de la volonté du constituant (le débiteur ou un tiers). Néanmoins, en pratique, c'est le créancier qui exige la constitution d'une sûreté et en fait une condition de l'obtention du crédit. Economiquement, la volonté est inversée, la constitution de la sûreté ne résulte pas de la volonté du constituant mais de celle du créancier.
La situation de dépendance dans laquelle se trouve le débiteur justifie donc que ses intérêts soient protégés par le droit.

Le débiteur est protégé à différents niveaux. La loi doit à la fois préserver ses intérêts économiques et assurer le respect des droits fondamentaux de la personne, spécialement le respect de la dignité de la personne humaine. Sur le plan technique, les règles de protection interviennent à différents moments, lors de l'engagement mais également lors de l'exécution.
Au stade de l'engagement, le débiteur doit être informé. Il doit prendre conscience de l'endettement qu'il contracte et des risques qu'il encourt, notamment lorsqu'il existe un risque d'insolvabilité. Cette information est très présente dans le cadre des crédits à la consommation. En matière de sûretés réelles, cette protection se traduit, par exemple, par la présence de mentions obligatoires comme le montant du crédit dans l'acte constitutif.
Au stade de l'exécution, le débiteur endetté bénéficie d'une certaine protection que lui procure le droit de l'insolvabilité. La volonté législative de protection du débiteur surendetté a provoqué de

[94] Sur cette question voir notamment : **N. PICOD**, *La remise de dette en droit privé*, préf. **C. Saint-Alary-Houin**, Dalloz, 2013, spéc. n°21. Cette idée de rapport asymétrique se retrouve également dans les écrits religieux : **C. CARDAHI**, Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique, *Rev internationale de droit comparé*, 1955, p. 499

nombreuses modifications du droit des procédures collectives[95] et a conduit à développer les procédures de surendettement et de rétablissement personnel des particuliers dont le fondement est la protection du débiteur. Qu'il soit débiteur entreprise ou personne physique, en cas de difficultés financières, il peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ces dernières poursuivent plusieurs buts. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire tendent, depuis 1985 pour cette dernière, à la sauvegarde de l'entreprise et au maintien de l'emploi[96]. En revanche, la liquidation judiciaire vise à l'apurement du passif par la liquidation de ses actifs, voire par la cession de l'entreprise[97]. Cette procédure doit toutefois également permettre au débiteur de prendre un nouveau départ. La procédure de rétablissement professionnel[98] s'inscrit dans cette dynamique dans la mesure où elle octroie au débiteur un effacement de sa dette[99]. Initialement, les procédures collectives n'avaient pas d'influence sur les droits du créancier titulaire d'une sûreté réelle mais depuis la loi du 25 janvier 1985, l'ouverture d'une telle procédure vient modifier considérablement les droits du créancier au stade de la réalisation de sa sûreté. Quant aux procédures de surendettement des particuliers, elles tendent à sauver le débiteur d'une marginalisation certaine soit par un plan d'apurement des dettes, soit par leur effacement. Comme en matière de liquidation judiciaire applicable aux entreprises, l'objectif poursuivi est de permettre au débiteur un nouveau départ mais celui-ci est essentiellement motivé par des raisons humanitaires.

Cette protection rejaillit immanquablement sur la réalisation des sûretés réelles dont le jeu se trouve perturbé en raison de l'ouverture d'une telle procédure. Les droits du créancier au moment de la réalisation sont limités voire annihilés.

Au-delà des règles relatives aux procédures collectives du livre VI du Code de commerce et aux procédures de surendettement du Code de la consommation, la protection des intérêts économiques du constituant doit être assurée de manière plus large afin de lui éviter toute spoliation au moment de la réalisation. C'est cette crainte qui a motivé la très longue prohibition du pacte commissoire et justifie encore la prohibition de la clause de voie parée.

Parallèlement à la protection au plan économique, il est nécessaire de respecter la dignité de la personne humaine du débiteur et plus largement celle de tout constituant. La dignité humaine est

[95] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, De la faillite au droit des Entreprises en difficulté , regards sur les évolutions du dernier quart de siècle, in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Travaux de l'IFR, Mutation des normes juridiques, PUSST, 2005, p. 389

[96] Articles L. 620-1 et L. 631-1 du Code de commerce. Ce mouvement avait été amorcé par la loi de 1967 et s'est poursuivi et amplifié.

[97] Article L. 640-1 du Code de commerce

[98] Cette procédure est prévue aux articles L. 145-11 et s. du Code de commerce issus de l'ordonnance du 12 mars 2014

[99] Voir notamment **M. SÉNÉCHAL**, Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes, *BJE*, mai 2014, n°11d8

« *l'essence de l'humanité* », « *l'humanité de l'Homme* »[100]. La loi doit au débiteur la garantie de son intégrité physique et morale. Depuis l'abolition de la contrainte par corps[101], le débiteur ne saurait être emprisonné du fait du non-paiement de ses dettes. Aucune violence physique ne peut être exercée contre lui. En outre, sa dignité sociale doit être préservée[102]. Les procédures civiles d'exécution protègent les biens qui lui sont nécessaires pour vivre décemment. Elles lui garantissent des revenus minimums et tendent à protéger le logement de la famille.

Ces mesures influent sur la réalisation des sûretés réelles. Une protection identique est due au débiteur personne physique et au constituant personne physique. Le créancier se trouve contraint de respecter les règles tendant au respect de la dignité humaine du débiteur, tant dans son acception physique et morale que dans son acception sociale.

Il est important de noter que les règles relatives à la préservation des intérêts économiques du constituant et au respect de sa dignité humaine qui s'imposent au créancier sont des règles d'ordre public, car derrière les intérêts du constituant se cache l'intérêt général, au sens « *d'intérêt pour la société* »[103]. En effet, les procédures collectives poursuivent le maintien du tissu économique français, en sauvant les entreprises dont l'activité est viable et en éliminant les entreprises condamnées. Les procédures de surendettement et les règles relatives au respect de la dignité de la personne humaine la protègent. Or, dans une société individuelle, la dignité de la personne humaine apparaît comme un pilier de la société, les règles procurant une telle protection relèvent nécessairement de l'ordre public. Les procédures civiles d'exécution organisent l'exécution forcée des décisions et contrats. Elles œuvrent donc pour la sécurité juridique et la paix sociale. Pour ces deux raisons, ce sont des règles d'ordre public qui doivent s'imposer.

---

[100] **B. EDELMAN**, note sous TGI Paris, 1er févr. 1995, *D.* 39ème cahier, p.572 ; Voir aussi **M.-L. PAVIA**, La découverte de la dignité de la personne humaine, in *La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.4, spéc. p.5 ; Voir aussi **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[101] L. 22 juil. 1867 : D. 1867, 4, p. 75.

[102] **N. MOLFESSIS**, La dignité de la personne humaine en droit civil, in *La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.110, spéc. p.117 ; Voir aussi **X. BIOY**, La dignité justifie-t-elle le refus du concours de la force publique pour expulser un locataire ?, *AJDA* 2010, p. 448 ; **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22 , spéc. n°20

[103] **D. FENOUILLET**, Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique !, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec 2001, p. 487, spéc. n°26 ; rappelant la définition **HÉMARD**, *Précis élémentaire de droit civil*, I, spéc. n°118. Toutefois, la notion est mouvante et la définition presque impossible. Dans ce sens : **P. MALAURIE**, *L'ordre public et le contrat, (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S)*, préf. **P. Esmein**, Editions Matot-Braine, 1953, spéc. nos 1 à 12, nos 27à 102 et s. L'auteur présente différentes définitions de l'ordre public et indique que « *l'ordre public est un dans sa définition ; il est multiple dans ses applications* ». « *L'ordre public du droit public détermine le bon fonctionnement des services publics. L'ordre public du droit international public est le bon fonctionnement des règles de conflit de lois. L'ordre public du droit civil est le bon fonctionnement des institutions civiles* ». Il poursuit une double fonction « *d'une part, il détermine le champ d'application de chaque institution […]. D'autre part, il défend chaque institution contre les actes juridiques particuliers* »

11. **La protection des droits des tiers non constituants**. Quant aux droits des tiers non constituants, leur protection se fonde sur la sécurité juridique[104] ou le respect d'une loi d'ordre public. Les droits des tiers s'imposent parfois aux créanciers parce qu'ils se révèlent servir l'intérêt général. Il en va ainsi en matière de droits de préemption. D'autres droits de tiers non constituants sont d'origine conventionnelle. Dans ces hypothèses, la sécurité juridique commande de les respecter.

La réalisation des sûretés réelles impose de rechercher l'efficacité de la sûreté pour le créancier mais aussi d'assurer la préservation des intérêts du constituant et des tiers non constituant. Se trouve ici l'enjeu de la matière, trouver un équilibre entre les intérêts en présence.

III. La recherche de règles communes

12. **L'adoption d'un droit commun**. L'alliance des intérêts antagonistes du créancier, du constituant et des tiers non constituants apparaît comme la quadrature du cercle, comme un problème insoluble. Il est en effet impossible d'une part, d'offrir au créancier un droit totalement efficace en toutes circonstances et réalisable par tout moyen et d'autre part, de protéger les intérêts du constituant, des tiers non constituants et au-delà de la société dans son ensemble.
Si l'adage populaire qui veut « *qu'à l'impossible nul n'est tenu* » était ici appliqué, la situation demeurerait bloquée à ce stade. Néanmoins, le droit connaît et promeut l'art du compromis et de la conciliation. Il s'agit bien ici de concilier les intérêts antagonistes en présence afin de trouver l'équilibre entre l'efficacité et la protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants.
Cette préoccupation est au centre du droit des sûretés[105] et du droit de l'insolvabilité, en particulier du droit des procédures collectives qui constitue « *une terre de conflits* »[106].
La recherche d'un droit commun implique d'aborder la matière dans son ensemble. A notre sens, une approche globale favorise la recherche de l'équilibre entre ces intérêts contraires. L'existence d'un droit commun pourrait donc œuvrer en faveur de cette conciliation. En outre, un socle commun de règles permettrait d'améliorer l'efficacité et la protection.

[104] Sur la notion de sécurité juridique, voir notamment : **T. PIAZZON**, *La sécurité juridique*, préf. **L. Leveneur**, Th. Défrénois, t. 35, 2009, spéc. n^{os} 2 et s.
[105] **P. ANCEL**, Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés, *JCP E* 1989, Cah. Dr. entr. n°5-89, p.3 : « *Une bonne sûreté n'est pas seulement une sûreté bonne pour le créancier, qui lui assure une protection efficace. Elle doit aussi être une sûreté équilibrée, ne gênant pas de manière excessive les intérêts du débiteur ni ceux des tiers* »
[106] Voir Dossier publié : Les procédures collectives, « Terre de conflits », *Gaz.-Pal.* 26 juin 2008, n°178, pp. 3 et s.

L'un des objectifs législatifs de l'ordonnance du 23 mars 2006 était de créer, au sein du Code civil, « *un corps de principes directeurs du droit des sûretés* »[107]. La nécessité du rapprochement des régimes des sûretés réelles traditionnelles et des propriétés-sûretés avait déjà été suggérée par Mouly comme un moyen « *d'assainir le régime des sûretés* »[108]. Le régime des différentes sûretés issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 incite à orienter la réflexion sur l'existence d'un droit commun des sûretés réelles. Certains auteurs ont noté de nombreux rapprochements entre les sûretés réelles mobilières et immobilières, fondées sur un droit de préférence ou sur un droit de propriété[109].

13. Les éléments incitant à la recherche d'un droit commun de la réalisation des sûretés réelles. L'élection du Code civil comme siège du droit des sûretés et la structure choisie par les rédacteurs - la création d'un livre du Code civil spécialement dédié aux sûretés - invitent à rechercher un droit commun[110]. Le contenu du Titre II du Livre IV pousse à suivre la même voie. Le premier sous-titre est destiné aux « D*ispositions générales* ». Le code contient les définitions et les régimes des sûretés génériques ou modèles dites de droit commun, le gage, le nantissement, l'hypothèque, les privilèges, le gage immobilier ou encore du cautionnement. Les sûretés spéciales sont contenues dans le Code civil ou dans d'autres codes ou lois. Il s'agit par exemple du gage de matériel et d'outillage, du nantissement de créance, ou encore du cautionnement consenti par une personne physique pour la garantie de dettes professionnelles.

Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, nous assistons à une progression discrète mais sûre du droit commun des sûretés réelles. L'étude des nouveaux textes montre qu'en phase avec la volonté de la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi, de très nombreux rapprochements entre les sûretés mobilières et immobilières ont été opérés. Sans en effectuer un inventaire à la Prévert, il s'agit d'abord de l'assiette des sûretés réelles. Tant les propriétés-sûretés que les sûretés réelles préférentielles peuvent porter sur un bien –meuble ou immeuble– présent ou futur se trouvant dans le commerce. Certaines règles de constitution sont également communes à l'ensemble des sûretés réelles telles que les conditions de capacité et de pouvoir ou les mentions obligatoires. Elles répondent aussi aux mêmes règles de droit international privé, la règle de conflit résidant dans le

[107] Rapport Grimaldi p.13: http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf ou www. justice.gouv.fr/publications-10047/rapport-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html

[108] **C. MOULY**, Procédyres collectives : assainir le régime des sûretés, in Aspect actuels du droit commercial français, Etudes dédiées à R. Roblot, LGDJ, 1984, p. 529, spéc. p. 530

[109] Voir notamment : **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255 ; **M. BOURASSIN, V. BRÉMOND**, *Droit des sûretés*, Dalloz Sirey, 2007, spéc. n° 2161

[110] Dans ce sens voir : **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, n°439 et n°376

lieu de situation du bien. En outre, la sûreté est, en principe, indivisible et accessoire et, à ce titre, la sûreté est transmise comme accessoire de la créance et le créancier se trouve en principe subrogé dans l'indemnité d'assurance [111]. A côté de ces règles communes à l'ensemble des sûretés réelles, peuvent être dégagées des règles communes à un type de sûretés comme les propriétés-sûretés ou les sûretés préférentielles. Par exemple, ces dernières admettent, en principe, la validité du pacte commissoire et de l'attribution judiciaire.

Il est donc possible d'identifier des règles et principes communs des sûretés réelles. Malheureusement, ce droit commun est imparfait et latent.

Les règles et principes communs qui peuvent être dégagés sont insuffisants à constituer un régime juridique complet[112]. Il paraît difficile d'affirmer qu'il existe un droit commun, le droit commun est davantage en germe. Pour le faire éclore, il semble nécessaire d'imaginer des règles et principes de droit commun.

Ce droit commun naissant ne transparait pas des textes, il est sous-jacent. Cette discrétion vient peut-être de la structure même du Livre IV et du Titre II du Code civil. Le sous-titre 1er bien que consacré aux « Dispositions générales » est très lacunaire. Le reste du titre II est construit selon les catégories des sûretés réelles. Une autre construction opposant les dispositions générales aux dispositions spéciales au stade de la constitution et des effets aurait pu permettre de mettre en évidence et de développer les règles de droit commun.

Dix ans avant la réforme, Messieurs J. Mestre, E. Putman et M. Billiau[113] avaient déjà proposé un droit commun des sûretés réelles. La réforme bouleversant le paysage des sûretés réelles et des modes de réalisation, amplifiant l'importance des règles de droit commun, il a semblé opportun de commencer une nouvelle recherche en la matière[114]. Un auteur a même tracé les contours d'un droit commun, ou plutôt de principes communs, sans toutefois dégager « *un régime primaire* »[115].

---

[111] Pour une présentation générale voir **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255 ; Voir pour des travaux plus anciens : **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996

[112] **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255

[113] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996

[114] **D. LEGEAIS**, Le droit des sûretés à la recherche de repères ?, *RDBF* mars-avril 2012, p.2 ; « *Il est urgent de redonner au droit des sûretés quelques principes directeurs* » ; **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, n°439 et n°376 : « Ce livre spécifique [le livre IV du code civil] suggère l'édification d'un droit commun des sûretés ou, à tout le moins, des sûretés réelles ou des sûretés personnelles »

[115] **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255

14. **L'importance de l'existence d'un droit commun**. L'expression « *droit commun* » recouvre plusieurs acceptions. Elle désigne d'abord un droit générique[116] s'opposant au droit spécial, un droit qui « *s'applique à toutes les espèces d'un même genre* »[117]. Le droit commun désigne ensuite un droit qui s'applique, en principe, sauf exception. La qualification de droit commun ne présume donc pas de son universalité mais désigne seulement son degré de généralité. Il existe par exemple, un droit commun des contrats dont le caractère est très général et un droit commun de la vente dont la généralité ne concerne que ce type de contrat. Il comporte donc une double dimension. Il constitue « *un cadre normatif au sein duquel il est possible d'évoluer, et auquel il est parfois possible de déroger* » mais il est aussi « *un refuge, vers lequel on va se tourner en l'absence de règle spéciale* »[118]. Il comporte alors une dimension subsidiaire et contribue à la sécurité juridique car il s'applique, à défaut de disposition légale ou contractuelle contraire. Le droit des sûretés réelles s'est, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 et la loi du 19 février 2007 ainsi que l'ordonnance du 30 janvier 2009, ouvert à la liberté contractuelle. La loi prévoit par exemple que les parties peuvent convenir des modalités de l'attribution en propriété en cas de sûreté réelle préférentielle ou de fiducie-sûreté. *Quid* cependant lorsque les stipulations contractuelles sont incomplètes, qu'elles ne détaillent pas les différentes étapes de la réalisation ? Pour des raisons de sécurité juridique, élément important pour l'attractivité du droit du crédit français, il paraît nécessaire d'identifier ou d'établir des règles subsidiaires, s'appliquant à défaut de disposition légale ou de stipulation contractuelle contraire. Le besoin d'un droit commun se ressent.
De plus, lorsque les droits sont épars, et c'est le cas des sûretés réelles, lorsque la diversité domine, l'existence d'un droit commun permet aussi de « *donner de la cohérence et une certaine unité (sans toutefois aller jusqu'à l'unification) à la diversité* »[119].

L'équilibre entre l'efficacité pour le créancier et la protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants peut provenir de la création de règles communes et d'une simplification des règles régissant les sûretés réelles car le tiraillement entre ces objectifs est entretenu par la disparité des

[116] Un débat anime la doctrine. Pour certains auteurs comme Cornu, le droit commun se confond avec la théorie générale (**G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, voir sous le mot « *commun* »). Or, pour d'autres auteurs, notamment Monsieur E. Savaux, le droit commun et la théorie générale doivent être distingués. Ainsi, Monsieur E. Savaux développe que si la théorie générale emprunte au droit commun « *sa nature – l'ensemble des normes -, ses fonctions – elle fournit un réservoir de techniques et de solutions au problème juridique du contrat* », elle s'en distingue par ses sources. Le droit commun ne s'appuyant que sur des sources formelles alors qu'une théorie générale réside dans une « *présentation synthétique et méthodique* » œuvre de la doctrine. (E**. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, Mythe ou réalité ?*, préf**. J.-L. Aubert**, LGDJ, Biblio de droit privé, t. 264, 1997, spéc. n^{os} 73, 74, 96 et 99)
[117] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, voir sous le mot « *commun* » ; **P. DEUMIER**, *Introduction générale au droit*, LGDJ Manuel, 2011, spéc. n°293
[118] **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255, spécialement note 18
[119] **J.-L. THIREAU**, Droit commun, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. **D. Alland, S. Rials**, Puf quadriges, 2010, pp. 445 et s.

régimes applicables. S'il est aisé de dégager certains principes généraux de la réalisation des sûretés réelles, l'existence d'un véritable de droit commun au sens de corps de règles, nécessite d'harmoniser certaines dispositions législatives et d'en imaginer de nouvelles.

L'existence de règles communes favoriserait la poursuite de chacun des objectifs antagonistes d'efficacité au profit du créancier (Partie 1) et de protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants (Partie 2) tout en œuvrant à leur conciliation.

Partie 1. L'efficacité de la réalisation pour le créancier
Partie 2. La protection du constituant et des tiers et la réalisation des sûretés réelles

Partie 1. L'efficacité de la réalisation pour le créancier

15. L'efficacité est la réalisation de « *l'effet attendu* »[120]. Or la satisfaction en matière de crédit et de sûreté correspond à la satisfaction du créancier, c'est-à-dire au paiement de ce qui lui est dû.
L'efficacité des sûretés réelles permet de gagner la confiance des prêteurs et d'obtenir du crédit dont elle réduit le coût[121]. En outre, elle œuvre pour l'attractivité juridique et économique de la France en attirant des investisseurs.

16. L'efficacité de la sûreté réelle se manifeste à deux moments : en amont, avant l'échéance et en aval, lors de la réalisation.
Avant l'échéance, lorsque la sûreté réelle est « pendante », le législateur met en place des mécanismes de conservation des droits du créancier. Par exemple, l'article 2344 du Code civil prévoit la possibilité pour le créancier de demander un « *complément* » de sûreté en cas de perte de la valeur du gage.
L'efficacité de la sûreté se mesure ensuite et surtout lors de la réalisation, après la défaillance du débiteur. L'efficacité devient alors synonyme de satisfaction du créancier.

17. **L'efficacité, un objectif de la réforme des sûretés**. Avant l'ordonnance du 23 mars 2006, le droit des sûretés réelles français était décrit par la doctrine et la pratique comme un droit complexe, éclaté, onéreux, peu efficace et peu attractif[122].
L'efficacité des sûretés réelles était un objectif de l'ordonnance du 23 mars 2006. Il est aussi l'un des desseins des modèles de loi créés par les institutions internationales et régionales comme la CNUDCI, la BERD et l'OHADA mais aussi de conventions internationales comme la convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

---

[120] http://www.cnrtl.fr/definition/efficace sens A; Sur la notion d'efficacité voir introduction générale. Voir notamment : **M. BOURASSIN**, *L'efficacité des garanties personnelles,* préf. **M.-N. Jobard-Bachellier, V. Brémond**, Biblio de droit privé, LGDJ, t. 456, 2006 ; **M.-A. FRISON-ROCHE**, L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit, *LPA* 19 mai 2005, n°99, p. 15 ; **F. TERRÉ**, Rapport de synthèse, *in L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'association H. Capitant, Journées Françaises, t. XXXVI, Econmica, 1985, spéc. pp. 8 et 9

[121] **G. AFFAKI**, De la relation perfectible entre le créancier et les sûretés, *in Repenser le droit des sûretés mobilière*s, sous dir. **M.-E. ANCEL**, Bibl. A. Tunc, LGDJ 2005

[122] **M. GRIMALDI**, Rapport français présenté aux Journées portugaises de l'Association Henri Capitant du 20-23 mai 1996, Les garanties du financement, pp. 155, 167 ; voir aussi le colloque organisé par l'institut André Tunc : *Repenser le droit des sûretés mobilières,* ss la dir. de M.-E. Ancel, Bibliothèque de l'institut André Tunc, LGDJ 2005.

18. **La rénovation de l'efficacité des sûretés réelles**. Pour rénover l'efficacité des sûretés réelles, le législateur a utilisé deux voies. Il a diversifié les modes réalisation et a recherché des situations d'exclusivité.

La première voie choisie par le législateur a été de diversifier les modes de réalisation. A côté des procédures civiles d'exécution, il a consacré et généralisé les attributions conventionnelles et judiciaires en propriété. Cette diversification a renforcé le domaine de la liberté de réaliser du créancier. La loi lui offre désormais une palette, plus ou moins large, de modes de réalisation produisant des effets variables. Par exemple, le créancier hypothécaire peut réaliser sa sûreté par une attribution conventionnelle ou judiciaire en propriété ou encore par le biais d'une saisie immobilière. La liberté du créancier s'est élargie. Alors qu'il disposait de la liberté de réaliser ou non sa sûreté, il dispose également aujourd'hui de la faculté de choisir le mode de réalisation. Cette option est source d'efficacité car elle permet au créancier d'adapter les effets de sa sûreté aux circonstances de la réalisation et à ses besoins.

La seconde voie choisie par le législateur pour rénover le droit des sûretés réelles a été de multiplier les situations d'exclusivité. Ainsi, ont été consacrées les propriétés-sûretés, la réserve de propriété et la fiducie-sûreté qui offrent elles aussi un choix au créancier quant aux modes de réalisation. Le gage sans dépossession s'est vu doter d'un droit de rétention fictif. Les attributions en propriété permettent au créancier de transformer son droit de préférence en droit de propriété.

19. **Pour une nouvelle rénovation ?** Cette rénovation de la réalisation des sûretés réelles a, par bien des aspects, amélioré le sort du créancier. Le système a gagné en cohérence et en simplicité. Malgré la diversité des modes de réalisation, ces derniers répondent, en partie, à des règles communes quant à leur mise en œuvre. Toutefois, le régime proposé est incomplet et il est nécessaire d'imaginer d'autres règles communes.

Des améliorations sont encore souhaitables notamment au stade de la satisfaction. L'absence de réforme des privilèges, l'absence de coordination des réformes des sûretés avec celles des procédures collectives nuisent à l'efficacité, à la cohérence des sûretés réelles préférentielles. La consécration des propriétés-sûretés a engendré de nouvelles situations de conflits. Il serait opportun d'adopter davantage de règles communes, afin de régler, *a minima* les conflits pouvant opposer les créanciers titulaires de droits exclusifs et les créanciers titulaires de sûretés fondées sur un droit préférentiel.

Au regard des textes, l'efficacité des sûretés réelles au stade de la réalisation, a lieu à deux niveaux. Le premier niveau est relatif à la liberté de réaliser. La diversification des modes de réalisation, qui ne fait pas obstacle à l'identification de règles de droit commun, a modifié le droit de réaliser du

créancier titulaire d'une sûreté réelle. En sus de son option pour la réalisation, il dispose désormais d'une option pour le mode de réalisation. (Titre 1).

Le second niveau d'efficacité est relatif aux effets de l'option, à la satisfaction que peut obtenir le créancier du fait de la réalisation. Il semble que le législateur ait souhaité renforcer l'efficacité des sûretés réelles en multipliant les situations d'exclusivité. Cependant, la diversité des sûretés réelles combinée avec la diversité des modes de réalisation rend plus difficile l'identification de règles communes. De plus, le caractère parcellaire de la réforme nuit à la cohérence de la matière et tend à sa complexité. Malgré cette diversité, des principes et règles communs peuvent néanmoins être développés au stade de la satisfaction (Titre 2).

Titre 1. L'option du créancier pour la réalisation

Titre 2. La satisfaction du créancier par la réalisation

Titre 1. L'option du créancier pour la réalisation

20. **Le rôle actif du créancier dans la réalisation source d'efficacité**. Avant l'ordonnance de 2006, le créancier disposait du droit de réaliser ou non sa sûreté. Son choix était restreint et se cantonnait schématiquement à exercer ou non les voies d'exécution appropriées. L'ordonnance du 23 mars 2006 est venue diversifier les modes de réalisation des sûretés réelles préférentielles en consacrant les attributions en propriété. L'introduction de la fiducie-sûreté a accentué le phénomène, la réalisation pouvant, dans certains cas, avoir lieu par une attribution en propriété ou par la vente du bien grevé.

Ainsi, le créancier peut choisir le mode de réalisation, comme il choisit sa sûreté lors de la constitution. La loi lui offre désormais une palette de modes de réalisation ayant des effets propres qui lui permettent « d'ajuster » les effets de la sûreté à ses besoins. Cette faculté d'adaptation constitue un facteur d'efficacité du droit de sûreté, sous réserve qu'elle puisse être librement exercée et à tout moment.

L'option conférée au créancier apparaît donc comme un agent d'efficacité de la réalisation des sûretés réelles.

L'exercice nécessairement encadré de l'option. Malgré la diversité des modes de réalisation, ces derniers se trouvent soumis à des règles communes générales qui constituent le cadre de l'exercice de l'option. Ces règles s'imposent naturellement au créancier car elles sont liées à la nature accessoire et au caractère réel de la sûreté. Il s'agit donc davantage d'un cadre d'exercice de l'option, que de limites à la liberté de réaliser. Il en résulte que le créancier doit manifester sa volonté de réaliser, lors de la défaillance de son débiteur et que la réalisation doit porter sur le bien assiette de la sûreté. Ce dernier point a fait l'objet de nombreux aménagements permettant de maintenir l'efficacité de la sûreté en cas de perte ou de diminution de l'assiette.

Le développement des modes de réalisation a, semble-t-il, permis d'accroître l'efficacité des sûretés réelles en conférant au créancier une liberté d'option lors de la réalisation (Chapitre 1). Toutefois, l'exercice de cette option est nécessairement encadré (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le principe de liberté de l'option

Chapitre 2. Une liberté encadrée

Chapitre 1. Le principe de liberté d'option

21. **La liberté de réaliser, présentation**. Lors de la défaillance de son débiteur, corrélativement au droit de demander l'exécution forcée de sa créance, le créancier muni d'une sûreté réelle peut procéder à la réalisation de sa sûreté[123]. En principe, il ne peut pas y être contraint.

Comme dans d'autres législations européennes[124], le créancier est donc libre de réaliser ou non sa sûreté[125]. En cas de sûreté réelle multiple – sûreté dont l'assiette est composée de plusieurs biens – ou de multiplicité de sûretés – plusieurs sûretés réelles ou personnelles garantissent la même obligation[126]-, le créancier garanti choisit respectivement le bien ou la sûreté à réaliser[127].

Concomitamment, le créancier, comme il est libre de choisir une sûreté ou la mesure d'exécution forcée[128], peut, lorsque la loi le permet, choisir le mode de réalisation de sa sûreté[129]. Les textes relatifs aux sûretés réelles font état d'une véritable option, notamment par l'emploi récurrent du verbe « *pouvoir* » associé à la conjonction de coordination « *ou* » ou aux termes de « *faculté* » ou « *d'option* »[130].

---

[123] Le droit à l'exécution forcée de la créance et le droit à la réalisation de la sûreté se cumulent. L'article 1er de la loi du 9 juil. 1991, a une portée générale. Il s'applique à « tout créancier » ce qui inclut les créanciers munis de sûretés réelles. Dans ce sens voir : **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, n°91 ; **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf Thémis, 2009, p. 33.

Notons que le droit de réaliser la sûreté se fonde principalement sur le droit de demander l'exécution forcée de la créance. Voir : **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 1996, spéc. n°433 et s ; **P. DUPICHOT**, note sous Cass. Com. 14 juin 1994, *Bull. Civ. IV*, n°209 ; *Rep. Not. Defrénois*, 1995, art. 35978, p. 96

[124] Pour la Belgique, projet de réforme du droit des sûretés, http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp , spéc. p. 34 ; Pour le droit allemand, voir **F.-X. LICARI,** *in Droit des sûretés*, Lamy, 2014, spéc. n°523-55

[125] **P. CROCQ,** *Propriété et garantie*, Th. Préf. **M. Gobert**, Bibliothèque de Droit privé, tome 248, LGDJ, 1995, spéc. n°274 qualifiant ce droit de « *droit d'agir* ».

[126] Pour exemple de cumul entre une sûreté légale et une hypothèque judiciaire, voir : Cass. Civ 3ème, 20 févr. 1979, *Bull. Civ* III, n° 38, *D.* 1979, p. 403, note **FRANCK** *; JCP* 1979, II, 19229 ; Dans le même sens, pour un cumul entre deux gages et l'absence d'ordre hiérarchique dans la mise en œuvre, voir Cass. Civ. 18 juil. 1893, DP. 1894, 1, 113 ; Cass. Civ. 9 mai 1905 ; *DP*. 1909, 1, 225, note **P. DE LOYNES** ; Cass. Civ. 3ème, 15 févr. 1972, *D*. 1972, 463, note **FRANCK, (**décisions citées par **S. PIEDELIÈVRE,** note sous Cass. Com. 2 juin 2004 ; *Gaz. Pal*. 7 oct. 2004, n°281, p. 9) ; pour un cumul entre sûreté personnelle et sûreté réelle, voir par exemple : Cass. Com. 2 juin 2004, n°01-15.140 ; *Bull. Civ. IV*. n°106 ; *RDBF*, juil.-août 2004, obs. **D. L ;** *D*. 2004, p. 2708, obs. **L. AYNÈS** ; *RLDA* 2004, n°75 ; *Gaz. Pal*. 7 oct. 2004, n°281, p. 9, note **S. PIEDELIÈVRE**

[127] Cass. Com. 2 juin 2004, n°01-15.140 ; *Bull. Civ. IV*. n°106 ; *RDBF*, juil.-août 2004, obs. **D. L ;** *D*. 2004, p. 2708, obs. **L. AYNÈS** ; *RLDA* 2004, n°75 ; *Gaz. Pal*. 7 oct. 2004, n°281, p. 9, note **S. PIEDELIÈVRE.** « *Sauf fraude ou abus, le créancier qui bénéficie d'une pluralité de sûretés ne commet pas de faute en choisissant un moyen d'obtenir le paiement de sa créance* » ; Cass. Com. 14 mai 2014, n°13-11-.296, inédit ; Voir aussi pour l'évolution jurisprudentielle : **J. MESTRE**, Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance, *in Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Litec, 1985, p. 439, spéc. n°49.

[128] Sur le choix de la procédure, voir notamment : **P. JULIEN, G. TAORMINA**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010, spéc. n° 51 ; **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf Thémis, 2009, spéc. n°17

[129] Pour une présentation générale des modes de réalisation offerts à chaque sûreté réelle, voir annexe.

[130] En matière de **gage**, l'article 2346 du Code civil précise qu' « *A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier **peut** faire ordonner en justice la vente du bien gagé.* ». L'article 2347 du Code civil poursuit par « *Le créancier **peut aussi** faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement.* ». L'article 2348 prévoit la faculté de stipuler un pacte commissoire. En matière d'**hypothèque**, l'article 2458 du Code civil « *A moins qu'il ne poursuive la vente du bien*

Cette option pour le mode de réalisation contribue à la sécurisation du crédit et à l'efficacité de la sûreté parce qu'elle permet au créancier de choisir le mode de réalisation adéquat au regard des circonstances de mise en œuvre et d'optimiser l'efficacité de sa sûreté. Les modes de réalisation sont divers, ils produisent des effets différents et empruntent des procédures différentes. En termes de stratégie dans le recouvrement de sa créance, le créancier tendra plutôt vers un mode de réalisation plutôt qu'un autre. Il doit faire une balance entre les avantages et les inconvénients des modes de réalisation qui lui sont proposés, au moment du choix du mode de réalisation. Les critères de choix sont objectifs, le rapport entre le coût de la réalisation et le montant à recouvrer, la durée de la mesure, la présence d'autres créanciers titulaires de sûretés réelles, le caractère amiable ou forcée du mode de réalisation. Par exemple, un créancier disposant de peu de liquidités ne réalisera peut-être pas son hypothèque par la voie d'une attribution en propriété si sa créance est très inférieure à la valeur du bien, car il devra verser une soulte importante. Les critères de choix peuvent aussi être subjectifs. Un créancier qui a la certitude que le débiteur refusera de lui remettre le bien grevé, ne réalisera pas sa sûreté par le biais d'une attribution conventionnelle en propriété. Il préfèrera emprunter la voie judicaire Pour des raisons de coût et de rapidité, les voies d'exécution peuvent être une meilleure solution.

Jusqu'à l'ordonnance du 23 mars 2006, l'option pour un mode de réalisation était rare. Seuls les gages et nantissements offraient au créancier un choix entre la vente forcée et l'attribution en propriété et ce, dans des hypothèses limitées[131]. Schématiquement, à chaque sûreté réelle

---

*hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé **peut** demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. Cette **faculté** ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur*. ». En matière de prêt viager hypothécaire l'article L.314-13 énonce que « *le créancier hypothécaire **peut, à son choix** : poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du droit commun, […]- ou se voir attribuer la propriété de l'immeuble par décision judiciaire ou en vertu d'un pacte commissoire […]* »

[131] Pour le gage de droit commun voir l'article. 2078 anc. Cciv « *le créancier ne peut, à défaut de payement, disposer du gage ; sauf à lui faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en payement et jusqu'à dur concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères*

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ». La jurisprudence a, par la suite**, étendue le champ d'application de cet article**. Voir pour une application de l'attribution judiciaire du gage au gage commercial, voir : Cass. Ass. Plén., 26 oct. 1984, n°83-10.055, *Bull. Civ.*, n°6, *D.* 1985, jur., p. 33, concl. **J. CABANNES** et note **F. DERRIDA** ; *JCP G* 1985, II, 20342, rapp. **VIENNOIS**, note **P. CORLAY** ; Voir aussi Cass. Com., 9 janv. 1961, n°58-10.334, *Bull. civ.* III, n°15; *RTDCom*. 1961, p. 911, obs. **J. HÉMARD** ; *RTDCom*. 1961, p. 473, obs. **R. HOUIN** ; Pour le gage sur outillage et matériel d'équipement : Cass. Com., 6 mars 1990, n°88-16.036, *Bull. Civ.* IV, n°67 ; *D*. 1990, jur., p. 311, note **F. DERRIDA** ; Pour le nantissement de marché privé : Cass. Com., 28 avr. 1987, n°85-17.365, *Bull. Civ*. IV, n°96, D. 1988, somm., p. 73, obs. **F. DERRIDA** ; Pour le nantissement d'une créance : Cass. Com., 6 janv. 1998, n°95-17.399, *Bull. Civ*. IV, n°9, *D.* 1998, somm., p. 375, obs. **S. PIEDELIÈVRE** ; Pour le nantissement de valeurs mobilières, voir : CA Aix-en-Provence, 2 avr. 1992, *Dr. sociétés* 1992, n°262, obs. **Y. CHAPUT.**

En outre, elle a reconnu la **validité du pacte commissoire** uniquement **en matière mobilière**. Malgré l'absence de prohibition textuelle, la Cour de cassation n'a jamais admis la validité du pacte commissoire en matière immobilière (Cass. Civ. 1er, 25 mars 1957, *Bull. Civ*., I, n° 149 ; *Gaz. Pal*. 1957, 2, 24 ; Cass. Civ. 1er, 26 déc. 1961, *D.*, 1962, 581, note **P. VOIRIN** ;. Pour une opinion contraire voir :**G. WIEDERKEHR**, Pacte commissoire et sûretés conventionnelles, *in*

correspondait un mode de réalisation et les voies d'exécution s'imposaient comme les modes de réalisation de droit commun. En 2006, dans le prolongement du choix en faveur de la diversité des sûretés réelles[132], le législateur français a multiplié les modes de réalisation

Lors des travaux préparatoires de la réforme, le groupe de travail dirigé par Monsieur M. Grimaldi avait émis le vœu d'un rapprochement entre les modes de réalisation des sûretés réelles mobilières et immobilières[133]. Ce vœu a été entendu. Le législateur est même allé plus loin en rapprochant les modes de réalisation des sûretés préférentielles et ceux des propriétés-sûretés. A côté des procédures civiles d'exécution, le législateur a consacré les attributions conventionnelles et judiciaires en propriété comme modes de réalisation des sûretés réelles conventionnelles fondées sur un droit de préférence. Il a consacré en matière de fiducie-sûreté l'attribution en propriété et la vente amiable. Quant à la réserve de propriété, cette dernière peut se réaliser par la restitution volontaire du bien au vendeur par l'acheteur ou par une action judiciaire en revendication ou en restitution. Ce faisant, le législateur a consacré et généralisé des modes de réalisation amiables alternatifs aux modes de réalisation existants.

L'efficacité des sûretés est renforcée car le rôle donné au créancier lui permet d'adapter les effets de la sûreté à ses besoins et aux circonstances de la réalisation. Le choix du créancier repose sur plusieurs critères alternatifs, l'attribution en propriété du bien et la vente (section 1), le caractère amiable ou judiciaire du mode de réalisation (section 2)[134].

---

*Etudes offertes à **A. JAUFFRET***, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661 et s ; **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, Les sûretés, la publicité foncière, Sirey, 2ème éd. 1987, spéc. n°293 ; **L. AYNÈS, P. MALAURIE,** Les sûretés, droit du crédit, éd. Cujas, 2ème éd., sept 1988, spéc. n°683 ; repris ensuite par **L. AYNÈS** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, sept. 2004, spéc. n°683 ; **M. PLANIOL, G. RIPERT**, par **E. BECQUÉ,** *Traité pratique de droit civil français*, T XII, 1ère partie, LGDJ, 1952 n°445 ; Contra voir **MAZEAUD, MAZEAUD, F. CHABAS**, par **V. RANOUIL** et **F. CHABAS**, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 6°éd., 1988, spéc. n°439 ; **P. SMILER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, D. Précis, août 1989, spéc. n°314).
Le pacte commissoire devait être **conclu postérieurement au gage** (Cass. Civ. 1er, 17 nov. 1959, *Bull. Civ*., I, n° 480 ; *D*. 1960, Somm., 37 ; *Gaz. Pal*. 1960. I. 62 ; *RTDCiv*. 1960, p. 138, obs. **H. SOLUS** ; « *il n'y a pacte commissoire prohibé par l'article 2078 que si c'est au moment où le nantissement est constitué pour la garantie d'un prêt qu'une clause du contrat autorise le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités légales* ». Le pacte commissoire stipulé lors d'un renouvellement de prêt a été déclaré licite par la Cour de cassation.)
La valeur du bien ne devait pas faire débat. Elle a ainsi admis la validité du pacte commissoire en matière de gage commercial voir : Cass. Civ. 1er, 17 nov. 1959, *Bull. Civ*, I, n°480 ; de gage-espèce voir : Cass. Cass. Com., 9 avril 1996, « *n'est pas prohibé par l'article 2078 du Code civil la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à l'échéance*. » ; *D*. 1996, J., p.399, note **C. LARROUMET** ; *D*. 1996, Somm. 385, obs. **S. PIEDELIÈVRE;** *JCP G* 1997, I, 3991, n°18, obs. **P. SIMLER, P. DELEBECQUE** ; *RTD Civ*. 1996, p. 669, obs. **P. CROCQ** « *par sa nature, le gage constitué en espèces ne soulève aucune difficulté quant à la fixation du prix et rend donc inutiles les deux modes classiques de réalisation du gage… ; les dangers du pacte commissoire étant en l'espèce inexistants….* »

[132] Contrairement au droit nord-américain ou australien, le législateur français n'a pas partiellement consacré de sûreté réelle unique. Il a fait le choix de conserver les différentes sûretés réelles existantes. Le créancier opte pour la sûreté qui lui paraît la plus adaptée à ses besoins.

[133] Rapport Grimaldi : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf ou www. justice.gouv.fr/publications-10047/rapport-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html

[134] Pour une présentation des modes de réalisation sûreté par sûreté voir : annexe

Section 1. Le premier critère de l'option : l'attribution en propriété ou la vente
Section 2. Le second critère de l'option : la réalisation amiable ou la réalisation forcée

Section 1. Le premier critère de l'option : l'attribution en propriété ou la vente

22. Dans un souci d'efficacité des sûretés réelles et pour atteindre l'objectif de rapprochement des modes de réalisation en matière mobilière et immobilière, le législateur de 2006 a, à côté de la vente forcée, généralisé les attributions judiciaires et conventionnelles. Puis, par le décret du 31 janvier 2009 énonçant le régime de la fiducie-sûreté, il a étendu le champ d'application de l'attribution en propriété à la fiducie-sûreté.
Parallèlement, il a maintenu la réalisation par la vente dans les sûretés préférentielles et a permis au créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté de réaliser son droit par la vente du bien et a ainsi ouvert le domaine de la vente aux propriétés-sûretés.

L'efficacité des sûretés réelles se trouve renforcée par l'option large offerte au créancier, lui permettant d'optimiser sa sûreté[135]. De plus, le choix a été généralisé quant aux sûretés concernées. Les sûretés mobilières et immobilières ont ainsi été rapprochées, offrant désormais les mêmes options à leurs titulaires.

Ce gain d'efficacité et de cohérence a eu lieu grâce à la généralisation comme modes de réalisation, des attributions en propriété (§1) et de la vente (§2).

§1. La généralisation des attributions en propriété

23. **L'attribution en propriété, définition**. Une attribution en propriété peut se définir comme « *le transfert de propriété du bien, objet de la sûreté, au créancier garanti, en cas de défaillance du débiteur à l'échéance*. » Il peut être dénombré dans la loi deux types d'attribution en propriété, l'attribution judiciaire et l'attribution conventionnelle. L'attribution judiciaire consiste pour le créancier muni d'une sûreté réelle à demander au juge que la propriété du bien objet de la sûreté lui soit transférée. L'attribution conventionnelle ou pacte commissoire[136] peut se définir comme « *la*

[135] Voir n°9
[136] Les auteurs emploient les deux expressions comme des synonymes et nous ferons de même.

convention par laquelle le créancier s'aménage le droit de s'approprier, sans recours au juge, la chose objet du gage en cas de défaut de paiement par le constituant à l'échéance »[137]. La convention peut intervenir concomitamment à la prise de sûreté ou postérieurement.

24. **La nature singulière de l'attribution en propriété.** L'attribution en propriété se caractérise par le transfert de propriété de l'assiette de la sûreté au créancier garanti. Ce transfert de propriété a ouvert le débat sur la nature des attributions en propriété. Pour la doctrine, l'attribution conventionnelle est généralement[138] analysée comme une dation en paiement, forcée[139] ou non[140]. La convention d'attribution est analysée comme une promesse de dation en paiement[141]. Quant à l'attribution judiciaire, elle est également souvent analysée en une dation en paiement forcée[142].

Il nous paraît difficile d'analyser les attributions en propriété au regard des catégories juridiques du régime général des obligations[143]. La dation en paiement ne constitue pas la nature du mécanisme mais l'un de ses effets éventuels car elle n'opère que quand le bien attribué est différent de l'objet originel de l'obligation garantie[144].

Les attributions en propriété ont, à notre sens, une nature singulière. Ce sont des moyens de satisfaction propres au créancier muni d'une sûreté réelle, des modes de réalisation alternatifs à la vente forcée du bien qui peuvent être judiciaires, conventionnels ou légaux[145].

Le régime juridique applicable aux attributions en propriété est variable. L'attribution judiciaire a un régime propre qui a été fixé par la jurisprudence. Concernant l'attribution conventionnelle, en l'absence de textes et de jurisprudence, les auteurs se réfèrent principalement aux règles de la vente

---

[137] **G. WIEDERKEHR**, Pacte commissoire et sûretés conventionnelles, *in Etudes offertes à **A. JAUFFRET***, faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661 et s.

[138] Contra : **C. CARBONNEL**, Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E*, 2007, 1335

[139] **A. AYNÈS**, Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances, *in* Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, *Procédures* 2008, n°8 **; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd., 2010, n°1092. Ces auteurs indiquent au sujet de l'attribution judiciaire qu'il s'agit « *d'une dation imposée au débiteur* »

[140] **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, Perspectives, *RLDA*, mars 2007, p.96;

[141] **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières), perspectives, *RLDA*, mars 2007, n°14, p. 85; **M. MIGNOT**, Le nantissement de quotas de d'émission de gaz à effet de serre, *RDBF* juil.-août 2009, p.6, spéc. n°37

[142] **P-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°583-82

[143] Dans le même sens, pour le pacte commissoire voir **D. GANTSCHNIG**, *Le pacte commissoire*, Mémoire de Master II, ss. la dir. de **L. Rozès**, Toulouse, 2008, n°171 et 172. L'auteur plaide en faveur d'un rattachement sui generis.

[144] **F. BICHERON**, *La dation en paiement*, préf. **M. Grimaldi**, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 2006, spéc. n°9. Cette différence entre la prestation attendue et la prestation donnée est de l'essence de la dation en paiement. « *Une obligation est éteinte par l'exécution d'une obligation différente de celle due, sans changement ni de modification de l'objet et sans aucune création parallèle d'un rapport juridique indépendant tel un contrat de vente* » ; voir aussi **J. FRANÇOIS**, *Droit civil, Les obligations, Régime général*, 2ème éd., mai 2000, spéc. n°117 ; **F. ZENATI-CASTAING, T. REVET**, *Cours de droit civil, Obligations régime*, Puf, Droit fondamental, 2013, spéc. n°47

[145] Voir n^{os} 52 et s.

de gré à gré, droit largement applicable aux dations en paiement. Pourtant, il ne s'agit pas d'une vente de gré à gré dans la mesure où il n'existe pas d'accord sur le prix. En outre, la qualification de vente peut être elle-même délicate car l'obligation de livraison décrite à l'article 1582 du Code civil n'existe pas en cas de sûreté réelle avec dépossession.

Au regard de leur nature de mode de réalisation, elles répondent à un régime juridique original qui ne peut être calqué ni sur le régime de la vente, ni sur celui des voies d'exécution. Toutefois, il s'en inspire et des parallèles, des comparaisons, et même des analogies peuvent être notés.

25. **Le domaine d'application des attributions en propriété**. Ces attributions en propriété, longtemps mal-aimées par les législateurs français et étrangers[146], ont vu leur champ d'application élargi et généralisé, sous l'impulsion, en amont, de la jurisprudence. Avant l'ordonnance du 23 mars 2006, la Cour de cassation admettait la validité des pactes commissoires dans les gages et nantissements portant sur des sommes d'argent, des créances ou en matière de gage commercial[147]. En outre, elle reconnaissait la validité des conventions d'attribution conclues postérieurement à la constitution du gage[148]. Puis, la loi est venue généraliser les attributions en propriété. Cette généralisation s'est faite en deux temps. Elle a d'abord eu lieu, par l'ordonnance du 23 mars 2006, en matière de sûretés réelles préférentielles. Ensuite, elle a été étendue aux fiducies-sûretés par l'ordonnance du 30 janvier 2009. En effet, même si la loi ne qualifie pas expressément les modes de réalisation de la fiducie-sûreté, nous pouvons qualifier le transfert qui s'opère entre le fiduciaire et le bénéficiaire-tiers (lorsque le fiduciaire et le bénéficiaire sont deux personnes différentes) d'attribution en propriété.

Il est à noter que Monsieur P. Hoonakker[149] plaide en faveur de l'adoption de l'attribution en propriété comme voie d'exécution ouverte à tous les créanciers, titulaires de sûretés ou chirographaires. Cette suggestion est intéressante mais elle aurait pour effet, si les conditions actuelles d'attribution sont maintenues, d'amoindrir les sûretés réelles préférentielles car un

[146] Dans certains pays le pacte commissoire continue à être prohibé. Il s'agit notamment de l'Allemagne sous réserve des hypothèses dans lesquelles le bien est côté ou dont la valeur est facilement identifiable eu égard aux prix du marché ou de la conclusion du pacte postérieurement à l'échéance (§ 1259 du BGB) et de la Belgique. Ce pays envisage d'abandonner cette interdiction au profit d'une grande libéralisation de la réalisation des sûretés réelles mobilières ; voir projet de réforme p.36, http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp

[147] Voir par exemple : Cass. Com, 9 avril 1996, *D.* Jur., p.399, note **C. LARROUMET** ; RTD Civ. 1996, p. 669, obs. **P. CROCQ,** « *N'est pas prohibé par l'article 2078 du Code Civil la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à l'échéance*. »

[148] Cass. Civ. 1er, 17 nov. 1959, *Bull. Civ*., I, n° 480 ; *D*., 1960, Somm., 37 ; *Gaz. Pal*., 1960. I. 62 ; *RTDCiv.*, 1960, p. 138, obs. **H. SOLUS** ; *Banque* 1980, p. 160, obs. **X. MARTIN** :« *Il n'y a pacte commissoire prohibé par l'article 2078 que si c'est au moment où le nantissement est constitué pour la garantie d'un prêt qu'une clause du contrat autorise le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités légales* ».

[149] **P. HOONAKKER**, *Procédures civiles d'exécution, Voies d'exécution, Procédures de distribution*, Larcier, Coll. Paradigme, 2013, spéc. n°E.34

créancier chirographaire pourrait obtenir l'attribution d'un bien sans qu'il soit tenu compte des rangs des créanciers privilégiés sur le bien. Il n'est pas certain que les investisseurs et bailleurs de fonds soient rassurés par une telle disposition. Leur frilosité à octroyer des crédits serait semble-t-il renforcée. Si le domaine d'application des attributions en propriété peut encore être élargi, il apparaît que cette extension doit avoir lieu dans le domaine des sûretés réelles. Le champ d'application des attributions en propriété est, sous réserve de quelques exceptions et ajustements, général en matière de sûretés réelles préférentielles (A) et se cantonne aux fiducie-sûretés en matière de propriétés-sûretés (B).

A. Les attributions en propriété dans les sûretés réelles préférentielles, un domaine d'application général

26. **L'unification des modes de réalisation des sûretés réelles préférentielles**. La généralisation des attributions en propriété dans les sûretés réelles fondées sur un droit de préférence a été l'œuvre de l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a opéré une unification des modes de réalisation des sûretés préférentielles mobilières et immobilières. Plus précisément, la généralisation des attributions en propriété est totale en matière de sûretés réelles de droit commun (1), c'est-à-dire en matière de gage de droit commun, de nantissement de biens incorporels autres que les créances, d'hypothèque et de gage immobilier . En revanche, elle est disparate en matière de sûretés réelles spéciales[150]. Le silence de la loi nécessite souvent d'articuler les règles de droit commun et de droit spécial et les solutions sont parfois incertaines (2).

1. Les attributions en propriété, modes de réalisation des sûretés réelles préférentielles de droit commun

Les textes relatifs aux sûretés réelles conventionnelles de droit commun fondées sur un droit de préférence généralisent largement la faculté d'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien (a). En revanche, elles semblent, à regret, devoir être exclues en matière de privilèges (b).

a) La validité de principe des attributions en propriété dans les sûretés réelles de droit commun préférentielles conventionnelles

[150] Pour la différence entre sûretés réelles de droit commun et sûretés réelles spéciales, voir n°1

En 2006, le législateur a généralisé les attributions en propriété à toutes les sûretés réelles conventionnelles de droit commun fondées sur un droit de préférence jetant ainsi les bases d'un droit commun de la réalisation des sûretés réelles préférentielles conventionnelles[151]. En effet, autant en matière mobilière qu'immobilière, la loi permet au créancier de réaliser sa sûreté par une attribution judiciaire ou conventionnelle en propriété.

27. **Un domaine d'application général en matière immobilière**. En matière immobilière, les attributions judiciaire et conventionnelle en propriété sont généralisées[152]. En effet, les articles 2458[153] et 2459[154] du Code civil autorisent la réalisation de l'hypothèque conventionnelle par ce biais. De même, l'article 2388 alinéa 2 du Code civil[155], renvoyant aux dispositions de l'hypothèque, permet au créancier titulaire d'un gage immobilier de réaliser sa sûreté par l'attribution judiciaire ou conventionnelle de l'immeuble.

Néanmoins, l'attribution en propriété est impossible si l'assiette de la sûreté est la résidence principale du débiteur[156], à l'exception du prêt viager hypothécaire[157]. Aucune précision n'est donnée quant au jour d'appréciation de la qualité de résidence principale de l'immeuble. Elle interviendra soit au moment de la stipulation du pacte commissoire, soit au jour de la réalisation. Nous retenons la seconde hypothèse[158] car cette interdiction a vocation à protéger le logement du débiteur et le risque de perte de la résidence principale n'existe véritablement qu'au jour de la

---

[151] Pour une affirmation de l'existence d'un droit commun en matière immobilière voir : **M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND**, *Droit des sûretés*, Dalloz Sirey, 2007, spéc. n° 2161. L'affirmation se retrouve dans la nouvelle édition au même numéro..

[152] Dans ce sens voir par exemple, **P.-F. CUIF**, L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité, *RLDC*. 2010, n°68 ;

[153] *« A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur. »*

[154] *« Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur. »*

[155] « *Les dispositions relatives à l'hypothèque conventionnelle prévues au dernier alinéa de l'article 2397 et aux articles2413, 2414, 2416, 2417 et 2421 sont applicables au gage immobilier.*
Le sont également les dispositions relatives aux effets de l'hypothèque prévues aux articles 2458 à 2460 ».

[156] Article 2459 « *Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur.* »

[157] Article L.314-13 alinéas 2 et 3 du de la consommation : *« A défaut et nonobstant les règles applicables en matière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le créancier hypothécaire peut à son choix :*
- poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du droit commun, auquel cas la dette est plafonnée au prix de la vente ;
- ou se voir attribuer la propriété de l'immeuble par décision judiciaire ou en vertu d'un pacte commissoire alors même que celui-ci constituait la résidence principale de l'emprunteur.
Le créancier hypothécaire dispose de la même option en cas de succession vacante. »

[158] Dans le même sens voir : **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, Perspectives, *RLDA*, mars 2007, p.96; **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, I, 8 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd., 2010, spéc. n°1087

réalisation. *De jure*, par un raisonnement *a contrario*, sont exclus du domaine de l'interdiction, la résidence principale du tiers constituant et les éventuelles résidences secondaires du débiteur constituant, ce qui est criticable. Dans ces hypothèses, le pacte commissoire est valable[159].

28. **Un domaine d'application général en matière mobilière**. Le législateur français n'a pas, contrairement à certains Etats comme la Belgique[160], consacré une seule sûreté réelle mobilière préférentielle assortie de la faculté d'attribution en propriété. Il a préféré maintenir la diversité des sûretés réelles mobilières préférentielles conventionnelles mais unifier les modes de réalisation autour des règles applicables au gage de droit commun. Ainsi, en matière mobilière, la réalisation du gage de droit commun apparaît comme le droit commun de la réalisation des sûretés réelles mobilières préférentielles conventionnelles[161].

D'une part, les dispositions des articles 2347 et 2348 du Code civil prévoient que le gage de droit commun, sans distinguer gage avec ou sans dépossession, peut être réalisé par une attribution judiciaire ou conventionnelle en propriété. Par application du principe « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », tous les gages de droit commun peuvent être réalisés par une attribution en propriété[162]. C'est un texte de portée générale.

D'autre part, en matière de nantissement de droit commun, les dispositions du dernier alinéa de l'article 2355 du Code civil[163] renvoient aux dispositions du gage de droit commun, à défaut de disposition contraire[164]. Ce renvoi donne aux règles du gage de droit commun une vocation

---

[159] Pour de plus amples développements, voir n°442.

[160] Article 2078 du code civil belge. Cette facukté est cependant limitée à l'attribution judiciaire. Le pacte commissorie demeure interdit. Voir aussi Projet de réforme p. 36 ; http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp

[161] Dans ce sens et pour application aux nantissements de parts sociales, voir **F. JACOB**, Le nantissement des parts sociales, *in* Sûretés mobilières : du nouveau, *Dr. et Patr*. juil-août 2007, n°161, p. 68 ; sur cette question voir **J. J. ANSAULT**, Le gage du code civil, gage de droit commun ou droit commun du gage ? Les sûretés en quête d'un droit commun, in dossier Les sûretés en quête d'un droit commun, *RDBF* sept. 2014, p.77 ; voir aussi **M. JULIENNE**, Le régime du gage, droit commun du nantissement, in dossier Les sûretés en quête d'un droit commun, *RDBF* sept. 2014, p.82

[162] **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D*. 2007, Chron., p. 2052, spéc. n°9 ; **S. PERUS**, Des aspects pratiques du pacte commissoire, *RLDC*. 2008, n°50, spéc. II

[163] « *Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels [autres que le nantissement de créance] est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels*. »

[164] Deux auteurs font remarquer à ce propos que l'existence du nantissement de droit commun est seulement verbale et qu'en réalité, tout nantissement est spécial. **C. LISANTI**, Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels sans l'ordonnance du 23 mars 2006, *D*. 2006, p. 2671, spéc. n°10 ; **G. PIETTE**, Le nantissement de meubles incorporels, *in* La réforme des sûretés, après neuf mois de pratique, *RLDA* mars 2007, pp. 90 et s, spéc. A. ; **C. JUILLET**, Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir, *in Liber amicorum C. Larroumet*, Textes réunis par S. Bros et B. Mallet-Bricout, Economica 2010, p. 241, spéc. n°25

subsidiaire[165]. Le créancier nanti peut donc réaliser sa sûreté par attribution conventionnelle ou judiciaire en propriété[166].

Toutefois, le Code de la consommation interdit le recours au pacte commissoire lorsque la sûreté garantit un crédit à la consommation[167].

Sauf exception, les attributions en propriété sont des modes de réalisation de toutes les sûretés réelles conventionnelles de droit commun fondées sur un droit de préférence. En matière de sûretés légales, la question fait débat.

b) Pour une généralisation de la validité des attributions en propriété comme mode de réalisation des sûretés réelles légales et judiciaires

29. ***De lege lata*, l'exclusion des privilèges généraux mobiliers.** La loi ne prévoit aucune disposition spéciale concernant l'attribution en propriété dans les privilèges généraux mobiliers. Il en résulte que les privilèges semblent exclus du champ d'application des attributions en propriété. Toutefois, cette exclusion est regrettable et, dans la perspective de créer un droit commun, il conviendrait de soumettre les privilèges et les sûretés judiciaires au même régime que les sûretés conventionnelles.

En revanche, un doute est permis concernant les attributions en propriété de l'assiette des privilèges spéciaux mobiliers. La jurisprudence, avant l'ordonnance du 23 mars 2006, a accordé au créancier titulaire du privilège du commissionnaire, privilège spécial fondé sur l'idée de gage, l'attribution judiciaire du bien en réalisation de sa sûreté[168]. Les règles applicables à ce privilège n'ont pas été modifiées par l'ordonnance. Cette jurisprudence semble devoir être maintenue et étendue. Ainsi, les privilèges mobiliers spéciaux fondés sur l'idée de gage tacite devraient, à notre sens, être soumis au même régime que les gages conventionnels et être susceptibles d'attribution en propriété.

---

[165] **P. DUPICHOT**, Le nantissement, un an après, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 27, spéc. n° 38

[166] Voir par exemple : **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières), perspectives, *RLDA*, mars 2007, n°14 ; **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D*. 2007, Chron., p. 2052, spéc. n°12

[167] Article L. 311-23 alinéa 3 du Code de la consommation : « *En cas de défaillance de l'emprunteur seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du Code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte commissoire prévu à l'article 2348 qui est réputé non écrit*. » ; Voir aussi n^{os} 447 et s

[168] Dans ce sens voir, Cass. Com., 11 mai 1976, ; *JCP* 1976, II, 18452, note **R. RODIÈRE**.

30. **En matière immobilière, le débat est plus ouvert.** Lors de la réforme de 2006, le chapitre V du titre « *De l'effet des privilèges et des hypothèques* » était composé de deux sections. La première était relative aux « *Dispositions particulières aux hypothèques conventionnelles* » et la seconde aux « *Dispositions générales* ». Les articles 2458 et 2459 du Code civil étaient contenus dans la première section. Aucun doute alors, les attributions en propriété – conventionnelles ou judiciaires – n'étaient possibles qu'en présence d'une hypothèque conventionnelle[169].

Or la loi de ratification du 20 février 2007[170] a jeté le trouble et a suscité un débat doctrinal. En effet, l'article 10 de cette loi a modifié le plan du chapitre V en fusionnant les deux sections. Ainsi, les dispositions générales et les dispositions particulières aux hypothèques conventionnelles se trouvent réunies dans un chapitre intitulé « *De l'effet des privilèges et des hypothèques* ». Si la lettre des textes demeure inchangée, une partie de la doctrine[171] considère que toutes les dispositions de ce chapitre s'appliquaient aux hypothèques conventionnelles, légales, judiciaires et aux privilèges immobiliers. Selon ces auteurs, le changement de plan du Code civil permettrait, au créancier privilégié de demander l'attribution en propriété de l'immeuble grevé.

Une autre partie de la doctrine[172], plus réservée, écarte la faculté d'attribution des modes de réalisation des privilèges aux motifs que la loi d'habilitation du 25 juillet 2006 avait exclu du champ d'application ces privilèges. Ce second groupe d'auteurs soutient également que le pacte commissoire ne constituerait pas un mode normal de réalisation des sûretés[173] et qu'il serait un danger potentiel pour le débiteur[174].

Le changement de plan du Code civil invite à distinguer selon que l'attribution est judiciaire ou conventionnelle et selon qu'il s'agit d'hypothèque ou de privilèges. Les articles 2458 et 2459 du Code civil visent tous les deux les hypothèques. Toutefois, ils ne sont pas identiques dans leur rédaction.

---

[169] Pour une critique, voir **P. DUPICHOT**, La réforme du régime hypothécaire, *D.* 2006, p. 1291. L'auteur expliquait que len découpage proposait pas le Code civil était artificiel et qu'il fallait reconnaître au prêteur de deniers.

[170] Loi n° 2007-212 du 20 février 2007 portant réforme de la Banque de France. cette loi a ratifié l'ordonnance du 23 mars 2006

[171] **A. AYNÈS**, Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances, *in* Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, *Procédures* 2008, n°8 ; **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°323, fait la même remarque à propos des hypothèques légales ; **P. DUPICHOT**, La réforme du régime hypothécaire, *D.* 2006, p. 1291 ; **F. VAUVILLÉ**, Les ajustement hypothécaires de la réforme des sûretés, *Rep. Not. Defrénois* 2007, art. 38655

[172] Voir notamment : **C. CARBONNEL**, Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E*, 2007, 1335

[173] Pourtant, la généralisation des attributions en propriété et du pacte commissoire en font un mode de réalisation normal des sûretés réelles, d'autant que la consécration de sa validité n'est que l'aboutissement d'une longue évolution jurisprudentielle. (Voir note n°119)

[174] Cette acception nous semble critiquable car le législateur a mis en place un système de soulte garantissant au constituant de ne pas être spolié de ses biens ainsi que des garde-fous tels que l'interdiction des attributions en propriété lorsque l'immeuble constitue la résidence principale (voir nos 442 et s.)

L'article 2458 du Code civil[175], qui permet la réalisation « *du bien hypothéqué* » par les procédures civiles d'exécution et l'attribution judiciaire, vise « *le bien hypothéqué* » et « *le créancier hypothécaire* » sans distinguer la nature de l'hypothèque. La lettre du texte et son positionnement semblent donner la faculté à tout créancier hypothécaire, qu'il soit titulaire d'une hypothèque conventionnelle, légale ou judiciaire, de demander l'attribution judiciaire de l'immeuble grevé.

En revanche, l'article 2459 du Code civil[176], qui autorise l'attribution conventionnelle, vise seulement et expressément « *la convention d'hypothèque* ». *De lege lata*, il paraît impossible d'admettre l'attribution conventionnelle de l'immeuble grevé en matière d'hypothèque légale ou judiciaire.

Cette analyse littérale des articles 2458 et 2459 du Code civil conduit à penser que les attributions judiciaires et conventionnelles ne sont pas des modes de réalisation des privilèges immobiliers.

Par une réponse ministérielle du 30 avril 2013[177] et du 1er avril 2014[178], le Gouvernement est venu prendre position au sujet de l'attribution judiciaire concernant les privilèges immobiliers spéciaux. Cette réponse indique qu' « *il résulte des travaux parlementaires par la loi n°2007-212 du 20 février 2007 portant diverses dispositions intéressant la Banque de France et en particulier de l'amendement n°4 présenté par le Gouvernement devant l'Assemblée Nationale et adopté que, l'intention du législateur a bien été, selon l'exposé sommaire de cet amendement, d'étendre le bénéficie de l'attribution judiciaire «* à toutes les hypothèques et privilèges *» et qu'en conséquence,* « sous réserve de l'interprétation souveraine par le juge de l'article 2458 du Code civil, le titulaire d'un privilège immobilier spécial a donc vocation à se prévaloir d'une attribution judiciaire » ».

Si cette interprétation nous semble au fond opportune, nous émettons quelques réserves quant à son application, car elle s'oppose à la lettre du texte et ne se réfère en rien au plan du Code civil. Malgré cette réponse ministérielle, nous continuons de penser que l'attribution en propriété d'un immeuble grevé d'un privilège est en l'état actuel des textes impossible. Une telle exclusion est pourtant regrettable.

---

[175] Article 2458 Cciv : « *A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale* »

[176] Article 2459 Civ : « *Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale* ».

[177] Rep. Min. Question n°9227, JOAN Q, 30 avril 2013, p. 4796 ; **P. CROCQ**, Le titulaire d'un privilège immobilière peut-il bénéficier de l'attribution judiciaire ? *RTDCiv*. 2013, p. 656

[178] Rép. min. n° 28606 : *J0AN* Q 1er avr. 2014, p. 3052

31. **Une exclusion regrettable**. L.'exclusion des privilèges du champ d'application des attributions en propriété semble inopportune à plusieurs égards.

Cette exclusion est regrettable[179] pour les privilèges spéciaux notamment pour le privilège du prêteur de deniers. Cette sûreté comporte le même champ d'application que celui de l'hypothèque conventionnelle. De plus, exclure les attributions en propriété des modes de réalisation des privilèges enlève quelque intérêt pratique à la réforme[180]. L'objectif de simplification et de renforcement de l'efficacité n'est pas atteint. En effet, les hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires et les privilèges immobiliers, s'ils diffèrent au regard de leurs conditions de constitution, sont très proches eu égard à leurs effets[181].

De même, le gage pouvant se réaliser par attribution en propriété, les privilèges fondés sur l'idée de gage devraient pouvoir être réalisés par les mêmes modes de réalisation.

Au-delà, la faculté de demander l'attribution judiciaire est attachée au droit de préférence du créancier. Or le privilège confère au créancier un tel droit. Rien ne s'oppose alors à consacrer la validité des attributions en propriété comme modes de réalisation des sûretés réelles légales. Toutefois, l'attribution ne pourra être que judiciaire ou résulter d'une convention postérieure à la naissance de la sûreté.

Les mêmes solutions devraient être retenues en matière de sûretés judiciaires.

Pour les sûretés réelles conventionnelles fondées sur un droit de préférence, l'attribution en propriété est un mode de réalisation de droit commun. Il est dommage que cette faculté d'attribution n'ait pas été étendue aux privilèges, notamment aux privilèges fondés sur l'idée de gage. Le législateur reviendra peut-être sur sa position en consacrant l'attribution en propriété comme mode de réalisation des sûretés réelles fondées sur un droit de préférence, sans distinction.

Il faut désormais poursuivre l'étude du champ d'application des attributions en propriété par les sûretés réelles spéciales. Cette question pose plus de difficultés dans la mesure où il est nécessaire d'articuler les règles de droit commun et les règles spéciales.

2. La généralisation des attributions en propriété dans les sûretés réelles préférentielles spéciales

[179] **C. CARBONNEL**, Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E*, 2007, 1335 ; **S. PERUS**, Des aspects pratiques du pacte commissoire, *RLDC*. 2008, n°50, spéc. II ; **F. MARTIN B. GÉRARD-GODARD**, Le pacte commissoire, *JCP N* 2010, 1136, spéc. n°11

[180] **P. DUPICHOT**, La réforme du crédit immobilier, *D*. 2006, p. 1291

[181] **P. DUPICHOT**, La réforme du crédit immobilier, *D*. 2006, p. 1291 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°921. Ces auteurs précisent qu'elles sont soumises au même régime.

La question des attributions en propriété dans les sûretés réelles spéciales fondées sur un droit de préférence implique d'articuler le droit commun et le droit spécial. Les sûretés réelles spéciales sont traitées de manière disparate. Certaines disposent d'un régime juridique complet, d'autres d'un régime juridique partiel. Il convient donc de distinguer différentes hypothèses.

32. **Les cas d'admission expresse ou par renvoi des attributions en propriété**. Lorsque le régime juridique spécial vise expressément les attributions en propriété ou renvoient directement ou indirectement[182] aux articles y afférant, les attributions en propriété sont admises comme des modes de réalisation de la sûreté spéciale[183]. C'est le cas par exemple du gage commercial[184], du gage de véhicule automobile[185], du nantissement de matériel et d'outillage[186], du nantissement de créance[187] ou encore du nantissement de titres[188].

33. **Les cas de prohibition expresse des attributions en propriété**. Parfois, le régime juridique spécial exclut l'attribution en propriété des modes de réalisation de la sûreté. Toutefois, il convient de distinguer plusieurs hypothèses. Lorsque les règles spéciales prohibent l'attribution judiciaire en propriété, l'attribution conventionnelle est *a fortiori* interdite[189]. Il en va ainsi en matière de

---

[182] Le gage de véhicule automobile et le gage commercial visent expressément les articles 2346 à 2348 du Code civil. En revanche, les dispositions relatives au nantissement de matériel et d'outillage ou au nantissement de titres financiers renvoient aux dispositions applicables au gage commercial qui renvoie lui-même au régime du gage de droit commun.

[183] Dans ce sens, voir par exemple : **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052, spéc. n°10 ; **S. PERUS**, Des aspects pratiques du pacte commissoire, *RLDCiv.* 2008, n°50, spéc. II

[184] L'article L521-3 du Code de commerce précise, après avoir énoncé que la réalisation peut avoir lieu par vente forcée, précise que « *le créancier peut également demander l'attribution judiciaire du gage ou convenir de son appropriation conformément aux articles 2346 à 2348 du Code civil* ».

[185] Article 2353 du Code civil « *la réalisation du gage est soumise, quelle que soit la qualité du débiteur, aux règles prévues aux articles 2346 à 2348* ».

[186] Article L. 525-14 du Code de commerce : « *En cas de non-paiement à l'échéance, le créancier bénéficiaire du privilège établi par le présent chapitre peut poursuivre la réalisation du bien qui en est grevé dans les conditions prévues à l'article L. 521-3. […]* ». La suite de l'article précise les conditions spécifiques applicables à la vente.

[187] Art 2365 alinéa 1 du Code civil prévoit « E*n cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y attachent. »*

[188] Art. L.211-20 V alinéa 2 du code monétaire et financier « *Pour les instruments financiers autres que ceux mentionnés à l'alinéa précédent,* [autres que les liquidités, les titres cotées et les titres d'OPCVM dont la valeur de rachat est publique] *la réalisation du nantissement intervient conformément aux dispositions de l'article L. 521-3 du Code de commerce.* » ; Pour une interprétation dans le même sens voir : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°796 ; Dans ce sens, mais sous l'empire du droit antérieur à propos de l'attribution judiciaire : **C. LISANTI-KALCZYNSKI**, Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, préf. **F. Pérochon,** Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 2001, spéc. n°274. Ces solutions sont transposables à l'attribution conventionnelle

[189] **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052, spéc. n°13 ; **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières), perspectives, *RLDA*, mars 2007,n°14 ; **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, I, 8; **P. DUPICHOT**, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préface M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2005, spéc. nos 749 et 757 ; **P. DUPICHOT**, Le nantissement, un an après, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 27, spéc. n°39 ; voir contra **: K. AGBA**, *La couverture en droit financier, Etude des financements structurés et de la gestion structurée au regard du droit des contrats*, Th., Toulouse, 2009, spéc. n°47

nantissement de fonds de commerce[190] et, par renvoi aux règles du nantissement de fonds de commerce, des nantissements de fonds artisanaux[191], agricoles[192]. Plusieurs justifications peuvent être avancées. D'abord, dans l'esprit de la loi de 1909, le créancier n'a pas vocation à devenir gestionnaire d'un fonds de commerce[193]. Toutefois, par l'effet de la vente forcée, il peut en devenir adjudicataire. Le créancier titulaire d'un nantissement sur le fonds se trouve privé, pour des raisons aujourd'hui dépassées, des bienfaits des attributions en propriété. Pour preuve, cette interdiction n'exclut pas l'attribution en propriété des éléments composant le fonds quand ils font l'objet d'une sûreté réelle spéciale et que le régime applicable ne s'y oppose pas. La situation est regrettable et il serait opportun de permettre au créancier titulaire d'un nantissement sur un fonds professionnel de pouvoir le réaliser par une attribution judiciaire en propriété[194].

Mais la logique de l'interdiction légale de l'attribution judiciaire impose de retenir que dans l'hypothèse d'une telle prohibition, l'attribution conventionnelle est elle aussi interdite. En effet, si l'attribution opérée par un juge, soumise à son contrôle et à sa protection est interdite, l'attribution, dont le régime est régi par la convention des parties est *a fortiori* interdite[195].

La question est plus délicate au sujet de l'attribution en propriété d'un fonds libéral nanti. Les textes demeurent silencieux et la jurisprudence n'a pas encore été saisie de la question. Deux solutions sont envisageables. Il est d'abord possible de considérer qu'en l'absence d'interdiction légale ou jurisprudentielle, l'attribution en propriété – judiciaire ou conventionnelle – est admise. Ensuite, parce que le fonds libéral est né de la jurisprudence selon le modèle du fonds de commerce, il est possible de considérer que l'attribution judiciaire et *a fortiori* l'attribution conventionnelle du fonds libéral nanti sont impossibles. Une telle interprétation, même si elle contribuerait à la cohérence du régime juridique des fonds, serait regrettable.

---

[190] Art. L. 142-1 alinéa 2 « *le nantissement de fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement jusqu'à due concurrence* »

[191] Article 22 alinéa 1 de la loi n°96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat « *le fonds exploité dans l'exercice de l'une des activités professionnelles visées au I de l'article 19, par une personne physique ou morale qui n'a pas la qualité de commerçant, peut faire l'objet de nantissement dans les conditions et sous les formalités prévues par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce*. »

[192] Article L. 311-3 alinéa 2 du code rural et de la pêche maritime : « *Ce fonds, qui présente un caractère civil, peut faire l'objet d'un nantissement dans les conditions et selon les formalités prévues par les chapitres II et III du titre IV du livre Ier du Code de commerce.* » Notons que le renvoi comporte une coquille. En effet, il manque la référence au titre III. L'article renvoie aux chapitre II et III, du titre III, du Livre I du Code de commerce.

[193] **L. AYNÈS**, **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 2011, spéc. n°514. Cet argument développé à propos de l'attribution judiciaire peut aisément être transposé en matière d'attribution conventionnelle, les deux mécanismes relevant de la même idée.

[194] Dans ce sens, voir **F. PÉROCHON**, note sous Cass. Com. 7 juil. 2009, *Rev. Proc. Coll*. 2010, comm ; 66 ; **M. DUEDRA**, Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : Essai d'une comparaison, Th. Toulouse, 2012, n°430 ;

[195] **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières), perspectives, *RLDA*, mars 2007, n°14

En revanche, la prohibition légale du pacte commissoire ne prive pas le créancier de sa faculté de demander l'attribution judiciaire. Il en va ainsi en matière de nantissement de stocks du Code de commerce[196]. Cette règle semble être justifiée par des raisons factuelles comme la périssabilité des denrées gagées, l'inopportunité pour le créancier de devenir propriétaire automatiquement et systématiquement du bien. La règle est également justifiée par une raison juridique car, dans une certaine mesure, l'individualisation nécessaire du bien rend difficile la mise en œuvre automatique de l'attribution. En effet, avant que le transfert de propriété ait lieu, il convient d'identifier les biens transférés.

Toutefois, depuis un arrêt du 19 février 2013[197], la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le gage de stocks du Code de commerce impératif lorsque l'une des parties est un établissement de crédit et que l'objet du gage porte sur des stocks et tout autre bien visé par l'article L. 527-3 du Code de commerce. Dans cette espèce, pour bénéficier de l'attribution conventionnelle en propriété, les parties avaient stipulé qu'elles soumettaient le gage aux dispositions de l'article 2333 du Code civil. En somme, les parties optaient pour le gage de droit commun. La Cour d'appel avait validé ce montage interprétant le verbe « *pouvoir* » employé dans l'article L. 527-3 comme la faculté de se soumettre aux dispositions du gage de stocks du Code de commerce[198]. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt au visa des deux articles. Elle se conforme également à la volonté du législateur qui, en édictant simultanément les deux textes précités par l'ordonnance du 23 mars 2006, avait marqué sa volonté de créer un régime spécial pour le gage de stocks. Les juges font ici application de l'adage *specialia generalibus derogant*.

Il est ainsi possible de déduire de la position de la haute juridiction que lorsque la sûreté réelle spéciale dispose d'un régime général complet, il convient de l'appliquer. Mais lorsque ce régime

---

[196] Art. L. 527-2 du Code de commerce : « *Est réputée non écrite toute clause prévoyant que le créancier devient propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur*. » et l'article L527-10 : « *en cas de non-paiement de la créance exigible, le créancier peut poursuivre la réalisation du gage dans les conditions prévues aux art 2346 et 2347 du Code civil.* »

[197] Cass. Com, 19 févr. 2013, pourvoi n° 11-21.763, FS-P+B+R+I ; *Gaz Pal*. 28 mars 2013, n°87, p. 9, note **M. MIGNOT** ; Gaz. Pal. 20 mars 2013, n°79-80, p. 22 obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *RTDCiv.* 2013, p. 418, obs. **P. CROCQ** ; *D.* 2013. Chron. 1172, note **H. GUILLOU***; RLDC.* 2013/103, n°5047, note **C. GIJSBERS**, *RLDAff*. 2013, n°82, p. 30 obs **J. CLAVEL-THORAVAL** ; *BJE*. mai 2013, p 149, note **N. BORGA** ; *LPA* 17 juin 2013, n°120, p. 19, note **N. BORGA** ; *RDBF* mars 2013, p. 53, obs. **D. LEGEAIS** ; Banque mai 2013, n°760, p. 86 obs. **J.-L. GUILLOT** ; JCP E 2013, n°21, p. 39, obs. **N. MATHEY** ; *JCP G* 2013, n°11, p. 541, obs. **A. CERLES** *; JCP G 2013, n°19, p ; 930, obs.* **N. MARTIAL-BRAZ** *; LPA* 29 mai 2013, n°107, p. 7, note **L. ANDREU, J.-F. QUIEVY** ; LPA 26 avril 2013, n)84, p. 16, obs. **S. CALME** ; *RTDF* 2013, n°2, p. 54, note **D. TEYSSIER ; L. D'AVOUT, F. DANOS**, Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles, *Dr. et Patr*. 2013, n°227 ; **V. LASBORDES-DE VIRVILLE**, L'avenir incertain du gage de stocks du code de commerce après l'arrêt du 19 février 203 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du code civil, *Rev. proc. coll.* 2013. Etude 20

[198] CA Paris, pôle 5, ch. 8, 3 mai 2011, RG 10/13656, *RDBF*. sept.-oct. 2011, p. 38 s., obs. **A. CERLES**, *RTDCiv*. 2011, p. 785, note **P. CROCQ**.

général exclut l'attribution en propriété, il est impossible de recourir à la sûreté de droit commun pour contourner l'interdiction.

Néanmoins, il convient de noter que, malgré la position de la Cour de cassation, la Cour d'appel de Paris résiste[199]. La question du choix du gage de droit commun en lieu et place du gage de stocks du code de commerce devrait donc prochainement faire l'objet d'un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

34. **L'absence de disposition légale**. La question de la validité des attributions en propriété est plus débattue lorsque le régime spécial ne prévoit pas d'interdiction. Cette absence d'interdiction ne conduit pas *ipso facto* à admettre la validité des attributions en propriété et il est nécessaire d'opérer des distinctions.

Lorsque le régime spécial est complet, le caractère subsidiaire du droit commun « *est nécessairement plus ténu* »[200]. Pour certains auteurs, il convient d'appliquer le régime juridique spécial sur le fondement de l'adage « *specialia generalibus derogant* »[201]. Si l'attribution en propriété n'est pas prévue par des textes spéciaux, elle est alors écartée. La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2013[202], ne peut pas servir d'appui à cette interprétation car il porte sur l'option pour une sûreté et non sur le régime applicable à la réalisation de cette dernière. Pour notre part, dans le silence des règles spéciales, et à défaut d'interdiction des attributions en propriété judiciaires ou conventionnelles, nous estimons que le créancier peut réaliser sa sûreté par cette voie[203].

---

[199] CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *D*. 2014. 924, obs. **C. GIJSBERS** ; *RLDC* juill-août 2014. 38, obs. **J. CLAVEL-THORAVAL** ; *JCP* 2014. Doctr. 635, obs. **P. DELEBECQUE** ; *Gaz. Pal*. 4-5 juin 2014, p. 20, obs. **M.-P. DUMONT-LEFRAND** ; *Banque et Droit* mai-juin 2014. 58, obs. **N. RONTCHEVSKY**. Voir aussi **Y. BECKERS**, Quel gage pour les établissements de crédit ? Gage de droit commun sans dépossession ou gage de stocks ?, *RDBF*. 2014. p. 111

[200] **P. DUPICHOT**, Le nantissement, un an après, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 27, spéc. n°38

[201] **L. AYNÈS**, Le gage de meubles corporels, *in* Réforme du droit des sûretés, *RLDA*. juillet 2006, p.7

[202] Cass. Com, 19 févr. 2013, pourvoi n° 11-21.763, FS-P+B+R+I ; *Gaz Pal*. 28 mars 2013, n°87, p. 9, note **M. MIGNOT** ; Gaz. Pal. 20 mars 2013, n°79-80, p. 22 obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *RTDCiv*. 2013, p. 418, obs. **P. CROCQ** ; *D*. 2013. Chron. 1172, note **H. GUILLOU***; RLDC*. 2013/103, n°5047, note **C. GIJSBERS**, *RLDAff*. 2013, n°82, p. 30 obs **J. CLAVEL-THORAVAL** ; *BJE*. mai 2013, p 149, note **N. BORGA** ; *LPA* 17 juin 2013, n°120, p. 19, note **N. BORGA** ; *RDBF* mars 2013, p. 53, obs. **D. LEGEAIS** ; Banque mai 2013, n°760, p. 86 obs. **J.-L. GUILLOT** ; JCP E 2013, n°21, p. 39, obs. **N. MATHEY** ; *JCP G* 2013, n°11, p. 541, obs. **A. CERLES** *; JCP G 2013, n°19, p ; 930, obs.* **N. MARTIAL-BRAZ** *; LEDEN* 10 mars 2013 n° 3, P. 1, obs. **F.-X. LUCAS** ; *LPA* 29 mai 2013, n°107, p. 7, note **L. ANDREU, J.-F. QUIEVY** ; LPA 26 avril 2013, n)84, p. 16, obs. **S. CALME** ; *RTDF* 2013, n°2, p. 54, note **D. TEYSSIER ; L. D'AVOUT, F. DANOS**, Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles, *Dr. et Patr*. 2013, n°227

[203] Voir dans ce sens, à propos de l'attribution judiciaire, **P. NEVEU**, L'attribution judiciaire du gage : une arme absolue ?, *La revue banque*, nov. 1985, p. 1030, spéc. p. 1031

35. **Des règles de réalisation spéciales et lacunaires**. Lorsque la sûreté réelle spéciale dispose de règles de réalisation incomplètes, le droit commun va compléter ces lacunes. Il joue alors pleinement son rôle subsidiaire[204] et les attributions conventionnelles et judiciaires en propriété doivent être admises[205]. Il en va ainsi, par exemple, en matière de nantissement de compte d'instruments financiers, la loi visant « *les attributions* »[206] mais n'en précisant pas la nature. Au regard du rôle supplétif du droit commun, il convient d'admettre que ces attributions, selon le choix du créancier[207], peuvent être judiciaires[208] ou conventionnelles[209]. Il en va de même en matière de nantissement de parts de sociétés civiles. En effet, la loi prévoit des règles particulières quant à la réalisation par la vente[210] mais aucune à propos de la réalisation par attribution en propriété. Que le nantissement de parts sociales soit analysé en un nantissement de créance[211] ou en un nantissement d'autres biens incorporels[212], les attributions en propriété semblent devoir être admises. Néanmoins, le respect des règles d'agrément[213] s'impose[214].

---

[204] Sur le caractère subsidiaire du droit commun voir notamment : **J.-L. THIREAU**, Droit commun, *in Dictionnaire de la culture juridique*, dir. **D. Alland**, S. Rials, Puf quadriges, 2003

[205] **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052, n°13. Sous l'empire du droit antérieur, madame C. Lisanti-Kalczynski, avait démontré qu'à défaut de disposition contraire le droit commun du gage devait s'appliquer aux sûretés réelles conventionnelles sur meubles incorporels. **C. LISANTI-KALCZYNSKI**, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. **F. Pérochon**, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 2001

[206] L'article D.211-12 du code monétaire et financier prévoit les modalités de réalisation du nantissement. Il dispose que *« […] La réalisation du nantissement de ce compte prévue aux IV et V de l'article L. 211-20 intervient :[…]*
*2° Pour les titres financiers, français ou étrangers admis aux négociations sur un marché réglementé que le titulaire du compte nanti ou, à défaut, le créancier nanti a désignés, par vente sur un marché réglementé ou **attribution en propriété** de la quantité déterminée par le créancier nanti. Cette quantité est établie, par le créancier nanti, sur la base du dernier cours de clôture disponible sur un marché réglementé ;*
*3° Pour les parts ou actions d'organisme de placement collectif au sens du 3 du II de l'article L. 211-1, que le titulaire du compte nanti ou, à défaut, le créancier nanti a désignées, par présentation au rachat ou **attribution en propriété** de la quantité qu'il détermine. Cette quantité est établie, par le créancier nanti, sur la base de la dernière valorisation disponible desdites parts ou actions. […] »*

[207] **C. LISANTI-KALCZYNSKI**, Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, préf. **F. Pérochon**, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 2001, spéc. n°283

[208] Contra voir **L. AYNÈS** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 2010, spéc. n°540. Ces auteurs considèrent que l'attribution judiciaire est injustifiée car il n'existe aucun risque de sous-évaluation des biens.

[209] Dans ce sens **S. PERUS**, Des aspects pratiques du pacte commissoire, *RLDC*. 2008, n°50, spéc. II

[210] En effet, au regard des articles1867 du Code civil, la société dispose, en cas de vente d'une sorte de faculté de substitution et peut racheter les parts et diminuer son capital.

[211] Voir par exemple : **L. AYNÈS** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 2010, spéc. n^{os} 525 et s.

[212] Voir par exemple : **P. DIDIER, P. DIDIER**, *Droit commercial, t.2 Les sociétés commerciales*, Corpus Droit Privé, Economica, 2011, spéc. n°261 ; voir aussi **M. GERMAIN**, *Traité de droit commercial, t.1 vol.2, Les sociétés commerciales*, 19ème éd. 2009, spéc. n° 1084 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°791 ; **F. JACOB**, Le nantissement des parts sociales, *in* Sûretés mobilières : du nouveau, *Dr. et Patr*. juil-août 2007, n°161, p. 68.

[213] **P. DIDIER, P. DIDIER**, *Droit commercial, t.2 Les sociétés commerciales*, Corpus droit privé, Economica, 2011, spéc. n°264 ; **P. LE CANNU, B. DONDÉRO**, *Droit des sociétés*, Domat, Droit privé, Montchrestien, 3ème éd. 2009, spéc. n°1396 ; **C. LISANTI-KALCZYNSKI**, Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, préf. **F. Pérochon**, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 2001, spéc. n° 273. **M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY**, *Droit des sociétés*, Litec, Manuel, 27ème éd 2014, spéc. n°1137. L'agrément est facilité dans la mesure où si la société consent au nantissement, cet agrément emporte agrément du cessionnaire et même de l'attributaire (le créancier).

[214] Voir n^{os} 370 et s.

36. **L'absence totale de règles spéciales de réalisation**. Enfin, lorsque la sûreté réelle spéciale n'est pas soumise à des règles spéciales prévoyant sa réalisation, le droit commun s'y substitue et il convient d'admettre les attributions en propriété comme modes de réalisation. Il en va ainsi en matière de nantissement de droits d'exploitation de logiciels[215], de brevet d'invention[216], de marques[217], ou de dessins et modèles[218]. Il faut admettre, comme l'avait fait une partie de la doctrine avant la réforme à propos de l'attribution judiciaire[219], la validité des attributions en propriété[220].

37. **La question délicate de l'attribution en propriété dans le nantissement judiciaire**. La question du régime de réalisation applicable au nantissement judiciaire répond à une autre logique. En effet, le régime applicable doit être identique à celui du nantissement conventionnel. Par exemple, si le nantissement judiciaire porte sur un fonds de commerce, le régime du nantissement de fonds de commerce s'applique et l'attribution en propriété nous semble exclue. En revanche, si le nantissement porte sur du matériel et de l'outillage, l'attribution en propriété devrait être possible.

Nous avons essayé de montrer que les attributions conventionnelles et judicaires en propriété ont été généralisées par la réforme du droit des sûretés à l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles fondées sur un droit de préférence. Elles appartiennent au droit commun de la réalisation de ces sûretés réelles. Par la loi du 31 janvier 2009, le législateur a consacré ce mécanisme d'attribution en propriété aux fiducie-sûretés.

---

[215] Article L.132-34 du code de propriété intellectuelle

[216] Article L.613-8 du code de la propriété intellectuelle.

[217] Article L. 724-1 de code de la propriété intellectuelle

[218] Article R.512-9-1 et article R. 512-15 du code de la propriété intellectuelle

[219] **I. GAVANON,** *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1360, *Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Nantissement de logiciel (C. propr. intell., art. L. 132-34)*, spéc. n°44; **H. CROZE**, Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels, *JCP E* 1996, I, n° 546, spéc. n° 16 ; **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la dir. **J. GHESTIN,** LGDJ, 1996, n° 977, p. 419 ; **M. VIVANT** , L'immatériel en sûreté, *Mélanges Cabrillac*, 1999, p. 421, spéc. n°18 ; **F. POLLAUD-DULIAN**, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, spéc. n°670; **C. LISANTI-KALCZYNSKI**, Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, préf. **F. Pérochon**, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 2001, spéc. n° 595 ; **S. BAILEY, A. RAYNOUARD**, Gages de marques : conseils pratiques, *Bulletin d'actualité Lamy Droit commercial*, juin 2003, n° 472, p. 6 ; **P.-Y. GAUTIER**, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5ème éd., 2004, n°361; Contra en matière de brevet : **P. SALVAGE-GEREST, C. SOUWEINE**, *J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4770, Nantissement et saisie, spéc. n°54. Quelques décisions ont également déjà été rendues en ce sens (voir. en matière de marque, CA Montpellier, 13 févr. 1996, juris-data, n°034270. Décision citée par M. VIVANT, L'immatériel en sûretés, *in Mélanges Cabrillac*, 1999, p. 421, spéc. n°18)

[220] **P. DUPICHOT**, Le nantissement, un an après, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 27, spéc. n° 38 ; **M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND**, *Droit des sûretés*, 2011, Lamy spéc. n° 242-57 ; *Droit des sûretés*, Lamy 2014, spéc. n°242-57 ; **F. POLLAUD-DULIAN** , *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 2010, spéc. n° 744 pour les brevets, et n° 1624 pour les marques ; Pour une position plus nuancée voir : **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052, n°13 ; pour une vive critique de la faculté d'attribution judiciaire : voir **N. MARTIAL**, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Avant-propos **M. Vivant**, Préf. **D. Legeais**, Th. Aix Marseille, PUAM, 2007, spéc. n°s281-288 (thèse soutenue en 2005 et publiée en l'état)

B. L'attribution en propriété dans la fiducie-sûreté

38. L'article 2372-3 du Code civil relatif à la réalisation de la fiducie-sûreté distingue deux hypothèses lors de la défaillance du débiteur. Lorsque le bénéficiaire et le fiduciaire sont deux personnes distinctes, le créancier « *peut exiger de lui (du fiduciaire) la remise du bien, dont il peut alors librement disposer* ». En revanche, lorsque le bénéficiaire et le fiduciaire sont la même personne, ce dernier « *recouvre la libre disposition du bien* ».

De prime abord, ce texte renvoie à un transfert de propriété du bien objet de la fiducie au créancier bénéficiaire. A certains égards, ce transfert de propriété peut s'analyser en une attribution légale en propriété (1). Toutefois, afin de déterminer la nature des droits transmis – la loi visant « *la libre disposition du bien »* – en vertu de l'adage « *Nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a* », il convient de déterminer les droits du fiduciaire (2).

1. La nature des droits du fiduciaire , un droit de propriété ordinaire

39. **La constitution de la fiducie, débat autour de l'existence d'un transfert de propriété**. Lors de la constitution de la fiducie, la loi énonce que le bien est « *transféré dans le patrimoine fiduciaire* » sans préciser la nature de ce droit[221]. Deux thèses s'opposent[222].

Un premier courant doctrinal, minoritaire, considère que le droit sur le bien transmis au fiduciaire n'est pas un droit de propriété[223].

Un second courant doctrinal, majoritaire[224], corroboré par les travaux parlementaires[225], considère que la constitution d'une fiducie entraîne un transfert de propriété. Cette idée est renforcée par

[221] Pour une critique de ce manque de précision, voir **R. LIBCHABER**, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie 1), *Rép. Not., Defrénois*, 30 août 2007 n° 15, p. 1094

[222] Pour une présentation des différentes thèses voir notamment **R. LIBCHABER**, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie 1), *Rép. Not., Defrénois*, 30 août 2007 n° 15, p. 1094 ; **C. WITZ**, La fiducie en droit privé français, préf. **D. SCHMIDT**, Th., Economica, 1981, spéc. n°246

[223] **B. MALLET-BRICOUT**, Le fiduciaire propriétaire, *JCPN* 2010, n°1073, spéc. n[os]5 à 10. Pour cet auteur le caractère finalisé de la propriété fiduciaire ne s'oppose pas à la qualification de droit de propriété. En revanche, la soumission de la volonté du propriétaire à la volonté d'un tiers (notamment par l'exercice de la demande de révocation avec perte corrélative du droit de propriété) est incompatible avec la notion de droit de propriété; **R. LIBCHABER**, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie 1), *Rép. Not., Defrénois*, 30 août 2007 n° 15, p. 1094, l'auteur développe l'idée que la fiducie peut être interprétée comme un mandat **; N. PETERKA**, La réforme des libéralités familiales, *in* Le droit de la famille : réformes accomplies et à venir, Journées nationales T.IX, Strasbourg sept.2004, Dalloz, 2006 p. 71, spéc. n°27 « *la consécration de la fiducie ouvre le débat sur la consécration d'une nouvelle catégorie de droits réels* »; **C. WITZ**, *La fiducie en droit privé français*, préf. D**. SCHMIDT**, Th., Economica, 1981, spéc. n°246, présente, en l'excluant, la théorie selon laquelle la fiducie provoquerait un démembrement de propriété.

[224] Dans ce sens voir : **P. MARINI**, Enfin la fiducie à la française !, *D.* 2007 p. 1347 **; C. LARROUMET**, La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques, *D.* 2007 p. 1350 ; **A. AYNES**, Le rôle des sûretés dans le recouvrement des

l'analyse du mécanisme de *fiducia cum creditore* romaine, des fiducies suisses[226] et les mécanismes fiduciaires préexistants à la loi de 2007, tels que la cession de créance professionnelle, la pension de titres, impliquant un transfert de propriété au fiduciaire. Dans ces différents cas, lors de la constitution de la fiducie, le fiduciaire devient propriétaire du bien et le bénéficiaire n'est titulaire que d'un droit personnel à l'encontre du fiduciaire, contrairement au sukkuk islamique ou au trust anglo-saxon[227].

40. **Le débat autour de la nature ordinaire du droit de propriété**. La doctrine majoritaire qui considère que la constitution de la fiducie emporte un transfert de propriété, se divise au sujet de la nature du droit de propriété du fiduciaire. En effet, ce droit que les auteurs ont pris pour habitude de nommer « *propriété fiduciaire* » est limité dans le temps et dans sa substance, principalement par la convention de fiducie et par les intérêts que sert l'affectation[228] (c'est-à-dire la « *[soumission] d'un bien à un usage déterminé* »[229]).

Pour une partie de cette doctrine, la propriété fiduciaire n'est pas un droit de propriété ordinaire, mais une « *propriété singulière* »[230], intermédiaire, entre deux propriétés absolues. Pour certains, seule la « *titularité* » du droit de propriété, c'est-à-dire son caractère exclusif[231], est transmise. Pour d'autres, l'objet de la transmission est « *une valeur économique* » [232] et non un bien. Pour d'autres encore, l'absence d'enrichissement du fiduciaire[233] ou l'affectation à un but particulier[234] empêchent

---

créances, dossier n°12, Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, *Procédures* n°8, août 2008 ; **P. DUPICHOT**, Opération de fiducie sur le sol français, *JCP E*, 2007. 134 ; **F. ZENATI, T. REVET**, Les biens, PUF. Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008, spéc. n°263 ; **C. WITZ**, La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust*, *Dossier Fiducie*, D.2007, p. 1369

[225] Rapport n° 11 (2006-2007) du Sénat par **H. DE RICHEMONT**, déposé le 11 octobre 2006, p. 27

[226] Conformément à la théorie du transfert intégral des droits au fiduciaire (*Vollrechts theorie*), le fiduciant transfère l'intégralité de ses droits au fiduciaire, il n'est plus titulaire de droits réels sut les biens. Cette théorie a été consacrée par la jurisprudence dans un arrêt Güring-Ditoit c/ Keppler. Pour plus de détails voir : **A. PEYROT**, La fiducie en droit suisse, Perspectives, *RLDAff*. mars 2010, n°47

[227] Ces deux mécanismes, l'un issu du droit islamique, l'autre du droit anglo-saxon procèdent d'un démembrement de propriété. Le bénéficiaire et le fiduciaire (trustee) sont titulaires de droit réel. Pour le sukuk, voir **J. BERTRAN DE BALANDA, F. BOURABIAT**, Fiducie et finance islamique, *in* Quel avenir pour la fiducie ?, *Dr et Patr*. mai 2010, n°192, p.84 et spéc.pp.84 et 85 ; Pour le trust voir : **C. DERGATCHEFF**, Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg, *JCP E* 2007, 2060, p. 46

[228] **A.-L. THOMAT-RAYNAUD**, *L'unité du patrimoine*, Préf. D. Tomasin, Defrénois, 2007 nos 944, 989

[229] **S. GUINCHARD**, *L'affectation des biens en droit privé français* préf. **NERSON**, Th. Paris, LGDJ. 1976, spéc. , nos 14 et 15 et les auteurs cités par lui. ;

[230] Expression employée par **R. LIBCHABER,** Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie 1), *Rép. Not., Defrénois*, 30 août 2007 n° 15, p. 1094, spéc. n°2 ;

[231] **L. KACZMAREK**, Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération, *D.* 2009, p. 1845, II. A rapprocher de **F.-X. LUCAS,** *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, **Préf. L. Lorvellec**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, t. 283, 1997, spéc. nos615 et 616 et s.

[232] **S. PIEDELIÉVRE**, La timide consécration de la fiducie par la loi du 19 février 2007, Gaz. Pal., 26 mai 2007 n° 146, p. 2, n°5

[233] **M. GRIMALDI**, Propriété et responsabilité fiduciaire, 15ème journée de l'association Capitant, propos retransmis par **V. TÉCHENÉ**, Lexbase Hebdo, éd. privée générale, n°393 ; voir aussi la démonstration, plus détaillée effectuée à propos

la propriété fiduciaire d'être considérée comme un droit de propriété ordinaire au sens de l'article 544 du Code civil[235].

Pour une autre partie de cette doctrine, la propriété fiduciaire, bien que limitée dans sa substance et dans le temps, est un droit de propriété ordinaire. En effet, le droit de propriété est toujours limité dans sa substance[236], par exemple par les règles d'urbanisme, par les droits de l'exploitant (en matière de bail commercial), ou encore par l'abus de droit[237]. Cette idée de droit limité a été reprise dans l'avant-projet de réforme du droit des biens. Les rédacteurs ont proposé une réécriture de l'article 544 du Code civil : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits*. » « *Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent* »[238].

L'originalité des limites du droit de propriété fiduciaire réside dans leur source. Elles sont conventionnelles, comme en matière de baux. C'est l'obligation de loyauté du fiduciaire envers le constituant, fixée par la mission du fiduciaire[239], qui en établit l'étendue.

Le droit de propriété fiduciaire est également limité dans le temps, soit par le terme légal de 99 ans[240], soit par un terme conventionnel. Or, traditionnellement, le droit de propriété est considéré comme un droit perpétuel – qui survit à son auteur et dure tant que dure son objet – et imprescriptible[241] – qui ne se perd pas par son non usage[242]. En matière de fiducie, le droit de

---

de l'avant-projet de réforme de 1991, **M. GRIMALDI**, Le fiducie : Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, 1er partie, *Rep. Not. Defrénois* 1991, art. 35084, spéc. nos 7 à 18. Ces remarques restent d'actualité car de nombreuses dispositions présentes dans le projet de 1991 se retrouvent dans la loi de 2007.

[234] A propos de la fiducie en Amérique latine mais dont les propos sont parfaitement transposables ici. **S. RODRIGUEZ-AZUERO**, La fiducie en Amérique latine : une expérience étonnante, *in* Trust et fiducie, compléments ou concurrents ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Academy et finance, Genève, janvier 2008, p. 107 spé. p. 113

[235] Art 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »

[236] Dans ce sens voir notamment : **J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI**, *Traité de droit civil, Les biens*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 2ème éd., mars 2010, spéc. nos93 ; **C. ATIAS**, *Droit Civil. Les Biens*, Manuel, Litec, 11°éd. 2011, spéc. nos119 et s.

[237] Cass. Req., 3 août 1915 ; DP. 1917, 1, p. 79 ; *GAJC*, Dalloz, 9° éd. 1991, n°60, p. 266, note **F. TERRÉ** et **Y. LEQUETTE**

[238] *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, dir. **H. PÉRINET-MARQUET**, Litec, 2009

[239] voir **M. GRIMALDI**, La fiducie : Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, 2° partie, *Rep. Not. Defrénois* 1991, art. 35094, spéc. n°55 ; Voir aussi **C. KUHN**, La mission du fiduciaire, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007, *Dr. et Patr*. Juin 2008, p.52, spé. I.A.1. notons que pour cet auteur, l'obligation de loyauté est à rattacher à l'obligation de rendre compte **; M. BOUTEILLE**, *Les propriétés conditionnelles*, préf**. F. Pérochon**, PUAM 2008, spéc. n°804

[240] Un auteur avance que la propriété fiduciaire est temporaire parce qu'elle s'exerce sur une universalité temporaire. v. **C. KUHN**, La mission du fiduciaire, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007, *Dr. et Patr*. Juin 2008, p.52, spéc. I.A.et B

[241] Le droit de propriété ne peut pas faire l'objet d'une prescription extinctive. En revanche, il peut faire l'objet d'une prescription acquisitive. Dans ce cas, c'est le processus d'acquisition qui fait perdre son droit de propriété au premier propriétaire, voir **F. TERRÉ**, L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil, *in* Destins du droit de propriété, *Droits*, n°1, 1985, p. 33 et spéc. p. 41 et s.

propriété ne s'éteint pas à l'échéance ; il est transmis au bénéficiaire, comme dans toutes les hypothèses de cession de propriété[243]. Le caractère temporaire de la propriété fiduciaire ne semble pas incompatible avec les caractères perpétuel et imprescriptible du droit de propriété ordinaire[244].

La propriété fiduciaire apparaît donc comme une variante du droit de propriété ordinaire, une modalité du droit de propriété, l'une de ces « *manières d'être qui affectent le droit de propriété et se traduisent toujours, en définitive, par des restrictions aux pouvoirs du propriétaire*.»[245].

La nature du droit du fiduciaire établie, attachons-nous à déterminer les modes de réalisation de la fiducie-sûreté.

2. La réalisation en nature de la fiducie-sûreté : une attribution légale en propriété

L'article 2372-2 impose de distinguer deux hypothèses. Lorsque le bénéficiaire et le fiduciaire sont deux personnes distinctes, la fiducie est dite à trois personnes. C'est la forme originaire du trust et de la fiducie dans le droit positif. Dans le cadre d'une fiducie-sûreté à trois personnes, la réalisation a lieu, en principe, par attribution en propriété (a). En revanche, la loi permet aux bénéficiaires d'être également fiduciaires s'il répond aux conditions légales. Dans ce cas, la fiducie-sûreté est alors dite à deux personnes. L'analyse de son mode de réalisation est alors plus délicate (b).

a) Le principe : une attribution légale en propriété dans la fiducie-sûreté à trois personnes

41. **Un transfert de propriété et une attribution en propriété**. L'article 2372-3 du Code civil précise que « Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix ».

---

[242] Cass. Req, 25 avril 1905, *D.P*. 1907, 1, 141, obs**. POTHIER** ; *S*. 1907, 1, 273, note **WAHL** ; *GAJC*, Dalloz, 9° éd. 1991, n°60, p. 266, note **F. TERRÉ** et **Y. LEQUETTE**

[243] **J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI**, *Traité de droit civil, Les biens*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2°éd., mars 2010, spéc. n °211 ; contra **F. ZENATI, T. REVET**, *Les biens*, PUF, Droit fondamental, 3èmeéd., janv. 2008, spéc. n°176 : le transfert de propriété « *consiste dans l'extinction d'un droit de propriété et la création concomitante d'un nouveau droit de propriété dans la personne d'un autre, la première opération ayant lieu dans le but de réalisation de la seconde* ».

[244] **P. CROCQ**, *Propriété et garantie*, Th. Préf. **M. GOBERT**, Bibliothèque de Droit privé, tome 248, LGDJ, 1995, spéc. n^{os} 111 et 112

[245] **J. CARBONNIER**, *Droit civil, t.2, Les biens, Les obligations*, PUF, Quadriges manuels, oct. 2004, spéc. n°740, p. 1656

Ce droit de disposer librement du bien semble désigner le caractère absolu du droit de propriété. L'aboutissement de la réalisation de la fiducie (sûreté comme gestion) est donc d'offrir au bénéficiaire la propriété absolue du bien[246] au moyen d'un transfert de propriété du bien. Ce transfert de propriété a lieu à la défaillance du débiteur et sur « *ordre* » du créancier (lorsqu'il exerce sa liberté de réaliser)[247].

Or nous avons défini l'attribution en propriété comme « *le transfert de propriété du bien, objet de la sûreté, au créancier garanti, en cas de défaillance du débiteur à l'échéance* ». Le mode de réalisation de la fiducie-sûreté, dans cette hypothèse, est alors une attribution en propriété.

Cette vision est plus proche du trust anglo-saxon que de la fiducie germanique. En effet, si dans le trust anglo-saxon, le bénéficiaire a vocation à devenir et demeurer propriétaire du bien, la fiducie-sûreté allemande admet difficilement que le bien grevé devienne définitivement la propriété du fiduciaire créancier[248].

42. **Une attribution légale en propriété**. L'attribution en propriété dans la fiducie-sûreté n'est, en principe, ni d'origine judiciaire, ni d'origine conventionnelle. L'attribution en propriété apparaît comme un effet légal du contrat de fiducie. Il s'agit alors d'une attribution légale en propriété.
En effet, le transfert de propriété est de l'essence de la fiducie[249] car l'issue de la fiducie réside toujours dans un transfert de propriété au profit du bénéficiaire. Dans le cadre d'une fiducie-sûreté, ce bénéficiaire peut être le créancier ou le constituant. De plus, au regard de l'article 2372-3 du Code civil, à défaut de stipulation contraire, la fiducie se réalise par un transfert de propriété. L'attribution en propriété constitue donc le mode de réalisation de droit commun de la fiducie-sûreté dans cette hypothèse.

La fiducie à trois personnes se réalise donc par une attribution en propriété. Néanmoins, l'article 2372-3 du Code civil vise une seconde hypothèse, la fiducie-sûreté à deux personnes. Dans ce cas, la nature du mode de réalisation est plus délicate à déterminer.

---

[246] Voir par exemple : **M. GRIMALDI**, La fiducie sur ordonnance, *D.* 2009, p. 670, spéc. n^{os} 9 et 11 ; **P. DUPICHOT**, La fiducie-sûreté en pleine lumière, à propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *JCP G* 2009, I, 132, spéc. n°13
[247] Voir 83 et s.
[248] Pour une présentation des éléments du débat **F.-X. LICARI**, Les principales sûretés réelles en droit allemand : fiducie et clause de réserve de propriété, *in Droit des sûretés*, Lamy 2014, spéc. n°523-60
[249] Voir dans ce sens : **M. GRIMALDI**, La fiducie sur ordonnance, *D.* 2009, p. 670, spéc. n^{o}11 ;

b) La délicate analyse de la fiducie-sûreté à deux personnes

Si la fiducie à trois personnes constitue théoriquement le principe, la loi prévoit l'hypothèse dans laquelle le fiduciaire et le bénéficiaire sont la même personne. L'article 2372-3 alinéa 1 précise qu'en cas de défaillance du débiteur, le fiduciaire recouvre « *la libre disposition de son bien* ». Une formulation analogue est employée en matière de clause de réserve de propriété[250].
Comme en matière de fiducie à trois personnes, cette expression semble signifier que les limites conventionnelles apportées au droit de propriété cessent et que le bénéficiaire devient alors titulaire d'un droit de propriété absolu.

43. **Un changement de patrimoine sans transfert de propriété**. La loi du 19 février 2007 instituant la fiducie et la loi du 15 juin 2010 instituant l'entreprise individuelle à responsabilité limitée[251] ont consacré expressément[252] l'existence de patrimoines d'affectation[253]. Le législateur français s'est détaché du principe doctrinal de l'unicité du patrimoine, sans dépasser celui de la personnalité[254]. En effet, il n'a pas, comme en droit québécois[255] – inspiré de la doctrine allemande[256] – consacré un patrimoine d'affectation autonome et détaché de toute personne

[250] Article 2371 du Code civil
[251] Loi n° 210-658 du 15 juin 2010 relative à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, JORF, 16 juin 2010, p. 10984, texte n°1. Pour une présentation de la réforme voir notamment : Dossier : Entrepreneur individuel à responsabilité limité, *JCP E* 2010, 1979 ; **F. VAUVILLÉ**, Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Rep. Not. Defrénois,* 2010, art. n°39144 ; **S. PIEDELIÈVRE**, L'EIRL, *Rép. Not. Defrénois*, 2010, art. n°39134
[252] Des prémices peuvent être relevées. Economiquement, les sociétés unipersonnelles telles que les EARL, EURL, SASU constituaient déjà des patrimoines d'affectation, tout comme les hypothèses d'orientation des poursuites des créanciers professionnels sur les biens professionnels relevaient de la même idée de patrimoine d'affectation. Juridiquement, les fondations constituaient des patrimoines d'affectation. Voir notamment **M.-H. MONSÉRIÉ-BON, G. KALFLÈCHE, F. MACORIG-VENIER, J.-G. SORBARA**, Le dépassement des liens entre personne et patrimoine. Analyse comparée droit privé/droit public, *in La personnalité juridique*, **X. Bioy** (dir.), Presses Université Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 253 et s.
[253] Pour un exemple de détachement, voir la transmission de l'EIRL entre vifs Voir notamment **M.-H. MONSÉRIÉ-BON, G. KALFLÈCHE, F. MACORIG-VENIER, J.-G. SORBARA**, Le dépassement des liens entre personne et patrimoine. Analyse comparée droit privé/droit public, *in La personnalité juridique*, **X. Bioy** (dir.), Presses Univ. Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 253 et s.
[254] **J.-L BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI**, *Traité de droit civil, Les biens*, sous la dir. **J. GHESTIN**, LGDJ, 2ème éd., mars 2010, spé. n°7 ; Pour une étude globale Voir notamment **M.-H. MONSÉRIÉ-BON, G. KALFLÈCHE, F. MACORIG-VENIER, J.-G. SORBARA**, Le dépassement des liens entre personne et patrimoine. Analyse comparée droit privé/droit public", *in La personnalité juridique*, **X. Bioy** (dir.), Presses Univ. Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 253et s.
[255] Voir notamment : **C. WITZ**, Les caractères distinctifs de la fiducie, *in Trust et fiducie, compléments ou concurrents ?, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, Académy et finance, Genève, janv. 2008, p. 61, spéc. pp. 77 et s. **M. CANTIN-CUMYN**, La fiducie au Québec, un modèle inimitable ?, *in* Trust et fiducie, compléments ou concurrents ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Academy et finance, Genève, janvier 2008,p. 85 et spé. p.93 ; **B. MALLET-BRICOUT**, Le fiduciaire propriétaire, *JCPN* 2010, n°1073, spéc. n°3
[256] **T. RIEHM**, Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés, *in* La théorie du patrimoine : unité ou affectation ?, *RLDC.*, déc. 2010, n°4066

juridique. Le fiduciaire peut donc être titulaire de plusieurs patrimoines, patrimoine personnel, patrimoines affectés[257] au gré des missions fiduciaires dont il a été investi.

La loi qualifie de patrimoine fiduciaire l'ensemble des biens transférés dans un but précis et tenus séparés des biens du fiduciaire[258]. Cependant, il est permis de douter de cette nature de patrimoine[259].

Le patrimoine se définit comme une « *universalité juridique constituée par l'ensemble des droits et obligations d'une personne qui ont une valeur pécuniaire* »[260]. Ce sont des ensembles de biens dans lesquels l'actif répond du passif.

Les textes relatifs à la fiducie n'envisagent que le sort de l'actif du patrimoine de la constitution à la réalisation. L'article 2011 du Code civil prévoit, à la constitution, le transfert d'actifs[261], alors que les textes sur l'EIRL prévoient le transfert d'obligations[262]. Le transfert de dette seule lors de la constitution semble impossible. De même, lors de la réalisation, l'article 2372-2 du Code civil ne vise que le transfert de l'actif et non celui du passif. En outre, le patrimoine fiduciaire n'est pas imperméable. Si l'article 2025 érige comme principe que les créanciers fiduciaires se paient sur l'actif fiduciaire, il admet qu'en cas d'insuffisance du patrimoine ces derniers poursuivent le recouvrement de leur créance sur l'actif du patrimoine du constituant. Une autre analyse pourrait être menée. Il pourrait simplement être constaté que le législateur octroie au créancier du patrimoine fiduciaire une garantie personnelle accessoire à l'encontre du constituant ou que le constituant est codébiteur du fiduciaire pour le paiement de ces créances. L'engagement est toutefois subsidiaire.

Au regard des débats parlementaires, il semble que le législateur souhaitait inclure les opérations de *defeseance* dans la fiducie[263]. L'absence du passif apparaît alors comme une maladresse[264]. Le patrimoine fiduciaire doit donc être considéré comme un véritable patrimoine. Il est toutefois souhaitable que le législateur gomme les imperfections des textes.

---

[257] ou patrimoine-but

[258] Voir par exemple l'article 2030 al. 1 du Code civil *: «Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans **le patrimoine fiduciaire** font de plein droit retour au constituant.* »

[259] Contra voir **M. LEROY**, Le passif fiduciaire, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire, *Dr et Patr*. juin 2008, n°171, p. 58.

[260] **J.-L BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI**, *Traité de droit civil, Les biens*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 2ème éd., mars 2010, spéc. n°2

[261] Art 2011 du Code civil : « *la fiducie est 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* »

[262] Article L.526-6 du Code de commerce

[263] **RICHEMONT**, Rapp. Sénat n°11, 2006-2007, séance du 11 oct. 2006; **P. MARINI**, Enfin la fiducie à la française !, *D.* 2007 p. 1347

[264] **R. LIBCHABER**, Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (partie 1), *Rép. Not., Defrénois*, 30 août 2007 n° 15, p. 1094, spéc. n°7 ; **M. LEROY**, Le passif fiduciaire, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire, *Dr et Patr*. juin 2008, n°171, p. 58

Ces différents patrimoines ne sont pas totalement cloisonnés et des échanges s'opèrent entre eux. Lors de la réalisation de la fiducie, le bien objet de la sûreté sort du patrimoine fiduciaire pour entrer dans le patrimoine personnel du bénéficiaire fiduciaire. De la même manière, lors de la constitution de l'EIRL, le bien affecté sort du patrimoine personnel de l'entrepreneur pour entrer dans le patrimoine affecté.

Comment analyser ce changement de patrimoine ? Est-ce un transfert de propriété comme en matière de fiducie à trois personnes ? Est-ce un autre mécanisme ?

44. **La désaffectation**. Traditionnellement, le transfert de propriété met en relation deux personnes et deux patrimoines distincts. Il implique donc un double changement, un changement de patrimoine et un changement de propriétaire[265].

Il pourrait être concevable d'analyser le changement de patrimoine opéré lors de la réalisation de la fiducie à deux personnes en un transfert de propriété. En effet, la double condition, le changement de patrimoine et le changement de propriétaire, est rattachée au principe traditionnel de l'unicité du patrimoine. Chaque personne n'étant titulaire que d'un patrimoine, la mutation d'un patrimoine à un autre entraîne nécessairement le changement de propriétaire. Ce principe doctrinal pourrait, par les réformes de la fiducie et de l'EIRL, avoir été dépassé. Un nouveau principe pourrait avoir émergé. Une personne juridique aurait plusieurs patrimoines. Ainsi, le transfert de propriété pourrait s'entendre comme une seule mutation d'un patrimoine à un autre sans changement de titulaire.

Cette analyse nous semble toutefois devoir être écartée[266]. Malgré les difficultés liées à sa définition, le droit de propriété actuel apparaît comme un droit individuel, un droit subjectif. Le transfert de propriété paraît donc également exiger un changement de titulaire du droit en plus d'une modification de la qualité de propriétaire. Madame M.-P. Dumont-Lefrand[267] parle de changement de la « *titularité* » du droit. Monsieur L. Rozès[268] explique que c'est « *une mutation dans la qualité du titre* » et que ce passage d'un patrimoine affecté à un patrimoine personnel « *sédimente le titre de propriété* ». Madame A.-L. Thomat-Raynaud considère que le propriétaire reste propriétaire des biens composant les patrimoines mais que c'est « *le lien* » qui unit le propriétaire et ses actifs qui se

---

[265] **F. ZENATI, T. REVET**, *Les biens*, PUF. Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008, n°176 « *Le transfert de propriété s'entend toujours de la mutation de la propriété* ».; **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 « *La mutation est un transfert d'un droit (surtout d'un droit réel) d'une personne à une autre ; elle désigne aussi bien le changement de titulaire du droit qui en résulte que l'opération qui produit ce changement, laquelle peut être volontaire (cession amiable), ou forcée (expropriation) à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort* »; **C. ATIAS**, *Droit Civil. Les Biens*, Manuel, Litec, 11ème éd. 2011, spéc. nos290 et s.

[266] Voir aussi au sujet de l'EIRL : **J. LAURENT**, Les mutations non translatives, A propos de l'EIRL (I), *Dr. et Patr.*, 2012, n°219

[267] **M.-P. DUMONT-LEFRANC**, Le dénouement de la fiducie, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 févr. 2007, *Dr. et Patr*. Juin 2008, n°171-47, II,A,2

[268] Notes prises lors d'un comité de thèse, le 18 février 2011

trouve modifié. C'est l'exercice du droit de propriété est transformé mais pas le droit lui-même[269]. A notre sens, comme cela a pu être démontré en matière d'EIRL[270], il faut retenir que le passage d'un patrimoine à un autre s'analyse comme une affectation ou une désaffectation. En revanche, la consécration des patrimoines d'affectation a fait, selon nous, évoluer, au plan technique, la notion de l'affectation. Si elle constitue toujours un « *acte juridique unilatéral qui consiste à conférer à un bien une destination* »[271]. Elle peut prendre la forme d'une mutation d'un bien d'un patrimoine à un autre patrimoine appartenant à la même personne, qui trouve sa cause dans la volonté du propriétaire ou dans la modification de la qualité de ce même propriétaire.

Au regard des modes de réalisation, la désaffectation du bien ne nous semble pas pouvoir constituer une attribution en propriété car il n'y a pas de transfert de propriété. La désaffectation du bien constitue une exception au principe de réalisation de la fiducie-sûreté par attribution légale du bien objet de la sûreté.

Notons cependant que cette désaffectation peut susciter des difficultés lorsque le fiduciaire avocat disposera de plusieurs patrimoines d'affectation et notamment lorsqu'il aura constitué une EIRL. Le bien désaffecté devra-t-il rejoindre le patrimoine professionnel ou le patrimoine personnel ? La solution peut être trouvée dans la nature de la créance, s'il s'agit d'une créance personnelle, elle rejoint le patrimoine personnel ; lorsqu'il s'agit d'une créance professionnelle, elle rejoint le patrimoine personnel (non affecté)[272].

L'attribution en propriété (judiciaire, conventionnelle ou légale) a vu son champ d'application étendu et généralisé. Le créancier peut devenir propriétaire du bien objet de la sûreté. Dans la majorité des sûretés réelles conventionnelles, le créancier peut choisir de réaliser sa sûreté par une attribution en propriété. Néanmoins, la vente forcée n'a pas perdu de son influence et son champ d'application s'est également étendu à la fiducie-sûreté. Elle prend alors d'autres formes que celles prescrites par les procédures civiles d'exécution.

§2. L'extension du domaine de la vente

[269] **A.-L. THOMAT-RAYNAUD**, *L'unité du patrimoine*, Préf. **D. Tomasin**, Defrénois, 2007, spéc. n^{os} 950 à 952
[270] **J. LAURENT**, Les mutations non translatives, A propos de l'EIRL (I), *Dr. et Patr*., 2012, n°219
[271] **J. LAURENT**, Les mutations non translatives, A propos de l'EIRL (I), *Dr. et Patr*., 2012, n°219
[272] Voir **M. DUEDRA**, *Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : Essai d'une comparaison*, Th. Toulouse, 2012, spéc. n°414

45. Outre le droit de demander l'attribution en propriété du bien, le créancier titulaire d'une sûreté réelle peut également exiger que le bien soit vendu et que le prix soit distribué.
Avant la loi du 1er août 2008, cette faculté n'était expressément ouverte qu'au créancier muni d'une sûreté réelle fondée sur un droit de préférence (A). C'est le mode traditionnel de réalisation des sûretés réelles préférentielles. La loi de Modernisation de l'Economie est venu préciser les textes en matière de fiducie-sûreté. Avant cette loi, aucun texte ne s'opposait, ni n'exprimait la possibilité pour le fiduciaire de réaliser sa sûreté par le biais d'une vente. Cette faculté lui a été offerte, sous certaines conditions, par la loi du 1er août 2008 (B). Il en résulte que la majorité [273] des sûretés réelles peuvent être réalisées par le biais d'une vente.

A. La vente, mode de réalisation de droit commun des sûretés réelles fondées sur un droit de préférence

46. **Le principe**. Comme tout créancier, le créancier titulaire d'une sûreté réelle peut utiliser la vente pour poursuivre la réalisation de sa sûreté. Sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 23 mars 2006, la vente forcée du bien et la distribution du prix constituaient la règle de droit commun. Il en est toujours ainsi.
Son champ d'application est très étendu. Elle constitue le mode de réalisation par excellence de l'hypothèque, du gage immobilier, des gages mobiliers de droit commun et spéciaux et des nantissements de droits communs et spéciaux. En outre, elle est actuellement[274] le seul mode de réalisation des privilèges généraux et spéciaux.

Lorsque le législateur laisse plusieurs options au créancier, la rédaction des textes révèle que la vente forcée constitue le mode de réalisation de droit commun. En effet, qu'il s'agisse du gage de droit commun ou de l'hypothèque conventionnelle, les textes proposant la vente forcée comme mode de réalisation figurent toujours en premier. Ainsi, au sujet du gage, l'article 2346 du Code civil prévoit qu' « *à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé […].* ». Ensuite, l'article 2347 du même code ouvre une première alternative au créancier, l'attribution judiciaire. Enfin, l'article 2348 lui offre sa seconde alternative à la vente forcée, l'attribution conventionnelle.

[273] Il existe cependant des exceptions telles que le nantissement de créance, le gage espèce ou encore la réserve de propriété.
[274] Pour l'avenir, voir n°23 et s..

47. **Le recours inutile à la vente forcée**. La vente forcée est parfois exclue. Lorsqu'elle est inutile, elle ne constitue pas un mode de réalisation. Ainsi, en matière de nantissement de créance, les articles 2356 et suivants du Code civil prévoient un régime spécial de réalisation et d'imputation des paiements. L'article 2365 alinéa 2 du Code civil, après avoir énoncé que le nantissement de créance pouvait se réaliser par une attribution en propriété, précise que le créancier *« peut également attendre l'échéance de la créance nantie* ». Lorsque le nantissement de créance est devenu opposable aux tiers, par notification, le débiteur de la créance nantie ne peut valablement payer que le créancier garanti. Si la créance nantie est échue avant la créance garantie, le créancier nanti reçoit paiement et consigne la somme sur un compte spécial ouvert auprès d'un établissement habilité, jusqu'à l'échéance de sa créance. Lorsque la créance garantie arrive à échéance, après « *défaillance du débiteur de la créance garantie*[275] *et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affectera les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées*. »[276]. Ces dispositions excluent la vente forcée comme mode de réalisation car elle est inutile[277]. Le bien n'a pas besoin d'être liquidé. Il y a seulement une imputation des paiements[278].

48. **Le recours impossible à la vente forcée**. La vente peut également être impossible à cause de la nature du mécanisme de garantie utilisé. Ainsi, le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété demeure propriétaire des biens – le transfert n'ayant lieu qu'au complet paiement du prix. Si le débiteur ne s'exécute pas, il doit lui restituer la possession du bien. Demeurant propriétaire, il peut le vendre de nouveau. Néanmoins, cette nouvelle vente ne constitue pas un mode réalisation de la clause de réserve de propriété mais est seulement une manifestation du droit de disposer du bien.

Les différentes réformes ont conservé le statut de mode de réalisation de droit commun de la vente forcée. Toutefois, elles ont utilisé d'autres formes de vente comme des modes de réalisation. Il en

[275] A titre de remarque, cette disposition a fait l'objet d'une retouche lors de la loi de ratification. En effet, le texte original comportait une faiblesse dans sa rédaction qui laissait croire qu'il s'agissait de la défaillance du débiteur de la créance nantie. Voir à titre d'exemple les critiques de **C. LISANTI**, Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels sans l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2006, p. 2671, spéc. note 27

[276] Article 2364 du Code civil alinéa 2

[277] Ces articles ont mis fin à une controverse doctrinale ancienne. Une partie de la doctrine arguait que lorsque la créance nantie arrivait à échéance avant la créance garantie, le créancier pouvait procéder à une vente forcée de la créance. Cependant, cela revenait à mettre en œuvre le nantissement alors que la créance n'était pas exigible. Voir **C. LISANTI**, Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels sans l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2006, p. 2671, spéc. 6 et note 26 ; voir aussi **D. LEGEAIS**, *Les garanties conventionnelles sur créances*, avant-propos **J. Stoufflet**, préf. **P. Rémy**, Economica, coll. Droit des affaires et entreprise, 1986

[278] Il ne va de même en matière de gage de somme d'argent. La vente a pour objectif de liquider le bien, c'est-à-dire de transformer le bien en une somme d'argent correspondant à sa valeur. Or, la somme d'argent est par essence liquide. La vente est inutile. Toutefois, une saisie attribution de droit commun peut être utilisée pour appréhender la somme d'argent contenu sur un compte bancaire.

va ainsi en matière de gage commercial où la procédure de vente forcée est simplifiée et plus particulièrement en matière de fiducie-sûreté.

B. La vente, mode de réalisation alternatif de la fiducie-sûreté.

49. Lorsque le bénéficiaire et le fiduciaire sont deux personnes distinctes, les parties au contrat de fiducie-sûreté peuvent stipuler que la sûreté se réalisera par « *la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix*. »[279]. La loi fait de la vente du bien un mode de réalisation facultatif et alternatif de la fiducie-sûreté (1). Néanmoins, elle s'impose comme le mode de réalisation de la fiducie-sûreté rechargeable (2).

1. La vente, mode de réalisation de la fiducie-sûreté

50. **Une vente, en principe, amiable**. La loi précise seulement que la réalisation de la fiducie-sûreté peut avoir lieu par la vente du bien par le fiduciaire. C'est d'ailleurs la solution de principe retenue par le droit allemand[280]. Cependant, elle reste muette quant à la nature et au régime de cette vente. L'organisation de la vente étant laissée à la convention des parties, le bien étant la propriété du fiduciaire-vendeur, la vente doit être qualifiée de vente amiable (pour une argumentation détaillée voir n°68).

La loi ne prévoit qu'une seule règle concernant la vente du bien objet de la fiducie lors de la réalisation. Elle interdit, à peine de nullité relative de la vente, au fiduciaire de se porter adjudicataire du bien objet de la fiducie[281]. De nombreuses critiques se sont élevées contre cette règle. Pour Messieurs A. Gourio[282], F. Zenati et T. Revet[283], cette extension de l'article 1596 du Code civil provoque une incapacité de jouissance. La jurisprudence avait fait une interprétation

[279] Article 2372-3 du Code civil
[280] **F.-X. LICARI**, Les principales sûretés réelles en droit allemand : fiducie et clause de réserve de propriété, *Droit des Sûretés*, Lamy, 2014, Etude 523, spéc. n°523-75 ; *Droit des sûretés*, Lamy, 2013, spéc. n°523-75
[281] Article 1596 du Code civil *« Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées :*
Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ;
Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;
Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ;
Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.
Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire. »
[282] **A. GOURIO**, Les nouveaux modes de réalisation, attribution judiciaire, pacte commissoire et fiducie-sûreté le point de vue du banquier, *in La réalisation des sûretés immobilières*, Colloque de l'AAPPE du 23 mai 2008, p. 5
[283] **F. ZENATI, T. REVET**, *Les biens*, PUF. Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008, spéc. n°272

large de cette interdiction et en avait étendu le domaine à l'ensemble des ventes[284]. Messieurs F. Zenati et T. Revet[285] craignent que la jurisprudence fasse de même en matière de fiducie. Une telle interprétation extensive n'est pas souhaitable.

Cette règle peut paraître justifiée en matière de fiducie-gestion, le fiduciaire ayant un rôle similaire à un tuteur, c'est à dire gérer des biens pour autrui. En revanche, elle constitue une aberration en matière de fiducie-sûreté[286] car elle se trouverait en contrariété avec la faculté du fiduciaire d'être bénéficiaire[287]. Toutefois, dans l'hypothèse d'une fiducie-sûreté à deux personnes, cette règle n'aura qu'un impact marginal. Elle peut facilement être détournée. En effet, lors de la défaillance du débiteur, le bien est transféré du patrimoine fiduciaire au patrimoine personnel du fiduciaire. Il est alors titulaire d'un droit de propriété ordinaire. Libre à lui de procéder alors à la vente, quelle que soit sa forme.

2. La vente, seul mode de réalisation de la fiducie-sûreté rechargeable

51. **Le caractère inopportun de l'attribution en propriété**. L'article 2372-5 du Code civil[288], sur le modèle de l'hypothèque rechargeable, institue la fiducie-sûreté rechargeable. Lors de la réalisation de la fiducie rechargeable, la loi ne prévoit aucune disposition particulière. La jurisprudence n'a pas été saisie de la question. A notre sens, il convient d'appliquer le droit commun de la fiducie. La réalisation a lieu par attribution en propriété ou par la vente du bien et le partage du prix.

Cependant, comment réaliser en nature une fiducie-sûreté rechargeable ? A qui attribuer le droit de propriété sur le bien ?

D'un point de vue théorique, la réalisation en nature de la fiducie-sûreté rechargeable semble possible. En cas de pluralité de créanciers bénéficiaires, ces derniers sont classés selon la date de

---

[284] En matière de tutelle, la jurisprudence a étendu cette interdiction à toutes les ventes, par adjudication ou non. Voir CA Paris, 12 nov. 1964: *D.* 1965. 415

[285] **F. ZENATI, T. REVET**, *Les biens*, PUF. Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008, spéc. n°272

[286] Un auteur admet que cette solution soit justifiée en matière de fiducie-gestion. Voir : **P. CROCQ**, Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, *D.* 2007, p. 1354, spéc. n°14

[287] Voir sur ce point, **P. CROCQ**, Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, *D.* 2007, p. 1354, spéc. n°14 ; **F. ZENATI, T. REVET**, *Les biens*, PUF. Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008, spéc. n°272

[288] Article 2372-5 du Code civil : « *La propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.*

A peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite. ».

constitution de l'acte de rechargement de la fiducie[289]. Si l'attribution en propriété est demandée par le créancier fiduciaire initial, aucun problème ne se pose. En revanche, des interrogations subsistent lorsque l'attribution en propriété est demandée par un créancier titulaire d'un rechargement. Dans, ce cas, la situation est identique à l'hypothèse d'attribution en propriété à un créancier de second rang. La situation est donc complexe et incertaine.

Notons également que l'article 2372-5 du Code civil alinéa 3 précise que « *la date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers* ». Il semble donc que l'hypothèque rechargeable s'inscrive, entre les créanciers bénéficiant de convention de rechargement, dans une logique de classement et non dans une logique d'exclusivité.

Sur un plan pratique, le recours à l'attribution en propriété nous semble donc inopportun et malcommode car trop complexe, long et coûteux à mettre en œuvre.

52. **La vente, seul mode de réalisation possible**. De façon pragmatique, à notre avis, la seule solution envisageable semble être la réalisation de la fiducie par la vente du bien effectuée par le fiduciaire. Il procèdera ensuite à la répartition du prix entre les différents bénéficiaires et éventuellement à celle de l'excédent. Malgré la disposition légale imposant une stipulation contractuelle pour que la vente soit un mode de réalisation de la fiducie, pour les raisons exposées ci-avant et dans le silence du contrat, la fiducie-sûreté rechargeable devrait être réalisée par la vente du bien et la distribution du prix.

Le législateur a choisi de moderniser les modes de réalisation, de leur faire gagner de l'efficacité. Il a développé et généralisé l'attribution en propriété sous différentes formes, l'attribution judiciaire, l'attribution conventionnelle pour les sûretés réelles préférentielles et l'attribution légale pour la fiducie-sûreté. Il a aussi maintenu et élargi le domaine de la vente. La diversification des modes de réalisation a amené le législateur à développer des modes alternatifs aux procédures civiles d'exécution en privilégiant la réalisation « amiable ». Le créancier peut ainsi opérer son choix pour le mode de réalisation selon le caractère judiciaire ou amiable du mécanisme.

Section 2. Le second critère de l'option : la réalisation amiable ou la réalisation forcée

53. Jusqu'il y a une trentaine d'années, le droit français était peu enclin aux procédures amiables. Les procédures étaient majoritairement judiciaires.

[289] Voir article 2372-5 du Code civil

Cependant, sous l'influence d'autres cultures juridiques, du développement de l'arbitrage et face à l'engorgement des tribunaux, à la lenteur et au coût des procédures, le législateur a progressivement introduit et généralisé les procédures amiables dans toutes les branches du droit, lançant une grande vague de déjudiciarisation. [290]

A titre liminaire, il nous parait important d'apporter une précision sémantique. En principe, l'adjectif « *judiciaire* » est utilisé ici dans un sens purement procédural et fait référence à l'intervention du juge dans la procédure. Par opposition, l'adjectif « *amiable* » qualifie des procédures ou des mécanismes qui n'impliquent pas l'intervention du juge.

Le phénomène de déjudiciarisation a touché les modes de réalisation des sûretés réelles à deux égards.
Entre 1991 et 2006, la matière a d'abord été marquée par la déjudiciarisation des procédures civiles d'exécution. En revanche, l'ordonnance du 21 avril 2006 portant réforme de la saisie immobilière a conservé son caractère judiciaire tout en permettant au juge d'autoriser le débiteur à vendre lui-même son bien. Enfin, l'ordonnance du 23 mars 2006 a consacré et institutionnalisé les modes de réalisation amiables (§1). Il résulte de cette évolution un profond bouleversement des catégories de modes de réalisation et une augmentation corrélative du choix du créancier au jour de la réalisation. Ce dernier a la possibilité d'opter pour un mode de réalisation judiciaire ou pour une solution alternative, un mode de réalisation amiable (§2). Parfois, ce critère choix se recoupe avec le critère exposé à la section précédente, la vente ou l'attribution en propriété. D'autres fois, il apparaît plus autonome et constitue le seul critère.

§1. Les causes et les manifestations de la déjudiciarisation

54. Le recul du rôle du juge dans la réalisation des sûretés réelles est l'œuvre de plusieurs textes touchant tour à tour aux procédures civiles d'exécution, aux procédures d'insolvabilité et aux sûretés réelles. Malgré l'éclatement des textes, la déjudiciarisation peut se présenter en deux phases,

[290] Le recours à l'arbitrage a été assoupli notamment par le D n°2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage. Voir par exemple**, L. VALLÉE**, Ouverture du colloque, *in Le nouveau droit français de l'arbitrage*, sous la dir. **T. Clay**, Lextenso, 2011, spéc. p.15. La conciliation et la médiation judiciaires ont été développées. Voir articles 21 du CPC et article 129-1 du CPC issu du D. n°2010-1165 du 1er oct. 2010. Elles sont de plus en plus utilisées notamment en matière de droit de la famille. A ce propos que la procédure de divorce par consentement mutuel est une procédure quasi déjudiciarisé dans laquelle l'avocat joue, en pratique, dans l'élaboration de la requête conjointe, le rôle de conciliateur. Le juge aux affaires familiales n'intervient que pour homologuer l'accord des époux.(Voir articles 1088 à 1105 du CPC et 230 à 232 du Code civil).
De même, en matière de procédures collectives, la loi du 26 juillet 2005 Loi de sauvegarde des entreprise a développé les procédures déjudiciarisées de règlement du passif en consacrant les procédures de conciliation et de mandat *ad hoc*.

la déjudiciarisation des procédures civiles d'exécution et des ventes forcées et la création de modes alternatifs de réalisation, modes amiables spécifiques aux sûretés réelles (B).

Cette déjudiciarisation apparaissait comme une nécessité juridique, économique et sociale. En effet, l'étude des causes de la déjudiciarisation révèle qu'elle constitue l'une des clés de l'efficacité de la réalisation (A).

A. Les causes de la déjudiciarisation

55. **Les critiques formulées à l'encontre des procédures judiciaires**. Avant les réformes, les modes de réalisation des sûretés réelles résidaient essentiellement dans les voies d'exécution et l'attribution judiciaire pour les gages et nantissements. L'action en revendication était également un mode de réalisation de la réserve de propriété mais cette dernière n'avait pas encore été reconnue comme une sûreté réelle par la loi.

Ces procédures étaient principalement judiciaires[291]. Différentes critiques avaient été adressées, plus particulièrement aux procédures civiles d'exécution. D'un point de vue juridique, ces procédures apparaissaient comme extrêmement lourdes et longues. La lenteur et la longueur des procédures contreviennent à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme protégeant le droit au procès équitable et à l'article 47, de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne[292]. Cette lenteur avait d'ailleurs valu à la France des condamnations par la Cour Européenne des droits de l'Homme[293].

La lenteur de la réalisation se répercutait sur le plan économique. Le coût des procédures était important et le résultat incertain, ce qui ôtait parfois tout intérêt à la réalisation. De plus, la rigidité des procédures aboutissait parfois à un résultat antiéconomique. Par exemple, en matière de vente forcée d'immeuble, la combinaison entre l'interdiction de la clause de voie parée et l'obligation d'un recours à la vente par adjudication judiciaire empêchait le débiteur qui avait trouvé acquéreur de son bien à de bonnes conditions, de concrétiser la vente. La loi prévoyait dans ce cas la

[291] La réalisation de la réserve de propriété prévoit toujours l'hypothèse d'une restitution volontaire du bien par l'acquéreur.

[292] Article 47 de la Charte Européenne des droits fondamentaux de l'Union Européenne n° 2000/C 364/01, JOCE 18.12.2000 « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi.* »

[293] Pour une condamnation de la France en matière indemnitaire voir notamment : CEDH 31 mars 1992 X c ;/ France, série A, n°236, *AJDA* 1992, p.420 ; Pour des condamnations en matière d'exécution des jugements voir notamment : CEDH, 25 oct. 1988, *Martins Moreira* : Série A, n°143 §44. – CEDH, 24 mars 1994, *Silva Pontes* c/ Portugal: Série A, n° 286-A ; *Rev. Justices* 1995/1, p. 147, spéc. p. 170, obs. **G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUSS;** Pour une vision d'ensemble de la question voir **G. COHEN-JONATHAN ET J.F. FLAUSS,** Commission et Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. Justices* 1995/1, p. 147

possibilité de conversion de la saisie en vente volontaire mais cette dernière demeurait insatisfaisante car elle constituait une vente aux enchères[294].

56. **La déjudiciarisation, vecteur d'une réalisation facilitée**. Certains pays étrangers comportaient déjà des dispositions facilitant la réalisation des sûretés. Aux Etats-Unis, selon l'article 9 du UCC, le créancier titulaire d'un *Security interest* peut se saisir du bien grevé sans autorisation judiciaire, sauf s'il porte atteinte à l'ordre public ou si le propriétaire s'y oppose[295]. Il peut ensuite louer le bien, procéder à la vente publique ou privée du bien ou encore en demander l'attribution judiciaire[296]. Le droit allemand contient une procédure simplifiée de vente du bien objet d'une sûreté[297]. La Belgique est en passe d'adopter des dispositions analogues en matière de suretés mobilières posant comme principe que les parties peuvent prévoir les modalités de réalisation de leur sûreté et qu'à défaut, le créancier peut charger un huissier de la vente du bien, aux enchères ou à l'amiable, sans qu'il y ait besoin de recourir à un titre exécutoire[298].
La CNUDCI a également formulé des recommandations incitant les Etats à adopter des modes de réalisation amiables d'une très grande souplesse[299].

57. **La déjudiciarisation, source d'humanisation**. La déjudiciarisation avait également un intérêt sociologique et psychologique pour le débiteur. Au-delà de l'amélioration de la réalisation des sûretés réelles, elle a provoqué une humanisation des procédures d'exécution forcée[300]. Le débiteur n'est plus seulement un spectateur passif qui subit la saisie et éventuellement la vente du bien grevé. Il devient un acteur de la procédure et participe à en tirer le meilleur prix. Cette position permet au débiteur de veiller au respect de ses propres intérêts. Son rôle actif rend la procédure moins humiliante à son égard. Se manifeste ici le souci du législateur, concilier l'efficacité de la réalisation et la protection du débiteur qui sera traitée dans la seconde partie.

Les avantages d'une déjudiciarisation de la réalisation des sûretés réelles sont nombreux. Toutefois, cette déjudiciarisation n'est pas complète et est le fruit de lois successives.

---

[294] **A. LEBORGNE**, *J.-Cl. Voies d'exécution, Fasc. 1145 Saisie immobilière…,* spéc. n°23
[295] « Volontary repossession by self ». Pour une explication voir : **J.-F. RIFFARD**, *Le security interest ou L'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français*, préf**. J. Stoufflet**, PU de Clermont-Ferrand, 1997, spéc. n^{os}428 et s.
[296] Voir §9-504(1) UCC
[297] **F.-X. LICARI**, Les principales sûretés réelles en droit allemand : fiducie et clause de réserve de propriété, *Droit des Sûretés*, Lamy, 2014, spéc. n°523-60
[298] Voir articles 55 et 56 du projet de loi ; Voir aussi p. 34 du projet http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp
[299] *Guide législatif de la CNDCI sur les opérations garanties*, Nations Unies, 2011, spé. n^{os} 31 et 34
[300] **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, spéc. n°1431 ; **C. BRENNER**, *Voies d'exécution*, Dalloz-Cours, 6ème éd. 2011, spéc. n°215

B. Les deux phases de la déjudiciarisation des modes de réalisation

58. Le législateur, soumis à différentes pressions, a adopté des modes de réalisation amiables. Cette adoption résulte de la réforme des voies d'exécution mobilières en 1991 et 1992, des différentes réformes du droit des entreprises en difficulté, de la réforme des sûretés de 2006 et de l'instauration de la fiducie en 2007 et 2009. Malgré la diversité des sources, la déjudiciarisation des modes de réalisation peut être présentée en deux étapes. La loi du 9 juillet 1991 a d'abord partiellement déjudiciarisé les procédures civiles d'exécution. L'ordonnance du 21 avril 2006, toutefois maintenu le caractère judiciaire de la saisie immobilière tout en permettant au juge d'autoriser le débiteur à vendre lui-même l'immeuble. La déjudiciarisation a également concerné les procédures d'insolvabilité (1). L'ordonnance du 23 mars 2006 a quant à elle, accentué la déjudiciarisation en consacrant et en généralisant des modes de réalisation alternatifs amiables (2).

1. La déjudiciarisation des procédures d'exécution et des procédures d'insolvabilité

59. **Les deux étapes de la déjudiciarisation des procédures civiles d'exécution.** La déjudiciarisation des procédures civiles d'exécution s'est effectuée en deux phases. Le législateur, par la loi du 9 juillet 1991, a déjudiciarisé les voies d'exécution mobilières. Toutefois, le droit français disposait de précédents dans le droit local applicable à l'Alsace et la Moselle. Depuis 1924, celui-ci prévoit qu'il appartient au notaire de mener la procédure d'exécution forcée sur les immeubles après autorisation du juge d'exécution[301] et l'administration forcée des immeubles[302]. Cette dernière procédure est une « *sorte d'antichrèse forcée [qui] permet au créancier de priver son débiteur, de l'administration et de la jouissance de son immeuble pour se payer sur les revenus procurés par celui-ci* ».

60. **La déjudiciarisation des procédures civiles d'exécution mobilières**. En matière mobilière, le droit commercial comportait déjà un mode de réalisation déjudiciarisé. En effet, la réalisation du gage n'est pas soumise aux procédures civiles d'exécution. Le créancier, même s'il n'est pas titulaire d'un titre exécutoire, peut procéder à la vente forcée du bien, selon une procédure

[301] **P. JULIEN, G. TAORMINA**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010, spéc. nos705 et s.
[302] Voir notamment **P. JULIEN, G. TAORMINA**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010, spéc. n°729

d'adjudication judiciaire, après signification[303] demeurée infructueuse pendant au moins huit jours[304].

En 1991, le législateur a maintenu l'exigence d'un titre exécutoire mais a modifié considérablement l'architecture des procédures. Le rôle du juge a été modifié. D'organe clé des voies d'exécution, il en est devenu le contrôleur et n'est plus saisi qu'en cas de contestation. Les voies d'exécution mobilière reposent sur les huissiers de justice qui procèdent aux saisies et aux organes chargés des ventes tels que les commissaires-priseurs ou les notaires[305].

De plus, des phases amiables de procédures ont été créées. Ainsi, en matière de saisie-vente, le débiteur saisi dispose d'un mois, à compter de la notification de l'acte de saisie, pour trouver un acquéreur à son bien[306]. Cette phase amiable est obligatoire. S'il ne trouve pas acquéreur, le bien sera vendu aux enchères publiques par un organe chargé de la vente. La procédure de vente forcée mobilière est donc entièrement déjudiciarisée. Toutefois, le débiteur n'est pas totalement maître de ses choix, il doit rendre compte des différentes propositions reçues à l'huissier qui en informe les créanciers saisissants et les créanciers opposants. Le juge connaît seulement des contestations.

De même, la distribution du prix de vente est en principe amiable. Le créancier saisissant prépare l'ordre des paiements. Le juge n'intervient qu'en cas d'opposition de l'un des créanciers et d'échec de la phase de conciliation.

61. **La déjudiciarisation dans les procédures d'insolvabilité**. Dans le droit de l'insolvabilité, le besoin de réforme et de renforcement des procédures amiables s'est également fait sentir. Les procédures de surendettement des particuliers sont en principe des procédures négociées sous le haut patronnat de la Banque de France. Le droit des procédures collectives a vu se développer[307] et se renforcer les procédures amiables de traitement des difficultés sous la forme du mandat *ad hoc* et de la conciliation.

L'introduction des procédures amiables a également touché les ventes de biens dans les procédures judiciaires. En effet, le liquidateur, après l'autorisation donnée par ordonnance du juge commissaire, peut vendre l'immeuble, de gré à gré ou par adjudication amiable au lieu de le liquider par adjudication judiciaire. Quant au meuble, il peut être vendu de gré à gré[308] ou par adjudication judiciaire. Dans la procédure de liquidation judiciaire simplifiée, la déjudiciarisation est plus poussée. Le liquidateur peut vendre de gré à gré les biens déterminés par le tribunal ou son

[303] A l'inverse la matière commerciale, une simple lettre recommandée avec accusé de réception ne suffit pas. Cass. Civ., 3 févr. 1937 ; *DP* 1937, 165.
[304] Artcicle L. 642-18 du Code de commerce
[305] Sauf pour la saisie des rémunérations du travail car elle produit un effet attributif immédiat.
[306] Article R. 221-30 du Code des procédures civiles d'exécution
[307] Il existait auparavant une procédure de règlement amiable et de mandat ad hoc.
[308] Cette vente de gré à gré de l'immeuble est possible depuis la loi du 25 janvier 1985.

président. Aucune autorisation du juge commissaire n'est requise. Le liquidateur dispose alors de trois mois pour procéder à cette vente[309].

En matière immobilière, la loi articule les procédures de saisie immobilière et les procédures collectives. Le juge commissaire ordonne la vente par adjudication judiciaire mais c'est le juge de l'exécution qui y procède. En effet, les dispositions relatives à la saisie immobilière s'appliquent, à l'exception des règles relatives à l'audience d'orientation[310], à la fixation du prix et à sa consignation[311]. Il en ressort que les règles de la saisie immobilière s'imposent comme le droit commun de la vente forcée de l'immeuble.

Notons qu'en matière de procédure collective, la revendication des biens impose également le respect d'une phase amiable. Une fois que la demande en revendication ou en restitution est déposée, l'administrateur avec l'accord du débiteur ou à défaut le débiteur après accord du mandataire judiciaire a un mois pour acquiescer à la demande en revendication ou en restitution d'un bien[312]. En cas de succès, le juge n'intervient pas et le bien est restitué à son propriétaire.

62. **La vente par le débiteur dans la saisie immobilière**. En matière de saisie et de vente forcée immobilière, le législateur de 2006 a maintenu le caractère judiciaire des procédures de vente sur saisie immobilière mais lors de l'audience d'orientation, le débiteur peut demander à vendre son bien[313]. Cette vente ne rend pas la procédure amiable car contrairement aux procédures mobilières, elle ne constitue pas un droit pour le débiteur. Le JEX autorise le débiteur à procéder à cette vente, dont il fixe les conditions et notamment le prix minimum. Le débiteur dispose d'un délai de quatre mois pour vendre l'immeuble. Ce délai peut éventuellement être allongé de trois mois pour procéder à rédaction de l'acte authentique. Toutefois, sa liberté est plus restreinte qu'en matière mobilière car c'est le juge de l'exécution qui fixe les conditions de délai. S'il échoue, le bien est vendu par adjudication à la barre du tribunal.

En revanche, comme en matière de distribution du prix de vente d'un meuble, la distribution du prix de l'immeuble a en principe lieu à l'amiable. Le juge n'intervient que pour régler les contestations subsistantes après une tentative de conciliation.

---

[309] Voir notamment sur ce point : **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Montchrestien, Domat Droit privé, 8ème éd.. 2013, spéc. n°1340

[310] **H. CROZE, C. CROZE**, Procédures collectives : conséquences procédurales de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et de son décret d'application, *Procédures*, avril 2009, n°4, étude n°3

[311] Article L.642-18 alinéa 1 du Code de commerce : « *Les ventes d'immeubles ont lieu conformément aux articles 2204 à 2212 du Code civil, à l'exception des articles 2206 et 2211, sous réserve que ces dispositions ne soient pas contraires à celles du présent code. Le juge-commissaire fixe la mise à prix et les conditions essentielles de la vente.* »

[312] Article L. 624-17 du Code de commerce

[313] Articles 50 et suivants du D n°2006-936 du 27 juillet 2006 devenus l'article R. 153-1 et les articles R. 131-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution

Le phénomène de déjudiciarisation des procédures servant à la réalisation des biens grevés de sûretés réelles s'est couplé avec la création de modes de réalisation totalement amiables y compris en matière immobilière.

2. La création de modes de réalisation extra judiciaires spécifiques aux sûretés réelles

63. **L'absence d'intervention du juge**. Les modes de réalisation extra judiciaires se caractérisent par l'absence totale d'intervention du juge, même à des fins d'autorisation ou de contrôle.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a consacré le recours à l'attribution en propriété. Puis, la loi du 27 février 2007 a créé la fiducie et le décret du 31 janvier 2009 est venu préciser le régime de la fiducie-sûreté. En principe, cette sûreté se réalise par l'attribution en propriété du bien au bénéficiaire ou à la vente du bien par le fiduciaire qui procède ensuite à la répartition du prix.

64. **Les attributions conventionnelles et légales en propriété**. Les attributions conventionnelles et légales en propriété sont des modes de réalisation se caractérisant par leur grande souplesse et par la place importante accordée à la volonté contractuelle.
En effet, les parties au contrat de fiducie ou à un pacte commissoire peuvent prévoir les modalités du transfert de propriété du bien[314]. En cela, ces attributions sont des modes de réalisation amiable.
Même lorsque la convention des parties reste silencieuse, les règles de droit commun, qui sont applicables aux attributions conventionnelles et légales en propriété, n'imposent pas de recourir aux procédures civiles d'exécution. Comme il sera expliqué par le chapitre suivant, les attributions en propriété conventionnelles et judiciaires vont en principe être générées, à la défaillance du débiteur, par un acte de volonté du créancier. Reste alors au constituant à remettre le bien à son nouveau propriétaire. L'attribution de l'immeuble implique également la rédaction d'un acte notarié et la remise des clés. La procédure de réalisation est donc entièrement amiable. Ce n'est qu'en cas de résistance de la part du constituant ou en cas de refus de restituer le bien, que le créancier a recours aux procédures civiles d'exécution

[314] Voir les articles 2459en matière d'hypothèque, 2348 en matière de gage, 2372-3, 23172-4 et 2488-3 en matière de fiducie-sûreté ; Voir notamment aussi sur les attributions conventionnelles en propriété, **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, suppl. n°20, I, 8 ; **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, Perspectives, *RLDA*, mars 2007, p.96 ; **L. AYNÈS** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 8ème éd. 2014, spéc. n°512 ; Sur la fiducie-sûreté voir notamment : **F. ZENATI, T. REVET**, Les biens, PUF. Droit fondamental, 3°éd., janv. 2008, n° 287 ; **L. AYNÈS** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 8ème éd. 2014, spéc. nos789,790

65. **La vente, mode de réalisation de la fiducie-sûreté**. La fiducie-sûreté à trois personnes peut se réaliser par une vente si les parties le prévoient dans le contrat de fiducie. Toutefois, se pose la question de la nature de cette vente[315]. S'agit-il d'une vente de gré à gré, d'une vente par adjudication amiable ou judiciaire ? Au regard du silence de la loi, les parties semblent pouvoir choisir la forme de la vente. En l'absence de choix des parties, ce dernier revient au le fiduciaire[316]. La vente peut donc s'opérer de gré à gré, par adjudication amiable ou judiciaire. Notons que si a vente par adjudication judiciaire est théoriquement envisageable**,** pour des raisons de coût et de rapidité, elle demeurera une hypothèse d'école. Néanmoins, en cas d'option pour la vente forcée du bien selon les procédures civiles d'exécution, le caractère d'ordre public de ces règles impose qu'elles s'appliquent dans leur intégralité. Comme en matière de soumission volontaire au statut des baux commerciaux, le caractère volontaire de la soumission n'autorise pas les parties à segmenter le régime applicable. Admettre une telle possibilité mettrait à mal le caractère d'ordre public de ces procédures ainsi que leur cohérence.

66. **Un mode de satisfaction idoine au nantissement de créance**. Le législateur a également développé un mode de satisfaction propre au nantissement de créance. Le créancier bénéficiaire, s'il notifie sa sûreté au débiteur de la créance nantie, acquiert un droit exclusif au paiement. Si la créance nantie arrive à échéance avant la créance garantie, le créancier nanti perçoit les sommes qu'il doit conserver sur un compte bancaire. A l'inverse, si la créance garantie est échue avant la créance nantie, le créancier attend l'échéance de la seconde et perçoit les sommes nécessaires au recouvrement de sa créance[317]. Ce droit au paiement direct ne constitue pas réellement un mode de réalisation. C'est plutôt un aménagement des modalités d'exécution de la créance nantie. Toutefois, elle apporte satisfaction au créancier sans intervention du juge.

67. **Le maintien de la prohibition nuancée de la clause de voie parée**. Malgré ce phénomène de déjudiciarisation, le législateur n'a pas entièrement sauté le pas. Contrairement au droit

[315] Question soulevée à propos de la loi du 19 février 2007, notamment par **P. CROCQ**, Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, *in* Dossier Fiducie, *D.* 2007.1356, spéc. n°9 ; **P.-M. LE CORRE**, La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, *D.* 2009 p. 882

[316] **L. GALLIEZ, F. POUZENC,** La fiducie-sûreté : modes d'emploi, *in* Fiducie, 107° Congrès des notaires de France, *Dr et Patr*. Sept. 2011, p. 34 et s

[317] Article 2365 du Code civil

américain, allemand et belge pour la matière mobilière[318], il n'a pas levé la prohibition de la clause de voie parée. Au contraire, il a réaffirmé son attachement à cette interdiction[319].

La clause de voie parée est « *une clause préparée* »[320] qui peut être définie comme une stipulation contractuelle « *qui permet de vendre [le bien] à l'amiable sans autorisation de justice* »[321].

La prohibition de la clause de voie parée consiste donc à contraindre le créancier qui souhaite réaliser sa sûreté par la vente forcée, à utiliser les procédures civiles d'exécution[322].

Le principe d'interdiction a été maintenu par la réforme des sûretés en dépit des atténuations apportées par la jurisprudence antérieure. En effet, antérieurement à l'ordonnance du 23 mars 2006, à l'instar du pacte commissoire, les juges prohibaient la clause de voie parée lorsqu'elle était conclue concomitamment à la sûreté[323]. La clause de voie parée postérieure à la convention d'hypothèse était valable. Cette validité devrait demeurer[324] dans la mesure où les juges admettent que l'interdiction protège des intérêts privés. Le titulaire du droit peut y donc renoncer, une fois son droit né[325]. La réforme de 2006 n'ayant pas modifié les règles régissant cette interdiction, le maintien des règles jurisprudentielles antérieures paraît s'imposer.

68. **La vente dans la fiducie-sûreté, une vente de gré à gré respectant le principe de prohibition de la clause de voie parée**. Lorsque les parties à une fiducie-sûreté à trois personnes choisissent de réaliser leur sûreté par une vente de gré à gré, l'utilisation d'une telle vente n'est pas contraire à la prohibition de la clause de voie parée car le bien n'appartient plus au constituant et n'appartient pas encore au créancier. Il est la propriété d'un tiers, le fiduciaire, dont la mission est dans ce cas de vendre le bien et remettre le prix au créancier lors de la défaillance du débiteur. Techniquement, l'utilisation de la vente amiable comme mode de réalisation de la fiducie-sûreté ne contrevient pas à la prohibition de la clause de voie parée. Néanmoins, dans l'esprit de la

---

[318] Pour le droit allemand, voir **F.-X. LICARI**, Les principales sûretés réelles en droit allemand : fiducie et clause de réserve de propriété, *Droit des sûretés*, Lamy 2013, spéc. n°523-60 ; Pour le projet de réforme du droit belge, voir article 56 du projet http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp ; Pour le droit américain, voir article 9 du UCC

[319] Les articles 2346 et 2458 du Code civil, disposent que lorsque le créancier poursuit la vente du bien hypothéqué ou gagé, il doit le faire « *selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque [ou de gage] ne peut déroger* ». Par les mécanismes de renvoi aux règles du gage et de l'hypothèque, la prohibition est générale et s'étend aux nantissements, gages immobiliers et à l'ensemble des privilèges.

[320] **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°323

[321] **L. AYNÈS** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 8ème, 2014, spéc. n°512

[322] Initialement, cette clause permettait au créancier bénéficiaire d'une hypothèque, en cas de non-paiement, de faire vendre le bien hypothéqué, aux enchères par devant notaire, sans passer par la procédure de saisie immobilière. Pour une définition voir **P. BESNARD**, *De la clause de voie parée*, Th. Paris, 1907, spéc. p. 1 (pour une définition) pp. 3 à 4 (pour des exemples de clause) ; **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009.

[323] Cass. Civ. 25 mars 1903, *DP* 1904, 1, p. 273, note **G. GUÉNÉE**

[324] **P. DUPICHOT**, La réforme du régime hypothécaire, *in* dossier la réforme des sûretés, *D.* 2006 p. 1291 ; **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°323 ; Voir aussi **P. THÉRY**, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, coll. Droit fondamental, 2° éd., 1998, spéc. n°183

[325] **P. DUPICHOT**, La réforme du régime hypothécaire, *in* dossier la réforme des sûretés, *D.* 2006 p. 1291 ;

prohibition, l'utilisation d'une telle vente est contraire à cette interdiction dans la mesure où elle aboutit à ne pas utiliser la vente forcée des procédures civiles d'exécution.

69. **Vers la levée de l'interdiction de la clause de voie parée ?** Cependant, il est peut-être temps pour le législateur de se prononcer en faveur de la levée de l'interdiction de principe de la clause de voie parée[326]. Les obstacles à la levée de la prohibition sont les mêmes que ceux qui ont motivé pendant des décennies le maintien de l'interdiction du pacte commissoire. Or, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, cette interdiction a été supprimée au profit d'une validité de principe généralisée, sous réserve du respect des règles relatives à l'évaluation du bien à dire d'expert et au versement de l'excédent sous forme de soulte[327]. La transposition de cette règlementation permettrait de généraliser la clause de voie parée tout en préservant les droits du propriétaire du bien. La reconnaissance de la validité de la clause de voie parée aurait pour effet d'accélérer la réalisation de la sûreté mais aussi de désengorger les tribunaux. Toutefois, le maintien de cette interdiction ne préserve pas seulement les intérêts du débiteur, elle protège plus largement les procédures civiles d'exécution[328].

La déjudiciarisation des modes de réalisation est importante même si elle n'est pas complète. Elle a permis d'accélérer considérablement la réalisation des sûretés réelles. Elle a eu également pour effet d'élargir le choix du créancier quant aux modes de réalisation et de bouleverser ainsi la classification des modes de réalisation.

§2. Le résultat de la déjudiciarisation, l'élargissement des options du créancier

70. La déjudiciarisation des modes de réalisation a permis d'élargir l'option du créancier lors de la défaillance de son débiteur. Le créancier dispose de plusieurs critères pour choisir le mode de réalisation le plus adapté aux circonstances. C'est une question de stratégie du créancier au moment de la réalisation de sa sûreté. Par exemple, si le créancier craint que le constituant qui occupe l'immeuble grevé refuse de quitter les lieux, il sera plus rapide de procéder à une saisie immobilière

[326] Exposant des arguments en faveur de la levée de la prohibition de la clause de voie parée, **J.-F. RIFFARD**, *Le security interest ou L'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français*, préf**. J. Stoufflet**, PU de Clermont-Ferrand, 1997, spéc. n^{os} 968 et s. L'auteur préconise de recourir à une vente de gré à gré par le débiteur plutôt qu'une vente opérée par le créancier.
[327] Voir n^{os} 486 et s.
[328] Voir n°414

suivie d'une vente par adjudication, puis d'une expulsion, que de demander l'attribution conventionnelle de l'immeuble car si le constituant refuse de quitter les lieux, il est nécessaire de mener une procédure d'expulsion. Or le jugement d'adjudication vaut titre d'expulsion alors que l'attribution conventionnelle non. Un autre exemple peut résulter de la situation d'endettement du débiteur constituant. Si le créancier perçoit que le débiteur constituant est en difficulté financière, il a intérêt à demander l'attribution conventionnelle en propriété du bien plutôt que d'intenter une vente forcée. L'attribution conventionnelle en propriété procure une satisfaction plus rapide au créancier qui ne pourra pas être remise en question par l'ouverture d'une procédue collective sur le fondement de l'absence d'effet attributif de la procédure de distribution.

Ainsi, en élargissant la palette des modes de réalisation et en diversifiant les critères de choix, le législateur a renforcé l'efficacité des sûretés lors de la réalisation en offrant au créancier la possibilité d'adapter le mode de réalisation à ses besoins. Le choix du mode de réalisation peut s'opérer selon le caractère amiable ou judiciaire du mode de réalisation (A) ou encore selon sa nature alternative ou de droit commun du mode de réalisation (B).

A. Le choix entre un mode de réalisation extra judiciaire ou un mode de réalisation judiciaire

La déjudiciarisation des modes de réalisation a eu pour effet d'offrir au créancier un nouveau critère de choix, le caractère judiciaire ou non de la réalisation.

71. **L'intervention du juge, critère de reconnaissance des modes de réalisation judiciaires.** Comment identifier un mode de réalisation judiciaire ? Monsieur J. Théron préconise de retenir le critère de la cause du transfert de propriété[329]. Si le transfert puise sa cause sans la décision du juge, c'est un transfert judiciaire. En revanche, s'il prend sa source dans un élément extérieur à la décision du juge, par exemple dans une garantie, il ne s'agit ni d'un transfert judiciaire, ni d'une vente judiciaire.

Toutefois, la jurisprudence retient le critère organique de l'intervention du juge. C'est ce dernier que nous retiendrons. Ainsi, le mode de réalisation est judiciaire s'il appartient au juge de reconnaître le droit du créancier et de lui faire produire effet. Sont donc des modes de réalisation judiciaires, les attributions judiciaires en propriété, les actions en revendication et en restitution, les ventes par adjudication judiciaire et les ventes par adjudication amiable s'inscrivant dans le cadre

[329] **J. THÉRON**, *L'intervention du juge dans les transmissions des biens*, préf. **C. Saint-Alary-Houin**, LGDJ 2008, spéc., n°249 et s.

d'une procédure de liquidation. Entrent dans cette catégorie les ventes forcées ayant lieu pendant la phase amiable de la procédure de saisie immobilière car la vente amiable est décidée par le JEX qui en fixe le prix minimal et les conditions. Sont aussi des modes de réalisation judiciaires, les ventes de gré à gré autorisées par le juge commissaire dans les procédures de liquidation.

72. **L'absence d'intervention du juge, critère de reconnaissance des modes de réalisation amiables**. *A contrario,* constituent des modes de réalisation extra judiciaires ou amiables, les modes de réalisation n'impliquant pas l'intervention du juge. Sont naturellement incluses dans cette catégorie les attributions conventionnelles et légales en propriété, la restitution volontaire du bien objet d'une réserve de propriété, la vente du bien objet de la fiducie. Sont encore comprises les ventes forcées mobilières.

73. **La qualification délicate des ventes intervenues pendant la phase amiable des ventes forcées**. La loi et la jurisprudence soumettent les ventes forcées intervenue dans la phase amiable de l'exécution forcée aux règles des ventes de gré à gré. C'est donc qu'implicitement, elles qualifient ces ventes de ventes de gré à gré.

Or une vente de gré à gré est « *une vente par accord direct des intéressés, sans intervention d'une autorité de contrôle ni formalité particulière* », la licitation de gré à gré étant une « *licitation dont les conditions sont discutées et établies librement et sans formes entre parties intéressées, sans appel au public, enchères ni adjudication* »[330].

La vente qui intervient pendant la phase amiable des procédures de ventes forcées mobilières peut être rattachée à la notion de vente de gré à gré. En effet, la vente est formellement conclue entre le débiteur et l'acquéreur, l'indisponibilité du bien étant temporairement levée. Mais la volonté de vendre du débiteur est bien souvent inexistante. La procédure de saisie-vente ou de saisie immobilière le contraint à la vente. Il lui est seulement fait une faveur en lui permettant de trouver lui-même acquéreur. De même, les conditions de la vente ne sont pas réellement librement négociées. Le débiteur doit en cas de saisie-vente mobilière formuler par écrit les différentes propositions à l'huissier qui les transmet aux créanciers poursuivants et opposants[331]. C'est donc seulement formellement que la vente du bien dans la phase amiable des procédures civiles d'exécution constitue une vente de gré à gré.

[330] **G. CORNU**, Vocabulaire juridique, Association Capitant, Puf, 7°éd., août 2005
[331] Voir article R. 221-31 du Code des procédures civiles d'exécution

La qualification de vente de gré à gré est encore plus contestable encore en matière de vente de gré à gré du bien dans le cadre de la liquidation judiciaire. En effet, la vente est effectuée par le liquidateur après autorisation[332] ou décision[333] du juge commissaire et c'est l'ordonnance du juge commissaire qui parfait la vente[334].

Pour certains auteurs, cette vente constitue tout de même une vente de gré à gré car le prix est discuté et librement négocié[335]. Le juge-commissaire autorise la vente, son intervention constitue une condition suspensive de la rencontre des consentements. Le droit de la vente s'appliquerait dans la limite des dispositions contraires du droit des entreprises en difficulté. Le vendeur serait tenu par la garantie des vices cachés. Le sort de la garantie serait donc laissé au bon vouloir du juge commissaire, selon le type de vente pour lequel ce dernier optera.[336].

Pour la jurisprudence[337] et pour d'autres auteurs, notamment Madame C. Saint Alary-Houin et Monsieur P.-M. Le Corre, le cadre de la liquidation judiciaire, l'absence d'accord direct entre les intéressés et l'autorisation du juge-commissaire, empêchent la qualification de vente de gré à gré. Ils préfèrent qualifier cette vente de vente par autorité de justice[338], excluant notamment l'application de la rescision pour lésion.

La déjudiciarisation et la diversification des modes de réalisation ont aussi conduit à offrir une autre alternative de choix au créancier. Il peut réaliser sa sûreté ou bien en utilisant des mécanismes de droit commun, ou bien en utilisation des mécanismes spécifiques.

---

[332] Voir article L.642-18 du Code de commerce pour les ventes de gré à gré immobilières.

[333] Voir article L.642-19 du Code de commerce pour les ventes de gré à gré mobilières

[334] Voir par exemple, en matière mobilière : Cass. Com., 11 mars 1997, n° 94-19207 ; *Bull. Civ*. IV, n° 69 ; *LPA* 28 sept. 1998, n°116, p. 11, obs. **J.-L. COURTIER** ; D. 1997, IR p. 87 ; D. Aff. 1997, p. 482 ; *Rép. Not. Defrénois*, 1997, p. 941, obs. **SÉNÉCHAL** ; *JCP E* 1997, I, 681, n° 8, obs. Pétel ; *JCP N* 1997, I, p. 1283, note **J.-P. GARÇON**. « *Si la vente de gré à gré d'un élément de l'actif mobilier du débiteur en liquidation judiciaire n'est réalisée que par l'accomplissement d'actes postérieurs à la décision du juge-commissaire qui ordonne, sur le fondement de l'article 156 de la loi du 25 janvier 1985, la cession du bien, celle-ci n'en est pas moins parfaite dès l'ordonnance, sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée, dès lors que le cessionnaire ne peut ensuite refuser de procéder à la vente ordonnée en retirant l'offre d'achat retenue par le juge-commissaire, sauf à justifier, le cas échéant, d'un motif légitime tiré de la non-réalisation des conditions dont il avait pu l'assortir* ». Voir des illustrations pratiques, voir les décisions citées par **F. MACORIG-VENIER**, Les ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire, Actualités et Perspectives, *JCP N* 2004, 1311

[335] Voir par exemple : **J. THÉRON**, Le moment de la perfection des transferts « autorisés » en période de liquidation, D. 2006, p. 570

C. **SAINT-AALARY-HOUIN**, Droit des Entreprises en difficulté , Domat, Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, n°1303

[337] Cass. Com., 16 juin 2004, Bull. Civ. IV, n°125, p. 128 ; *D.* 2004, p. 2045 « la vente des immeubles d'un débiteur en liquidation judiciaire par le liquidateur, fût-elle de gré à gré, est une vente qui ne peut être faite que par autorité de justice et n'est en conséquence pas susceptible de rescision pour lésion ».

[338] C. **SAINT-AALARY-HOUIN**, Droit des Entreprises en difficulté , Domat, Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, n°1303; **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°582.43 ; Emettant un doute sur la qualification de vente par autorité de justice, voir notamment : **A. JACQUEMONT**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Litec, Manuel, 6ème éd. 2009, spéc. n°925

B. Le choix entre un mode de réalisation de droit commun et un mode alternatif de réalisation

Dans l'option qui s'offre à lui, le créancier dispose également d'une autre alternative. Il peut réaliser sa sûreté soit en utilisant un mécanisme de droit commun comme mode de réalisation (1), soit par le biais des mécanismes propres aux sûretés réelles. Ces modes se présentent comme une alternative aux procédures de droit commun utilisées comme des modes de réalisation et particulièrement aux procédures civiles d'exécution. L'expression « procédures de droit commun » fait ici référence à des procédures qui ne sont pas particulières aux titulaires de suretés réelles, mais qui peuvent s'appliquer soit à tous les créanciers, comme les procédures civiles d'exécution, soit à tous les propriétaires, comme les actions en restitution et en revendication. Se pose alors la question de la nature des modes alternatifs, procédures civiles d'exécution spéciales ou simples modes de réalisation (2). La question a son importance dans la mesure où elle permet d'identifier le régime juridique applicable aux modes de réalisation alternatifs. La qualification en procédure civile d'exécution amènerait à leur appliquer le régime de ces procédures.

1. L'utilisation de procédures ou de mécanismes de droit commun comme modes de réalisation

74. **Les procédures civiles d'exécution, les actions en restitution, en revendication et en distraction.** Il a été constaté que les voies d'exécution mobilières et la procédure de saisie immobilière, mesures d'exécution forcée ouvertes à tout créancier, sont utilisées comme modes de réalisation des sûretés réelles fondées sur un droit de priorité. Ensuite, les actions en restitution, en revendication et en distraction de saisie[339], actions ouvertes à tout propriétaire souhaitant récupérer son bien ou faire reconnaître son droit de propriété, sont également utilisées comme modes de réalisation des propriétés-sûretés.

A côté de ces actions de droit commun utilisées comme des modes de réalisation se trouvent **des** modes de réalisation spéciaux, propres aux sûretés réelles.

2. Les modes de réalisation spécifiques aux sûretés réelles

[339] Cette action est offerte au tiers (à la saisie) propriétaire du bien saisi. Cette action a pour but d'empêcher toute spoliation du véritable propriétaire du bien saisi qui n'aurait pas consenti de droit réel sur ce bien au créancier saisissant. Il ne s'agit peut-être pas, à proprement parlé d'un mode de réalisation de la réserve de propriété, mais il permet, comme l'action en restitution, au créancier réservataire (le propriétaire) de recouvrer la possession et la jouissance du bien.

75. **Les attributions en propriété**. La loi prévoit parfois que la sûreté est assortie de modes de réalisation spéciaux. Il s'agit notamment des attributions en propriété.
Ces dernières apparaissent comme des modes alternatifs aux voies d'exécution. En effet, le créancier titulaire d'un droit de préférence peut choisir le mode de réalisation qui lui sied entre une procédure civile d'exécution – par exemple une saisie vente pour un meuble corporel ou une saisie attribution pour une créance – et une attribution conventionnelle ou judiciaire.

La question de la nature de voie d'exécution de l'attribution judiciaire a été soulevée par certains auteurs[340]. Cette question mérite toutefois d'être élargie à tous les modes de réalisation spécifiques aux sûretés réelles, c'est-à-dire à toutes les attributions en propriété et à la vente simplifiée du gage commercial. Pour plus de clarté et de simplicité, le raisonnement sera mené pour les attributions en propriété.
En effet, la comparaison entre une attribution judiciaire et une procédure civile d'exécution montre qu'il existe entre elles des ressemblances (a). Toutefois, la spécificité des textes nous pousse à exclure une telle qualification au profit de la qualification de mode alternatif de réalisation (b). La qualification en procédure civile d'exécution aurait amené à appliquer à ces modes de réalisation le régime des procédures civiles d'exécution. Or il s'avère qu'ils ont un régime juridique propre qui sera étudié dans des développements ultérieurs.

a) Les points communs entre les voies d'exécution et les modes de réalisation

L'article L.111-1 alinéa 1er du code des procédures civiles d'exécution, issu de la loi du 9 juillet 1991[341], précise que « *Tout créancier, peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard*. ». Il apparaît alors que les voies d'exécution et les modes de réalisation tendent à un objectif commun, à savoir la satisfaction du créancier (α). Cette satisfaction implique que le débiteur soit contraint en suivant les formes requises par la loi (β).

α) L'objectif commun poursuivi, la satisfaction du créancier

[340] **P. DELEBECQUE**, L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial, *in* Le gage commercial, *RJCom*. Nov. 1994, spéc. n°3 p. 125 ; dans le même sens, **O. STAES**, Séance d'actualisation 2011 ; **P.-F. CUIF**, L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité, *RLDC*. 2010, n°68, spéc. I
[341] Cette loi a été abrogée par l'ord. N°2011-1895 du 19 décembre 2011 au profit d'une codification. Les dispositions ont été introduites dans le Code des procédures civiles d'exécution.

76. **L'exécution directe ou indirecte de l'obligation**. La satisfaction du créancier est l'objectif poursuivi par le droit de l'exécution forcée[342] et le droit des sûretés réelles.
Le droit de l'exécution forcée tend directement à l'exécution d'une obligation inexécutée[343]. Est ici recherchée l'exécution de l'obligation et donc la satisfaction du créancier. Selon la nature de l'obligation inexécutée, la satisfaction est soit parfaite – exécution forcée en nature –, le créancier obtient ce à quoi il pouvait s'attendre au regard de l'obligation, soit par équivalent – exécution sous la forme d'une somme d'argent –, ce qui ne correspondra pas toujours à ce à quoi pouvait s'attendre le créancier mais qui constitue un équivalent en valeur. Parfois, cela aboutit à la saisie et à la vente de certains biens du débiteur avec distribution de tout ou partie du bien au profit du créancier.

Le droit des sûretés reprend le même objectif de satisfaction du créancier. La prise de sûretés est une anticipation par laquelle le créancier se réserve « *une préférence* » sur un bien, en cas d'inexécution de son débiteur. Lors de la défaillance, le créancier souhaitera réaliser. La réalisation ne tend généralement pas l'exécution forcée au sens strict de l'obligation garantie. Elle tend cependant à une satisfaction en valeur du créancier. La réalisation provoque donc, de manière générale, une satisfaction par équivalent au profit du créancier. Nous pouvons dire qu'elle provoque une exécution forcée indirecte. Notons que lorsque la réalisation aboutit à la satisfaction du créancier, à cause du caractère accessoire de la sûreté, la créance garantie s'éteint. Si la créance s'éteint, c'est que l'obligation garantie est considérée comme exécutée. Dans ce sens, nous en venons à la conclusion que la réalisation de la sûreté aboutit à l'exécution forcée indirecte de l'obligation garantie.

β) Les conditions d'exercice

Tant en droit des sûretés qu'en droit de l'exécution forcée, la satisfaction du créancier implique que le débiteur soit contraint selon les formes prescrites par la loi.

77. **Une contrainte**. « *Contraindre* » le débiteur, c'est « *l'obliger* », le « *forcer* »[344] à exécuter son obligation. La contrainte dont il est question est ici une contrainte sur les biens du débiteur[345]. Elle consiste à provoquer l'exécution de l'obligation sans l'accord du débiteur.

---

[342] Voir notamment **P. THÉRY**, Rapport introductif : la notion d'exécution, *in L'exécution, XXIII*ème *colloque des IEJ, Lyons 19 et 20 novembre 1999*, L'harmattan, 2001, p. 9, spéc. pp. 10, 12, 16
[343] Voir par exemple, **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf, Thémis droit, 2009, spéc. n°1
[344] *Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2011 ; **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, sous le mot « *contrainte* » sens 1 ; **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, n°92 ; **E. PUTMAN**, La contrainte dans le droit de l'exécution, *RRJ* 1994-2, p. 341; **R.**

Dans le cas de l'exécution forcée, la mesure a lieu contre sa volonté, y compris s'il donne son accord à l'utilisation de certains modes de réalisation (comme pour le pacte commissoire) car l'option pour la réalisation ne lui appartient pas. Son sort est donc entièrement lié à la volonté du créancier[346].

78. **Une contrainte exercée selon les dispositions légales applicables**. La contrainte exercée à l'encontre du débiteur doit être exercée selon « *les conditions prévues par la loi* ».

De prime abord, il pourrait s'agir de tout moyen légal et les attributions en propriété ou la vente simplifiée en matière de gage commercial sont des moyens légaux de contrainte.
Cependant, l'article L.111-1 du code des procédures civiles d'exécution vise dans ses alinéas 2 et 3 les voies d'exécution et les mesures conservatoires. Dans une conception stricte, la contrainte ne peut s'opérer que par les mesures conservatoires et les voies d'exécution prévues par le code des procédures civiles d'exécution et le Code civil. Les formes prescrites par la loi sont donc les procédures prévues par le code des procédures civiles d'exécution et les articles 2190 et suivants du Code civil.
Sur ce point, les modes de réalisation spéciaux divergent des voies d'exécution car ils ne sont pas visés par le Code des procédures civiles d'exécution et ne suivent pas les dispositions de code, y compris pour l'attribution judiciaire. Il est vrai qu'en la matière, les ressemblances sont plus marquées encore car l'attribution judiciaire implique l'intervention du juge dont la décision provoque le transfert de propriété du bien et la satisfaction du créancier.

79. **Débat sur la qualification de l'attribution judiciaire en voie d'exécution**. Pour Monsieur P. Delebecque, ces ressemblances suffisent à démontrer que l'attribution en propriété est un mode de réalisation des sûretés réelles, mais aussi une voie d'exécution. Les différences justifient la qualification de voie d'exécution originale[347].
Pour notre part, nous considérons que si d'un point de vue téléologique, les modes de réalisation spéciaux des sûretés réelles sont des voies d'exécution, la lettre de l'article L. 111-1 du code des procédures civiles d'exécution a pour effet d'exclure une telle qualification. L'originalité du

---

PERROT, La contrainte par la dissuasion, *in Mélanges J. Buffet*, Petites Affiches, 2004, p. 393 **; M. DONNIER, J.-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2008, spéc. n°14

[345] La contrainte par corps, disparue de notre droit en 1867 en matière civile et extrêmement limitée en matière pénale ne rentre pas dans le champ d'application de notre étude. (Sur les survivances de la contrainte par corps, contrainte personnelle, voir **E. PUTMAN**, La contrainte dans le droit de l'exécution, *RRJ* 1994-2, p. 341 et spéc. p. 345)

[346] Voir nos 82 et s.

[347] **P. DELEBECQUE**, L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial, *in* Le gage commercial, *RJCom*. Nov. 1994, spéc. n°3 p. 125

mécanisme suffit à l'empêcher d'entrer dans la catégorie des voies d'exécution[348]. Le rejet de la qualification de procédures civiles d'exécution permet d'exclure, a priori, l'application de leur régime juridique aux modes de réalisation prévus spécialement pour le créancier titulaire d'une sûreté réelle.

Quelle est alors la qualification ? Nous retiendrons la qualification de modes de réalisation alternatifs.

b) La qualification de modes alternatifs de réalisation

80. **Des prérogatives exclusivement offertes au créancier titulaire d'une sûreté réelle**. Outre le domaine d'application restreint des procédures civiles d'exécution, les modes de réalisation constituent une prérogative inhérente à la qualité de créancier muni d'une sûreté réelle. S'il peut utiliser les mesures de droit commun pour réaliser sa sûreté, il peut aussi emprunter des mesures qui lui sont propres. Leur cause réside dans la sûreté, dans le droit réel dont le créancier est titulaire. Ils ne peuvent donc pas être assimilés aux voies d'exécution proprement dites.

Les modes de réalisation spécifiques sont des mesures de contraintes autorisées par la loi, propres au créancier muni d'une sûreté réelle, fondées sur le droit réel du créancier et qui tendent à la satisfaction du créancier. Elles ne sont pas des voies d'exécution.

Comme les mesures alternatives de règlement des conflits constituent des alternatives au procès, les modes de réalisation spécifiques constituent des alternatives aux voies d'exécution sans pour autant se confondre avec elles. Ils peuvent être qualifiés de modes alternatifs de réalisation[349].

Comme leurs homologues, les modes alternatifs de réalisation sont soumis à certaines règles applicables aux mécanismes dont ils constituent l'alternative. Dans la mesure où ils constituent une alternative, ils ont vocation à éviter les lourdeurs et longueurs des procédures civiles d'exécution, ce qui permet de gagner en efficacité.

***

Conclusion du Chapitre 1

[348] **P.-F. CUIF**, L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité, *RLDC*. 2010, n°68, spéc. I

[349] Dans ce sens voir : **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Thémis Droit, Puf, 2003, n°316 . L'auteur les qualifie de « *nouveaux modes de réalisation des immeubles* ». ; Voir aussi **L. MESSANVI FOLI**, Présentation de l'acte uniforme OHADA portant sur l'organisation du droit des sûretés.

81. La recherche de l'efficacité pour le créancier s'est effectuée par un élargissement de l'option dont il dispose au moment de la réalisation. Cette option est commune à l'ensemble des sûretés réelles. La consécration et la généralisation des attributions en propriété ainsi que l'élargissement du domaine de la vente ont ouvert de nouvelles perspectives au créancier. Il peut désormais choisir un mode de réalisation de droit commun, ou un mode de réalisation alternatif. Il peut aussi opter pour un mode de réalisation judiciaire, impliquant l'intervention du juge ou pour un mode de réalisation amiable. Chaque mode comporte des caractéristiques et des effets différents. Le choix du mode de réalisation permet au créancier d'adopter une stratégie et d'adapter les modalités et les effets de la réalisation aux circonstances dans lesquelles la réalisation intervient, par exemple, la crainte du refus du cosntituant de restituer le bien, la probable ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur, la volonté de devenir propriétaire du bien grevé. Cette faculté d'adaptation est source d'efficacité des sûretés réelles.

Le principe de l'option du créancier étant admis, reste à étudier sa mise en œuvre, qui malgré la diversité des modes de réalisation, semble être dirigée par des règles générales.

Chapitre 2. Une liberté d'option encadrée

Au-delà de la diversité des modes de réalisation, il semble que leur mise en œuvre s'organise autour de règles générales tout en assurant l'efficacité des sûretés réelles.

82. Chaque créancier titulaire d'une sûreté réelle est titulaire d'une option. Cette option est une faculté qu'il est libre d'exercer ou non. La mise en œuvre de la sûreté réelle doit donc être volontaire.

L'option pour le mode de réalisation confère au créancier la faculté d'adapter la réalisation aux circonstances auxquelles il fait face au jour de la réalisation. L'existence de cette option a pour effet de rendre le créancier acteur de la réalisation de sa sûreté et en conditionne l'efficacité. Néanmoins, l'exercice de l'option ne saurait être discrétionnaire.

Outre les limites imposées par le respect des intérêts du constituant et des tiers non-constituants (notamment des autres créanciers)[350], la mise en œuvre des options par le créancier est encadrée. Ces cadres sont logiques eu égard à la nature réelle et accessoire de la sûreté.

Le caractère accessoire désigne le rapport particulier qui unit la sûreté réelle à l'obligation qu'elle garantit. La sûreté réelle est affectée à la garantie de l'obligation[351]. « *L'accessoire s'ajoute au principal et lui est subordonné* »[352] ; il le suit. Le principe demeure que le débiteur doit exécuter l'obligation garantie (obligation principale). Toutefois, ce rapport d'accessoire permet au créancier, en l'absence d'exécution, d'utiliser le droit réel conféré par la sûreté réelle et de réaliser le bien.

Il convient de distinguer deux phases dans « *la vie* » d'une sûreté réelle. Le caractère accessoire s'y manifeste de différentes manières. Pendant la première phase, la sûreté est « *pendante* » car la créance n'est pas échue. Sauf si le comportement du débiteur met en péril les intérêts du créancier, la sûreté n'a pas à jouer. Le créancier qui dispose du droit de réaliser, dès la constitution de la sûreté, ne peut pas l'exercer. La seconde phase survient à l'échéance et à la défaillance du débiteur. La sûreté joue alors son rôle de garantie. Le créancier peut exercer son option et réaliser sa sûreté.

Le caractère réel de la sûreté implique que la réalisation ne puisse s'exercer que sur son assiette, c'est-à-dire sur le ou les biens qui en sont l'objet. L'exercice de l'option doit donc se cantonner à

---

[350] Voir n^{os} 335 et s.

[351] **G. GOUBEAUX**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. **D. Tallon**, Paris, LGDJ, t. 93,1969, spéc. n°35. L'auteur décrit différents cas d'accessoire et notamment les accessoires par production (n ^{os}21 et s.) et les accessoires par affectation(n^{os}19 et s).

[352] **G. GOUBEAUX**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. **D. Tallon**, Paris, LGDJ, t. 93,1969, spéc. n^{os} 22 et s ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°567. Ces auteurs indiquent que « *la sûreté ne peut pas être inféodée à une créance* ».

l'assiette de la sûreté. Or cette assiette peut être modifiée au fil du temps, voire détruite, empêchant toute réalisation. Toutefois, deux mécanismes ont vocation à conserver l'efficacité des droits du créancier sur l'assiette malgré les atteintes qui peuvent lui être portées : la subrogation réelle et l'indivisibilité de l'assiette.

Lors de la constitution, quand le créancier choisit de constituer une sûreté réelle, il sait qu'il disposera d'une option quant aux modes de réalisation. Toutefois, l'exercice de l'option est circonscrit à la fois par le caractère accessoire de la sûreté (section 1) et par le caractère réel, l'assiette sur laquelle porte la garantie (section 2).

Section 1. L'accessoire, condition d'exercice de l'option

Section 2. L'assiette, domaine protégé de l'option

Section 1. L'accessoire, condition d'exercice de l'option

83. **La question de la réalisation automatique**. L'ordonnance du 23 mars 2006 et la loi du 19 février 2007[353] ont consacré des modes de réalisation dont la mise en œuvre est soumise à la volonté des parties, à savoir le pacte commissoire et l'attribution légale ou la vente de bien grevé d'une fiducie-sûreté. Le contrat de sûreté peut prévoir l'ensemble des modalités de mise en œuvre[354]. Cependant, rien ne contraint les parties à organiser la réalisation de la sûreté. Par exemple, elles peuvent seulement stipuler : « *En cas de défaillance du débiteur, la propriété du bien objet du gage sera transférée au créancier* », prévoyant le transfert de propriété sans en aménager le régime.

Quid lorsque les parties demeurent silencieuses ? La loi n'apporte aucune réponse à cette question.

Ce silence a ouvert une vive discussion sur l'automaticité de la réalisation à l'échéance. Les termes du débat sont les mêmes pour ces deux modes de réalisation – le transfert de propriété serait automatique à l'échéance – mais les arguments avancés diffèrent.

84. **Les termes du débat**. En matière de fiducie-sûreté, pour une partie des auteurs, l'automaticité du transfert de propriété à l'échéance résulte de l'effet légal du contrat de fiducie,

[353] Article 2348 du Code civil pour la reconnaissance de la validité du pacte commissoire dans le gage de droit commun. Voir les article 2030 et 2372-3 du Code civil pour la réalisation de la fiducie-sûreté.

[354]Dans ce sens, **à propos du pacte commissoire**, voir notamment : **L. AYNES** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière***,** Defrénois, 2010, spéc. n°515 ; **L. AYNES**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, p.48 ; **L. AYNES**, Le gage de meubles corporels, *in* Réforme du droit des sûretés, *RLDA*. juil. 2006, p.7 ; **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, I, 8; **A. DADOUN**, La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire, *Dr. et Patr*. 2009, n°187, p. 42, spéc. I ; **A propos de la fiducie-sûreté**, voir notamment : **L. GALLIEZ, F. POUZENC,** La fiducie-sûreté : modes d'emploi, *in* Fiducie, 107° Congrès des notaires de France, *Dr et Patr*. Sept. 2011, p. 34 et s.

analysé soit comme l'effet de la volonté de la partie[355] retardé au jour de la réalisation de l'évènement, soit comme « *l'effet […] instantané d'une situation objective* » – l'arrivée du terme[356]. En revanche, d'autres auteurs, qui reconnaissent l'existence[357] de l'obligation de donner[358],

---

[355] **P. DUPICHOT**, Opération de fiducie sur le sol français, *JCP E* 2007. Act.134 ; **P. DUPICHOT**, La fiducie-sûreté en pleine lumière, à propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *JCP G* 2009, I, 132, spéc. n°13 ; **P. PUIG,** Le fiducie et les contrats nommés, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007, *Dr. et Patr.* juin 2008, n°171, p. 68.

[356] **P. SIMLER**, *J.-Cl. Civil Code, Fasc. 10, Contrats et obligations*, janv. 2011, spéc. n^{os} 37 et 135

[357] Sur la question de l'existence de l'obligation de donner, trois courants doctrinaux s'affrontent.

* Le **premier courant doctrinal, majoritaire,** considère que **l'obligation de donner n'existe pas**, **le transfert de propriété s'opère *solo consensu* (**Voir par exemple : **A. BÉNABANT**, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 8°éd. 2008, spéc. n°202 ; **M. FABRE-MAGNANT**, Le mythe de l'obligation de donner, *RTDCiv*. 1996, p. 85 spéc. n°4 à 9 ; **J. GHESTIN**, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, *D.* 1981, Chr., p.4, spéc. n°13 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière, *Mélanges offerts à P. Raynaud*, D. 1985, p. 744, spéc. n°20 ; **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd., 2013, spéc. n° 267; **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9°éd., 2005, spéc. n°1111 ; **C. ATIAS**, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, th. Poitiers, 1974, p. 7 ; Pour une explication des origines de cette théorie voir **J.-P. CHAZAL, S. VICENTE**, Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, *RTDCiv*. 2000, p. 477, spéc. n°1 à 32). C'est un effet légal du contrat translatif. Le transfert s'opère de plein de droit par la rencontre des consentements immédiatement et automatiquement. L'aliénateur est seulement tenu d'une obligation de faire les actes nécessaires au transfert de propriété. Lorsque le transfert est retardé, il opère de plein droit au moment de la réalisation de l'évènement (individualisation du bien pour les biens fongibles, survenance du terme ou de la condition).

* **Le second courant, minoritaire**, considère que **l'obligation de donner existe mais qu'elle est masquée par son exécution immédiate (**Voir par exemple : **R. CABRILLAC**, *Droit des obligations*, Dalloz, 8ème éd. 2008, spéc. n°471 ; **J. CARBONNIER**, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, 22ème éd. 2000, spéc. p. 35 ; **J. HUET**, Des différentes obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, *in Etude **J. GHESTIN**, Le contrat au début du XXI°s*, LGDJ, 2001, p. 425 ; **F. ZENATI, T. REVET**, *Les biens*, PUF. Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008, spéc. n°178 ; **P. BLOCH**, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, *RTDCiv*., 1988, p. 673.) Elle **s'exprime seulement lorsque le transfert de propriété est différé**, comme en matière de biens fongibles, ou lorsque le transfert de propriété dépend de la réalisation d'un terme ou d'une condition.

* Pour un **troisième courant**, également minoritaire, **l'obligation de donner n'existe pas pour un corps certain, excepté lorsque le transfert de propriété est retardé (**Voir par exemple : **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Dalloz Sirey, 13èmeéd. 2008, spéc. n°41; **C. LARROUMET**, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, t.3*, 2003 ; **F. COLLART-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE**, *Les contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9e éd. 2011, n° 200)

[358] L'obligation de donner est l'obligation de « *dare* », c'est-à-dire l'obligation de transférer la propriété (Sur cette définition voir par exemple : **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; **F. COLLART-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE**, *Les contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9ème éd. 2011, n° 200 ; **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9°éd., 2005, spéc. n°1111

Voir par exemple : **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Dalloz Sirey, 13ème éd. 2008, spéc. n°41; **C. LARROUMET**, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, t.3*, 2003 ; **F. COLLART-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE**, *Les contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9e éd. 2011, n° 200

* Le **premier courant doctrinal, majoritaire, l'obligation de donner n'existe pas**, **le transfert de propriété s'opère *solo consensu* (**Voir par exemple : **A. BÉNABANT**, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 8°éd. 2008, spéc. n°202 ; **M. FABRE-MAGNANT**, Le mythe de l'obligation de donner, *RTDCiv*. 1996, p. 85 spéc. n°4 à 9 ; **J. GHESTIN**, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, *D.* 1981, Chr., p.4, spéc. n°13 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière, *Mélanges offerts à P. Raynaud*, D. 1985, p. 744, spéc. n°20 ; **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 10° éd., 2009, spéc. n° 267; **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9°éd., 2005, spéc. n°1111 ; **C. ATIAS**, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, th. Poitiers, 1974, p. 7 ; Pour une explication des origines de cette théorie voir **J.-P. CHAZAL, S. VICENTE**, Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil, *RTDCiv*. 2000, p. 477, spéc. n°1 à 32). C'est un effet légal du contrat translatif. Le transfert s'opère de plein de droit par la rencontre des consentements immédiatement et automatiquement. L'aliénateur est seulement tenu d'une obligation de faire les actes nécessaires au transfert de propriété. Lorsque le transfert est retardé, il opère de plein droit au moment de la réalisation de l'évènement (individualisation du bien pour les biens fongibles, survenance du terme ou de la condition).

analysent la réalisation de la fiducie-sûreté en une obligation de donner personnelle[359] au motif que le transfert de propriété est l'objet même de l'obligation du fiduciaire[360]. Sans se fonder sur l'obligation de donner, certains auteurs plaident pour un transfert automatique de la propriété du bien à l'échéance[361].

En matière de pacte commissoire, à l'appui d'une lecture littérale de l'article 2348 du Code civil[362], certains auteurs soutiennent que l'attribution en propriété a un effet *de plano* à l'échéance[363]. D'autres s'opposent à cette conception. Plusieurs arguments sont avancés. Un premier argument touche à la protection des intérêts du débiteur. Prévoir une réalisation automatique à l'échéance prive ce dernier de la possibilité de demander des délais de grâce et tout report d'échéance[364]. Un second argument est relatif à la protection des droits du créancier. Admettre un transfert de

---

* **Le second courant, minoritaire**, considère que **l'obligation de donner existe mais qu'elle est masquée par son exécution immédiate (**Voir par exemple : **R. CABRILLAC**, *Droit des obligations*, Dalloz, 8ème éd. 2008, spéc. n°471 ; **J. CARBONNIER**, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, PUF, 22èmeéd. 2000, spéc. p. 35 ; **J. HUET**, Des différentes obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, *in Etude **J. GHESTIN**, Le contrat au début du XXI°s*, LGDJ, 2001, p. 425 ; **F. ZENATI, T. REVET**, *Les biens*, PUF. Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008, spéc. n°178 ; **P. BLOCH**, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, *RTDCiv*., 1988, p. 673.) Elle **s'exprime seulement lorsque le transfert de propriété est différé**, comme en matière de biens fongibles, ou lorsque le transfert de propriété dépend de la réalisation d'un terme ou d'une condition.

* Pour un **troisième courant**, également minoritaire, **l'obligation de donner n'existe pas pour un corps certain, excepté lorsque le transfert de propriété est retardé (**Voir par exemple : **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Dalloz Sirey, 13ème éd. 2008, spéc. n°41; **C. LARROUMET**, *Droit civil, Les obligations, Le contrat, t.3*, 2003 ; **F. COLLART-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE**, *Les contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9e éd. 2011, n° 200)

[359] **L. KACZMAREK**, Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération, *D.* 2009, p. 1845, III, spé. n°22, 25 ; **C. WITZ**, *La fiducie en droit privé français*, préf. **D. SCHMIDT**, Th., Economica, 1981., spéc. p. 293, n° 309 ; **C. WITZ.,** Réflexions sur la fiducie-sûreté, *JCP E* 1993, I, n° 244, spéc. n° 7 ; **P. SIMLER**, *J-Cl Droit Civil, Fasc. 10, Contrats et obligations*, articles 1136 à 1145, spéc. n°2°; **F.-X. LUCAS**, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Préf. **L. Lorvellec**, LGDJ, Biblio de Dr. Privé, t. 283, 1997, spéc. no 620 ; **C. DE LAJARTE**, La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie, *RLDC.* Mai 2009, n°60, p. 71 et s, spé.,n°56 et s. ; **M. DUEDRA,** Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : Essai d'une comparaison, Th. Toulouse, 2012, spéc. nos422 et s.

[360] **C. WITZ**, *La fiducie en droit privé français*, préf. **D. SCHMIDT**, Th., Economica, 1981., p. 293, n° 309 ; **C. WITZ.,** Réflexions sur la fiducie-sûreté, *JCP E* 1993, I, n° 244, n° 7 ; **P. SIMLER**, *J.-Cl Droit Civil, Fasc. n°10, Contrats et obligations*, articles 1136 à 1145, spéc. n°2°

[361] **P. PUIG**, La fiducie et les contrats nommés, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007, Dr. et Patr. juin 2008, n°171, p. 68 ; **F. BARRIÈRE**, *La réception du trust au travers de la fiducie*, préf. **M. Grimaldi**, Litec 2004, spéc. n°596 ; **M.-P. DUMONT-LEFRAND**, Le dénouement de l'opération de fiducie, *Dr. et Patr*. juin 2008, p. 171 ; ; **P. PUIG**, La fiducie et les contrats nommés, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007, *Dr. et Patr*. juin 2008, n°171, p. 68 ; **R. FAMILY**, *L'acte de fiducie : étude de droit interne et de droit international privé*, Th. Paris II, 2000, n°499 ; **M. FABRE-MAGNAN**, Le mythe de l'obligation de donner, *RTDCiv*. 1996, p. 85, spéc. n°12

[362] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D*. 2009, p. 651, spéc. n°10. L'auteur, même si elle ne souscrit pas à cette conception, note que l'interprétation est fidèle à la lettre de la loi.

[363] **M.-P. DUMONT-LEFRANT**, Le gage de meubles corporels, *in Evolution du droit des sûretés réelles, Regards croisés Université-Notariat*, ss. dir. **S. Cabrillac, C. Albigès, C. Lisanti**, colloques, Litec, janv. 2008, p. 31 ; **L AYNÈS, P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière***,** Defrénois, 2010, spéc. nos515 et 687 ; **A. DADOUN,** La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire, *Dr. et Patr*. Dr. et Patr. 2009, n°187, p. 42, spéc. I, à l'appui de la décision inédite de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 décembre 2008 ; **C. LE GALLOU**, *Droit des sûretés et droit des procédures collectives*, Larcier, Métiers du droit, 2012, spéc. n°162

[364] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D*. 2009, p. 651, nos10 et 11.

propriété automatique prive le créancier de sa liberté de réaliser sa sûreté[365] et empêche l'exercice de son droit fondamental à demander l'exécution forcée de la créance garantie en lui imposant la propriété d'un bien contre son gré[366].

Mais au-delà de la question de l'automaticité du transfert de propriété dans les attributions conventionnelles et légales en propriété, la réalisation de toute sûreté réelle s'inscrit dans un cadre général constitué par le caractère accessoire de la sûreté. L'option du créancier doit donc s'exercer au regard des circonstances. Parce que l'accessoire suit le principal, la réalisation ne peut avoir lieu qu'en cas de défaillance du débiteur (§1). En outre, comme la constitution d'une sûreté, l'exercice de l'option doit être volontaire (§2). Sauf stipulation contraire, l'automaticité de la réalisation devrait donc être rejetée.

§1. L'exercice de l'option ouvert lors de la défaillance du débiteur

85. Les circonstances de la réalisation, notamment le moment de l'exercice de l'option, ne sont pas réellement déterminées par la loi.

Les textes visent « *le débiteur défaillant* »[367], « le *défaut de paiement* »[368], « *le non-paiement à l'échéance* »[369], « *le défaut d'exécution* »[370] ou encore « *l'impayé* »[371]. Les traités classiques utilisent également les expressions d'« *inexécution contractuelle* » ou d'« *incident de paiement* »[372]. En droit international, le même constat peut être effectué. L'acte uniforme OHADA (avant sa

[365] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°1089 ; **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D*. 2007, Chron., p. 2052, spéc. nos 29 et s.. Selon cet auteur, le transfert de propriété a lieu lorsque le créancier adresse au débiteur une déclaration d'appropriation en matière de gage avec dépossession ou d'hypothèque ; voir aussi **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières), Perspectives, *RLDA*, mars 2007 n°14 penchant pour un avertissement, a minima par une mise en demeure ; **M. MIGNOT**, Le nantissement de quotas de d'émission de gaz à effet de serre, *RDBF* juil.-août 2009, p.6, spéc. n°37

[366] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D*. 2009, p. 651, nos10 et 11.

[367] Pour les voies d'exécution, l'article 1er de la loi du 9 juillet 1991 dispose que « *Tout créancier, peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard*. ». Pour le nantissement créance voir article 2365 al 1. du Code civil.

[368] Pour le gage de droit commun voir l'article 2346 du Code civil ; Pour le nantissement, par renvoi aux règles du gage ; pour la fiducie-sûreté : voir l'article 2488-3 du Code civil pour la fiducie-sûreté immobilière et l'article 2372-3 du Code civil pour la fiducie-sûreté mobilière ; Pour la réserve de propriété, voir l'article 2371 du Code civil

[369] Pour le gage de matériel et d'outillage : article L. 525-14 du Code de commerce

[370] Pour le gage voir l'article 2348 du Code civil

[371] Pour l'hypothèque voir l'article 2458 du Code civil

[372] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Le périmètre du droit de la défaillance économique, Propos introductifs, *in* Actes du colloque de Toulouse du 10 sept. 2010, *Rev. Proc. Coll.* Janv. 2011, Dossier, p. 51, spé. n°3

révision) faisait référence au « *non-paiement* »[373], alors que le guide législatif établi par la CNUCI se réfère au « *débiteur défaillant* »[374]. Malgré la diversité du vocabulaire employé, il peut être relevé que la loi vise de façon plus globale l'inexécution de la créance garantie, c'est-à-dire « *le non-accomplissement d'une obligation qui peut être total ou partiel, résulter d'une omission ou d'une initiative, être dû à la faute de la part du débiteur ou à une cause étrangère* »[375].

Parce que la sûreté réelle est l'accessoire de la créance garantie, que le droit de réaliser est le corollaire du droit de demander l'exécution forcée, et que la réalisation provoque indirectement l'exécution de la créance garantie, le créancier titulaire d'une sûreté réelle ne peut réaliser son droit que lorsque la créance garantie est susceptible d'exécution forcée. Il convient alors, pour tous les modes de réalisation, de respecter les règles substantielles des procédures civiles d'exécution.
La créance doit donc être certaine, liquide et surtout exigible[376] (A) et le débiteur doit être en retard dans l'exécution. Ce retard doit, en outre, être constaté (B).

A. Une créance garantie exigible

L'exigibilité de la créance se définit comme « *le caractère d'une créance dont le créancier est en droit de réclamer l'exécution immédiate, sans être tenu de respecter un terme*[377] *ou d'attendre l'accomplissement d'une condition suspensive*[378] »[379]. C'est une donnée temporelle, synonyme d'échéance[380].

---

[373] Article 13 de l'acte uniforme adopté le 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, JO OHADA, n°3, 1er oct. 1997. Désormais, différentes expressions y sont utilisées : « *la défaillance* » à l'article 91, « *faute de paiement* » à l'article 104.

[374] *Guide législatif de la CNDCI sur les opérations garanties*, Nations Unies, 2011, spé. n°8, p. 287

[375] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[376] La démonstration de ces trois éléments est parfois requise par des textes spéciaux relatifs aux sûretés réelles. Voir, par exemple, **à propos de l'attribution de l'indemnité d'assurance :** Cass. Civ. 1er, 7 avril 1992, n°89-12.247 ; *Bull. Civ. I.*, n°247 ; **H. GROUTEL**, Les conditions de l'attribution de l'indemnité d'assurance aux créanciers ayant une sûreté sur la chose assurée, *Resp. Civ. et Ass.* 1992, chr. n°23 ; **A sujet du nantissement d'instruments financiers** voir : L'article L.211-20 V. alinéa 1 du code monétaire et financier : « *Le créancier nanti titulaire **d'une créance certaine, liquide et exigible** peut, pour les titres financiers, français ou étrangers, négociés sur un marché réglementé, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, ainsi que pour les sommes en toute monnaie, réaliser le nantissement, civil ou commercial, huit jours — ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte — après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé. Cette mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti. La réalisation du nantissement intervient selon des modalités fixées par décret.* » ; A **propos du gage de stocks du Code de commerce**, voir : L'article L. 527-10 du Code de commerce faisant référence au « *non-paiement de la créance exigible* ».

[377] « *Le terme est une modalité d'une obligation généralement contractuelle subordonnant son exigibilité ou son extinction à l'arrivée d'un évènement futur, qui au moment de l'engagement, est de réalisation certaine* » ; **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, sous le mot, sens n°1

[378] **La condition** est « une modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un évènement futur et incertain ». **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, sous le mot, sens 1. Voir Article 1168 du Code civil aussi « *L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la*

86. **L'arrivée du terme ou l'échéance, fait générateur de l'exigibilité de la créance garantie.** En matière de sûretés réelles, c'est en principe l'arrivée du terme ou de l'échéance de la créance garantie qui rend la créance exigible.

Pour que la réalisation de la sûreté soit possible, il ne faut pas que la suspension de l'exigibilité de la créance fasse obstacle à son exécution forcée. Il en va ainsi des délais de grâce des articles 1244-1 et 1244-2 du Code civil que le juge peut accorder ou des délais de paiement conventionnels. C'est également le cas de la suspension des poursuites opérée par l'ouverture d'une procédure collective, d'une procédure de surendettement ou encore de rétablissement personnel[381].

Le report du terme peut également résulter d'un aménagement conventionnel.

87. **Les clauses de déchéance du terme**. La liberté contractuelle peut aussi aboutir à la stipulation de clauses de déchéance du terme permettant au créancier de ne pas être soumis au délai imposé par l'échéance. Il en va ainsi des « *clauses de netting out* », ou « *clauses de résiliation-compensation* », figurant dans les contrats de garantie des obligations financières[382]. Ainsi, ces opérations financières sont garanties par un transfert de propriété qui peut être unilatéral ou synallagmatique, par une cession de créance[383], ou par des sûretés réelles, par exemple, un nantissement[384]. Ces contrats de garantie financière, même s'ils empruntent la forme d'une sûreté réelle, sont soumis à un régime particulier. La « *réalisation de telles garanties intervient à des conditions normales de marché, par compensation, appropriation ou vente, sans mise en demeure*

---

fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas » ; **Condition suspensive** : « *évènement futur incertain auquel est subordonné la naissance d'une obligation*. » **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, sens 3

[379] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[380] **J. CARBONNIER,** *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 20ème éd. 2000, n°328 ; **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; **M. FABRE- MAGNAN**, *Droit des obligations 1. Contrat et engagement unilatéral*, Puf, Thémis droit, 2008, spéc. p. 579 ; Pour une présentation d'ensemble voir **J.-C. BOULAY**, Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance, *RTDCom*. 1990, p. 339, spéc. n°6 ; **Contra** voir : **J.-C. BOULAY**, Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance, *RTDCom*. 1990, p. 339. L'auteur fait la démonstration que l'exigibilité de la créance recouvre plus que la notion d'échéance. Elle implique que la créance puisse faire l'objet d'une exécution forcée immédiate, sans qu'aucun obstacle ne puisse être opposé au créancier. Selon cet auteur, l'élément temporel n'est qu'un élément de l'exigibilité de la créance. Il semble donc nécessaire, pour considérer la créance comme exigible, que l'échéance soit survenue, qu'aucune voie de droit ne se dresse devant le créancier et que ce dernier puisse procéder à l'exécution immédiate de l'obligation soit par compensation, soit par un paiement forcé. Pour une conception assez proche voir : **Y. GUYON**, *Droit des affaires, t. 2, Entreprises en difficulté* , 9ème éd. 2003, spéc. n° 1118 (cette conception avait déjà été retenue par l'auteur dans l'édition de 1989 au même numéro) « […] *exigible, c'est-à-dire échue et susceptible d'exécution forcée. […] si le débiteur a bénéficié d'un délai de paiement, notamment à l'occasion d'un règlement amiable, sa dette cesse d'être exigible* ». M. Boulay considère au contraire que la dette n'est pas encore exigible. Néanmoins, le résultat est identique : la dette n'est pas exigible.

[381] Pour plus de détails et de précisions, voir n[os] 347 et s., n[os] 452 et s., n[os]548 et s.

[382] Article L. 211-36

[383] **P. GISSINGER**, *RDBF*. janv. Févr. 2007 p. 91, spéc. n[os] 22 à 24

[384] **P. GISSINGER**, *RDBF*. janv. Févr. 2007 p. 91, spéc. n[os] 25 et 26

préalable, selon les modalités d'évaluation prévues par les parties dès lors que les obligations financières couvertes sont devenues exigibles »[385]. Ils peuvent contenir des clauses de « *netting out* ».

Ces clauses permettent de résilier le contrat, d'établir un solde d'actif net entre les différentes créances réciproques et de procéder à la compensation globale des valeurs. Dès les premiers signes de défaillance, le créancier peut faire jouer la clause, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective, en provoquant une déchéance du terme.

Si l'exigibilité de la créance est une condition nécessaire, elle est insuffisante à constituer le débiteur en retard et à justifier une demande d'exécution forcée ou la réalisation de la sûreté réelle.

B. La constatation juridique d'un retard dans l'exécution

L'exigibilité de la créance ne suffit pas à constituer le débiteur en retard dans l'exécution[386]. Le retard doit être constaté.

Constater le retard du débiteur consiste à l'interpeller. Cela permet à la fois de provoquer l'exécution volontaire et de préparer l'exécution forcée. En outre, cette formalité impose le respect du droit du débiteur de demander un report d'échéance.

Pour constater le retard dans l'exécution, le débiteur doit être interpellé par le créancier (1), selon différentes formes (2).

1. L'interpellation nécessaire du débiteur

88. **La règle de l'interpellation, domaine et vertus**. Le droit français des obligations retient à l'article 1139 du Code civil[387], la règle romaine « *dies non interpellat pro homine* »[388]. Ce texte

[385] Article L.211-38 II 3° du code monétaire et financier

[386] Voir par exemple : **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, n°93 ; **L. AYNÈS** et **P.CROCQ, *L*es sûretés, *la publicité foncière*, Defrénois, 8 éd. 2014, n°515 ; **P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCH**, *Les obligations*, Defrénois, 4ème éd. 2009, spéc. n°1087

[387] Article 1139 du Code civil « *Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.* »

[388] **J.-C. BOULAY**, Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance, *RTDCom*. 1990, p. 339.; **H., L., J. MAZEAUD**, *Leçons de droit civil, t.1, vol. 1, Obligations théorie générale*, par **F. CHABAS**, Montchrestien, 1998, spéc. n° 620 ; **D. ALLIX**, Réflexions sur la mise en demeure, *JCP* 1977, I, 2844. **D. TALLON**, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, *RTDCiv*. 1994, p. 223, spéc. n°29. Le droit allemand ou la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (article 59) ne retiennent pas cette solution. Ils distinguent entre l'exigibilité et l'excitabilité de l'obligation. Pour le droit allemand, voir **M. PÉDAMON**, *Le droit allemand des contrats*, LGDJ, 2° éd. 2004, p. 154

dispose, au sujet de l'obligation de donner et de l'obligation de livraison qui en découle, que le débiteur doit être « *interpellé* ». Même s'il est tenu de livrer la chose, son retard doit être constaté, avant de le contraindre. En effet, « *si le débiteur doit pouvoir exécuter son obligation au moment convenu, il n'est cependant tenu de s'en acquitter qu'après avoir été invité par le créancier. En conséquence, même si le temps du paiement est passé, le débiteur n'est juridiquement en retard que s'il a été mis en demeure* »[389]. « *La demeure (mora) est le retard, plus largement le défaut du débiteur, constaté en des formes légales* »[390]. La mise en demeure a donc pour but d'interpeller solennellement le débiteur afin qu'il exécute ses obligation ou bien que soit constaté son retard.

Cette interpellation poursuit deux objectifs : provoquer une exécution volontaire et préparer l'exécution forcée[391]. D'abord, elle permet de donner une dernière chance au débiteur de s'exécuter volontairement[392], surtout si elle s'accompagne d'un rappel des obligations légales et/ou contractuelles du débiteur, comme cela peut être fait en matière de clause résolutoire. Elle constitue une menace[393]. Ceci est conforme avec les recommandations formulées par la CNUDCI[394]. Elle apparaît comme une mesure de bonne administration de la justice. Ensuite, elle prépare à l'exécution forcée, elle prouve l'inexécution par le débiteur de son obligation. Elle prouve les prétentions du créancier et montre sa diligence dans le recouvrement de sa créance[395]. Elle démontre également la bonne foi du créancier[396].

89. **L'absence de consécration légale d'un principe général et exception.** Si ce principe est légalement fondé en matière d'obligation de livrer, aucun texte ne consacre expressément le principe général d'interpellation ou de mise en demeure préalable à l'exécution forcée.

---

[389] **J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU**, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005, spéc. n°585

[390] **J. CARBONNIER**, *Les Biens, Les Obligations*, Puf, Quadrige Manuels, oct. 2004, n°1084, p. 2208 ; Dans le même sens voir aussi **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 10ème éd. 2009, spéc. n°1079

[391] **X. LAGARDE**, Remarques sur l'actualité de la mise en demeure, *JCP G* 1996, I, 3974 ; **D. ALLIX**, Réflexions sur la mise en demeure, *JCP* 1977, I, 2844, spé. n°2 et note 3

[392] **N. CAYROL**, *J.-Cl. Droit civil, Fasc. n°60, Contrats et obligations, Mise en demeure*, spéc. n° 158 ; voir aussi **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 11ème éd., 2013, n°1080

[393] **R. PERROT**, La contrainte par la dissuasion, *in Mélanges J. Buffet*, Petites Affiches, 2004, p. 393. Dans cet article, l'auteur aborde la notion de contrainte de deux manières : la contrainte matérielle et la contrainte juridique. Dans cette seconde catégorie, l'un des moyens de contrainte est de mettre le débiteur sous pression afin d'obtenir une exécution volontaire. Il parle alors de « *paiement résigné* ».

[394] *Guide législatif de la CNDCI sur les opérations garanties*, Nations Unies, 2011, spé. VIII, n°3

[395] **N. CAYROL**, *J.-Cl. Droit civil, Fasc. n°60, Contrats et obligations, Mise en demeure*, n° 163

[396] **N. CAYROL**, *J.-Cl. Droit civil, Fasc. n°60, Contrats et obligations, Mise en demeure*, n° 165 ; **R. LIEBCHABER**, Demeure et mise en demeure en droit français, *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, sous la dir. **M. FONTAINE ET G. VINEY**, LGDJ Bruyant, 2001, p. 113 ; spé. n°5

Au contraire, des textes spéciaux précisent que l'arrivée du terme suffit à constituer le débiteur en retard (sans recours préalable à une mise en demeure ou à un avertissement du créancier). C'est le cas des garanties financières prenant la forme d'une sûreté réelle, leur réalisation ayant lieu « *à des conditions normales de marché, par compensation, appropriation ou vente, sans mise en demeure préalable, […]* ». Cette mesure est dictée par la protection des marchés financiers[397].

90. **L'application de l'interpellation à la fiducie-sûreté.** La fiducie-sûreté partage des traits communs avec la stipulation pour autrui. Elle consiste en une stipulation contractuelle formée par un constituant, exécutée par le fiduciaire, au profit d'un tiers non partie à l'acte, le bénéficiaire. Ainsi, la fiducie-sûreté peut apparaître comme une stipulation pour autrui dont l'objet serait de conserver et de transférer la propriété du bien à des fins de garantie[398]. Le régime de la stipulation semble transposable à celui de la fiducie. La stipulation pour autrui implique que le bénéficiaire accepte le bénéfice de la stipulation. Il ne peut jamais être contraint de l'accepter. Son droit au bénéfice de la stipulation naît au jour de cette dernière mais il ne se concrétise qu'au terme du contrat et sous réserve de son acceptation[399]. Le créancier bénéficiaire ne peut être contraint ni à accepter le bénéfice de la fiducie, ni à la réalisation de sa sûreté. Ainsi, il doit constituer le débiteur en retard et exercer son option pour la réalisation de la fiducie-sûreté. L'*instrumentum* de l'acceptation peut contenir à la fois le *negotium* de l'acceptation et celui de l'option pour la réalisation.

Néanmoins, le législateur a emprunté le mécanisme de l'acceptation anticipée à la stipulation pour autrui. Ainsi, la loi permet au bénéficiaire de la fiducie d'accepter le bénéfice de cette dernière avant l'échéance[400]. Dans ce cas, le constituant ne peut plus résilier unilatéralement le contrat de fiducie.

Toutefois, en matière de stipulation pour autrui, l'acceptation anticipée a aussi pour effet de provoquer automatiquement le bénéfice de la stipulation. Par exemple, le bénéficiaire d'une

---

[397] Voir sur ce point : **H. DE VAUPLANE**, Réforme du netting, *Banque*, avril 2005, p. 87 **; D. SERVAIS**, *Intégration des marchés financiers*, éd. Université de Bruxelles, 2007, §771, p. 442 ; **C. DESREUMAUX**, *Garanties financières et fiducie-sûreté, éléments de comparaison pour le créancier*, sous la dir**. H. Synvet**, Mémoire, Panthéon-Assas, 2007-2008, spéc. p. 39

[398] **C. DE LAJARTE**, La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie, *RLDC*. Mai 2009, n°60, p. 71. Cet auteur indique qu'en se plaçant du côté du fiduciaire, la fiducie « *relève naturellement des règles de la stipulation pour autrui* » ; Voir aussi **F.-X. LUCAS,** *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières,* **Préf. L. Lorvellec**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, t. 283, 1997, spéc. n°639

[399] Sur ces points voir notamment : **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t.1, PUF, Thémis Droit, 3ème éd. 2012, spéc. pp. 541-542

[400] Article 2028 du Code civil : « *Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.*
Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice. »

assurance vie qui a accepté le bénéfice de la stipulation avant le décès, reçoit automatiquement, sous réserve de notification du décès du stipulant, le bénéfice de l'assurance. Il n'a pas besoin d'accepter à nouveau le bénéfice de l'assurance vie. Il est envisageable de transposer ce régime à la fiducie-sûreté et de considérer que le créancier bénéficiaire qui a accepté le bénéfice de la fiducie-sûreté, sous réserve de constituer le débiteur en retard, reçoit automatiquement la propriété du bien. L'idée d'une réalisation automatique de la fiducie en cas d'acceptation de cette dernière avant l'échéance est envisageable. Néanmoins, cette analyse est critiquable à plusieurs égards.

D'abord, elle suscite des problèmes lorsque le contrat de fiducie prévoit une option pour le mode de réalisation (la vente ou l'attribution en propriété). Dans ce cas, l'acceptation qui ne précise pas le mode de réalisation ne peut pas entraîner la réalisation automatique de la sûreté. Le créancier doit alors exercer son option.

Ensuite, une telle analyse se heurte au fonctionnement même de la fiducie-sûreté. L'acceptation du bénéficiaire n'influence pas les obligations du fiduciaire qui sont définies par la mission. L'acceptation a seulement pour effet de « *donner le statut de créancier de fiduciaire* » au bénéficiaire[401].

Enfin, cette interprétation fondée sur les effets de l'acceptation anticipée de la stipulation pour autrui n'est pas d'une grande simplicité et se heurte à la nature de sûreté de la fiducie-sûreté. Dans la pratique, l'acceptation intervient dès la constitution de la fiducie-sûreté pour éviter toute résiliation unilatérale de la part du constituant. Admettre que l'acceptation anticipée provoque la réalisation automatique du bien aboutit à priver le débiteur de demander des délais de paiement, et oblige le créancier à exercer une option à un moment inopportun pour lui. Une telle interprétation va à l'encontre des intentions législatives et de l'avantage d'adaptabilité de l'option eu égards aux circonstances de la réalisation.

Pour ces raisons, nous considérons qu'en dehors de tout aménagement contractuel, toute interprétation tendant à une réalisation automatique semble devoir être exclue. Le créancier doit donc constituer le débiteur en retard et exercer son option pour la réalisation après l'échéance.

91. **L'aménagement conventionnel de l'automaticité de la réalisation dans la fiducie-sûreté et le pacte commissoire**. La loi permet aux parties d'organiser conventionnellement la réalisation de la sûreté. Ainsi, le pacte commissoire ou la fiducie-sûreté pourraient contenir la clause suivante. « *A défaut d'exécution à l'échéance, le transfert de propriété du bien objet de la sûreté a lieu automatiquement, sans mise en demeure, au profit du créancier garant*i »..

[401] Dans ce sens, voir C. de Lajarte, La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie, RLDC. Mai 2009, n°60, p. 71, voir aussi **M. DUEDRA**, *Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : Essai d'une comparaison*, Th. Toulouse, 2012, spéc. n°418

Cependant, en l'absence d'aménagement conventionnel, l'arrivée du terme ne peut suffire à constituer le débiteur en retard et une interpellation préalable à l'exécution forcée s'impose[402]. Cette règle constitue, à notre sens, un principe général non écrit qui a vocation à s'appliquer à la réalisation des sûretés réelles. Ainsi, en matière de pacte commissoire ou de réalisation de la fiducie-sûreté, à défaut de stipulation expresse, le transfert de propriété résultant de l'attribution ou la vente devront être précédés de l'interpellation du débiteur.
Cette règle s'oppose donc à l'idée d'une réalisation automatique de l'attribution conventionnelle ou de la réalisation de la fiducie-sûreté.

La nécessité de l'interpellation du débiteur étant affirmée, il convient de se pencher sur les formes de cette interpellation.

2. Les formes variées de l'interpellation

L'interpellation peut prendre différentes formes selon le mode de réalisation choisi et la procédure applicable.

92. **La forme de l'interpellation prévue par la loi**. Dans la majorité des cas, la loi impose une formalité particulière. Ainsi, en matière de saisie-vente ou de saisie immobilière, l'interpellation du débiteur se fait par commandement de payer. En matière d'attribution judiciaire ou d'actions en restitution ou en revendication, c'est l'acte introductif d'instance et sa notification au débiteur qui joue le rôle de mise en demeure.
En matière de sûretés commerciales et notamment de gage[403] ou de nantissement de compte titre[404], la procédure de vente forcée étant simplifiée, le créancier peut y procéder après une mise en demeure restée infructueuse pendant au moins huit jours francs[405].
La réalisation de la sûreté ne peut donc pas avoir lieu automatiquement à l'échéance. Le délai de satisfaction varie selon la durée de la procédure ou du processus de réalisation.

93. **L'absence de forme légale, le recours à la mise en demeure**. Dans d'autres cas, la loi ne prévoit aucune disposition particulière comme en matière d'attribution conventionnelle ou de réalisation de la fiducie-sûreté. Il convient de retenir une solution simple, rapide et au coût modique

[402] **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, les obligations,* Dalloz, 11ème éd., 2013, n°1080
[403] Article L. 521-3 du Code de commerce
[404] Article L.211-20 V du Code monétaire et financier
[405] En matière de récépissé warrant, la vente a lieu huit jours après protêt (article L. 522-30 du Code de commerce).

d'interpellation du débiteur. Ainsi, à défaut de texte ou de stipulation contractuelle, nous proposons de s'inspirer du régime des sûretés commerciales et de retenir l'envoi d'une mise en demeure – sous la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception[406] – demeurée infructueuse pendant au moins huit jours.

En matière de fiducie-sûreté, à l'issue du délai de huit jours francs, et si la mise en demeure relate la volonté du créancier de réaliser sa sûreté par la vente, le fiduciaire peut vendre le bien. La réalisation ne peut pas, dans ce cas, être automatique, le fiduciaire étant dans l'obligation de respecter les différentes étapes de la vente du bien. En revanche, en matière d'attribution en propriété, à l'issue de ce délai et si la mise en demeure fait expressément état de la volonté du créancier de se voir attribuer la propriété du bien objet de la sûreté, le transfert de propriété opère. Le transfert de propriété intervient automatiquement à la fin de ce délai.

Ainsi, outre la nécessité de constituer le débiteur en retard, la réalisation passe par l'expression de la volonté de réaliser et par le choix du mode de réalisation choisi. La mise en demeure peut jouer ce rôle. Deux situations sont envisageables. Si la mise en demeure contient l'expression de la volonté de réaliser et le choix du mode de réalisation, alors, à la fin du délai, le transfert de propriété opère automatiquement. A défaut, l'expiration du délai constitue seulement le débiteur en retard et ne provoque pas le transfert automatique de la propriété. Pour que le transfert se produise, le créancier doit exprimer sa volonté de réaliser.

§2. L'exercice volontaire de l'option

94. Le droit de réaliser appartient au créancier quelle que soit la sûreté réelle dont il est titulaire. Le créancier est seul titulaire du droit de réaliser. Ce droit naît au jour de la constitution de la sûreté mais demeure en sommeil jusqu'à la défaillance du débiteur. Lorsque cette dernière survient, le créancier peut exercer son option. Dans ce but, il doit exprimer sa volonté de réaliser pour provoquer la réalisation du bien.

Il convient de déterminer l'étendue du droit de réaliser, ce qui implique d'identifier les modalités d'expression de la volonté de réaliser. Il s'impose également de prévenir d'éventuelles situations de concurrence entre plusieurs modes de réalisations. Il est par exemple important de savoir si le créancier peut demander une attribution en propriété judiciaire concomitamment à une saisie vente.

[406] Depuis la loi du 9 juillet 1991, la mise en demeure peut prendre la forme d'une simple lettre missive. Or, pour que le débiteur ne puisse pas arguer qu'il n'a jamais reçu le courrier, par prudence, il convient d'envoyer la mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception. Dans ce sens voir, par exemple, **J. CARBONNIER**, *Les Biens, Les Obligations*, Puf, Quadrige Manuels, oct. 2004, n°1084, p. 2208

L'étude du régime de l'exercice de l'option montre que le droit d'opter apparaît comme un droit quasi discrétionnaire[407] (A). Toutefois, lors de son exercice, il peut prendre des formes variées (B).

A. Le droit d'option, un droit quasi-discrétionnaire

95. Le droit d'option appartient au créancier. Lorsque le débiteur défaille, lui seul peut choisir de réaliser ou non sa sûreté et le mode de réalisation. L'option semble être un droit personnel quasi discrétionnaire (1).
La question de l'articulation des différents modes de réalisation mérite également d'être posée et notamment la question du cumul de plusieurs modes de réalisation (2).

1. Un droit personnel

96. **Une faculté pour le créancier**. L'exécution est « *entreprise sur l'initiative du créancier, qui décide de la mettre en mouvement* »[408]. Par ces mots, en 1957, Hébraud a caractérisé le pouvoir du créancier. L'exécution repose sur sa volonté. L'article 1er de la loi du 9 juillet 1991 consacre ce droit à l'exécution en créant une véritable option pour le créancier[409]. L'étude du texte nous le montre. L'emploi du verbe « *pouvoir* » renvoie à une faculté, un droit et non une obligation. Contraindre son débiteur à l'exécution est donc une faculté[410] pour le créancier. Demander l'exécution forcée d'une créance est un choix personnel et quasi discrétionnaire[411].
Dans les textes relatifs aux sûretés réelles, nous pouvons également noter l'emploi généralisé du verbe « *pouvoir* » pour énoncer les droits du créancier lors de la défaillance de son débiteur. Par exemple, l'article 2371 alinéa 1 du Code civil dispose, à propos de la réserve de propriété, qu'« *à défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien […]* ». De même, en matière d'hypothèque ou de gage, la loi précise que le créancier « *peut faire ordonner en justice* » la vente forcée du bien, l'attribution en propriété[412]. La fiducie-sûreté fait également une place à cette option. Par exemple, lorsque le créancier bénéficiaire et le fiduciaire sont deux

[407] Il sera développé dans la partie 2 que le droit de réaliser se trouve limité par la protection des intérêts, du constituant et des tiers ; parfois même par l'intérêt général.
[408] **P. HÉBRAUD**, L'exécution des jugements civils, *Rev. Internet. Dr. Comp*., 1957, pp. 170 et s.
[409] l'article 1er de la loi du 9 juillet 1991 « […] *[le créancier] peut, dans les conditions prévues par la loi contraindre son débiteur défaillant à exécuter*
[410] **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, n°92 ; **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf Thémis, 2009, n°17
[411] Il peut être limité par l'exercice d'une action paulienne ou d'une action oblique. Il peut être aussi limité par l'abus et la fraude. De même, il doit remplir les conditions de l'exécution forcée.
[412] Voir les articles 2346 et 2347 du Code civil pour le gage de droit commun et voir les articles 2458 et 2459 du Code civil pour l'hypothèque.

personnes différentes, l'article 2372-3 alinéa 2 du Code civil prévoit que le créancier « *peut exiger de lui [du fiduciaire] la remise du bien […], ou, […] la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix.* ».

Le vocabulaire employé est le même qu'en matière d'exécution forcée et tend au même résultat. L'analyse d' Hébraud peut être transposée ici. Le créancier dispose d'un pouvoir de réaliser, d'une faculté qu'il ne peut, en principe, être contraint d'exercer[413]. L'option pour le mode de réalisation constitue donc pour le créancier un droit personnel et quasi discrétionnaire.

97. **Une possible renonciation**. Parce que c'est un droit personnel, le créancier peut y renoncer postérieurement à l'acquisition définitive de ce droit, par exemple par son inaction. Bien que le droit naisse à la constitution de la sûreté, il ne se cristallise qu'à la défaillance (l'exercice du droit est conditionné à la défaillance du débiteur). Le créancier ne peut donc renoncer à son droit qu'une fois la défaillance survenue et constatée.

98. **L'expression nécessaire de la volonté de réaliser**. Parce qu'il est quasi discrétionnaire[414], l'exercice du droit de réaliser et de l'option résulte en principe de l'expression de la volonté du créancier, postérieurement ou concomitamment à la défaillance du débiteur. Ainsi, la simple stipulation d'un pacte commissoire ou de la vente pour la fiducie-sûreté ne saurait constituer l'exercice anticipé de l'option. Une telle stipulation vise seulement à aménager un autre mode de réalisation et à élargir le domaine de l'option[415].

A titre exceptionnel, lorsque la loi ou la convention des parties le prévoit, la réalisation de la sûreté peut passer outre l'expression de la volonté. Il en va ainsi dans les hypothèses de réalisation automatique à l'échéance que nous avons développées au paragraphe précédent[416].

---

[413]Voir dans ce sens : Cass. Com. 10 oct. 2000, n° 97.12-910 ; *Bull. Civ*. IV., n° 151; *D*. 2000, AJ, p. 424; *JCP G* 2001, I, 315, n°54, obs. **P. DELEBECQUE;** *RDBF*. 2000, n° 6, p. 354, obs. **D. LEGEAIS.** la Cour précise dans son attendu que : « *le créancier n'est pas tenu de demander la réalisation de son gage à l'échéance.* » ; Voir aussi Cass. Com. 14 mai 2014, n°13-11-.296, inédit.

[414] Le droit de réalisé n'est pas totalement discrétionnaire. Il est dans certaines hypothèses paralysé et plus généralement limité par les règles protectrices des intérêts du débiteur.

[415] Dans le sens d'une véritable option à l'échéance voir notamment : **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, Perspectives, *RLDA*, mars 2007, p.96; **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières), Perspectives, *RLDA*, mars 2007, n°14 ; **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, I, 8; **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, 6°éd., mars 2008, spéc. n°587 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9 ème éd., 2011, spéc. n°1089 ; **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D*. 2007, Chron., p. 2052., spéc. n°27 et Contra voir notamment **M.-P. DUMONT-LEFRANT**, Le gage de meubles corporels, *in Evolution du droit des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat*, ss. **dir. S. Cabrillac, C. Albigès, C. Lisanti**, colloques, janv. 2008, p. 31 ; **L. AYNÈS** et **P.CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, 8ème ed. 2014, n°515 ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des sûretés*, Lamy, 2014, spéc. n°231-65 Ces auteurs admettent, néanmoins, que le pacte puisse contenir une disposition permettant au créancier de maintenir son option.

[416] Voir n^{os} 85 et s.

Le créancier ayant le choix entre plusieurs modes de réalisation, il convient de se demander s'il peut opter pour plusieurs modes de réalisation à la fois ou bien si l'option pour l'un lui ferme les portes des autres modes de satisfaction.

2. Le cumul possible de plusieurs demandes

99. **La question du cumul de plusieurs modes de réalisation**. Nous ne disposons que de peu d'éléments dans la loi, sur l'articulation des options pour le mode de réalisation. Le créancier peut-il se prévaloir d'un pacte commissoire et demander l'attribution en propriété puis changer d'avis et introduire une saisie-vente ? Le créancier bénéficiaire de la fiducie qui a fait stipuler dans le contrat de fiducie – dont il n'est pas officiellement partie – que le bien sera vendu par le fiduciaire peut-il engager cette procédure de vente puis changer d'avis et exiger le transfert de propriété du bien ?

La question de l'articulation des modes de réalisation est peu posée. La jurisprudence a apporté quelques réponses en matière d'attribution judiciaire et de vente forcée.
Il semble toutefois qu'il faille distinguer selon les procédures civiles d'exécution a été intentée antérieurement ou postérieurement à l'option du créancier.

100. **La procédure civile d'exécution intentée sur le bien grevé avant l'exercice de l'option**. La saisie d'un bien ayant pour effet de le rendre indisponible, il semble impossible d'intenter tout autre mode de réalisation tant que la procédure n'a pas abouti. Donc, si un créancier saisit le bien objet de la sûreté, le créancier ne peut pas en demander l'attribution en propriété, il doit se joindre à la procédure pour faire valoir son droit de préférence sur le bien.

101. **La vente forcée du bien intentée après l'option, le critère du transfert de propriété.** La jurisprudence a reconnu que l'attribution judiciaire est possible jusqu'à ce que le jugement décidant de la vente forcée soit passé en force de chose jugée[417]. Symétriquement, la vente aux enchères ne peut plus être demandée si l'attribution judiciaire est devenue définitive[418].
En somme, le passage d'un mode de réalisation à l'autre semble devenir impossible lorsque le transfert de propriété est inéluctable, soit parce que le transfert de propriété est définitif, soit parce

[417] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd., 2010, 1093 ; **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE BROLY**, *Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté* , Sirey, 2°éd., sept. 2006, n°330
[418] CA Lyon, 16 octobre 1980, Banque Veuve Morin Pons c/ Sapin syndic et autres ; *JCP G* 1981, IV, p. 376.

qu'il est inévitable. Le jugement décidant de la vente ne transfère pas à proprement parler la propriété, mais, sauf paiement par le débiteur, la vente du bien est inévitable.

Qu'en est-il en matière d'attribution conventionnelle ou légale en propriété ?

Il faut reprendre le même principe. Le pacte commissoire et l'attribution légale transfèrent la propriété. Lorsque ce transfert est définitif, le créancier ne peut pas opter pour un autre mode de réalisation. Par exemple, le contrat peut prévoir que l'attribution du bien aura lieu après une mise en demeure restée infructueuse pendant au moins huit jours. Une fois la mise en demeure effectuée, sauf si le débiteur paye volontairement, le transfert de propriété est inévitable. A notre sens, le créancier ne peut donc plus intenter une voie d'exécution portant sur le bien grevé.

B. Les formes variées d'exercice de l'option

102. **Un acte d'interpellation**. L'exercice du droit de réaliser résulte, dans la majorité des cas, de l'acte d'interpellation du débiteur. En effet, selon la nature de la *mora* effectuée, le créancier opte pour la réalisation et pour un mode de réalisation. Par exemple, le commandement de payer signifié au débiteur par le créancier gagiste poursuit un triple objectif. Il permet au créancier d'interpeller le débiteur sur l'arrivée du terme, de constater la défaillance du débiteur et de signifier au constituant l'option du mode de réalisation.

103. **L'exercice de l'option concomitant à l'interpellation**. En matière d'attribution conventionnelle, légale ou en matière de vente du bien par le fiduciaire, lorsque la convention des parties est silencieuse, l'acte d'avertissement du débiteur peut contenir l'option pour le mode de réalisation. Il en va ainsi, si la mise en demeure contient la mention suivante. « *A défaut de paiement dans les huit jours, la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste* ». En revanche, si l'acte d'interpellation ne fait qu'avertir le débiteur sans mention du mode de réalisation envisagé, l'exercice de l'option ne peut pas résulter d'un tel acte. Il en va ainsi lorsque la convention précise seulement qu' « *au-delà du délai de huit jours demeuré infructueux, le créancier réalisera sa sûreté* ». Dans cette hypothèse, un autre acte – sous la forme d'une mise en demeure – est nécessaire à l'exercice de l'option pour le mode de réalisation.

104. **L'interpellation dissociée de l'exercice de l'option**. Dans d'autres cas, comme en matière de saisie immobilière[419], l'option peut être dissociée de l'interpellation du débiteur parce que cette

[419] En matière de vente faisant suite à une saisie mobilière, les créanciers doivent faire connaître leur intention de prendre parti et le montant et la nature de leur créance. (art R.522-13 et R. 221-31 du Code des procédures civiles d'exécution). Le défaut de déclaration fait perdre au créancier le droit de concourir aux distributions.

interpellation a été faite par un autre créancier. L'hypothèse visée est celle de la déclaration de créance faisant suite à la dénonciation de la saisie aux créanciers inscrits. La procédure de saisie immobilière est intentée par un créancier, le créancier poursuivant. Il signifie le commandement de payer au débiteur, le publie au bureau des hypothèques, puis dénonce la saisie aux créanciers inscrits. Ces derniers ont deux mois à compter de la dénonciation pour déclarer par acte d'avocat. A défaut, le créancier est déchu de sa sûreté[420]. Lorsque l'inscription de la sûreté a lieu entre la publication du commandement de payer et la publication de la vente, le créancier dispose d'un mois suivant l'inscription pour déclarer sa créance[421].

La dissociation entre l'interpellation du débiteur et l'exercice de l'option a nécessairement lieu en présence d'une sûreté réelle pour autrui puisque le constituant et le débiteur sont deux personnes distinctes. La réalisation de la sûreté réelle pour autrui est soumise à la défaillance du débiteur mais l'option concerne uniquement le constituant, propriétaire du bien grevé.

105. **La déclaration de créance dans les procédures d'insolvabilité, forme d'exercice de l'option**. Dans d'autres circonstances relatives au bien grevé ou à la situation du débiteur, la réalisation peut être empêchée. Ainsi, lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité[422], le droit de réaliser est, comme le droit à l'exécution forcée, en principe paralysé. Le créancier est soumis à une procédure de déclaration de créance.

En matière de procédures collectives, le créancier muni d'une sûreté réelle conventionnelle fondée sur un droit de préférence doit, s'il souhaite bénéficier de la priorité que lui confère son droit, déclarer sa créance à la procédure dans les deux mois suivant la publication du jugement d'ouverture au BODACC ou bien s'il s'agit d'un créancier qui a publié sa sûreté dans les deux mois suivant l'avertissement l'informant de l'ouverture de la procédure et de l'obligation de déclarer[423]. Cette déclaration de créance, qui s'analyse comme une action en justice[424], a pour objectif de permettre l'établissement du passif. La déclaration de créance impose au créancier de faire acte de sa volonté de se prévaloir de son droit de créance et du droit de priorité attaché à sa sûreté. A défaut de déclaration de la sûreté, le créancier ne peut pas bénéficier de sa sûreté. Celle-ci est inopposable

[420] Article 2215 du Code civil
[421] Article R. 162-4 du Code des procédures civiles d'exécution.
[422] Voir n^{os}352 et s. et n^{os} 453 et s.
[423] Article R. 622-21 et L. R. 622-24 du Code de commerce
[424] L'article qualifie la déclaration de créance d' « *acte de poursuite qui interrompt la prescription* ». Certains auteurs considèrent que la qualification en acte de poursuite est insuffisante à qualifier la nature d'acte introductif d'instance de la déclaration de créance. Au contraire, la possibilité pour un mandataire de déclarer la créance s'opposer ait à cette qualification. Voir **C. HOUIN-BRESSAND**, La situation des créanciers réformée par l'ordonannce n°2014-326 du 12 mars 2014, *RDBF* 2014, n°3, comm. 116 ; **F. PÉROCHON**, L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer, *BJE* 2014, n°3, p. 133 ; Comparer avec **G. JAZOTTES**, La protection des droits des créanciers, in L'ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *Dr. et Patr.* 2014, n°238

à la procédure[425]. Afin de faciliter l'établissement du passif, l'article L. 622-24 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, prévoit que lorsque « *le débiteur a porté l'existence de la créance à la connaissance du mandataire, il est supposé avoir agi pour le compte du créancier, tant qu'il n'a pas adressé de déclaration de créance* ». Cette présomption de déclaration est vue par la doctrine comme une mesure de simplification et de faveur accordée au créancier[426]. Pourtant, elle apparaît plutôt comme une sorte de « piège » pour le créancier. En effet, en pratique, dans bien des cas, le débiteur a des difficultés à identifier ses dettes et leurs garanties. En outre, face à des dettes comme des prêts à intérêts, le débiteur est, dans la très grande majorité des cas, incapable de calculer avec précision le montant de sa dette. La déclaration de créance et des garanties attachées à celle-ci s'avère donc toujours indispensable.

Cette déclaration de créance est très proche de la déclaration de créance de la saisie immobilière.

De même, en matière de procédure de surendettement ou de rétablissement personnel, le créancier titulaire d'une sûreté réelle doit déclarer sa créance à la procédure sous peine de déchéance[427]. La sanction est plus sévère. La sûreté est alors perdue.

Même si ces deux cas ne constituent pas réellement des cas de réalisation de la sûreté, il faut admettre que la déclaration de créance constitue un acte de volonté de se prévaloir du droit réel sur le bien.

106. **La revendication dans les procédures collectives**. Parfois, la procédure collective permet au créancier de réaliser sa sûreté. Sont ainsi admises l'action en revendication du titulaire de la clause de réserve de propriété, l'attribution judiciaire du gage lors de l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Quant à la fiducie, sa réalisation n'est possible qu'en l'absence de convention de mise à disposition en sauvegarde ou redressement ou sans restriction en liquidation judiciaire.

Dans ces cas, l'expression de la volonté de réaliser s'adapte à la situation exceptionnelle que constitue la procédure collective. L'acte introductif de l'action en revendication doit avoir lieu dans les trois mois de la publication du jugement d'ouverture et doit être remis auprès du greffe du

[425] Notons que la déclaration de créance est, depuis la loi du 26 juillet 2005, sanctionnée par l'inopposabilité. Le créancier, selon l'article L. 622-26 du code de commerce, « *n'est pas admis dans les répartitions et les dividendes* » Auparavant, le défaut de déclaration était sanctionné par l'extinction de la créance. Sous l'impulsion de l'Union Européenne et pour maintenir les droits du créancier, l'extinction s'est muée en inopposabilité. Il est à noter que lorsque le défaut de déclaration ne portait que sur la sûreté, l'extinction ne concernait que cette dernière.

[426] Voir notamment **G. JAZOTTES**, La protection des droits des créanciers, in Dossier Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *Dr. et. Patr*. 2014, n°238 ; **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, spéc. n°52

[427] Article L. 331-3 du Code de la consommation

tribunal de la faillite[428]. Quant à l'attribution judiciaire, le créancier gagiste doit la demandé avant que la réalisation , au sens de liquidation, n'ait lieu[429].

L'exercice de l'option, quelle que soit sa forme, porte sur le mode de réalisation de la sureté réelle. En revanche, la réalisation a pour objet l'assiette de la sûreté réelle.

Section 2. L'assiette, domaine protégé de l'option

Réaliser une sûreté réelle consiste, pour le créancier, à faire valoir son droit réel sur le bien ou l'ensemble de biens composant l'assiette de la sûreté.
Néanmoins, pendant la durée de la sûreté réelle, l'assiette peut être amenée à évoluer, ce qui peut constituer un danger pour les droits du créancier.

107. **Les fragilités de l'assiette**. Les modifications apportées à l'assiette au cours de « la période de la latence » de la sûreté peuvent être bénéfiques ou néfastes pour le créancier garanti.
Ainsi, en matière d'hypothèque de la nue-propriété de l'immeuble, le décès de l'usufruitier et la reconstitution du droit de propriété entre les mains du nu-propriétaire permettent au créancier hypothécaire de réaliser sa sûreté sur l'immeuble dans son ensemble et pas seulement sur la nue-propriété[430].
En revanche, en cas de diminution de la valeur de l'assiette, les droits du créancier se trouvent amoindris. Ainsi, le législateur a prévu, par exemple en matière de gage de droit commun et de gage de stocks du Code de commerce, que le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme ou d'un complément de gage[431]. Dans les sûretés réelles sans dépossession, une obligation de conservation de l'assiette pèse sur le constituant qui peut se trouver dans l'obligation de payer ou de reconstituer le gage. Cette obligation peut être renforcée conventionnellement par l'introduction de

[428] Article L. 624-9 du code de commerce
[429] Article L. 624-20-1 du code de commerce
[430] Voir Cass. Com., 13 mars 2012, n°11-10.289 ; *L'Essentiel du droit bancaire*, 1er mai 2012, n°5, p. 7, spéc. n°65, obs. **M. MIGNOT** ; *L'Essentiel du droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, 1er mai 2012, n°5, p.3, obs. **F.-X. AGOSTINI.** Les fondements de cette solution sont doubles. L'un est spécifique au droit de l'hypothèque. L'article 2397 du Code civil précise que « *l'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble* ». L'autre est relatif au droit des biens. Le nu-propriétaire a vocation à voir son droit se transformer en un droit propriété plein et entier.
[431] Pour le gage de droit commun, voir article 2344 du Code civil ; pour le gage de stocks, voir article L. 527-1 du Code de commerce ; article 2420 en matière hypothèque et autorisant les hypothèques futures. La question de l'extension du principe aux sûretés sans dépossession dont les textes ne prévoient pas cette faculté est incertaine. C'est pourtant ce que laisse entendre la CA Agen, 25 févr. 1985 *; JCP G* 1986, II, 20604, note **A.-M ; SOHM-BOURGEOIS** ; *D.* 1987, somm., p. 293, obs. **M. VASSEUR**. Toutefois, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, l'article 2344 du Code civil pose un principe de maintien de la valeur du gage qui, parce qu'il s'agit des règles de droit commun, peut être étendu à l'ensemble des sûretés mobilières sans dépossession, sauf textes spécial contraire.

clauses d'arrosage ou de substitution d'assiette. Ces clauses sont, semble-t-il, fréquentes en matière de nantissement de compte d'instruments financiers[432].

De même, en cas de destruction, de détérioration, ou de division du bien, les droits du créancier garanti se trouvent menacés.

108. **Les instruments de protection, la subrogation et l'indivisibilité**. Pour permettre au créancier de conserver ses droits et l'efficacité de sa sûreté, des mécanismes de protection de l'assiette existent. Il s'agit principalement de la subrogation réelle et de l'indivisibilité de la sûreté.

La subrogation réelle est une théorie doctrinale[433]. Elle se définit comme « *la substitution, dans un rapport de droit, d'une chose à une autre*[434]»[435]. C'est donc le remplacement d'un bien par un autre. Le bien substitué étant, par application de l'adage latin *« Subrogatum capit naturam subrogati*[436] *»*, soumis au même régime que le bien remplacé ou plus justement il est appliqué au bien nouveau « *la réglementation juridique du rapport dont le bien ancien était l'objet* »[437].

C'est sur ce mécanisme que repose la réalisation des sûretés par la vente, mais son rôle est plus étendu. Dans bien des cas, elle permet au créancier de réaliser sa sûreté sur une indemnité ou un bien de remplacement alors que l'application du principe d'individualisation de l'assiette aurait pour effet de rendre la sûreté caduque. Elle permet ainsi au créancier de conserver sa sûreté alors que la perte du bien aurait eu pour effet de le transformer en créancier chirographaire. Nous plaiderons pour un élargissement de son champ d'application.

L'indivisibilité de la sûreté est un caractère de l'assiette de la sûreté. Définie comme « *l'état de ce qui ne peut être divisé sous un rapport donné (spécialement de ce qui ne peut être admis ou fourni en partie) et qui doit être considéré ou payé globalement comme un tout, même (s'il s'agit d'une dette) par des héritiers du débiteur (chacun étant tenu du tout)* »[438] et synthétisée par la formule de Dumoulin, « *hypoteca est tota in toto et tota in qualibet parte, sicut anima in corpore* »[439],

---

[432] Sur cette question, voir **P. CROCQ**, Sûretés et proportionnalité, *in Etudes offertes au doyen P. Simler*, Litec –Dalloz, 2006, p. 291, spéc. n^{os} 7 à 14

[433] La loi ne définit pas la notion de subrogation réelle. Elle y renvoie seulement.

[434]**H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS,** *Obligations théorie générale*, Leçons de droit civil, t.II, vol.1, Montchrestien, 9ème éd. 1998. Cette définition générique est cependant insuffisante pour saisir toutes les subtilités de la subrogation réelle, artifice impliquant un remplacement. Voir **V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t.187, 1985

[435] Elle s'oppose à la subrogation personnelle qui se définit comme « *la substitution, dans un rapport de droit, […] d'une personne à une autre personne* » **H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS,** *Obligations théorie générale*, t.II, vol.1, Leçons de droit civil, Montchrestien, 9ème éd. 1998

[436] Cet adage peut se traduire par : « Ce qui est subrogé prend la nature de ce à quoi il est subrogé. »

[437] **F. TERRE, P. SIMLER**, *Les biens*, Dalloz, Droit privé, Précis, 8ème éd. 2010, n°489

[438] **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[439] Formule de **DUMOULIN,** Extr. Lab. Div. Et indiv. Paris II, 91 ; Cette formule a été abrégée par. **LOYSEL** sous la formule « *l'hypothèque ne se divise point* », **LOYSEL,** Inst. Cout., III, 17, cités par **M. PLANIOL, G. RIPERT**, par **E. BECQUE**, *Traité pratique de droit civil français*, T XII, 1ère partie, LGDJ, oct. 1952, n°339 ; **H. ROLAND, L. BOYER**,

l'indivisibilité permet au créancier garanti antérieur à la division d'ignorer l'état de division du bien, de la créance ou de la dette. Il réalise son droit comme il l'aurait fait antérieurement.

Ainsi, la subrogation réelle (§1) et l'indivisibilité de l'assiette de la sûreté (§2) sont des vecteurs de maintien de l'efficacité de la sûreté. Ils permettent au créancier de réaliser sa sûreté malgré les modifications et les atteintes portées à l'assiette.

§1. La subrogation réelle, mécanisme de maintien de l'efficacité de la sûreté

109. **La théorie de la valeur engagée**. Selon la théorie de « *la valeur engagée* »[440], développée par Monsieur C. Atias, le bien, objet du droit réel, est considéré non pas dans son individualité mais pour sa valeur, la valeur étant le résultat des attributs du droit de propriété. La valeur nait de la réunion, sur la tête d'une seule personne, de l'usage, de la jouissance et de la disposition. Lors de constitution du gage, la valeur de la chose se détache en partie de ces éléments car elle est affectée au créancier. Elle demeure dans le patrimoine du débiteur mais est mise en réserve. Elle est asservie à la garantie du paiement de la créance. Cependant, cette valeur demeure attachée à un bien déterminé, le bien grevé.

Concevoir le droit de préférence comme un droit s'exerçant sur une valeur implique deux conséquences.

La première conséquence est que, pendant la durée de la sûreté, la valeur du bien est en quelque sorte mise en réserve au profit du créancier. L'engagement de la valeur a, ainsi, un effet conservatoire.

La seconde conséquence est que le droit réel s'exerce sur tout ce qui représente la valeur du bien et sur toutes les formes que peut prendre cette valeur[441]. Considérer que le droit réel s'exerce sur la valeur du bien, c'est donc considérer qu'il s'exerce sur tout élément qui le représente. Par exemple,

---

Locutions latines et adages du droit français contemporain, t. II *Adages*, Ed. L'Hermès, Coll. Droit-Economie-Gestion, 1978, n°115

[440] **C. ATIAS**, La valeur engagée, *RJCom* 1994, n°11, pp. 72-84

[441] **C. ATIAS**, La valeur engagée, *RJCom* 1994, n°11, pp. 72-84, spé. n^{os}26 et s. ; Voir aussi ; **M. CABRILLAC**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Th. Montpellier*, Recueil Sirey, 1954, spéc. n°65, à propos de l'hypothèque : « *Le droit d'hypothèque est un droit qui ne porte pas tant sur l'objet lui-même que sur sa valeur* ». **; C. KRIEF-SEMITKO**, L'article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l'Ordonnance du 23 mars 2006, *Gaz. du Pal*., 28 août 2008 n° 241, p. 5, spéc. n°44 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n° 519 ; **F. TERRE, P. SIMLER**, *Les biens*, Dalloz, Droit privé, Précis, 8ème éd. 2010, n°480 ; **G. AFFAKI**, De la relation perfectible entre le créancier et les sûretés, *in Repenser le droit des sûretés mobilière*s, sous dir. **M.-E. ANCEL**, Bibli A. Tunc, LGDJ 2005

si le bien est détruit, le droit réel s'exerce sur l'indemnité d'assurance. De même, l'exercice du droit de préférence peut se manifester par une attribution en propriété du bien, à hauteur de la créance due. La propriété du bien est alors transférée au créancier qui doit restituer l'excédent résultant de la différence entre la valeur du bien et le montant de la créance. Cette conception permet d'envisager une attribution automatique de la valeur engagée au profit du créancier.

Cette conception est particulièrement protectrice des intérêts du créancier. En effet, le droit de préférence s'exerçant sur la valeur, il va s'exercer sur toute valeur remplaçant le bien grevé, par exemple le prix de la vente, l'indemnité d'expropriation, ou encore l'indemnité d'assurance. L'indemnité d'assurance est, certes, la contrepartie contractuelle des primes versées, mais ces primes ont pour unique but de permettre à la valeur du bien objet de la sûreté de survivre au sinistre. Ce remplacement est automatique et naturel. Il est inutile de faire appel à un mécanisme de remplacement du droit commun comme la subrogation réelle[442]. Le créancier voit donc son droit conservé automatiquement.

Lors de la réalisation, en fonction des biens composant l'assiette, le créancier emploie le mode de réalisation adéquat. Par exemple, si l'objet de son gage a été détruit et remplacé par une indemnité d'assurance (qui a été, par diligence, consignée), il demande le versement de cette somme. En revanche, si son gage n'a pas été détruit, il réalise sa sûreté selon le mode de réalisation de son choix : attribution judiciaire, attribution conventionnelle ou vente forcée.

110. **Le principe retenu par la loi, l'individualisation du bien**. Toutefois, malgré ses avantages, cette théorie demeure purement doctrinale. Elle n'a été consacrée ni par la loi, ni par la jurisprudence[443]. La matière continue donc à être dominée par le principe d'individualisation du bien. Traditionnellement, le bien objet du droit réel et par extension de la sûreté réelle doit être individualisé, c'est-à-dire « *déterminé grâce à ses signes distinctifs, à des procédés d'identification* »[444].

L'application stricte de ce principe reviendrait à n'admettre aucun bien de remplacement. Le droit réel ne pourrait s'exercer ni sur la créance de prix de vente, ni sur le prix de vente du bien grevé ; de même, la perte du bien entraînerait la perte de la sûreté.

---

[442] **C. ATIAS**, La valeur engagée, RJCom 1994, n°11, pp. 72-84, spé. n°22 ; voir aussi **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n° 519 ; **F. TERRÉ, P. SIMLER**, *Les biens*, Dalloz, Droit privé, Précis, 8ème éd. 2010, n°480

[443] Elle a néanmoins marqué par son influence, la réforme du 23 mars 2006 notamment par la généralisation des attributions en propriété (conventionnelle ou judiciaire) comme mode de réalisation naturel des sûretés réelles conventionnelles. Ces modes de réalisation sont imprégnés de la notion de valeur. A titre d'exemple, la soulte à verser en cas d'attribution conventionnelle correspond à l'excédent de valeur du bien objet de la garantie. Bien qu'influencé, le législateur n'est pas allé jusqu'à consacrer cette théorie.

[444] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

Le législateur, conscient de la rigidité de la règle et de son caractère peu protecteur du créancier muni d'une sûreté, a assoupli ce principe. Sans adopter un principe général de subrogation réelle en matière de sûretés réelles[445], il a institué de nombreuses exceptions légales ou conventionnelles[446] fondées sur le mécanisme[447].

En matière de sûretés réelles, notamment au moment de la réalisation, la subrogation réelle vient corriger[448] les excès du principe d'individualisation du bien. Elle est, d'abord, un mécanisme indispensable de la réalisation par la vente forcée dont elle constitue la « *clé de voute* »[449]. En effet, le prix remplace le bien et le créancier exerce son droit réel sur ce bien (A).

Elle constitue, ensuite, un mécanisme de sauvegarde de l'assiette. Le législateur a multiplié les textes spéciaux permettant au créancier d'exercer son droit réel sur l'indemnité versée en réparation de la perte du bien ou de l'atteinte portée au droit de propriété. La multiplication des textes et leurs champs d'application larges nous ont amené à proposer des extensions des cas de subrogation réelle pour aboutir à une généralisation de la subrogation de la créance d'indemnité au bien grevé (B).

A. La subrogation réelle lors de la vente du bien, un mécanisme de maintien de l'assiette

111. La vente provoque une liquidation du bien. Ce dernier est « *transformé* » en une somme d'argent. Par application stricte du principe d'individualisation exposé ci-avant, la vente du bien ferait perdre son droit sur le bien au créancier dépourvu d'un droit de suite. Il ne pourrait pas exercer son droit de préférence sur le prix de vente.

La vente du bien grevé peut résulter d'une vente forcée du bien ou d'une vente volontaire. Ces deux cas sont à distinguer car la subrogation n'y joue pas le même rôle. En matière de vente forcée, la subrogation réelle apparaît comme « *la clé de voûte* » [450] du système de réalisation car elle provoque le report du droit réel du créancier sur le prix de vente (1). En matière de vente de gré à

[445] **V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t.187, 1985, pp. 68 à 73. L'auteur fonde sa position sur le caractère correcteur et subsidiaire de la subrogation réelle. Ces deux caractères empêcheraient son élection en principe général.

[446] **F. TERRÉ, P. SIMLER**, *Les biens*, Dalloz, Droit privé, Précis, 8ème éd. 2010, n°489

[447] Un auteur fait valoir que la subrogation réelle n'est pas seulement un mécanisme mais également un droit au sens original du terme « prérogative d'origine légale ou conventionnelle accordé à certaines personnes ». voir **V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t.187, 1985, p. 271

[448] **V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t.187, 1985, p.74 et s. L'auteur décrit la subrogation réelle comme mécanisme subsidiaire et/ou correcteur de la règle de droit commun.

[449] Expression employée par **V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t.187, 1985.

[450] Expression empruntée à **V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t.187, 1985, p. 35

gré, les principes sont moins clairs. La loi ne prévoit que des règles particulières, qui ont vocation à être étendues à toutes les sûretés réelles (2).

1. La subrogation réelle, clé de la satisfaction du créancier par la vente

112. **La subrogation réelle, le report du droit réel sur le prix de vente**. Traditionnellement, les sûretés réelles fondées sur un droit de préférence[451] se réalisent par la vente forcée du bien. Le droit réel accessoire du créancier se reporte, par le jeu de la subrogation réelle, sur la créance de prix de vente[452]. En cas de pluralité de créanciers, leurs droits de préférence sont classés et le prix est distribué en fonction de leur rang.

A titre d'exemple, l'article 2214 du Code civil précise à propos de la vente forcée de l'immeuble hypothéqué que « *Seuls sont admis à faire valoir leurs droits sur le prix de la vente le créancier poursuivant, les créanciers inscrits sur l'immeuble saisi à la date de la publication du commandement de payer valant saisie, les créanciers inscrits sur l'immeuble avant la publication du titre de vente et qui sont intervenus dans la procédure ainsi que les créanciers énumérés au 1° bis de l'article 2374 et à l'article 2375* ». De la même manière, l'article 2475 du Code civil alinéa 1 dispose, à propos de la purge amiable, que « *lorsque, à l'occasion de la vente d'un immeuble hypothéqué, tous les créanciers inscrits conviennent avec le débiteur que le prix en sera affecté au paiement total ou partiel de leurs créances ou de certaines d'entre elles, ils exercent leur droit de préférence sur le prix et ils peuvent l'opposer à tout cessionnaire comme à tout créancier saisissant de la créance de prix*. » Au regard du vocabulaire employé – « *faire valoir leurs droits sur le prix », « exercent leur droit de préférence sur le prix* » –, il apparaît que le droit du créancier sur le bien se reporte sur le prix de vente par subrogation réelle.

Ainsi, Lauriol, dans sa thèse de doctorat, avait démontré que la subrogation réelle était l'élément central de la réalisation des sûretés réelles[453]. Notons toutefois qu'en 1953, étaient qualifiées de sûretés réelles les gages, nantissements, privilèges, antichrèses et hypothèques.

Depuis, la loi du 19 février 2007 a consacré la fiducie dans le droit français et l'ordonnance du 30 janvier 2009 est venue préciser le régime de la fiducie-sûreté. Elle permet aux parties, dans

[451] Les gages, les nantissements, les hypothèques, les gages immobiliers, les privilèges

[452] **V. RANOUIL**, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t.187, 1985, p. 35 ; voir aussi **M. LAURIOL**, *La subrogation réelle*, Th. Alger, 1953, t.2, n^{os}547, 554, 624 et 684 et s. ; **L. AYNES, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°683

[453] **M. LAURIOL**, *La subrogation réelle*, Th. Alger, 1953, t.2, n°554

certaines circonstances, de stipuler qu'à l'échéance, le bien sera vendu par le fiduciaire[454]. Par le jeu de la subrogation réelle, le bien est remplacé par le prix.

Si la subrogation réelle peut être due à la présence du droit réel, elle s'explique aussi par le fait que le bien grevé est contenu dans un patrimoine d'affectation, universalité de droit. Selon la doctrine, inspirée des travaux de Bartole, il est de l'essence de l'universalité que les biens se substituent et se subrogent les uns aux autres[455]. L'universalité est un ensemble, une enveloppe dans laquelle viennent se glisser les biens, se substituant les uns aux autres.

Le droit exclusif du bénéficiaire – le créancier – s'exerce alors sur le prix de vente[456].

La satisfaction du créancier par la vente forcée du bien grevé repose sur la subrogation réelle. Elle joue le rôle de correcteur des effets pervers du principe d'individualisation du bien. Elle permet au créancier de reporter son droit réel sur le prix représentant le bien et d'être ainsi payé prioritairement ou exclusivement. En outre, il est intéressant de noter que le clivage entre les sûretés fondées sur un droit de préférence et les propriétés-sûretés est ici dépassé au profit d'un principe commun de la réalisation.

2. La subrogation réelle, instrument de maintien des droits du créancier lors de la vente de gré à gré

113. Une sûreté réelle n'a pas, en principe, pour effet de rendre le bien indisponible. Le débiteur peut en disposer et le vendre. Lors de cette vente, la créance de prix puis le prix viennent remplacer le bien dans le patrimoine du débiteur. En principe, à cause du principe d'individualisation du droit réel, le créancier muni d'une sûreté réelle ne peut pas exercer ses droits sur cette créance ou sur ce prix.

Néanmoins, pour certaines sûretés, le législateur a mis en place des mécanismes de subrogation réelle gommant cet aspect négatif du principe d'individualisation (a). Pourtant, l'utilisation de la subrogation réelle n'a pas été généralisée à l'ensemble des sûretés réelles. Une telle position mériterait d'être adoptée (b).

Il est important de noter que lorsqu'un tiers créancier est titulaire d'un droit de suite, il ne bénéficie pas de la subrogation, car malgré la vente de gré à gré, il peut exercer son droit sur le bien[457].

---

[454] Voir article 2372-3 alinéa 1 du Code civil prévoit.

[455] **F. TERRE, P. SIMLER**, *Les biens*, Dalloz, Droit privé, Précis, 8ème éd. 2010, n°490 ; **P. MALAURIE, L. AYNES**, *Les biens*, Defrénois, Droit civil, 5ème éd. 2013, n°142 ; **J. CARBONNIER**, *Droit civil, Les biens*, t.3, PUF, Thémis, Droit Privé, 15ème éd., 1992, spé. n°65 ; **M. GRIMALDI**, *La fiducie : Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, 2er partie, *Rép. Not. Defrénois* 1991, art. 35094, spé. n°46

[456] **M. GRIMALDI**, *La fiducie sur ordonnance*, *D.* 2009, p. 670, spéc. nos 9 et 11 et la note n°20

a) Les règles parcellaires existantes

114. **La purge amiable et la séquestration du prix**. Pour pouvoir exercer leur droit réel sur la créance de prix ou sur le prix issu de la vente volontaire du bien, sous l'empire du droit antérieur, les rédacteurs d'actes inséraient notamment en matière immobilière « *des clauses de nantissement-séquestre* » ou « *clauses de nantissement de prix* ». Ces clauses imposaient que le notaire séquestre le prix de vente tant que les droits réels accessoires grevant l'immeuble n'avaient pas été levés. Il procédait à la distribution du prix de vente entre les différents créanciers. Ces clauses avaient pour effet de provoquer une purge des inscriptions sans passer par la procédure de purge judiciaire. La jurisprudence avait en outre reconnu leur validité[458].

L'ordonnance du 23 mars 2006 est venue consacrer cette pratique en créant la purge conventionnelle[459], rendant inutiles les conventions de nantissement[460]. Une simple clause de séquestre semble suffire. En effet, le séquestre du prix permet de maintenir ce dernier individualisé.

115. **La subrogation des biens fongibles**. L'exigence de l'individualisation de l'assiette de la sûreté posait problème en matière de sûreté réelle sans dépossession sur biens fongibles[461]. Une fois ces biens mélangés à des biens de même qualité et de même nature que ceux appartenant au débiteur, ce dernier en devenait propriétaire, empêchant toute réalisation.

---

[457] Il convient de réserver l'hypothèse de la purge dont l'objet est varitablement de libérer le bien de tous les droits de préférence et de suite. Que la purge soit amiable ou judiciaire, le créancier titulaire d'un droit de préférence et d'un droit de suite prend rang sur le prix de vente. Le créancier étant payé, le droit de suite disparait et le bien est libéré.

[458] Voir notamment : Cass. Civ. 2ème, 15 janv. 1992, n°90-18.206 ; *Bull. Civ*. II, n°18 ; *JCP G* 1992, I, 3263, n°17 « *La saisie-arrêt pratiquée sur les fonds provenant de la vente de l'immeuble et consignés entre les mains du notaire n'interdisait pas à celui-ci de procéder au règlement des créances régulièrement inscrites* ». Cass. Civ. 3 ème, 17 janv. 1978, n°76-12442 ; *Bull. Civ*. III, n°38; *Rép. Not. Defrénois* 1978, art. 31763 ; Cass. Civ. 3 ème, 27 févr. 1979, *Rep. Not. Defrénois*, 1979, art 32128, note **MORIN (**commentaire des deux décisions)

[459] Article 2475 cciv : « *Lorsque, à l'occasion de la vente d'un immeuble hypothéqué, tous les créanciers inscrits conviennent avec le débiteur que le prix en sera affecté au paiement totale ou partiel de leurs créances ou de certaines d'entre elles, ils exercent leur droit de préférence sur le prix et ils peuvent l'opposer à tout cessionnaire comme à tout créancier saisissant de la créance de prix.*
Par l'effet de ce paiement l'immeuble est purgé du droit de suite attaché à l'hypothèque.
A défaut de l'accord prévu au premier alinéa, il est procédé aux formalités de purge conformément aux articles ci-après ».

[460] **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2èmeéd. 2001, spéc. p.410

[461] Une chose fongible est « *une chose appartenant au même genre qu'une autre, pouvant être considérée comme équivalente (sur un marché, pour un paiement) si elle est de même qualité et de même quantité, ce qui suppose que les choses fongibles peuvent se compter, se mesurer, se peser, qu'il s'agisse de choses tangibles ou de biens incorporels* ». Les biens fongibles nécessitent « *un rapport d'équivalence entre les deux choses, en vertu duquel l'une peut remplir la fonction libératoire de l'autre* ». Pour ces définitions voir notamment : **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, PUF, août 2005, p. 414 ; **C. ATIAS**, *Droit Civil. Les Biens*, Manuel, Litec, 10°éd. 2009, n°39

Toutefois, les biens fongibles se caractérisant par leur interchangeabilité[462], ils se subrogent aisément les uns aux autres. Le juge et le législateur ont alors abandonné cette exigence, en prévoyant que le droit du créancier garanti soit reporté ou subrogé[463] sur une quantité équivalente de biens nouveaux de même qualité[464]. Cette exception au principe d'individualisation permet au créancier, en cas de défaillance du débiteur, de réaliser sa sûreté sur les biens de remplacement, sans qu'aucune modification de ses droits n'ait lieu.

116. **La subrogation du prix de revente du bien vendu sous réserve de propriété.** L'individualisation du bien et la présomption de l'article 2276 du Code civil entravaient également le jeu de la réserve de propriété lorsque le bien était revendu. La jurisprudence[465] puis la loi[466] ont permis de contourner cette entrave et de rendre la sûreté efficace en créant au bénéfice du créancier

---

[462] Ces biens se caractérisent par leur interchangeabilité et non par Il peut par exemple, s'il est réservataire de propriété intenter une action en revendication sur ces biens[462]. leur individualisation. **J. CARBONNIER**, *Les Biens, Les Obligations*, Puf, Quadrige Manuels, oct. 2004, n°715 ; **P. MAULAURIE, L. AYNÈS,** *Les Biens*, Defrénois, Droit civil, 3ème éd., août 2007, n°155 ; **F. ZENATI-CASTAING, T. REVET**, *Les Biens*, Puf, Droit fondamental, 3ème éd., janvier 2008, n°152 ; Voir une application jurisprudentielle de ces critères à propos des médicaments : Cass. Com., 5 mars 2002, n°98-17.585 **;** *Bull. Civ. IV*, n°48 ; *D.* 2002, AJ p. 1139, obs. **A. LIENHARD** ; *RTD Civ*. 2002, p. 327, obs. **T. REVET** et p. 339, obs. **P. CROCQ** ; *RTD Com*. 2002, p. 544, obs. **A. MARTIN-SERF** ; **P.-G. MARLY**, *Fongibilité et volonté individuelle- Etude sur la qualification juridique des biens*, t. 4, LGDJ, Biblio. de l'Institut André Tunc, 2004, p. 122 et s., spéc. n^{os} 133 et s. ; **P.-G., MARLY**, Fongibilité des produits pharmaceutiques, Etude et inquiétude, *D*. 2005, p. 1718 ; voir aussi **A. LAUDE**, La fongibilité, *RTDCom*. 1995, p. 310, n°15 et 37 distinguant l'individualisation et de l'individualité.

[463] A propos de la réserve de propriété, les auteurs débattent sur le fondement de l'action en revendication. Pour la doctrine majoritaire, la revendication est possible car elle repose sur une « ***présomption légale des biens semblables*** ». Voir notamment : **F. PÉROCHON**, La revendication des biens fongibles par le vendeur, *LPA* 14 sept. 1994, n°110, p.82 ; **F. PÉROCHON**, La revendication favorisée (loi n°94-475 du 10 juil 1994), *D*. 1994, p. 251, spéc. n°18 ; **P. CROCQ**, RTDCiv. 1998, p. 709 ; Cass. Com., 5 mars 2002, n° 98-17.585, *D*. 2002, AJ, p. 1139, obs**. A. LIENHARD** ; *RTDCom*. 2002, p. 544 obs. **A. MARTIN SERF ;** ***RTDCom*. 2002, P. 717,** obs. **B. BOULOC ;** *RTDCiv*. 2002, p. 339, obs. P. **CROCQ ;** pour une critique voir : *RTDCiv*. 2002, p. 327, obs. **T. REVET**

Pour F. Pérochon, (dont la position a évolué sur ce point) il ne s'agit pas d'une action en revendication. La confusion des biens du créancier et du débiteur transforme, selon eux, la réserve de propriété se transforme en **privilège légal spécial se réalisant par attribution en propriété**. **F. PÉROCHON**, La revendication des biens fongibles par le vendeur, *LPA* 14 sept. 1994, n°110, p.82 ; **F. PÉROCHON**, La revendication favorisée (loi n°94-475 du 10 juil 1994), *D*. 1994, p. 251, n°18, **P. CROCQ**, *RTDCiv*. 1998, p. 709; voir une critique de cette thèse, voir S. **TORCK**, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, Th. Paris II, 2001, n°382 et 383

Enfin, un dernier groupe d'auteurs soutiennent que ce droit de propriété est **« *un droit de propriété flottant* »**, qui comme la *floating charge* anglo-saxonne se cristallise lors de l'échéance et permet au créancier de réaliser son droit sur les biens contenus dans l'assiette. Voir notamment : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd, 2010, spéc. p. 632« directions de recherche » ; **D. R. MARTIN**, De la revendication des sommes d'argent, *D*. 2002, p. 3279 I.B ; **S.TORCK**, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, Th. Paris II, 2001, n°385 ; Cass. Com. 5 mars 2002, *RTDCiv*. 2002, p. 327, obs. **T. REVET**

[464] Voir par exemple : Article 2369 du Code civil : « la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. » ou l'article L.527-5 alinéa 2 du Code de commerce en matière de gage sur stocks du Code de commerce : « *Le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués* ».

[465] Cass. Com. 8 mars 1988, n° 86-15751 *Bull. Civ. IV*, n°99; *RDBF* 1988, n°9, p. 179, obs. **F. DEKEWER-DEFOSSÉ**; *RTDCiv*. 1989, p. 348. Dans cet arrêt, la Cour a fondé le droit de « revendiquer » le prix de vente entre les mains du sous-acquéreur sur la subrogation réelle.

[466] Article 2372 du Code civil (Ord. 23 mars 2006) « *Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur* »

réservataire un cas de subrogation réelle[467]. Ainsi, il peut, dans certaines circonstances, appréhender le prix de revente du bien entre les mains du sous-acquéreur.

La créance de prix se trouve subrogée au bien objet de propriété[468]. Le créancier devient titulaire d'un droit de propriété sur la créance de prix[469], créance qui lui confère un droit personnel à l'encontre du sous-acquéreur dans la mesure où il peut en réclamer le paiement.

La nature de l'action intentée est discutée et dépend, à notre sens, de la nécessité de prouver le droit de propriété de la créance. Si la preuve de la propriété de la créance est nécessaire, le créancier intente une action en revendication, action réelle. En revanche, si la preuve de la propriété n'est pas nécessaire, le créancier intente une action en restitution, action personnelle. Toutefois, à cause de la nature de l'objet de la sûreté, c'est-à-dire une créance de prix, en pratique, cette action prend la forme d'une action en paiement[470].

Cette faveur est cependant limitée à deux égards. Elle est d'abord circonscrite à la créance de prix. Elle est limitée ensuite par le paiement de bonne foi fait par le sous-acquéreur dans les mains du revendeur. En effet, s'il paie le revendeur en ignorant l'existence de la réserve de propriété, le paiement est libératoire. L'action en revendication ou en paiement est alors éteinte.

Néanmoins, lorsqu'elle est admise, la subrogation réelle de la créance de prix est d'une grande efficacité pour le créancier. Il ne perd pas le bénéfice de sa sûreté. De plus, le sous-acquéreur ne peut pas lui opposer les exceptions tirées du rapport initial d'obligation[471]. Cette règle, qui rappelle l'efficacité du droit cambiaire[472], prémunit le créancier contre « *l'interdépendance des obligations*

---

[467] Ce fondement est contesté. Certains auteurs, qui nient la propriété des créances, arguent que le vendeur devient titulaire d'une action directe. Pour une présentation des deux thèses voir **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°392 et s.

[468] **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 6ème éd., 2008, n°733 ; **E. LE CORRE-BROLY**, La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence, *Gaz. Pal*., 27 octobre 2007-4 n° 300, p. 3

[469] Sur la propriété des créances, voir **S. GINOSSAR**, *Droit réel, propriété et créance, L'élaboration d'un système rationnel des droits patrimonieux*, Th. Paris, 1960

[470] Voir notamment **F. PÉROCHON**, *La réserve de propriété*, av.-prop. de **J.- M. Mousseron**, préf. **F. Derrida**, Th. Litec, Biblio de droit de l'entreprise, 1988, spéc. n°290

[471] Pour une première application : Cass. Com. 3 janv. 1995, n° 93-11.093 ; *Bull. Civ*. IV, n°3 ; *D.* 1996, Somm. 221, obs. **F. PÉROCHON** ; *D*. 1996, p. 219, obs. **F. PÉROCHON** ; *RTDCiv*. 1996, obs. **F. ZÉNATI;** Concernant cet arrêt, la doctrine est restée perplexe au regard du caractère obscur de la motivation.
Pour une argumentation et une application claires voir Cass. Com. 5 juin 2007, n° 05-21.349; *Bull. Civ. IV*, n°152; *D.* 2007. *Actu Jurisp*., p. 1729, obs. **A. LIENHARD**; *Act. proc. coll*. 2007, n°153, obs. **E. LE CORRE-BROLY;** *Gaz. Pal*. 20-21 juill. 2007, p. 54, obs. **F. PÉROCHON**; *Rev. proc. coll*. 2007. 224, obs. **M.-H. MONSÉRIÉ-BON**; *JCP E* 2008. 1207, n°11, obs. **M. CABRILLAC** et **P. PÉTEL**; *RTDCom*. 2008. 622, obs. **A. MARTIN-SERF** *;* Cass. Com., 18 janv. 2011, n°07-14.181; *D*. 2011. *Actu*, p. 368, obs. **A. LIENHARD**; *Gaz. Pal.* 1er - 2 avr. 2011, p. 36, obs. **F. PÉROCHON** « *lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet 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 du débiteur, sans que le sous-acquéreur puisse opposer au vendeur initial les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre son propre vendeur* ».

[472] Dans ce sens voir : **A. MARTIN-SERF,** note sous Cass. Com. 5 juin 2007, *RTDCom.* 2008. 622

contractuelles[473] ». Le premier contrat prévaut, le sous-acquéreur doit s'exécuter quelle que soit l'étendue de ses obligations (qui sont déterminées par le second contrat).

Si cette solution est favorable au créancier, elle n'en est pas moins critiquable. Dans l'hypothèse de la revendication du prix de revente, contrairement au droit cambiaire, droit d'exception, les parties n'ont pas manifesté leur volonté de priver le débiteur de l'opposabilité des exceptions. En l'absence de texte, il aurait été logique d'appliquer le droit commun et de permettre au sous-acquéreur de se prévaloir de l'opposabilité des exceptions.[474]

En outre, il est important de noter une incohérence des solutions proposées, car dans l'hypothèse de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien garanti, l'assureur peut opposer les exceptions du rapport d'obligation qui le lie à l'assuré, au créancier[475]. Pourtant, rien ne semble justifier, sur un plan juridique, que l'assureur soit mieux protégé que le sous-acquéreur du bien grevé d'une réserve de propriété.

Pour une meilleure cohérence, la solution de l'inopposabilité des exceptions par le sous-acquéreur au vendeur sous réserve de propriété devrait être abandonnée au profit du droit commun.

b) Pour une généralisation de la subrogation réelle de la créance de prix

Une partie de la doctrine plaide en faveur de l'adoption du principe du report automatique de la sûreté sur la créance de prix du bien grevé[476].

En droit français, pour que le droit réel du créancier garanti puisse se reporter sur le prix ou sur la créance de prix, il est nécessaire de respecter le principe d'individualisation du bien.

Il convient alors de distinguer deux cas.

117. **Le prix de vente non encore versé, le bénéfice de la subrogation réelle**. Lorsque le prix de vente n'est pas encore versé, rien, à notre connaissance, ne s'oppose à ce que le créancier garanti puisse bénéficier de la subrogation réelle de la créance de prix au bien grevé. Cette créance est toujours individualisée puisqu'elle correspond à une opération juridique particulière. Il est tout de même conseillé au créancier de notifier son droit à l'acquéreur afin de le lui rendre opposable, de lui

[473] **F. ZÉNATI,** note sous Cass. Com. 3 janv. 1995 *RTDCiv*. 1996

[474] Dans ce sens, voir notamment : **F. PEROCHON,** obs. sous Cass. Com. 5 juin 2007, n° 05-21.349; *Bull. Civ. IV*, n°152, *Gaz. Pal*. 20-21 juill. 2007, p. 54; **P. CROCQ**, *J.-Cl. Droit commercial*., fasc. 2545, n^{os} 74 et s. ; **D. VOINOT**, Réserve de propriété, in *Rep. Droit commercial*, Dalloz, n°91

[475] Voir n°133

[476] Voir notamment, **J.-F. RIFFARD**, *Le security interest ou L'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français*, préf**. J. Stoufflet**, PU de Clermont-Ferrand, 1997, spéc. n^{os} 449, 872 et s. L'auteur est favorable à une transposition de la section 9-306 UCC des Etats Unis d'Amérique. Il cite également Rapport J. Stoufflet, privilèges et sûretés, p. 42

demander paiement si la créance est échue ou de lui demander de séquestrer le prix entre les mains d'un tiers si la créance garantie est « pendante ».

118. **Le prix versé au débiteur, la perte du bénéfice de la subrogation réelle**. En revanche, lorsque le prix de vente a été versé au débiteur, le prix se fond dans les sommes d'argent du débiteur et perd son individualisation. Le créancier garanti ne peut plus bénéficier de la subrogation réelle. Il peut seulement réclamer le paiement de sa créance, voire procéder à une saisie attribution sur les comptes bancaires de son débiteur.
Notons que lorsque le prix est séquestré, il demeure individualisé, le créancier peut se prévaloir du bénéfice de la subrogation réelle.

Comme constaté précédemment, la subrogation réelle joue un rôle fondamental en matière de réalisation des sûretés réelles. Elle constitue le pilier de la réalisation par la vente, permettant aux droits du créancier de s'exercer sur la somme d'argent. En outre, elle constitue un moyen efficace de maintien des droits du créancier sur le bien, en particulier en matière de vente du bien grevé. Les règles applicables à la réserve de propriété devraient être étendues à l'ensemble des sûretés réelles.
La subrogation réelle joue également un rôle important de préservation des droits du créancier lors de la perte du bien ou de son incorporation.

B. Vers l'adoption d'un principe général de subrogation de l'indemnité compensatrice

119. **La subrogation réelle, moyen de conservation de l'assiette**. La subrogation réelle intervient à plusieurs égards comme moyen de conservation de l'assiette de la sûreté, notamment en cas de perte, de destruction du bien, ou d'atteinte portée au droit de propriété du constituant. Dans ce sens, la subrogation contribue à l'efficacité de la réalisation des sûretés réelles.
Par application du principe traditionnel de l'individualisation du bien objet de la sûreté, la destruction du bien entraîne la caducité[477] de la sûreté[478] qui s'éteint à titre principal[479]. Le créancier

[477] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 définit la caducité comme un « *état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur* ». L'avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription, sous la dir de **P. CATALA**, Rapport remis au gardes des sceaux, 22 sept. 2005, p.83, voir http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf. Dans son article 1131, le projet définit l'acte caduc comme « *La convention valablement formée [devenue] caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité*. »
[478] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°410

perd son droit réel sur le bien et la réalisation devient impossible. Cependant, en matière immobilière, la destruction totale du bien est rare car même si la construction est détruite, le terrain subsiste.

De même, en l'absence de droit de suite, ou en cas de paralysie de ce dernier, les atteintes portées au droit de propriété du constituant, notamment en cas d'expropriation ou de remembrement, privent le créancier de son droit réel sur le bien.

Le législateur, pour adoucir les effets de la règle, a prévu des cas de subrogation réelle de l'indemnité entendue ici comme « *une somme d'argent destinée à compenser tout dommage né de la perte ou la destruction du bien ou encore de l'atteinte portée au droit de propriété du constituant*.» La généralisation du bénéfice de la subrogation réelle à ces indemnités semble nécessaire afin de pallier les distorsions créées par la multiplication des textes spéciaux et pour garantir au créancier l'efficacité de sa sûreté.

Le législateur, conscient de la sévérité de la règle et voulant maintenir les droits réels du créancier, a édicté des textes spéciaux et institué des hypothèses spéciales de subrogation réelle, sans consacrer de principe général. Tel est le cas lorsqu'il a porté atteinte à un droit de propriété du constituant (1) et en cas de destruction du bien (2).

1. La subrogation, instrument de préservation de l'assiette des sûretés contre les atteintes portées au droit de propriété du débiteur

Dans certaines hypothèses, il est porté atteinte au droit de propriété du constituant, notamment en cas de remembrement de propriété, ou d'expropriation. En application du principe d'individualisation du bien, le créancier ne peut pas exercer son droit sur un autre bien que l'objet de la sûreté. Ainsi, en l'absence de droit de suite ou en cas de paralysie de ce dernier, le créancier perd le bénéfice de sa sûreté et est réduit au rang de créancier chirographaire.

Néanmoins, chaque fois que le législateur, pour des raisons d'équité, l'a jugé nécessaire, il a prévu des cas de subrogation réelle. Le bien subrogé est soit une indemnité, soit un autre bien désigné.

120. **Le remembrement et la subrogation sur la parcelle échangée**. L'une des atteintes portées au droit de propriété réside dans le remembrement urbain[480] ou rural[481]. Le remembrement rural est

[479] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°994. Ces auteurs remarquent qu'en matière immobilière, la destruction totale du bien est rare car même si la construction est détruite, le terrain subsiste

[480] Article L.322-1 et s du code de l'urbanisme

« *une opération tendant à réaliser, sous l'autorité du préfet, en général par voie d'échanges forcés, une nouvelle distribution des parcelles d'un périmètre déterminé, en vue d'améliorer la mise en valeur des terres agricoles qui y sont soumises, en constituant des exploitations d'un seul tenant ou des grandes parcelles bien groupées* »[482]. Lors du remembrement, le créancier d'une sûreté réelle sur cette parcelle échangée voit son droit se reporter, par le jeu de la subrogation réelle, sur l'immeuble attribué. De la même manière, le créancier titulaire d'une sûreté réelle voit son droit reporté, à hauteur de sa créance, sur la soulte due au propriétaire[483].

121. **L'expropriation, la subrogation de l'indemnité**. En matière d'expropriation, le droit du créancier garanti se trouve également préservé. L'expropriation pour cause d'utilité publique est « *une procédure qui permet à l'Etat de décider, sur la demande d'un expropriant, du transfert de propriété d'un bien, en dépit de la volonté contraire de son propriétaire, au profit d'une personne publique ou privée, dans un but d'utilité publique préalablement constatée et moyennant une indemnité fixée à l'amiable ou par le juge judiciaire.* »[484]. Selon l'article L.12-3 alinéa 1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique[485], l'indemnité d'expropriation se substitue au bien objet de la sûreté. Le créancier muni d'une sûreté réelle voit son droit se reporter sur cette indemnité.

122. **L'exclusion de la subrogation réelle sur le bien acquis en remploi**. Toutefois, contrairement aux dispositions relatives au remembrement, il paraît impossible d'admettre que la subrogation réelle puisse jouer sur le bien acquis en remploi. En effet, en cas de remembrement, les textes spéciaux prévoient la subrogation du bien. Or il n'en est rien en matière d'expropriation. Comme en matière d'indemnité d'assurance, le silence des textes conduit à exclure cette possibilité[486].

---

[481] Article L.123-10 et s du code rural et forestier
[482] **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association **HENRI CAPITANT**, Puf, Quadrige, 2009
[483] Voir article L. 123-13 du code rural alinéa 1 et 3
[484] **J.-L. BERGEL, J.-J. EYROLLES, J.-J. LIARD** et alii, *Droit de l'immobilier*, Lamy, 2011, spéc. n° 1512
[485] Article L.12-3 alinéa 1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique : *« Les droits des créanciers régulièrement inscrits sur les immeubles expropriés, soit avant la publication au bureau des hypothèques de l'ordonnance d'expropriation, de l'ordonnance de donné acte ou de l'acte de cession consentie après la déclaration d'utilité publique, soit postérieurement à ladite publication en ce qui concerne les privilèges conservés suivant les prescriptions des articles 2379 et 2380 du Code civil, sont reportés sur l'indemnité compte tenu du rang de préférence qui leur est reconnu par les textes qui les régissent. ».*
[486] Voir n°125

La subrogation joue également un rôle de maintien de l'assiette et donc un rôle de satisfaction du créancier en cas de destruction du bien. Elle vient encore tempérer le principe de caducité de la sûreté pour défaut d'objet.

2. La subrogation réelle, instrument de préservation des droits du créancier contre la destruction du bien

123. **La caducité de la sûreté réelle, conséquence de la destruction de l'assiette**. En principe, la destruction du bien objet de la sûreté entraîne la caducité de la garantie par perte de son objet.
A titre préalable, notons que la perte du droit réel, qui est liée à la perte du bien, n'affecte pas de la même manière un créancier titulaire d'une sûreté spéciale et un créancier titulaire d'une sûreté réelle portant sur un ensemble de biens. En effet, lorsque la sûreté réelle est spéciale, par exemple un privilège spécial ou un gage de véhicule automobile, la perte du bien transforme le créancier garanti en créancier chirographaire[487]. En revanche, lorsque la sûreté réelle porte sur un ensemble, par exemple un privilège général, la perte de l'un des éléments de l'ensemble grevé n'entraîne qu'une diminution de l'assiette et ne transforme pas le créancier privilégié en créancier chirographaire.
Dans une acception générale, la caducité de la sûreté consécutive à la perte du bien constitue une faiblesse des sûretés réelles susceptible de priver le créancier de tout droit sur le bien. Pour y remédier, le législateur a créé des cas de subrogation réelle. Ils peuvent être regroupés en trois hypothèses, la subrogation de l'indemnité d'assurance qui a vocation à être généralisée (a), la subrogation de l'indemnité due par le tiers responsable du dommage (b) et l'indemnité versée par l'Etat au titre de la solidarité nationale. Seuls les deux premiers cas seront développés, la troisième hypothèse étant un cas historique. Cette hypothèse vise principalement l'indemnité versée au titre des dommages de guerre[488], ou versée aux français d'outre-mer dépossédés de leurs biens[489].

a) Pour la consécration d'une généralisation de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé

[487] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. **GHESTIN**, LGDJ, 1996, n°410 Ces auteurs décrivent l' assiette du privilège général comme « *une enveloppe patrimoniale à l'intérieur de laquelle la somme d'argent vient se glisser* »
[488] Art 35 de la loi du 38 oct. 1946.
[489] Loi du 2 janv. 1978 sur l'indemnisation des français d'outre-mer dépossédés de leurs biens n'a pas dérogé aux articles de la loi du 15 juil. 1970 qui prévoyait que les créanciers- notamment munis de sûretés- qui avaient été privés du fait de la dépossession de leur débiteur, se voient attribuer la possibilité d'exercer leurs recours (dans certaines circonstances) sur l'indemnité due par l'Etat.

124. **L'indemnité d'assurance et l'objectif de reconstitution du patrimoine du bénéficiaire**. La destruction du bien peut entraîner le versement d'une indemnité au propriétaire du bien. Elle a pour but de reconstituer le patrimoine du débiteur et, au-delà, le gage général des créanciers. Elle n'a pas vocation à profiter au seul créancier titulaire d'un droit de préférence[490]. Sa distribution se fait donc, en principe, au marc le franc[491], sans tenir compte du rang des créanciers. Le droit réel du créancier inscrit disparaît. Seul subsiste son droit personnel à l'encontre du débiteur. Toutefois, le législateur a multiplié les textes spéciaux fondés sur la subrogation réelle permettant au droit du créancier de se reporter sur l'indemnité due au propriétaire.

125. **L'absence de principe général de subrogation de l'indemnité d'assurance au profit du créancier garanti**. Il n'existe pas de texte général prévoyant que le créancier muni d'une sûreté réelle puisse bénéficier de l'indemnité d'assurance due au propriétaire en cas de destruction totale ou partielle du bien. Seuls des textes spéciaux[492] prévoient expressément cette possibilité. En outre, sauf disposition légale contraire, les parties peuvent introduire, dans la convention de sûreté, une clause expresse de délégation de l'indemnité d'assurance.

126. **Des textes spéciaux consacrant cette solution.** Les textes spéciaux applicables aux hypothèques maritimes et à la clause de réserve de propriété prévoient expressément que les droits du créancier garanti s'exercent sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien grevé[493]. En revanche, l'article L. 121-13 du code des assurances ne vise pas directement la subrogation réelle mais énonce que « *Les indemnités dues par suite d'assurance […] sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang […]* ». La nature de cette « *attribution* » a fait débat.

---

[490] En matière de propriété-sûreté, la question est exclue car le propriétaire du bien est le créancier. L'indemnité lui est donc directement versée.

[491] A propos de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé, voir : Cass. Req., 12 mars 1877, *S.* 1877, 1, p. 206 ; Aix, 30 Juil. 1940, *JCP.* 1940, II, 1519 ; Voir aussi **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. **GHESTIN**, LGDJ, 1996, n°410 « *Sauf stipulation du contrat constitutif de sûreté, ou disposition légale expresse, l'indemnité allouée au propriétaire de la chose détruite, ne fait que reconstituer son patrimoine en tant qu'il est le gage général des créanciers : ceux-ci seront payés sur cette indemnité mais au marc le franc, sans pouvoir invoquer le droit de préférence* ».

[492] Par exemple, voir : Article L.121-13 du code des assurances à propos des hypothèques et des privilèges ; Article 2372 du Code civil pour la clause de réserve de propriété ; Article 47 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 relative au statut des navires et des bâtiments de mer, à propos de l'hypothèque maritime ; Article L.342-5 du code rural et de la pêche Pour le warrant agricole ; Article L. 522-34 du Code de commerce pour le récépissé warrant; Article L. 523-10 du Code de commerce pour le warrant hôtelier ; Article L.524-1 du Code de commerce pour le warrant pétrolier

[493] L'article 2272 du Code civil énonce que « « *le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien*. ».L'article 47 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 relative au statut des navires et des bâtiments de mer dispose que « *Si le bâtiment est perdu ou avarié, sont subrogées au bâtiment et à ses accessoires […]*».

Certains auteurs voient dans cette attribution une délégation légale au motif que le contrat d'assurance est un contrat synallagmatique et que l'indemnité n'est que la contrepartie des primes versées[494]. Cependant, la référence à l'absence de délégation expresse ne signifie pas que l'attribution soit fondée sur une délégation légale[495].

Pour Monsieur M. Cabrillac[496], l'attribution de l'indemnité d'assurance au créancier muni d'une sûreté réelle est fondée sur l'idée globale d'hypothèque, c'est-à-dire sur l'affectation d'un bien et de sa valeur en garantie d'une créance. L'hypothèque porte sur la valeur que représente le bien objet de la sûreté plus que sur le bien lui-même. Les primes versées n'ont pour but que de permettre à la valeur du bien de survivre à la destruction de celui-ci.

Cependant, au regard des textes applicables aux hypothèques maritimes et à la clause de réserve de propriété – l'ordonnance du 23 mars 2006 ayant, dans ce cas, consacré la jurisprudence antérieure[497] – nous sommes enclins à considérer que l'attribution de l'indemnité d'assurance a lieu selon le mécanisme de la subrogation réelle de l'indemnité d'assurance au bien grevé.

Dans le cadre de l'article L. 121-13 du code des assurances, la subrogation réelle se double d'une action directe du créancier envers l'assureur[498].

127. **Pour un domaine élargi de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé.** Les textes prévoyant la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé visent des hypothèses précises, créant des distorsions entre les situations qui ont vocation à être homogénéisées. Le bénéfice de la subrogation réelle a vocation à être étendu à l'ensemble des créanciers munis de sûretés réelles et à l'ensemble des indemnités d'assurance.

128. **Le domaine général d'application de lege lata quant aux créanciers visés**. Sauf disposition légale ou conventionnelle contraire[499], au regard des textes en vigueur, la subrogation

---

[494] **C. AUBRY ET C. RAU**, Cours de droit civil français, t. III, n°262 ;

[495] **M. CABRILLAC**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession*, Th. Montpellier, Recueil Sirey, 1954, spéc. n°64 ; voir aussi **G. BAUDRY-LACANTINERIE ET P. DE LOYNES**, *Traité de droit civil : Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 3ème éd. 1906 t. I., n°286 ; Ces auteurs fondent l'attribution de l'indemnité d'assurance sur la délégation tacite ; Ils citent Rapport Labiche, *JO*.3 févr. 1889, Sénat, Deb. Parl., p. 82

[496] **M. CABRILLAC**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession*, Th. Montpellier, Recueil Sirey, 1954, spéc. n°65

[497] Cass. Com., 1er oct. 1985 n°84-12.015 ; *Bull. Civ*. IV, n°222 *; D.* 1986, J., p. 169, obs. **F. DERRIDA** ; *D*. 1986, J., p. 246, obs. **M. CABRILLAC** ; *RTDCom*. 1986, p. 544, obs. **J. HÉMARD ET B. BOULOC**

[498] L'action directe ne découle pas de la subrogation réelle et inversement. Les deux mécanismes sont bien distincts mais se cumulent et se complètent dans cette hypothèse. **M. LAURIOL**, *La subrogation réelle*, Th. Alger, 1953, t.2, n°694 ; **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. CROCQ**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°399

[499] Article L 5114-11 du code des transports, ancien article 37 de la loi de 1967 sur statut des navires : « *Ne sont pas considérés comme accessoires du navire ou du fret les indemnités dues au propriétaire en vertu de contrats d'assurance, ni les primes, subventions ou autres subsides de l'Etat ou des collectivités publiques.* ». Cet article exclue le créancier privilégié du bénéfice de la subrogation.

réelle de l'indemnité d'assurance au bien grevé bénéficie à tous les créanciers munis de sûretés réelles.

L'article L. 121-13 du code des assurances désigne comme bénéficiaire de la subrogation « *les créanciers privilégiés ou hypothécaires* ». Les juges ont fait une interprétation large du texte et ont étendu son application, d'abord aux créanciers titulaires de sûretés réelles de droit commun non visées telles que les gages et nantissements[500], puis aux sûretés réelles spéciales telles que le nantissement de fonds de commerce[501].

En matière immobilière, aucune décision n'a été rendue à sujet du titulaire d'un gage immobilier. Cependant, le gage immobilier offrant au créancier un droit de préférence sur le prix de l'immeuble et son régime étant calqué sur celui de l'hypothèque, il est logique de lui offrir le bénéfice de cet article[502]. La sûreté peut être légale, conventionnelle ou judiciaire[503].

Pour les propriétés-sûretés, la subrogation s'applique également aux différents créanciers garantis. Concernant la propriété retenue à titre de garantie, l'ordonnance du 23 mars 2006[504], consacrant la jurisprudence antérieure[505], est venue étendre le bénéfice de la subrogation de l'indemnité d'assurance. En matière de fiducie-sûreté, l'indemnité d'assurance est automatiquement subrogée au bien dans la mesure où le patrimoine fiduciaire constitue une universalité de droit[506].

Si le champ d'application *ratione personae* de la subrogation de l'indemnité d'assurance est général, il n'en va pas de même du domaine d'application quant aux assurances visées. Il est à notre sens nécessaire de l'élargir voire de le généraliser.

129. **Une généralisation de lege ferenda du domaine d'application quant aux assurances visées.** Les domaines d'application des textes régissant la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé sont différents. Leur étude approfondie révèle des distorsions injustifiées dans le

[500] Cass. Civ. 1er, 30 mars 1978, n°76-14.784 ; *Bull. Civ*. I, n°130 « *[…] ; le créancier gagiste bénéficie d'une action directe contre l'assureur* » ; Pour une application au gage sans dépossession voir Cass. Com. 4 févr. 1986, n°84-16.639, *Bull. Civ*. IV, n°2

[501] Code des assurances commenté, sous la dir. de **B. BEIGNIER** et **J.-M. DO CARMO SILVA**, Litec, 2010, sous article L.121-13 du code des assurances note n°6

[502] *Ibidinem*

[503] **J. KULLMANN**, *Lamy Droit des assurances*, Lamy. 2010, spéc. n°831

[504] L'article 2372 du Code civil précise que « *le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien*. »

[505] Cass. Com., 1er oct. 1985 n°84-12.015 ; *Bull. Civ. IV*, n°222 ; *D*. 1986, J., p. 169, obs. **F. DERRIDA** ; *D*. 1986, J., p. 246, obs. **M. CABRILLAC** ; *RTDCom. 1986*, p. 544, obs. **J. HÉMARD ET B. BOULOC**. Il est intéressant de noter que les juges ne font pas référence à l'article L121-13 du code des assurances mais directement au mécanisme de la subrogation réelle.

[506] Le raisonnement est identique que celui mené à propos de la subrogation du prix de vente.

traitement des créanciers munis des mêmes sûretés réelles. Il semble donc que des extensions soient nécessaires.

En matière d'assurances maritimes, l'article 47 a) applique la subrogation « *des indemnités dues au propriétaire du navire à raison des dommages matériels subis par le bâtiment* » et l'article 27 d) de la loi du 3 janvier 1967 vise la subrogation des indemnités d'assurance sur le corps du navire, au navire. Le texte ne précise pas la nature de l'assurance. La doctrine admet très largement qu'entrent dans le champ d'application de ce texte aussi bien les assurances de chose que les assurances de responsabilité[507].

En matière de clause de réserve de propriété, l'article 2372 du Code civil vise la subrogation de l'indemnité d'assurance sans préciser s'il s'agit d'une assurance de chose ou de responsabilité. A défaut de dispositions contraires, il convient d'admettre que la subrogation réelle opère dans les deux cas.

En matière d'assurance terrestre, l'article L.121-13 du code des assurances a un domaine plus restreint. Il vise les assurances de chose – l'incendie, la grêle, la mortalité du bétail, ou les autres risques – et les assurances de responsabilité – l'incendie causé par le locataire ou par le voisin. La règle s'applique à toutes les assurances de chose. Sont exclus du domaine d'application de ce texte les assurances de personnes[508].

En revanche, les assurances de responsabilité sont limitativement énumérées. La subrogation de l'indemnité d'assurance ne concerne que les hypothèses engageant la responsabilité civile du locataire en cas d'incendie ou du locataire et du voisin en cas de faute personnelle. A la différence de l'assurance de chose, le créancier visé est le créancier de la victime de la faute[509]. Cette situation crée des distorsions. La subrogation de l'indemnité d'assurance n'opère pas lorsque l'incendie est causé par une personne qui n'est ni le débiteur, ni le locataire, ni le voisin[510]. Ainsi, dans l'hypothèse d'un bien hypothéqué incendié, le créancier hypothécaire est traité de deux manières différentes alors que sa situation est dans les deux cas identiques : le bien objet de sa sûreté a été partiellement ou totalement détruit par un incendie. Si l'incendie est causé par le locataire de l'immeuble, l'indemnité d'assurance est subrogée à l'immeuble ; en revanche, si l'incendie est causé par un tiers autre que le débiteur, par exemple un passant, l'indemnité d'assurance n'est pas subrogée au bien et le créancier hypothécaire devient créancier chirographaire.

---

[507] Notamment : **P. BONNASSIES, C. SCATEL,** *Traité de droit maritime*, LGDJ 2006, spéc. n°556

[508] **J. KULLMANN**, *Lamy Droit des assurances*, Lamy. 2010, spéc. n°832

[509] Code des assurances commenté, sous la dir. de **B. BEIGNIER** et **J.-M. DO CARMO SILVA**, Litec, 2010, sous article L.121-13 du code des assurances note n°3

[510] Exemple donné par **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°1085

L'indemnité d'assurance a pour vocation à réparer le préjudice. Dans le cas de la destruction du bien, le propriétaire du bien subit un préjudice, mais aussi tous les titulaires de droits réels sur ce bien. Le créancier muni d'une sûreté réelle a un droit réel, un droit direct sur le bien. Le dommage causé à ce bien par toute personne lui cause préjudice[511]. Il est difficile de trouver une justification à la différence de traitement subie par le créancier muni d'une sûreté réelle.

Eu égard au domaine d'application *ratione persone* de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé et des aberrations relevées, l'édiction d'un texte général portant sur la subrogation de l'indemnité d'assurance s'impose. Il trouverait naturellement sa place dans le Code civil, dans le chapitre consacré aux dispositions communes. Une telle disposition permettrait de soumettre tous les créanciers munis de sûretés réelles au même régime et de conserver l'efficacité de leur sûreté en cas de destruction du bien.

L'élargissement du domaine d'application de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé est important car ce régime est favorable au créancier et lui permet de conserver l'efficacité de sa sûreté. Mais cette subrogation n'intervient que si certaines conditions sont remplies.

130. **Les conditions de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé**. La subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé ne peut avoir lieu que si certaines conditions sont respectées. Le créancier bénéficie de la subrogation de l'indemnité d'assurance, de plein droit, si sa créance est certaine, liquide et exigible[512].

En matière de sûretés réelles traditionnelles, à défaut, il peut valablement verser l'indemnité au propriétaire du bien détruit[513]. Le créancier doit avertir l'assureur de l'existence de la sûreté, soit en amont, soit au moment du sinistre[514], car la publicité de la sûreté ne suffit pas à la rendre opposable à l'assureur[515].

En matière de propriétés-sûretés, dans la mesure où l'indemnité a pour objectif de protéger le propriétaire du bien contre sa destruction et qu'elle est, en principe, versée au propriétaire, cette disposition n'a pas lieu de s'appliquer. Toutefois, en matière mobilière, elle peut permettre de faire obstacle à la présomption de l'article 2276 du Code civil. Nous conseillons donc au créancier

[511] **M. CABRILLAC**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Th. Montpellier*, Recueil Sirey, 1954, spéc. n°68

[512] Cass. Civ. 1er, 7 avr. 1992, n°89-12.247 ; *Bull. Civ. I*, n°113 ; *Resp. Civ et Assur*. 1992, comm. 284 et Chron. 23 par **H. GROUTEL**

[513] L'article L. 121-13 du code des assurances prévoit que « *les paiements faits de bonne foi sont valables* ».

[514] La forme est libre, il n'est pas obligé de suivre les prescriptions de l'article 1690 du Code civil

[515] Cass. Civ. 1er, 17 juin 1969, n°67-14.017, *RGAT* 1969, p. 491, note **A. BESSON**

titulaire d'une propriété-sûreté mobilière avec dépossession de notifier à l'assureur la sûreté afin que ce créancier ne puisse plus payer, de bonne foi, l'assuré.

131. **La subrogation de la créance d'indemnité**. S'agissant des effets de cette subrogation, le bien subrogé est la créance d'indemnité. Le droit réel du créancier se reporte sur la créance d'indemnité d'assurance. Il convient de distinguer deux hypothèses mais les effets sont, in fine, les mêmes.

En matière de propriété-sûreté, le créancier n'est pas titulaire d'une action directe à l'encontre de l'assureur. Cette action lui serait inutile. Il peut exercer, comme en matière de vente du bien, une action en revendication de la créance d'indemnité ou une action en paiement à l'encontre de l'assureur.[516]

132. **La combinaison de la subrogation et de l'action directe, l'indemnité réservée au créancier titulaire de la sûreté réelle**. Pour les sûretés réelles traditionnelles, le droit réel exercé sur la créance d'indemnité se double d'un droit personnel[517] facultatif à l'encontre de l'assureur de son débiteur. Le créancier dispose d'une action directe à l'encontre de l'assureur[518]. Ce droit personnel contre l'assureur permet au créancier d'invoquer des moyens qui lui sont propres[519]. Par exemple, il peut former une tierce opposition contre un jugement qui ordonnerait à l'assureur de verser le montant de l'indemnité à l'assuré sous réserve du montant dû au créancier qui n'a pas été appelé à l'instance[520]. Il se trouve également protégé contre la faute de l'assuré postérieure au sinistre[521]. L'assureur supporte l'insolvabilité éventuelle du débiteur.

Grâce à l'action directe, l'indemnité n'entre pas dans le patrimoine de l'assuré – bénéficiaire « primaire » –, ce qui permet à la sûreté de garder son efficacité en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective[522] ou l'adoption d'un plan de cession[523] ne paralyse ni le paiement de l'indemnité par l'assureur au créancier, ni l'exercice de

---

[516] Voir n[os] 127 et s.

[517] Code des assurances commenté, sous la dir. de **B. BEIGNIER** et **J.-M. DO CARMO SILVA**, Litec, 2010, sous article L.121-13 du code des assurances , note n°20

[518] Cass. Civ., 4 déc. 1946, *RGAT* 1947, p. 63, note **E. PICARD;** Cass. Com. 24 avril 2007, n°05-21.857, *RLDCiv* 2007, n°39, p.30 ; *RLDAff*. 2007, n°18, p. 42 ; *Le droit maritime français*, 2007, n°684, obs. **P. DELEBECQUE**.

[519] **J. KULLMANN**, *Lamy Droit des assurances*, Lamy. 2010, spéc. n°831

[520] Cass. Civ. 1[er], 21 janv. 1997, n°94-16.157, *Resp. Civ. et. Ass*. 1997, comm. n°137

[521] Cass. Civ. 4 déc. 1946, *RGAT* 1947, p. 63, note **E. PICARD**;

[522] Cass. Civ. 1[er] 28 oct. 1997, n°95-20.318 ; *Bull. Civ. I*, n°294 ; Gaz. Pal. 1998, 1, p.247 ; voir aussi Cass. Com. 12 mai 1998, n°95-17.757 ; *Bull. Civ. IV*, n°153 ; *Resp. et Assur*. 1998, comm. 368 ; *D.* 1999, somm. p. 6, obs. **F. DERRIDA**. Ces décisions, bien que rendues sous l'empire de la loi de 1985 et 1994 nous paraissent être parfaitement transposables à la législation en vigueur.

[523] Cass. Com. 4 oct. 2005, n°04-14.985, inédit; *Resp. Civ. et Assur*. 2006, comm.37 ; **M. ASSELAIN**, Incidences de la cession judiciaire d'une entreprise sur le contrat d'assurance, *Resp. Civ. et Assur*. 2006, étude 1. Dans cette affaire, un jugement de cession du bien a été prononcé mais la cession n'a pas encore eu lieu. Un sinistre survient dans l'intervalle.

l'action directe du créancier à l'encontre de l'assureur. La créance est en dehors de la procédure. Le créancier exerce ses droits normalement. La déclaration de créance à la procédure du débiteur n'est pas nécessaire[524].

133. Une satisfaction pour le créancier aux effets limités : l'opposabilité des exceptions par l'assureur et les indemnités partielles. Les effets peuvent cependant être limités par le contrat d'assurance. D'abord, l'assureur peut opposer au créancier les exceptions qu'il peut opposer à l'assuré avant le sinistre. Par exemple, la suspension du contrat d'assurance pour défaut de paiement des primes[525]. En revanche, il ne peut pas opposer au créancier la compensation ou la rétention des primes sur l'indemnité à verser[526].
Ensuite, les droits du créancier peuvent être limités conventionnellement parce que si le bien n'est que partiellement détruit et que l'assureur ne verse pas l'indemnité à l'assuré, l'immeuble ne sera jamais reconstruit. Ainsi, la majorité des contrats d'assurance prévoit que si l'immeuble est reconstruit, le créancier devra verser l'indemnité à l'assuré[527].

La subrogation de l'indemnité d'assurance constitue une bonne protection pour le créancier contre la destruction totale ou partielle du bien. Son domaine doit être généralisé à l'ensemble des assurances de choses et de responsabilité. Toutefois, le dommage causé au bien grevé peut être causé par un tiers non assuré.

b) Pour une généralisation de la subrogation de l'indemnité due par le tiers auteur du dommage

134. **Les cas particuliers de subrogation de l'indemnité due par l'auteur du dommage**. Certains textes spéciaux, expressément ou par extension, prévoient des cas de subrogation réelle de l'indemnité due par le tiers responsable de la destruction du bien.

Le créancier a pu bénéficier de l'attribution de l'indemnité d'assurance car il était titulaire de la sûreté. Voir aussi Cass. Com. 12 mai 1998, n°95-17.757 ; *Bull. Civ. IV*, n°153 ; *Resp. et Assur*. 1998, comm. 368 ; *D*. 1999, somm. p. 6, obs. **F. DERRIDA**.

[524] Cass. Com. 18 févr. 1992, n°90-12.840 ; Bull. Civ. IV, n°81 ; RTDCom. 1992, p.860, obs. **B. BOULOC** « *dès la destruction du gage, M. X... bénéficiait, en vertu de l'article L. 121-13 du Code des assurances, d'une attribution de l'indemnité d'assurance en sorte que celle-ci n'était pas entrée dans le patrimoine de la Société Brouchy transports mise ultérieurement en règlement judiciaire, ce dont il résultait que M. X... n'avait pas à produire au passif de la procédure collective* »

[525] **M. CABRILLAC**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession*, Th. Montpellier, Recueil Sirey, 1954, spéc. n^{os} 66, 67

[526] Voir dans ce sens : **Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR**, *Droit des assurances*, Dalloz, Précis, 13ème éd. 2011, spéc. n°596-1. Une solution contraire a été rendue à l'encontre d'une créancier hypothécaire. Toutefois il est possible de penser que cette solution ne serait pas aujourd'hui admise. En effet, la Cour de cassation l'a rejetée à l'égard d'un tiers, victime, dans une assurance de responsabilité.

[527] **Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR**, *Droit des assurances*, Dalloz, Précis, 13ème éd. 2011, spéc. n°596-1.

Certains auteurs[528] considèrent que l'alinéa 3 de l'article L.121-13 du code des assurances[529] vise, au-delà du droit des assurances, les mécanismes de responsabilité civile du droit commun (article 1382 du Code civil) et la responsabilité relative à l'incendie causé par le locataire (article 1733 du Code civil).

Le créancier muni d'une hypothèque ne bénéficie de la subrogation de l'indemnité due au titre de la responsabilité civile que dans ces deux cas précis. En dehors de ces hypothèses, la subrogation réelle ne bénéficie pas aux créanciers titulaires d'autres sûretés réelles. Pour Monsieur M. Cabrillac, une généralisation de cette solution semble exclue[530].

En matière d'assurance maritime, l'article 47 vise différentes hypothèses de subrogation d' « *indemnités dues au propriétaire* »[531], sans préciser s'il s'agit seulement d'une indemnité d'assurance ou de toute indemnité. Prises dans leur globalité, ces hypothèses visent toutes une indemnité de réparation – y compris l'indemnité due par le tiers auteur de la faute – due au titre de la destruction totale ou partielle du navire, du fait d'un tiers ou du fait des aléas rencontrés en mer : avarie commune, assistance, si ces indemnités représentent la perte ou l'avarie du navire hypothéqué[532]. Néanmoins, malgré la rédaction des textes, la jurisprudence refuse d'appliquer le texte aux indemnités autres que les indemnités compensant la destruction totale ou partielle du bien grevé et notamment aux indemnités compensant une perte de valeur du bien[533]. Ainsi, a-t-elle refusé d'étendre la subrogation à la prime d'arrêt définitif du navire[534]. Cette position peut cependant s'expliquer car la prime d'arrêt définitif du navire est une prime compensant la perte de valeur du bateau mais elle a également pour vocation d'encourager les propriétaires à abandonner un matériel obsolète et à renouveler leur flotte.

---

[528] Notamment, **M. CABRILLAC**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Th. Montpellier*, Recueil Sirey, 1954, spéc. n°68 ; **J. KULLMANN**, *Lamy Droit des assurances*, Lamy. 2010, spéc. n°834

[529] « *Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du Code civil.* »

[530] **M. CABRILLAC**, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Th. Montpellier*, Recueil Sirey, 1954, spéc. n°68

[531] « *a) Les indemnités dues au propriétaire à raison des dommages matériels subis par le bâtiment ;b) Les sommes dues au propriétaire pour contribution aux avaries communes subies par le bâtiment ;c) Les indemnités dues au propriétaire pour assistance prêtée ou sauvetage effectué depuis l'inscription de l'hypothèque, dans la mesure où elles représentent la perte ou l'avarie du bâtiment hypothéqué ; […]* ».

[532] **P. BONNASSIES, C.SCATEL,** *Traité de droit maritime*, LGDJ 2006 , spéc. n°556 ; Admettant la validité de cette interprétation mais émettant des doutes sur cette interprétation : **P. RÉMERY**, Rapport sous Cass. Com. 25 juin 1996, *Le droit français maritime* 1996, n°65 ;

[533] Notons que la troisième chambre civile a retenu la même position à propos de la prime d'arrachage. Voir par exemple : Cass. Civ. 3ème, 12 oct. 1994, *Bull. Civ. III*, n°180, *RJDA* 1995, n°61, p. 48

[534] Cass. Com. 25 juin 1996, *Le droit maritime français*, 1996, n°565, rapp. **P. RÉMERY**

135. **Pour une généralisation des hypothèses de subrogation réelle de l'indemnité due par le tiers auteur du dommage**. A notre sens, ces hypothèses de subrogation de l'indemnité due par le tiers au titre de la responsabilité ont pour effet de créer des disparités entre les créanciers munis de sûretés réelles. Le mécanisme préservant efficacement les intérêts du créancier, il semble opportun de le généraliser.
La mise en œuvre d'une telle solution impliquerait que le créancier notifie au tiers débiteur le report de son droit réel sur le bien objet de la sûreté afin de pouvoir se prévaloir de son droit.

L'ensemble des constats et propositions faites précédemment conduit à suggérer l'adoption d'un principe général de subrogation de l'indemnité compensatrice.

3. Pour la consécration d'un principe général de subrogation de l'indemnité de réparation

136. **L'indemnité de réparation : précision sémantique**. L'indemnité de réparation est entendue comme l'ensemble des indemnités d'assurances, de choses et de responsabilité, l'ensemble des indemnités dues par un tiers pour le dommage causé par sa faute, les indemnités dues au titre d'une atteinte portée au droit de propriété du constituant (en l'absence du droit de suite du créancier).

Il convient alors d'exclure les différentes primes et indemnités versées au propriétaire mais qui n'ont pas pour objet de compenser la perte ou la destruction matérielle du bien ou l'atteinte portée au droit de propriété du constituant**.** Il en va ainsi des primes d'arrachage des vignes ou d'arrêt définitif des navires. Il en va également ainsi en cas d'indemnité d'occupation. La question est plus délicate concernant l'indemnité d'éviction. Elle doit toutefois être exclue car elle compense, pour le locataire et propriétaire du fonds de commerce, la perte de la jouissance du local commercial et non la perte du droit de propriété sur le fonds.

137. **L'objet de la subrogation, une somme d'argent bénéficiant à tous les titulaires de sûretés réelles.** Cette généralisation ne peut concerner qu'une somme d'argent. Il en va ainsi des primes ou indemnités.
En revanche, il nous semble nécessaire d'exclure de cette généralisation les biens de remplacement autres que les indemnités de remplacement, par exemple, l'immeuble acquis en remplacement. Le

bien de remplacement a sa propre identité et peut être grevé de ses propres droits réels. Cette situation serait propice à créer de nouvelles situations de concours et de nouveaux classements[535].

Cette généralisation doit toucher l'ensemble des sûretés réelles, sans distinction.

138. **Précisions sur le régime de cette subrogation réelle**. Le régime de la subrogation de l'indemnité d'assurance, tel que nous l'avons exposé *supra*, doit être conservé.

Au regard du régime applicable, la publicité mise en place notamment en matière mobilière étant insuffisante à rendre le droit réel du créancier opposable aux tiers, comme en matière d'assurance, il est recommandé au créancier de notifier son droit au débiteur de l'indemnité de réparation. Une fois sa sûreté rendue opposable, le tiers ne peut plus valablement payer le débiteur de la créance garantie.

Comme en matière d'assurance, nous proposons d'offrir au créancier garanti une action directe à l'encontre du tiers. Nous suggérons également d'étendre le régime applicable au nantissement de créance à cette hypothèse. Ainsi, si la créance garantie n'est pas encore échue, le créancier peut exiger du tiers de séquestrer la somme jusqu'à l'échéance. En revanche, si la créance garantie est échue, le créancier peut demander à ce que la somme qui lui revient soit versée.

L'ordre de classement éventuellement applicable doit être respecté. De même, lorsque la sûreté réelle permettait au créancier de demander l'attribution conventionnelle ou judiciaire du bien grevé, il semble que ce droit doive être maintenu. Si le créancier demandait l'attribution de l'indemnité de réparation, il ne se ferait cependant remettre qu'une somme équivalente au montant de sa créance afin d'éviter tout enrichissement de sa part. (Sur cette question voir n^{os} 465 et s.)

139. **Pour une modification des textes**. D'un point de vue technique, une intervention législative s'impose.

Deux moyens sont envisageables pour procéder à cette consécration légale. La première solution consiste à modifier les textes relatifs à l'assiette comme cela a déjà été fait à propos de la propriété retenue à titre de garantie ou en matière d'hypothèque maritime. L'extension de l'assiette à toutes les indemnités de réparation permettrait de renforcer l'efficacité du droit du créancier. C'était la position des rédacteurs du projet de réforme des sûretés mobilières belges, qui suggéraient un élargissement de l'assiette du gage. En effet, l'article 13 du projet indiquait que « *le gage*

[535] Notons que pour des raisons différentes, les partisans de la théorie de la valeur, refusent le report du droit réel sur le bien acquis en remplacement. Voir dans ce sens : **C. ATIAS**, La valeur engagée, RJCom 1994, n°11, spéc. n°27 ; voir aussi **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°

s'étend[ait] à toutes les créances qui se substituent aux biens grevés, dont la créance résultant de leur vente ainsi que celles résultant de l'assurance »[536]

L'autre solution, que nous préconisons, consiste à poser un principe général de subrogation réelle des indemnités de réparations et d'en décrire le régime, sans procéder à des renvois aux textes spéciaux. Ces dispositions seraient insérées dans le Code civil, siège naturel du droit commun des sûretés réelles, dans le sous-titre 1er du titre II réservé aux dispositions générales.

L'adoption d'un principe général de subrogation de l'indemnité compensatrice permettrait de maintenir l'efficacité de la sûreté car la subrogation empêche le jeu de la caducité et le droit réel du créancier se reporte sur la créance remplaçant le bien tout en respectant le principe d'individualisation du droit réel. La subrogation réelle de la créance de prix ou d'indemnité réparatrice apparaît comme mécanisme fondamental de l'efficacité des sûretés réelles. Elle n'a pas vocation à être cantonnée à des hypothèses précises mais a vocation à être généralisée.

Un autre facteur de l'efficacité de la réalisation réside dans le caractère indivisible de la sûreté réelle.

§2. L'indivisibilité de l'assiette, caractère nécessaire au maintien de l'efficacité de la sûreté

L'indivisibilité de la sûreté réelle signifie que le bien ou l'ensemble des biens grevés répond de l'intégralité de la dette.

Dumoulin a défini l'indivisibilité[537], au sujet de l'hypothèque, sous l'adage **«** *hypoteca est tota in toto et tota in qualibet parte, sicut anima in corpore* »[538] . Il peut être traduit par « *l'hypothèque est entière sur le tout (du bien hypothéqué) et entière sur chaque partie (du bien), comme l'âme dans le corps* ». L'analogie entre l'âme et le corps renvoie à la philosophie d'Aristote[539] et permet d'éclairer

---

[536] http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp ; La proposition, bien qu'intéressante, n'a pas été retenue dans la loi.

[537] **P. MALAURIE**, *Anthologie de la pensée juridique*, Ed. Cujas, 2ème éd. 2001, p. 64

[538] Formule de **DUMOULIN,** Extr. Lab. Div. Et indiv. Paris II, 91 ; Cette formule a été abrégée par. **LOYSEL** sous la formule « *l'hypothèque ne se divise point* », **LOYSEL,** Inst. Cout., III, 17, cités par **M. PLANIOL, G. RIPERT**, par **E. BECQUE**, *Traité pratique de droit civil français*, T XII, 1ère partie, LGDJ, oct. 1952, n°339 ; **H. ROLAND, L. BOYER**, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, t. II *Adages*, Ed. L'Hermès, Coll. Droit-Economie-Gestion, 1978, n°115

[539] Cette dernière partie de la phrase fait référence à la philosophie classique d'Aristote. Voir **ARISTOTE**, *De l'âme*, traduction inédite, présentation, notes et bibliographie par **R. BODÉÜS**, Paris, Flammarion, GF 711, 1993 ; L'œuvre d'Aristote a été commentée par Saint Thomas d'Aquin. Pour ce théologien, l'âme et le corps sont indivisibles jusqu'à la mort. La mort les sépare, le corps disparait et l'âme subsiste. Cette conception renvoie très largement à la conception catholique de l'âme. Voir **T. D'AQUIN**, *Commentaire du Traité De l'âme d'Aristote*, traduction inédite, présentation, notes et bibliographie par **J.-M. VERNIER**, Paris,Vrin, 2007. L'indivisibilité de l'âme et du corps a, par la suite, divisée

la pensée de Dumoulin. Chaque être vivant dispose d'une âme et d'un corps. L'âme et le corps sont indissociables et indivisibles et doivent être entretenus concomitamment. L'effet de cette indivisibilité est que l'âme est, tout entière, présente dans chaque partie du corps. Ce n'est pas une petite partie de l'âme qui est présente dans chaque petite partie du corps. L'indivisibilité de l'hypothèque signifie donc que le bien, assiette de la sûreté, répond de l'intégralité de la dette, y compris lorsque l'assiette de la sûreté est multiple (c'est-à-dire composée de plusieurs biens) ou que l'obligation garantie se divise.

L'indivisibilité est de la nature de chaque sûreté et non de son essence. Dégagée en matière d'hypothèque[540], elle a ensuite été étendue à l'ensemble des sûretés réelles jusqu'à en constituer un caractère commun[541]. Ainsi, sont indivisibles le gage immobilier[542], les gages de droit commun[543] et spéciaux[544], les nantissements de droit commun[545] et spéciaux[546], les privilèges spéciaux. La question de l'indivisibilité des privilèges généraux divise la doctrine. Nous considérons qu'ils offrent au créancier un droit réel sur le bien[547] et sont, de ce fait, indivisibles[548]. Pour les privilèges

---

les philosophes postérieurs à Dumoulin. Voir par exemple **PLOTIN,** *Les énneandes*, par **BOUILLET**, tome II, Paris 1859, pp. 567 et s. Elle a ensuite été récupérée par le courant Lacannien de la psychanalyse qui ajoute à l'âme et au corps le langage.

[540] Les dispositions relatives à l'indivisibilité de l'hypothèque figurent à l'article 2393alinéas 2 et 3 du Code civil *« Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles.*
Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent. »

[541] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°450 ; « *l'indivisibilité, [est] sinon la caractéristique naturelle des droits réels, du moins le trait commun des droits réels de garantie ou, pour employer une formulation plus générale, […], plus adéquate, de toute technique d'affectation d'une chose pour la sûreté ou la garantie d'une dette.* » ; **M. PLANIOL** et **G. RIPERT**, *Traité pratique de droit civil français*, t 3., Les biens, 2ème éd., par **E. PICARD,** LGDJ 1952, n°45voir aussi **J.-B. SEUBE**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. **M. CABRILLAC**, th, Bibl. de droit de l'entreprise, 1999, spéc. n°10

[542] Sous l'empire de la loi ancienne l'article 2090 du Code civil prévoyait que l'article 2083 (applicable à l'hypothèque) s'appliquait à l'antichrèse comme au gage. Ce texte, ni son contenu, n'ont été repris par l'ordonnance du 23 mars 2006. Pour autant, il convient de considérer cela comme un oubli. Voir notamment : **J. SOUHAMI**, Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, *RTDCiv*. 2008, p. 27, spéc. note 57.
De plus l'article 2391 du Code civil dispose que « *le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de la dette* ». On voit apparaître, ici, en filigrane, les effets de l'indivisibilité et donc l'indivisibilité

[543] L'article 2349 alinéa 1 du Code civil reprend le contenu de l'article 2083 ancien du Code civil. Il prévoit que **«** *le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier.* »

[544] Par exemple, pour le gage de stocks, l'article L. 527-5 alinéa 1er du Code de commerce qui énonce que « *les stocks constituent, jusqu'au remboursement total des sommes avancées, la garantie de l'établissement de crédit.* »

[545] L'article 2355 alinéa 5 du Code civil **renvoie aux dispositions du gage**. Il en ressort que le nantissement est indivisible

[546] Par exemple, pour une application au nantissement de fonds de commerce : Cass. Com. 19 oct. 2006, n°04-19.643 ; *Bull. Civ. IV*, n° 267 *; D*. 2007, p. 369, obs. **V. AVENA-ROBARDET** ; voir aussi **S. REZEK**, Nantissement de fonds de commerce, *J.Cl Notariat*, Fasc. 410, spé. n°79 « *le nantissement d'un fonds de commerce qui grève indivisiblement les éléments en constituant l'assiette, ne confère pas au créancier inscrit un droit de préférence sur un élément isolé, de sorte que la caution ne saurait reprocher à la banque le non-exercice d'un droit que cette dernière ne pouvait acquérir et sur lequel elle ne pouvait compter* ».

[547] La question de la nature des privilèges est débattue. Certains auteurs plaident en faveur de la reconnaissance d'un droit réel car la sûreté confère au créancier un droit de préférence (voir notamment **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc nos 740 et s/ ; **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la dir. **J. GHESTIN**, LGDJ, 1996, n°561). D'autres leur nient cette qualité.(Voir notamment : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*,

généraux, même si la doctrine débat sur la nature réelle ou non du droit liant le créancier aux biens grevés, elle s'accorde à considérer que les privilèges généraux sont indivisibles. L'indivisibilité doit également être étendue aux propriétés-sûretés car les obligations de restitution et de transfert de propriété du bien sont insusceptibles d'exécution partielle[549]. Notons enfin que le droit de rétention, même si nous ne le considérons pas comme une sûreté[550], est un droit réel[551] et qu'il est indivisible lorsqu'il est fondé sur un lien de connexité conventionnel[552].

L'indivisibilité de la sûreté avantage le créancier qui en est titulaire lors de la réalisation[553]. Elle renforce[554] l'efficacité de la sûreté réelle car elle empêche la divisibilité de la dette (A) ou du bien (B) d'influer sur les droits du créancier[555] qui peut toujours réaliser sa sûreté sur le bien grevé

Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°649 ; **H., L., J. MAZEAUD.** par **V. RANOUIL** et **F. CHABAS**, *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, Leçons de droit civil, 6ème éd. 1988, spéc. n°141)

548 Dans ce sens voir également : **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°450 ; voir aussi **J.-B. SEUBE**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, th, Bibli. de droit de l'entreprise, 1999, n°10 ; Contra voir : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°596

549 A propos de l'obligation de restitution, voir : Cass.Com., 14 mars 1988, *D.* 1988, p. 330, note **F. PÉROCHON**

550 La jurisprudence considère « *le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage* » : Cass. Com., 22 mars 2005, n°03-14.014, *Bull. Civ.* IV, n°33, D*r.et Patr.* 2005, no142, p. 40, chron. **A. AYNÈS** ; Cass. Com. 20 mai 1997, n° 95-11.915 ; Bull. Civ. IV, n°141 ; *D.* 1998, somm. p. 115, obs. **R. LIEBCHABER** ; *D.* 1998, p. 102, obs. **S. PIÉDELIÈVRE;** *D.* 1998, p. 479, note **F. KENDÉRIAN** ; *RTDCom.* 1998, p. 202, obs. **A. MARTIN-SERF.** Approuvant cette position, voir **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. GHESTIN**, LGDJ, 1996, n°72 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n° 606 ; **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005, spé. n°303. Le droit de rétention ne confère aucun droit direct sur la chose, il constitue seulement une attitude passive ; il ne peut pas constituer un droit réel accessoire**. N. CATALA-FRANJOU**, De la nature juridique du droit de rétention, *RTDCiv*. 1967, p. 9 , spéc. n°29 ; Voir contra : CA. Toulouse, 11. Févr. 1977, *D.* 1978, P. 206, note **J. MESTRE** ; Cass. Com. 25 nov. 1997, n° 95-16.091 ; *Bull. Civ. IV*, n°301 ; D. 1998, p. 232, note **J. FRANÇOIS** ; *JCP G* 1998, I, 149, n°6 et n°18 ; *JCP G* 1998, I, 141, n°15, obs. **M.C** ; **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Dalloz Sirey, 2ème éd., mars 1987, n°46 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n°582

551 Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n° 08-10.152, *Bull. Civ. I*, n°178, *D*. 2009, p. 2275, obs. **X. DELPECH**; *JCP G* 2009, 380, note **A. AYNÈS**, *Gaz. Pal*. 2009, p. 13, note **S. PIEDELIÈVRE**; *RDBF*. 2009, n°6, p. 56, obs. D. **LEGEAIS ;** *Banque et droit* 2009, n°128, p. 64, obs. **F. JACOB**; *Dr. et Patr*. 2009, n°188, p. 75, obs. **J.-B. SEUBE;** *RLDC* 2009/65, n°3609, obs. **J.-J. ANSAULT**; *JCP G* 2010, p. 186, obs. **M. CABRILLAC** ; *D*. 2010, p. 302, note **N. BORGA ;** *Gaz. Pal*. 13 et 14 janv. 2010, p.16, note **M.-P. DUMONT-LEFRAND** ; voir aussi Cass. Com., 3 mai 2006, n°04-15.262, *Bull. Civ. IV*, n°106, *RTDCiv*. 2006, p. 584, obs. **T. REVET** , *Dr. et Patr.* 2006, n°153, p. 95, obs. **J.-B. SEUBE** , *RDBF* 2006, p. 20, obs. **D. LEGEAIS** ; Cass. Civ. 1er, 7 janv. 1992, n°90-14.545, *JCP G* 1992, I, n°3583, obs. **P. DELEBECQUE** , *JCP G* 1992, II, n°21971, obs. **R. RAMAROLANTO-RATIARAY.** Certains auteurs remettent en cause cette qualification **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°430 ; voir aussi **N. CATALA**, De la nature juridique du droit de rétention, *RTDCiv.* 1967, spé. nos 2 et 42 ; **C. AUBRY ET C. RAU,** III, 7ème éd. par **P. ESMEIN** et **A. PONSARD**, 1968, §256 bis. Ces auteurs analysent le droit de rétention comme une modalité de restitution du bien ; voir aussi **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n° 606 qui analysent le droit de rétention en droit personnel.

552 **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. LARROUMET**, Economica, 2005, spé. nos 307 et s.

553 **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 5ème éd. 2009, n°626

554 Voir notamment : **J.-B. SEUBE**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, th, Bibl. de droit de l'entreprise, 1999, spé. n°10 ; **J. SOUHAMI**, Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, *RTDCiv*. 2008, p. 27, spé n°5 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°680

555 **J.-B. SEUBE**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, th, Bibl. de droit de l'entreprise, 1999, spé. n°10.1 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n°626

malgré cette division. Il est le seul à pouvoir se prévaloir de l'indivisibilité[556] et peut y renoncer[557] de manière expresse[558] ou tacite[559]. Par exemple, il peut accepter une collocation partielle sur le prix de l'immeuble grevé[560].

A. L'indifférence de la division de l'obligation garantie

140. L'indivisibilité de la sûreté réelle a pour effet de maintenir les droits du créancier lors de la réalisation alors que l'obligation garantie s'est divisée. Cette division peut s'opérer de deux manières, soit, c'est la créance qui s'est divisée (1), soit c'est la dette qui s'est divisée (2). En outre, l'indivisibilité joue un rôle protecteur en cas de paiement partiel, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une diminution du montant de la dette (3).

1. L'indivisibilité active[561] : l'indivisibilité de la sûreté face à la division de la créance

141. **La généralisation du domaine de l'article 2349 du Code civil à l'ensemble des sûretés réelles**. Pour comprendre les effets de l'indivisibilité face à la divisibilité de la créance ou de la dette, il est indispensable de se référer à l'article 2349 du Code civil qui énonce que « *le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. L'héritier du débiteur qui a payé sa portion de dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.*

---

556 **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles,* sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n° 1184

557 **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles,* sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n^{os}1185 et s ; **M. PLANIOL, G. RIPERT**, par **E. BECQUÉ**, *Traité pratique de droit civil français*, T XII, 1ère partie, LGDJ, oct. 1952, n°342 voir Cass. Civ. 19 déc. 1911 : *DP* 1911, p. 505, note **P. DE LOYNES** ; *S.* 1913, 1, p. 9, note **E. NAQUET** : « *si, en principe, le créancier nanti d'une hypothèque spéciale sur plusieurs immeubles de son débiteur a le droit, dans l'ordre ouvert sur le prix de ces immeubles adjugés par lots séparés, d'être colloqué, au rang de son hypothèque, sur tous les lots indistinctement, il peut cependant renoncer à ce droit en consentant à restreindre les effets de sa garantie ; et que cette renonciation se produit soit expressément, lorsque ce créancier a demandé le cantonnement de son hypothèque, soit virtuellement, lorsqu'il accepte sans protestation ni réserve, et sans recours dans le délai légal contre le règlement définitif, un bordereau délivré en vertu de ce règlement, qui l'a colloqué sur un seul lot. Dans ce second cas, son acceptation constitue un acquiescement au règlement judiciaire qui a restreint l'effet de son hypothèque et lui interdit toute demande en révision des autres collocations qui demeurent ainsi irrévocablement acquises aux créanciers qui les ont obtenues*. »

558 Par exemple, le créancier par convention renonce à exercer son droit sur l'un des deux immeubles composant l'hypothèque.

559 Cass. Req., 11 avril 1902, *DP*. 1903, 1, 465 dans cet arrêt le créancier dispose de plusieurs hypothèques et demande à être colloqué proportionnellement sur le prix de vente de chaque immeuble; Cass. Civ. 9 mai 1905, *S.*, 1906, 489, note **BERNARD**

560 **J. DEVÈZE, A. COURET, G. HIRIGOYEN,** et alii, *Droit du financement*, Lamy, 2012, spéc. n° 4730 ;

561 Cette formule a été empruntée à **R. TROLONG** et **P.-J. PINNAEL**, *Des privilèges et des hypothèques, Le droit civil expliqué selon l'ordre du code*, t.1, Société de typographie belge, 1837, spé. art. 2114, n°389, p. 223. Elle s'oppose à l'indivisibilité passive.

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de créance, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés. ». Cet article a *a priori* un domaine d'application relativement restreint. C'est une disposition du gage de droit commun applicable en matière successorale. Toutefois, la doctrine s'accorde à dire qu'il s'applique à l'ensemble des sûretés réelles[562] dans la mesure où il constitue une explication des effets de l'indivisibilité de la sûreté.

142. **La division de la créance et l'absence de division de la sûreté**. Lorsque le créancier muni d'une sûreté décède en laissant plusieurs héritiers, la créance se divise[563] entre eux. Selon les règles successorales, chacun de ses héritiers obtient une part de la créance. Si la sûreté n'était pas indivisible, chacun pourrait poursuivre le débiteur pour sa part uniquement. En revanche, grâce à l'indivisibilité de la sûreté, chacun des héritiers peut réaliser la sûreté sur l'assiette dans son ensemble[564]. Le bien attribué ou la somme d'argent produit de la réalisation entre dans l'indivision et doit être partagé.

De même, dans l'hypothèse où plusieurs créanciers d'une même créance sont titulaires d'une même sûreté, chacun peut réaliser la sûreté. Il en va de même en matière de cession partielle de créance. Par exemple, le créancier initial cède la moitié de sa créance. Sa créance était assortie d'un nantissement. Le cessionnaire, par l'effet de la cession, devient titulaire d'une créance et dispose d'un nantissement, au même titre que le cédant.

L'indivisibilité de la sûreté est source d'efficacité dans la mesure où elle ne se divise pas en même temps que la créance. Le droit de chaque créancier sur le bien demeure intact.

2. L'indivisibilité passive : l'indivisibilité de la sûreté face à la division de la dette

[562] Il a été admis, qu'elle joue en matière d'hypothèque, voir **R. BEUDANT**, **P. LEREBOURS-PIGEONNIERE**, par **P. VOIRIN,** *Cours de droit civil, t. XIII, Les sûretés personnelles et réelles*, Rousseau, 1948, n^{os} 307 et s. ; **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la dir. **J. GHESTIN**, LGDJ, 1996, n° 1197 ; **G. RIPERT** et **M. PLANIOL**, *Traité pratique de droit civil français, Sûretés réelles*, t. XII, par **E. BECQUÉ**, 2ème éd. 1953, n°341 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, n°903

[563] Article 1220 du Code civil : « *L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur*. »

[564] **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n°626 ; Pour une application jurisprudentielle de l'indivisibilité d'une hypothèque avec clause de retour, voir Cass. Civ. 1ère, 10 juil. 2013, n°12.20-885, à paraître ; D. 2013, p. 2156

143. **La généralisation des articles 873, 1009 et 1012 du Code civil à l'ensemble des sûretés réelles**. La division de la dette est le symétrique de la division de la créance. Elle permet au créancier de réaliser sa sûreté comme si la division de la dette n'avait jamais eu lieu. Il n'est pas obligé de diviser ses recours.

La question est régie par l'article 2349 du Code civil. Néanmoins, d'autres dispositions complètent celle-ci : il s'agit des articles 873[565], 1009[566] et 1012[567] du Code civil, en matière hypothécaire. Comme pour la division active, il est important de noter que ces règles vont s'appliquer à l'ensemble des sûretés réelles.

144. **La division de la dette et l'absence de division de la sûreté réelle**. L'une des hypothèses de division de la dette est le décès du constituant et la pluralité des héritiers. Au regard de l'article 2349 du Code civil régissant le gage, le créancier titulaire de la sûreté, grâce à l'indivisibilité de celle-ci, n'est pas contraint de diviser ses recours (malgré la division de la dette entre les héritiers), il peut réaliser sa sûreté sur le bien placé entre les mains de l'héritier attributaire[568] à concurrence de la valeur du bien. Si la valeur du bien attribué, par exemple l'immeuble, est insuffisante à satisfaire le créancier, s'appliquent les règles de droit commun du droit des sûretés. Le créancier devient créancier chirographaire pour le reste de sa créance.

Notons que l'héritier ne peut pas se prévaloir d'une acceptation de la succession à concurrence de l'actif net. Selon l'article 791 du Code civil, l'héritier est tenu des dettes à concurrence de la valeur des biens qui lui sont attribués par la succession. Cependant, comme l'ancienne acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'acceptation à concurrence de l'actif net n'a pas vocation à écarter l'indivisibilité de la sûreté.[569]

---

[565] Art 873 du Code civil : « *Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part successorale, et hypothécairement pour le tout ; sauf leur recours soit contrer leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer*. »

[566] Article 1009 du Code civil : « *Le légataire universel, qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout ; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles* 926 *et* 927. »

[567] Article 1012 du Code civil : « *Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout.* »

[568] **J. SOUHAMI**, Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, *RTDCiv*. 2008, p. 27, n°16 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n°626 ; **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013, n° 543 ; **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz Sirey, 2ème éd., 1987, n° 285

[569] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles,* sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°1195 ; voir aussi C. **MOULY**, par F. **JACOB**, J.-Cl. Droit Civil, Fasc. Hypothèque, art. 2114 à 2117, spéc. n°190 ; voir aussi **R. BEUDANT**, **P. LEREBOURS-PIGEONNIERE**, par **P. VOIRIN,** *Cours de droit civil, t. XIII, Les sûretés personnelles et réelles*, Rousseau, 1948, n°*308.*

Une autre hypothèse d'indivisibilité passive de la sûreté apparaît lorsque des époux ont consenti une hypothèque sur un immeuble commun[570]. Le consentement du conjoint à l'hypothèque ne fait pas de lui un codébiteur. Lors du partage de la communauté, l'époux attributaire de l'immeuble peut être poursuivi pour l'intégralité de la dette sur le bien hypothéqué, sans pour autant être tenu de l'intégralité de la dette[571].

De même, lorsque le créancier dispose de codébiteurs mais qu'un seul est propriétaire du bien objet de la sûreté, le créancier poursuit le paiement de la créance sur le bien. Au propriétaire ensuite d'exercer ses recours subrogatoires à l'encontre de ses codébiteurs. Une solution analogue doit être retenue lorsque la dette de l'un des codébiteurs solidaires s'éteint[572].

L'indivisibilité joue également un rôle de garantie des droits du créancier lorsque l'obligation garantie a partiellement été exécutée lors de la défaillance du débiteur.

3. L'indivisibilité face au paiement partiel

145. **L'indivisibilité jusqu'au paiement complet**. L'indivisibilité protège le créancier contre le paiement partiel en maintenant sa sûreté. Le paiement partiel n'entraîne pas une diminution de la sûreté. La sûreté s'éteint lors de l'exécution complète de l'obligation garantie, c'est-à-dire lors du paiement de la dette augmentée des intérêts échus et des frais éventuellement engagés. Grâce à l'indivisibilité de la sûreté réelle, le créancier peut, quel que soit le montant de créance restant due (et sous réserve de l'abus de droit[573] et des règles de d'ordre public des voies d'exécution) la réaliser.

Cette règle est fondée sur l'article 2339 du Code civil qui précise que « *Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la*

---

[570] Voir l'article 1424 alinéa 1 du Code civil « *Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations.* »

[571] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles,* sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°1195 C. **MOULY**, par F. **JACOB**, J.-Cl. Droit Civil, Fasc. Hypothèque, art. 2114 à 2117, spéc. n°191 ; **J. SOUHAMI**, Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, *RTDCiv*. 2008, p. 27, n°18

[572] Cass. Com. 16 mai 1996, n° 94-11.366; *Bull. Civ. IV*, n°129; *RTDCiv*. 1996, p. 666, obs. **P. CROCQ** « *qu'à défaut d'extinction de l'obligation distincte contractée par Mme X..., l'hypothèque qui en garantissait indivisiblement le paiement subsistait et que les banques, si elles étaient privées, en l'absence de déclaration de leurs créances, de tout droit à participer aux répartitions faites dans le cadre de la liquidation judiciaire, conservaient cependant, après paiement de tous les créanciers admis, le droit de faire valoir leur hypothèque sur le solde pouvant subsister sur le prix de l'immeuble grevé, ce dont il résulte que l'absence de déclaration n'affectait que l'exercice dans le cadre de la procédure collective des droits hypothécaires des banques, mais non leur existence et que la radiation de l'hypothèque ne pouvait, en l'état, être ordonnée du chef de l'épouse, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

[573] **M. PLANIOL, G. RIPERT**, par **E. BECQUÉ**, *Traité pratique de droit civil français*, T XII, 1ère partie, LGDJ, oct. 1952, n°340

dette garantie en principal, intérêts et frais. ». Comme toutes les règles présentées en matière d'indivisibilité de la sûreté réelle, cette règle vaut pour l'ensemble des sûretés réelles[574].

Notons que l'article 2082 ancien alinéa 2 du Code civil prévoyait le maintien du gage dans des hypothèses où ce dernier aurait dû être éteint. Par exemple, un gage était contracté pour garantir une dette. Avant l'échéance de cette dette, les parties contractaient une nouvelle dette dont l'échéance était antérieure à la première. Il était admis, par extension de l'indivisibilité du gage, que cette dette se trouvait garantie par le droit de rétention[575]. Cette position était critiquable dans la mesure où elle contrevenait au principe de spécialité du gage en permettant d'étendre le droit de rétention à une créance qui n'était pas l'objet de la sûreté. L'ordonnance du 23 mars 2006 a mis un terme à cette interprétation en supprimant la disposition complémentaire de l'article 2082 ancien du Code civil[576].

B. L'indivisibilité de la sûreté face à la division de l'assiette

146. **Les hypothèses de division de l'assiette**. L'assiette peut se diviser dans deux hypothèses. Dans la première hypothèse, le bien unique, assiette de la sûreté, est morcelé (1). Dans la seconde hypothèse, la sûreté porte sur plusieurs biens (2).

En matière de division de l'assiette, c'est principalement, l'article 2393 du Code civil qui va être utilisé.

1. L'assiette composée d'un seul bien

147. **La division du bien et l'indivisibilité de la sûreté**. Lorsque le bien est divisé, la sûreté demeure indivisible. En matière d'hypothèque, si l'immeuble est divisé, chaque portion reste grevée pour l'ensemble de la dette.

Le bien objet de la sûreté peut être divisé dans différentes hypothèses, comme en matière de partage successoral ou conjugal, ou de vente par lots ou même de démembrement de propriété.

---

[574] Pour une application à l'hypothèque : Civ. 20 déc. 1848, DP 1849, 1, 81 ; *D.* 1849, 1, 179 ; Com. 19 janv. 1993, *JCP G* 1993, II, 22056, note **P. PÉTEL**.

[575] Voir par exemple, **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Dalloz Sirey, 2ème éd., mars 1987, n°86 ; **G. RIPERT** et **M. PLANIOL**, *Traité pratique de droit civil français, Sûretés réelles*, t. XII, par **E. BECQUÉ**, 2ème éd. 1953, n°113 ; **J. SOUHAMI**, Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, *RTDCiv.* 2008, p. 27, n°20

[576] **J. SOUHAMI**, Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, *RTDCiv.* 2008, p. 27, n°20

Le partage de l'immeuble grevé laisse subsister l'hypothèque sur chacun des lots[577]. Elle n'oblige pas le créancier à diviser ses recours. Il dispose d'une certaine solidarité réelle[578].
En cas de vente par lots, l'hypothèque grève entièrement chaque lot, à concurrence du montant de la créance.

Lors d'un démembrement de propriété, par exemple, en cas de constitution d'un bail à construction ou d'un usufruit, l'hypothèque grève l'immeuble dans son ensemble quels que soient les droits conférés. Ainsi, le créancier peut demander le paiement de la créance à concurrence de la valeur de l'immeuble à chaque titulaire d'un démembrement du droit originairement grevé[579]. Notons que la solution est différente si l'hypothèque a été constituée postérieurement au démembrement de propriété. Dans ce cas, elle ne grève que le droit dont le constituant est titulaire. Néanmoins, la jurisprudence a admis que dans l'hypothèse où l'hypothèque grève la nue-propriété, le décès de l'usufruitier fait peser l'hypothèque sur l'immeuble et sur le droit de propriété dans son ensemble. Une solution analogue devrait être retenue quelle que soit la cause de la fin de l'usufruit[580].
Il semble qu'une solution analogue doive être adoptée en matière mobilière.

2. L'assiette composée de plusieurs biens

148. **L'indivisibilité des sûretés réelles portant de plusieurs biens.** Lorsqu'une sûreté est constituée sur plusieurs biens, chacun répond de la totalité de la dette. Le créancier n'est pas obligé de diviser ses recours et de faire porter sa créance pour partie sur chaque bien grevé[581]. Il peut choisir de réaliser l'intégralité de sa créance sur un seul bien. C'est une faculté à laquelle il peut renoncer[582].

---

[577] Cass. 3ème Civ., 6 mars 1996, *Bull. Civ. III*, n° 63 ; *JCP G*, 1996, I, 3942, n°6 obs. **P. SIMLER** et **P. DELEBECQUE**; *Défrénois* 1997 art. 36526, spéc. n°46 note **L. AYNÈS**. L'auteur remarque que l'hypothèque, malgré son caractère indivisible, ne fait pas obstacle au partage de l'immeuble.
[578] **P.-Y. GAUTIER**, Contre Bentham: l'inutile et le droit, *RTDCiv*. 1995, p. 806, spé. n°15
[579] C. **MOULY**, par F. **JACOB**, J.-Cl. Droit Civil, Fasc. Hypothèque, art. 2114 à 2117, spéc. n°194
[580] Cass. Com. 13 mars 2012, pourvoi: 11-10289, Bull. Civ. IV , n°55
[581] Cass. Req., 24 déc. 1844 : *DP* 1845, 1, p. 53. « *L'effet de l'hypothèque générale est d'affecter tous les immeubles du débiteur ; de manière que le droit du créancier s'exerce sur chacun d'eux, sans égard aux hypothèques spéciales postérieures à la sienne » « […] dans la distribution du prix des biens de leur débiteur affectés à leur créance et vendus à divers acquéreurs, les héritiers […] ont eu le droit de se faire colloquer sur le prix de celui de ces immeubles qu'ils avaient intérêts de choisir […] »* ; Cass. Req., 18 août 1847 : DP 1847, 1, p. 304. ; Cass. Civ. 3e, 15 févr. 1972 : *Bull. Civ. III*, n° 98 ; *D.* 1972, J., p. 463, note **E. FRANCK** ; *Rép. Not. Defrénois* 1972, art. 30216, p. 1445, n° 70, note **J.-L. AUBERT. C**e dernier arrêt admet toutefois la possibilité d'un abus de ce droit. Voir aussi C. **MOULY**, par F. **JACOB**, J.-Cl. Droit Civil, Fasc. Hypothèque, art. 2114 à 2117, spéc. n°195
[582] Cass. Civ., 18 janv. 1853 : *S.* 1853, 1, p. 5. Dans cet arrêt l'épouse sous un régime dotal, titulaire d'une hypothèque légale a accepté, dans l'ordre ouvert, en paiement de ses reprises des bordereaux de collocation de l'immeuble dont elle s'est rendue adjudicataire. Elle est postérieurement dépossédée de l'immeuble par une folle enchère et demande, au moyen que sa dot ne peut pas être compromise, que les créanciers déjà payés par son mari remboursent les sommes obtenues. La cour décide que dans la mesure où elle a été intégralement payée par compensation sur l'immeuble qui lui

Par exemple, si plusieurs hypothèques sont constituées pour la même dette, chaque immeuble répond de la totalité des dettes. Le créancier peut donc choisir l'immeuble sur le prix duquel il veut être colloqué. Cependant, ce choix ne saurait être fait en fraude des droits des autres créanciers hypothécaires[583]. Ainsi, en cas de ventes multiples et de procédures d'ordre ouvertes, le créancier hypothécaire (en respectant les règles de classement) peut demander à être colloqué pour l'intégralité de sa créance sur le prix de l'un ou de plusieurs immeubles vendus.

En cas de revente des biens grevés, le créancier hypothécaire, si son droit de suite n'a pas été purgé, peut poursuivre les biens en quelques mains qu'il se trouve. En cas de reventes successives des différents biens, il choisit le bien qu'il souhaite poursuivre sans que le sous-acquéreur puisse lui opposer le bénéfice de discussion. En effet, le bénéfice de discussion ne s'applique que si le créancier dispose d'une autre hypothèque sur un bien, propriété du constituant. En revanche, il ne concerne pas les biens détenus par des tiers[584].

149. **Une exception à l'indivisibilité de l'hypothèque**. Le Code de la construction et de l'habitation prévoit une exception à l'indivisibilité de l'assiette de l'hypothèque. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la sûreté réelle garantit un prêt spécial finançant la construction d'un immeuble qui a, ultérieurement à la constitution, été aliéné en tout ou partie. Ce texte vise les sociétés d'attribution de logement par fraction. La société emprunte une somme d'argent afin de construire l'immeuble et la banque constitue des sûretés sur l'immeuble construit. Ce dernier est ensuite partagé entre les différents associés de la société. Dans ce cas, une fois les lots attribués, l'hypothèque se divise de plein droit[585].

---

a été adjugé, elle a perdu ses droits d'hypothèque sur les autres immeubles. Ainsi, elle a renoncé tacitement à l'indivisibilité de sa sûreté ; voir aussi Cass. Civ. 19 déc. 1911 : *DP* 1913, 1, p. 505, note **P. DE LOYNES** ; *S.* 1913, 1, p. 9, note **E. NAQUET**

[583] ; Cass. Civ. 3 ème , 15 févr. 1972 : *Bull. Civ. III*, n° 98 ; *D.* 1972, J., p. 463, note **E. FRANCK**. ; *Rép. Not. Defrénois* 1972, art. 30216, p. 1445, n° 70, note **J.-L. AUBERT** ;. Cet arrêt pose un attend de principe : « *Vu les articles 2114, 1382, 1383 du Code civil ; attendu qu'en vertu du principe de l'indivisibilité, consacré par le premier de ces textes, le créancier dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles est en droit de choisir celui des immeubles sur le prix duquel il veut être colloqué pour la totalité de sa créance, sans que les créanciers ayant sur le même immeuble des hypothèques postérieures en rang puissent le contraindre à diviser sa demande de collocation pour la faire porter proportionnellement sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés ; que cette faculté d'option ne saurait être refusée que si elle était exercée frauduleusement ou sans intérêt légitime.* »

[584] **C. MOULY**, par **F. JACOB**, J.-Cl. Droit Civil, Fasc. Hypothèque, art. 2114 à 2117, spéc. n^{os} 197 à 200 ; Cass. Civ., 6 mai 1818 : *S.* 1818, 1, p. 292. ; Dans cet arrêt ancien, la Cour de cassation rappelle le caractère indivisible de l'hypothèque. En outre, elle précise, que l'immeuble répond de la totalité de la dette même en présence de propriétaires partiels.

[585] article L.311-8 du code de la construction et de l'habitation alinéa 1 et 2 : « *En cas de mutation à titre particulier ou d'attribution par voie de partage total ou partiel de l'actif d'une société réalisée par acte authentique et portant sur un bien grevé d'une inscription hypothécaire prise au profit du crédit foncier de France et du Comptoir des entrepreneurs ou de l'un d'eux pour sûreté d'un prêt spécial à la construction consenti en exécution des dispositions réglementaires du présent code, le débiteur originaire ou, en cas de mutations ultérieures, le dernier débiteur, est déchargé de plein droit*

L'indivisibilité de la sûreté procure au créancier une certaine sécurité et participe à l'efficacité de sa sûreté dans la mesure où elle permet au créancier de conserver un droit intact sur le bien, quelles que soient les modifications intervenues sur l'assiette, ou apportées au lien d'obligation garanti.

Une sûreté réelle confère au créancier qui en est titulaire, un droit réel sur le bien objet de la sûreté. L'efficacité de la sûreté est donc conditionnée à la force du droit réel du créancier sur le bien. Deux éléments la protègent : la subrogation réelle qui doit être généralisée, tout au moins à propos de l'indemnité d'assurance et de l'indemnité compensatrice, et l'indivisibilité de l'assiette. Dans la mise en œuvre de la réalisation des sûretés réelles, un autre élément est facteur d'efficacité : la liberté de réalisation offerte au créancier.

***

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 1.

150. La réforme des sûretés réelles en a multiplié les modes de réalisation. Le créancier dispose donc d'une option qui constitue un droit personnel quasi discrétionnaire et dont le domaine a été étendu. S'il pouvait auparavant choisir de réaliser ou non sa sûreté, il peut désormais choisir le mode de réalisation qui lui sied. Ce choix s'opère selon différents critères qui peuvent être combinés : le caractère judiciaire ou amiable du mode de réalisation, une attribution en propriété ou une vente.

L'efficacité de la réalisation passe par l'exercice de cette option. Nonobstant la diversité des modes de réalisation, l'exercice de l'option s'inscrit dans un cadre commun de règles. L'option résulte de l'expression de la volonté de réaliser au moment de la défaillance du débiteur et porte sur l'assiette de la sûreté réelle. La sûreté étant l'accessoire d'une obligation garantie, l'exercice de l'option est conditionné à la défaillance du débiteur. Le créancier doit constituer le débiteur en retard et l'informer du mode de réalisation choisi. Le cas échéant, cette information est adressée au tiers constituant. La réalisation a pour objet l'assiette de la sûreté réelle. Cette dernière s'avère fragile car

de ses obligations à l'égard des établissements prêteurs, obligations dans lesquelles l'acquéreur ou l'attributaire est substitué, également de plein droit, par l'effet de l'acte opérant mutation ou partage, l'hypothèque conservant, sans aucune formalité, tous ses effets sur le bien acquis ou attribué.
Lorsque la mutation ou l'attribution ne porte que sur une partie du bien hypothéqué, la substitution ci-dessus prévue n'a lieu qu'à concurrence de la fraction de créance restant garantie hypothécairement par la partie du bien acquis ou attribué, après division de l'hypothèque. » ; voir aussi **L. AYNES, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°680

elle peut être soumise à différentes dégradations pouvant entraîner sa disparition. Mais la subrogation réelle de l'indemnité de réparation qu'il est nécessaire de généraliser et l'indivisibilité de la sûreté assurent le maintien de l'assiette et permettent au créancier de réaliser efficacement sa sûreté.

Une fois l'option correctement exercée, il semble important de s'intéresser à ses effets et d'étudier la satisfaction qu'elle procure au créancier.

Titre 2. La satisfaction du créancier par la réalisation

151. Satisfaire un créancier, c'est « *payer ce qu'on lui doit* »[586]. La réalisation des sûretés doit donc aboutir à ce paiement. En droit des sûretés, le paiement attendu est rarement un paiement au sens d'exécution de l'obligation. Il s'agit souvent d'un paiement par équivalent.

Antérieurement à la réforme des sûretés, la satisfaction du créancier était globalement mauvaise. Difficiles à mettre à œuvre à cause de la grande complexité des classements et d'un mauvais traitement par les procédures d'insolvabilité, les sûretés réelles procuraient au créancier une satisfaction incertaine et au prix de nombreuses et longues démarches. La réforme était une nécessité.

Les objectifs législatifs étaient de simplifier le droit des sûretés et de le rendre plus efficace. La réforme a-t-elle rempli ses promesses ?

Les différents textes réformant le droit des sûretés ont maintenu les sûretés réelles traditionnelles fondées sur un droit de préférence ainsi que les modes de réalisation traditionnels. Ainsi demeurent les privilèges, les gages, les nantissements, les hypothèques et gages immobiliers. Ces derniers se réalisent en principe par la vente forcée du bien et confèrent au créancier un droit au paiement prioritaire. Parallèlement, il a développé les sûretés « exclusives » et les modes de réalisation exclusifs, c'est-à-dire les sûretés et les modes de réalisation plaçant le créancier hors de tout concours et vouant l'intégralité du bien à sa satisfaction. Ainsi ont été consacrées les propriétés-sûretés.

De prime abord, les sûretés exclusives s'opposent donc aux sûretés préférentielles mais la frontière entre les sûretés préférentielles et exclusives n'est pas aussi marquée. Le législateur a ainsi doté le nantissement de créance d'un effet exclusif. De même, il a assorti le gage sans dépossession d'un droit de rétention, lui conférant également un effet exclusif. Pourtant, ces deux sûretés réelles sont fondées sur un droit de préférence. Symétriquement, en permettant de constituer une fiducie-sûreté rechargeable, le législateur a largement atténué le caractère exclusif de la fiducie-sûreté allant presque jusqu'à consacrer un droit de préférence[587]. En outre, en développant les attributions en

[586] http://www.cnrtl.fr/definition/satisfaire, sous le mot, sens d.
[587] Voir n^{os} 49 et s.

propriété dans les sûretés préférentielles, le législateur a consacré des mécanismes permettant de transformer un droit de préférence en un droit de propriété, donc en un droit exclusif. Toutefois, si ces modifications brouillent les classifications habituelles, ces dernières peuvent aisément être retrouvées eu égard aux effets que les sûretés réelles produisent lors de la réalisation. Les effets des sûretés lors de la réalisation sont alternatifs[588]. Certaines sûretés et certains modes de réalisation ne confèrent qu'un droit de priorité sur le prix de vente du bien ou de l'ensemble de biens grevés. D'autres sûretés ou modes de réalisation octroient au créancier un droit exclusif sur le bien ou l'ensemble des biens grevé.

Malgré la réforme, la question de la simplification et celle de l'efficacité de la réalisation des sûretés réelles ne sont pas réglées. L'exclusion des privilèges du domaine de l'ordonnance du 23 mars 2006 et le cloisonnement des réformes du droit des sûretés et des procédures collectives n'ont pas permis la construction d'un droit cohérent pensé comme une seule entité. Le classement des droits de priorité s'avère toujours très complexe. Le régime des situations d'exclusivité comporte de nombreuses imperfections et des conflits peuvent apparaître. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, particulièrement d'une procédure collective, fragilise encore l'édifice, ces procédures tendant à modifier les effets des sûretés réelles à des fins de sauvegarde des intérêts économiques de l'entreprise. Toutefois, des solutions ou des commencements de solutions d'amélioration et d'harmonisation peuvent être proposés en fédérant autour de règles communes, existantes ou à construire. En effet, il est possible de dégager règles communes mais ces dernières se révèlent incomplètes. Il convient donc de les amender et de les compléter. Ces règles communes concernent les deux alternatives de la satisfaction, la satisfaction par priorité (Chapitre 1) et la satisfaction par exclusivité (Chapitre 2).

Chapitre 1. La satisfaction par priorité
Chapitre 2. La satisfaction par exclusivité

[588] Par un arrêt du 15 octobre 2013, la Cour de cassation a rejetté la demande d'un créancier réservataire de participer aux répartitions du prix de vente du bien grevé. Cass. Com., 15 octobre 2013, n°12-14.944. le droit de propriété et le droit de préférence ne se confondent pas. A la réalisation, le droit de propriété du créancier réservataire ne peut pas lui permettre de se prévaloir d'un droit de préférece.

Chapitre 1. La satisfaction par priorité

152. Lors de la réforme de 2006, le législateur français a maintenu l'ensemble des sûretés réelles traditionnelles fondées sur un droit de préférence et leurs modes de réalisation, principalement la vente forcée.

La combinaison entre le droit de préférence et la réalisation par la vente forcée confère au créancier un droit de priorité sur le prix de vente du bien, c'est-à-dire le droit d'être payé en premier.

Du point de vue sémantique, nous avons opté pour le vocable « *droit de priorité* » plutôt que « *droit de préférence* » ou « *privilège* » afin de distinguer l'effet de la sûreté de la sûreté elle-même. En effet, bien des auteurs emploient « *privilège* » et « *préférence* » comme des synonymes. Or ceci prête à confusion car un privilège est également une sûreté légale. Il sera plutôt utilisé le terme générique « *priorité* » car il permet de décrire l'effet de la sûreté au moment de la réalisation.

Le droit de priorité peut procurer une grande satisfaction au créancier lorsque ce dernier se trouve en conflit avec des créanciers chirographaires. En revanche, lorsqu'il se trouve en concours avec d'autres créanciers titulaires de droit de priorité, apparaît la nécessité de procéder d'abord au classement de ces droits avant d'effectuer le paiement. La satisfaction du créancier dépend donc largement de son rang et de la situation du débiteur.

La réforme de 2006 a peu rénové le droit de priorité car la loi d'habilitation n'autorisait pas le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance sur les privilèges. Un pan entier des sûretés réelles a alors été exclu de la réforme.

Le bilan s'avère plutôt négatif, le droit de priorité n'ayant pas réellement fait l'objet d'améliorations. *De lege lata*, la satisfaction par priorité souffre toujours de faiblesses liées à une difficile articulation des principes de classement ainsi qu'à une trop grande diversité des sûretés réelles préférentielles (section 1). Il appartient donc *de lege ferenda* d'apporter des solutions d'amélioration. Ces dernières empruntent nécessairement la voie de la rationalisation des sûretés réelles préférentielles et du système de classement ainsi que par une amélioration du traitement conféré aux sûretés réelles par les procédures collectives (section 2).

Section 1. *De lege lata*, une satisfaction imparfaite

Section 2. *De lege ferenda*, une satisfaction en quête d'amélioration

Section 1. *De lege lata*, une satisfaction imparfaite

153. Le droit de priorité permet, en l'absence de créancier concurrent et en dehors de toute procédure d'insolvabilité, de satisfaire le créancier qui en est titulaire.
Le droit de priorité s'avère efficace dans le conflit opposant le créancier garanti et le créancier chirographaire car il permet au premier créancier de toujours primer le second. Le créancier est également satisfait lorsque la valeur du bien suffit à désintéresser tous les créanciers munis de sûretés réelles.
Toutefois, lorsque les droits de priorité vont entrer en conflit et que le produit de la vente du bien est insuffisant à les désintéresser tous, il est nécessaire d'établir un ordre hiérarchique de paiement.

Le bilan de l'efficacité du droit de priorité est globalement négatif. Il montre d'abord que l'établissement de l'ordre hiérarchique est d'une très grande complexité, source d'insécurité juridique (§1). Il révèle ensuite que le droit de priorité accordé au créancier est un droit fragile dont l'efficacité peut aisément être remise en cause, notamment par l'existence d'un droit exclusif ou par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, malgré certains avantages accordés au créancier titulaire d'une sûreté réelle (§2).

§1. La complexité des classements, facteur d'inefficacité et imprévisibilité

154. A titre préliminaire, il est à noter que les développements suivants n'ont pas vocation à envisager toutes les hypothèses de concours. Ils ont seulement pour but de présenter les différentes méthodes de classement, d'en souligner les difficultés et la complexité de mise en œuvre.

L'établissement du classement hiérarchique des créanciers venant en concurrence n'est pas une entreprise facile.
Plusieurs raisons peuvent être identifiées. La complexité provient d'abord de la multiplicité des sûretés réelles et particulièrement la diversité des privilèges. Ensuite, les techniques de classement retenues opposent plusieurs principes généraux de classement dont l'articulation s'avère difficile.

155. **Les systèmes de classement des sûretés réelles, présentation.** Le classement des sûretés réelles peut se faire selon trois systèmes, le système chronologique, le système publicitaire et le

système qualitatif. Seul le dernier d'entre eux est spécifique aux sûretés réelles. Le système chronologique se fonde sur un critère temporel, sur l'antériorité ou la postériorité de la naissance du droit. Le système publicitaire se base sur la diligence du créancier et l'accomplissement des formalités de publicité. Il est toutefois important de noter que le système publicitaire utilise, à titre complémentaire, le critère chronologique de l'antériorité. En matière de sûretés réelles, s'ajoute un troisième système qui repose sur la qualité de la créance.

A ces trois systèmes de classement se rajoute un quatrième système, subsidiaire, généralement appliqué aux créanciers chirographaires, le système du concours par contribution. Le classement hiérarchique des créanciers s'avérant impossible, les créanciers sont à égalité et un partage proportionnel doit donc avoir lieu[589].

L'établissement d'un classement, d'une hiérarchie, des créanciers titulaires de sûretés réelles sur le prix de vente du bien grevé nécessite d'articuler et de combiner ces systèmes. Cette tâche est ardue. Toutefois, deux grandes tendances se dessinent. Les conflits opposant des créanciers munis de sûretés réelles conventionnelles ou judiciaires se règlent, en principe, par application combinée des critères chronologiques et publicitaires. Le système qualitatif est utilisé pour régler les conflits opposant des créanciers titulaires de privilèges. Toutefois, ce critère doit être bien souvent combiné avec le critère chronologique. Une fois les ordres internes catégoriels établis – classements par catégories – (A), il convient d'articuler les différents classements pour obtenir un classement général (B). Cette tâche n'est pas facile car les principes de l'antériorité de la publicité et de la qualité de la créance ont des difficultés à s'accorder. La difficulté est également accrue car l'ordre des paiements diffère selon que le bien vendu est un meuble ou un immeuble.

A. Le classement interne des sûretés réelles, le maintien de principes concurrents

156. Afin d'établir le classement des créanciers sur le prix de vente d'un bien, il convient d'abord de les recenser et d'identifier la nature de leurs droits. Ensuite sont effectués deux classements, un classement interne, au sens de chaque catégorie de droit, puis un classement général.

En matière de sûretés réelles, les classements internes ne se fondent pas sur les mêmes critères. Les sûretés réelles conventionnelles et judiciaires se classent selon le critère objectif de l'antériorité de la publicité (1) alors que les privilèges se classent, en principe, selon le critère subjectif de la qualité du privilège, en somme selon la qualité de la créance (2).

[589] Sur les différents systèmes de publicité, voir **B. DE BERTIER-LESTRADE**, *Les conflits d'actes juridiques en droit privé*, préf. **L. Rozès**, PUAM, 2003, spéc. n^{os} 395 à 712.

1. L'antériorité de la publicité, critère de classement des droits de priorité conventionnels et judiciaires

157. Avant la réforme de 2006, les gages et les nantissements n'étaient pas, en principe, soumis à publicité. Ils prenaient rang au jour de leur constitution et se classaient entre eux selon la règle de l'antériorité de l'acte. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, les sûretés réelles conventionnelles et judiciaires sont en général soumises à publicité.

En principe[590], le classement des sûretés réelles conventionnelles ou judiciaires a lieu selon la date de la publicité (a). Toutefois, il existe des dérogations légales et conventionnelles à ce principe (b).

a) Le critère objectif de classement, la date de la publicité

158. **Les différentes formes de publicité**. L'antériorité de la publicité est le principe dominant de classement des droits de priorité conventionnels et judiciaires. Publier un acte, c'est le rendre public, le porter à la connaissance de tous[591] et en faire présumer sa connaissance. Néanmoins, toutes les sûretés réelles ne sont pas soumises au même système de publicité.

En matière immobilière, le législateur a retenu le système de la publicité légale sur un registre national unique, le registre de la publicité foncière[592].

En revanche, en matière mobilière, trois modes de publicité coexistent, la publicité légale, la publicité factuelle (la dépossession), et la notification ou la signification d'un acte[593].

La publicité légale s'applique à la majorité des sûretés réelles sans dépossession. Toutefois, contrairement à la matière immobilière, il existe de nombreux registres[594] et les régimes de publicité

---

[590] De manière marginale, certaines sûretés mobilières, comme le nantissement de créances professionnelles (i-e. nantissement Dailly) ou le nantissement d'assurance-vie, ne sont pas soumises à publicité. Le conflit opposant deux créanciers titulaires de nantissements concurrents se résout selon la règle de l'antériorité de l'acte. En matière de nantissement de créances professionnelles, comme en matière de cession de créance, c'est la date du bordereau qui rend le nantissement opposable à tous. Voir notamment sur ce point : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°775

[591] Dans ce sens voir par exemple, **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2011 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°632, **M. DAGOT**, *La publicité foncière*, Puf, Thémis droit, 1981, spéc. p. 16 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n° 832 ; Pour le sens général voir http://www.cnrtl.fr/definition/publicité, spéc. sens A et B (consulté le 21 oct. 2011)

[592] Ou au livre foncier pour l'Alsace et la Moselle

[593] **B. DE BERTIER-L'ESTRADE**, *Les conflits d'actes juridiques en droit privé*, préf. **L. Rozès**, PUAM, 2003, n°428 et s.

[594] Par exemple, le gage de matériel et d'outillage fait l'objet d'une publicité sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le débiteur a son domicile ou dans le ressort duquel le fonds artisanal est situé ou le fonds de commerce exploité, dans les quinze jours suivant l'acte constitutif (art. L. 525-3 ccom.) ; le nantissement de brevet fait l'objet d'une publicité sur un registre tenu à l'INPI (mettre les références des articles) ; le gage de stocks du Code de commerce est publié sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile (art. L.537-4 du ccom.), le nantissement de fonds de commerce sur un registre ad

ne sont pas harmonisés. Les formalités d'enregistrement (mentions, délais), la durée de l'enregistrement[595] et les règles de classement ne sont pas toujours identiques.

La publicité peut également être factuelle, c'est-à-dire par dépossession[596]. En effet, elle rend le droit opposable à tous. C'est le mode de publicité des gages avec dépossession.

Enfin, de manière plus marginale, la signification ou la notification, lorsqu'elle a pour objet de rendre le droit opposable aux tiers ou à un tiers et pas seulement de procurer une information privilégiée[597], constitue un mode de publicité. Ainsi, le nantissement de créance de droit commun n'est opposable au débiteur de la créance nantie qu'après notification du nantissement.

159. **Le classement selon le critère de l'antériorité de la publicité**. Le principe de classement en fonction de l'antériorité de la publicité combine les règles des systèmes publicitaires et chronologiques.

La préférence va d'abord au créancier le plus diligent. Lorsque deux créanciers titulaires d'une même sûreté viennent en concours, la préférence va à celui qui a publié sa sûreté.

En revanche, lorsque les deux créanciers ont fait publier leur sûreté, est préféré celui qui a publié en premier par application de l'adage « *Prior tempore, potior jure* » à la publicité.

160. **Un critère de classement applicable au gage de droit commun**. Appliquée depuis longtemps aux sûretés réelles immobilières et à certaines sûretés mobilières spéciales, cette solution a été étendue au gage de droit commun pour deux raisons. D'abord, l'ordonnance du 23 mars 2006 a modifié la nature du gage et le rôle de la dépossession. Le contrat de gage, contrat réel, s'est

---

hoc tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité (art. L. 142-4 ccom.), dans les quinze jours de la constitution du nantissement (art. L. 142-3 ccom.) ; l'hypothèque maritime est publiée sur un registre tenu au bureau des douanes dans le ressort duquel est situé le port d'attache du navire ou son lieu de construction ; le nantissement de films cinématographique est publié sur un registre du cinéma et de l'audiovisuel tenu au Centre National du Cinéma et de l'Image Animée. Enfin, le gage sans dépossession de droit commun, le nantissement des biens incorporels de droit commun sont publiés sur le registre des gages sans dépossession tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant a son domicile ou son siège social (Décret n°2006-1804 du 23 déc. 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil relatif à la publicité du gage sans dépossession)

[595] **A.-M. MORGAN DE RIVERY**, La publicité du gage, *in* Le gage commercial, *RJCom. 1994*, n° spécial, p.85, spéc. pp. 89 à 91

[596] Voir notamment, **B. DE BERTIER-L'ESTRADE,** *Les conflits d'actes juridiques en droit privé*, préf. **L. ROZÈS,** PUAM, 2003, spéc. n^{os} 451 et s ; **H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS,** *Sûretés, Publicité foncière, Leçons de droit civil*, par **Y. PICOD**, Montchrestien, 11ème éd. 1999, spéc. n°642 ; La possession est un mode de publicité primitif tel que pratiqué sous l'empire du droit romain sous la forme, par exemple, de la « *traditio* » ; **J. CARBONNIER**, *Les biens*, PUF, 1992, spéc. n°111, p. 199 parle de « *publicité de fait* » ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n° 618 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n° 738 ; **J. DUCLOS**, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, Bibl. Dr. Privé, t. 179, LGDJ. 1984, préf. **D. MARTIN** qualifie la possession de « *pseudo publicité* » **; A.F. ABEL-BAKI,** *De la possession en matière mobilière*, Th. Paris 1943, spéc. n°38

[597] C'est le cas de la signification, faite au propriétaire du fonds de commercer, en matière de nantissement de matériel et d'outillage ou de la signification du nantissement de parts de société civile à la société.

transformé en un contrat consensuel et la dépossession, condition de validité, a mué en une règle d'opposabilité, jouant seulement un rôle de publicité. Ensuite, l'article 2340 du Code civil règle le conflit opposant un créancier gagiste sans dépossession et le créancier gagiste avec dépossession de droit commun. Le créancier gagiste sans dépossession l'emporte, nonobstant la présence d'un droit de rétention effectif.

Le classement des créanciers gagistes de droit commun entre eux se fait selon le principe de l'antériorité de la publicité et non plus selon le critère de la date de constitution de la sûreté.

Cette solution doit, à notre sens, être étendue au conflit opposant deux créanciers gagistes avec dépossession et tiers détenteur – gage par « *entiercement* »[598]. A cause du changement de rôle de la dépossession, le principe de l'antériorité de l'acte de gage[599] doit être abandonné et remplacé par le critère de l'antériorité de la publicité. Toutefois, ce changement ne modifiera pas le résultat pratique.

161. **Le recours nécessaire à des critères complémentaires**. Cette règle de l'antériorité de la publicité est parfois insuffisante à régler tous les conflits et il est nécessaire de faire appel à d'autres critères.

Il en va ainsi lorsque les sûretés n'ont pas été publiées. Il est alors fait application du critère de l'antériorité de la sûreté.

Il en va de même lorsque deux sûretés sont publiées le même jour. Dans ce cas, différentes solutions sont apportées. Par exemple, lorsque le conflit oppose deux hypothèques conventionnelles inscrites le même jour, la loi fait appel au critère l'antériorité de la sûreté. En revanche, lorsque le conflit oppose deux gages de stocks du Code de commerce inscrits le même jour, il est fait application de la règle de la concurrence par contribution, les créanciers ne sont alors pas classés[600]. Dans d'autres cas, la loi ne prévoit rien.

Les règles de classement sont en principe d'ordre public. Toutefois, la loi admet des dérogations à la règle de l'antériorité de l'inscription.

b) Les dérogations conventionnelles et légales à l'application du critère objectif

[598] Voir **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[599] **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°627 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°1022

[600] Article L. 142-4 al. 2du Code de commerce : « *Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence.* »

Les règles de classement des créanciers hypothécaires sont en principe d'ordre public car elles visent à préserver les droits des tiers. La convention qui prévoit que l'hypothèque prend rang en dehors de toute inscription est nulle[601].

162. **La renonciation et la cession de rang**. Toutefois, s'il n'est pas porté atteinte aux droits des tiers, l'ordre établi peut faire l'objet d'aménagements. Le créancier bénéficiaire d'un rang peut renoncer à son droit de préférence au bénéfice d'un autre créancier[602] ou procéder à des cessions de rangs dénommés ou à des cessions d'antériorité[603]. Par une double subrogation[604] de rang, les créanciers « *décident d'intervertir leur rang* »[605] et non leur droit de préférence.
S'il ne modifie ni n'aggrave la situation des tiers à la cession et du débiteur[606], cet aménagement[607] constitue une source de complication dans l'établissement des classements.

163. **Les prises de rang rétroactives**. En outre, le principe de l'antériorité de l'inscription a fait l'objet d'aménagements légaux, notamment en matière d'hypothèque rechargeable ou d'hypothèque judiciaire, sûretés pour lesquelles le législateur a créé, dans une certaine mesure, des prises de rang rétroactives.

---

[601] **C. WITZ**, *J.Cl. Droit Civil, Fasc. Unique Hypothèque – Rang des hypothèques*, spéc. n°22

[602] **C. WITZ**, *J.Cl. Droit Civil, Fasc. Unique Hypothèque – Rang des hypothèques*, spéc. n°22. Par exemple lorsque les deux créanciers hypothécaires ont le même rang, la cession d'antériorité de l'un au profit de l'autre vaut renonciation de rang. **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles,* sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, spéc.n°1091

[603] Article 2424 alinéa 2 du Code civil : « *Il peut aussi, par une cession d'antériorité, céder son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur dont il prend la place* ».**C. WITZ**, *J.Cl. Droit Civil, Fasc. Unique Hypothèque – Rang des hypothèques* spéc. n°23

[604] Cass. Civ. 3ème, 19 juin 1979, *Bull. Civ. III*, n°134 ; *RD Imm*. 1979, 486, obs. **M. DAGOT ;** Contra voir **A. THIEBIERGE,** Les prêts à l'acquisition immobilière, *Rép. Not. Défrénois* 1967, art. 28947, p. 177 spéc. p. 197 ; **H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS,** *Sûretés, Publicité foncière,* Leçons de droit civil, par **V. RANOUIL** et **F. CHABAS,** Montchrestien, 6ème éd. 1988, spéc. n°617 ; **H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS,** *Sûretés, Publicité foncière,* Leçons de droit civil, par **Y. PICOD**, Montchrestien, 11ème éd. 1999, spéc. n°617. Ces auteurs analysent la situation en une « *modification conventionnelle de rang* » ; voir aussi **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles,* sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, spéc.n°1091. Ces auteurs analysent la cession de rang en une « *convention abdicative partielle [par laquelle] le créancier renonce à son droit de préférence au profit d'un autre mais pas à son droit de suite* ».

[605] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9° éd., 2010, spéc. n°989 **, P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6° éd. 2012, spéc. n°546

[606] Cass. Civ. 3 ème, 23 janv. 1973, *Bull. Civ.* III, n°69 ; *D.* 1973, p.427, note **E. FRANK** ; *JCP G* 1975, II, 18032, note **J.-M. BEZ** ; *Defrénois* 1973, art. 30442, spéc., n°47, p. 1165, note **J.-L. AUBERT**: « *la cession d'antériorité, convenue entre créanciers hypothécaires, n'agit qu'entre eux, sans pouvoir modifier les droits ou les obligations des autres créanciers, ni du débiteur ou de ses coobligés, ni des tiers. Elle n'opère donc que dans la limite de la plus faible des créances* »

[607]La cession d'antériorité doit faire l'objet d'une mention en marge à peine d'inopposabilité de la cession aux tiers. Cette mention en marge est requise à titre informatif. Cass. Civ. 3ème, 20 déc. 1989, *Bull. Civ. III*, n°426; *D.* 1990, somm. 389, obs. **L. AYNÈS** ; Cass. Civ. 3ème, 19 déc. 1990, *Bull. Civ. III*, n°269. Cependant, en cas de conflit entre les cessionnaires de rang, la mention en marge sert de règle de conflit. Le cessionnaire, n'ayant pas fait mentionner la cession d'antériorité, est primé par le cessionnaire qui l'aura faite mentionner. CA Paris, 18 janv. 1972, Gaz. Pal. 1972, 1, 296, concl. **COMITI**

L'hypothèque rechargeable a disparu, sans rétroactivité, au 1er juillet 2014[608]. Néanmoins, les règles la régissant demeurent applicables à toutes les hypothèques rechargeables constituées antérieurement.

L'hypothèque rechargeable prend rang lors de son inscription. Le rechargement fait l'objet d'une mention en marge. Cependant le droit du créancier titulaire de la recharge ne prend pas rang au jour de la mention en marge mais au jour de la publication de l'hypothèque initiale[609]. La prise de rang de la recharge est en quelque sorte rétroactive.

En revanche, le conflit opposant plusieurs créanciers ayant publié leur recharge ne se règle pas par référence à cette prise de rang rétroactif. Le conflit se règle selon l'antériorité de la mention en marge du rechargement[610]. De même, la prise de rang rétroactive n'est pas utilisée pour régler le conflit opposant le premier créancier hypothécaire et le créancier bénéficiant d'une recharge. Le classement se fait selon la date de publication. Le premier créancier hypothécaire l'emporte toujours face à un créancier bénéficiant d'une recharge postérieure[611].

En matière de sûretés judiciaires, par exemple d'hypothèque judiciaire, l'inscription provisoire rend la sûreté opposable aux tiers. Le créancier doit ensuite confirmer la première inscription en procédant à une inscription définitive[612] dans les conditions requises par les textes[613]. Elle « *donne rang à la sûreté à la date de la formalité initiale, dans la limite des sommes conservées par cette dernière* »[614]. Le décret de 1992 et le code des procédures civiles d'exécution ont abandonné la référence à la rétroactivité mais le résultat reste identique[615].

---

608 L'article 46 de loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a abrogé l'article 2422 du Code civil à compter du 1er juillet 2014.

609 Sur ce point, voir notamment : **M. DAGOT**, *L'hypothèque rechargeable*, Carré Droit, Litec, oct. 2006, spéc. nos 367 à 369

610 L'article Notons que l'article 2422 alinéa 4 du Code civil qui prévoit cette disposition a été inspirée par l'article 45-1 de la loi du 1er juin 1924 applicable en Alsace-Moselle, le critère retenu étant la date du dépôt de la convention de recharge. ; Pour de plus amples explications : voir aussi **M. DAGOT**, *L'hypothèque rechargeable*, Carré Droit, Litec, oct. 2006, spéc. n°349 et s.

611 Pour des exemples de classement, voir

612 En revanche, lorsque le bien a été vendu et le prix consigné, le créancier ne doit pas prendre une inscription définitive mais doit signifier son titre à la personne chargée de procéder à la répartition du prix. Article R.533-6 alinéas 2 et 3 du CPCE. Voir sur ce point : **P. CHEVALIER**, La dispense de publicité définitive au profit du créancier hypothécaire inscrit provisoirement dans le cadre d'une procédure d'ordre judiciaire, *D.* 1998, chron. 425 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°479

613 Ces dispositions sont prévues à l'article R.533-6 du CPCE et sont prescrites à peine de caducité de la première inscription. Il s'agit notamment, en l'absence de titre exécutoire lors de l'inscription provisoire, d'intenter une action au fonds dans le mois suivant cette inscription, d'obtenir un titre exécutoire par le juge et de procéder, dans les deux mois suivant le jugement.

614 Art R. 533-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

615 **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, n°480

164. **Hypothèse de classement impossible des hypothèques**. Ces règles dérogatoires au principe de classement en fonction de l'antériorité de la publicité se combinent mal et conduisent parfois à l'impasse[616]. Prenons l'exemple de quatre créanciers hypothécaires sur un même immeuble A, B, C, et D. A a publié une hypothèque rechargeable le 1er octobre 2013. La même année, B a publié une hypothèque le 10 novembre, D une hypothèque provisoire le 20 novembre et C une convention de rechargement le 1er décembre. Enfin, D a procédé à l'inscription définitive de l'hypothèque judiciaire le 15 décembre. Au regard des règles applicables, le classement s'avère impossible. En effet, l'hypothèque judiciaire prime le rechargement[617], donc D prime C et le rechargement prime l'hypothèque de second rang mais pas l'hypothèque judiciaire, donc C prime B mais pas D.
Une solution serait d'étendre le gel de la prise de rang rétroactive de l'hypothèque rechargeable et de revenir à la solution de droit commun de l'antériorité de l'inscription. L'ordre de paiement serait alors le suivant : A, B, D, C.
Notons cependant que l'hypothèque rechargeable ayant été abrogée sans rétroactivité à compter du 1er juillet 2014, cette situation de blocage est amenée à disparaître. Toutefois, ce n'est pas la mauvaise articulation des textes qui a poussé le législateur à supprimer ce mécanisme, mais la volonté de lutter contre le crédit à la consommation et le surendettement[618].

165. **Le nantissement de créance, l'absence de publicité et un classement selon l'antériorité de l'acte**. De même, à titre subsidiaire, le principe chronologique de l'antériorité de l'acte demeure notamment en matière de nantissement de créance non notifié. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le nantissement de créance est opposable aux tiers dès sa constitution[619]. Aucune publicité n'étant requise, c'est la date de constitution qui prévaut.

Le classement des droits de préférence des créanciers munis de sûretés réelles conventionnelles n'est pas toujours chose aisée, particulièrement en matière mobilière, mais elle reste compréhensible. Les choses sont différentes en matière de classement des privilèges.

---

[616] A propos des difficultés rencontrées voir notamment **A. PROVENSAL**, L'hypothèque rechargeable ou le style baroque, *Gaz.-Pal*. Mars-avril 2007, Doctr. spéc. p. 653

[617] Article 2425 alinéa 5 du Code civil : « *L'inscription de l'hypothèque légale du Trésor ou d'une hypothèque judiciaire conservatoire est réputée d'un rang antérieur à celui conféré à la convention de rechargement lorsque la publicité de cette convention est postérieure à l'inscription de cette hypothèque* ». Pour des commentaires et critiques de cette disposition, voir notamment **P. THÉRY**, L'hypothèque rechargeable, *in* Dossier le renouveau de l'hypothèque, *Dr. et Patr.*, mai 2007, p. 42 et s ; **M. GRIMALDI**, L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire, *in* dossier la réforme des sûretés, *D*. 2006, p. 1294

[618] L'article 19 bis du projet de la relatif à la consommation qui proposait d'abroger l'hypothèque rechargeable, a été voté par le Parlement. En revanche, le texte n'est pas diponible dans la mesure où la moi n'a pas encore été adoptée dans son ensemble. Voir rapport de séance, http://www.senat.fr/rap/a12-795/a12-7951.html

[619] Article 2361 du Code civil

2. la qualité du privilège, principal critère de classement des droits de préférence des privilèges

166. Oppetit, en 1981, s'interrogeait ainsi. « Qui aujourd'hui pourrait prétendre à être en mesure, à l'occasion d'une procédure collective, de dresser une liste exhaustive des innombrables privilèges créés au fil des lois particulières et de leur appliquer un ordre de classement certain »[620] ? Cette question est malheureusement toujours d'actualité et doit être étendue à l'ensemble des classements, qu'ils aient lieu en dehors ou dans le cadre d'une procédure collective. L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés n'y a rien changé.

En 2006, le législateur a consacré des principes généraux de classement mais il ne s'est pas attaqué aux causes fondamentales de la complexité, la multiplicité et l'éparpillement des privilèges, ainsi qu'au caractère subjectif de leur critère de classement. La loi énonce que les privilèges se classent, en principe, selon leur qualité (1). La qualité du privilège est déterminée par le législateur qui octroie un privilège à certains types de créances. C'est en réalité la qualité de la créance qui fonde le privilège. Compte tenu de la manière dont sont déterminés les privilèges, l'utilisation de la qualité de la créance comme critère de classement est, malgré les apparences, un critère subjectif. Parfois, ce critère s'avère insuffisant à régler le conflit et à établir l'ordre. Il est alors nécessaire de le compléter pour procéder au classement hiérarchique (2).

a) Le principe de classement subjectif, la qualité de la créance

167. **Le critère subjectif de la qualité de la créance**. Toutes les créances ne sont pas assorties d'un privilège. Le privilège est « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.* »[621] Le législateur accorde, par un texte[622], une faveur[623] à un créancier[624] dont il estime la créance importante [625].

---

[620] **B. OPPETIT**, La décodification du droit commercial, *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197, spéc. p. 202

[621] Article 2324 du Code civil (Article 2095 anc)

[622] Il n'y a pas de privilège sans texte et les privilèges sont d'interprétation stricte.

[623] Etymologiquement, le mot privilège provient du mot latin « *privilegium* », lui-même composé de « *privus* » et de « *lex* » et qui signifie littéralement « *loi exceptionnelle prise en faveur d'un particulier* ». Etymologiquement, le mot privilège provient du mot latin « *privilegium* », lui-même composé de « *privus* » et de « *lex* » et qui signifie littéralement « *loi exceptionnelle prise en faveur d'un particulier* ».Voir : **A. REY, M. TOMI, T. HORDÉ**, **C. TANET**, *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1992.

[624] Voir : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n° 647. Ces auteurs apportent une nuance. Certes le législateur privilégie un créancier mais ce n'est pas toujours la protection des droits du créancier qui justifie la naissance du privilège. La faveur peut être faite au débiteur, « *auquel cette garantie permet d'engager des dépenses que le législateur estime dignes d'un intérêt particulier ; par exemple, le privilège des frais funéraires n'a pas été conçu en faveur des entreprises de pompes funèbre mais plutôt les proches du défunt* »

[625] Voir, par exemple, **M. DAGOT**, *Les sûretés*, Puf, Thémis droit, 1981, spéc. p. 145 ; **M. DAGOT**, La notion de privilège, *in Mélanges C. Mouly*, Tome 2, Litec 1996, p. 325 ; **M. MIGNOT**, *Droit des sûretés*, Montchrestien, LMD,

Le Code civil énonce qu' « *Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges.* »[626]. En revanche, en matière de privilèges du Trésor, il est précisé que « *Le rang des privilèges est déterminé d'après la qualité attachée par la loi à la créance qu'ils garantissent* »[627]. Toutefois, le critère retenu est le même. En effet, la qualité du privilège lui est donnée par la qualité de la créance qui le fait naître, c'est donc bien la qualité de la créance qui permet d'opérer un classement entre les privilèges.

Le critère qualitatif énoncé par la loi est, contrairement au critère de l'antériorité de l'inscription, un critère subjectif car le privilège est accordé à un créancier dont la créance est jugée importante, dont les intérêts sont dignes, aux yeux du législateur, d'être protégés.

168. **L'application aux privilèges généraux mobiliers**. En matière de privilèges généraux mobiliers, il est fait une parfaite application de ce critère qualitatif. L'article 2331 du Code civil propose un classement des privilèges généraux mobiliers civils qu'il convient d'articuler avec les privilèges généraux du Trésor[628]. La loi ne précise cependant pas comment cette articulation a lieu. A l'appui de l'article 1920 du CGI, la jurisprudence[629], la doctrine[630]et l'administration fiscale[631] ont adopté une règle de conflit. Les privilèges généraux du Trésor de premier rang[632] priment les privilèges généraux et spéciaux du droit civil, à l'exception des frais de justice si ces derniers ont été utiles[633]. Les privilèges du Trésor de second rang[634] sont primés par les privilèges généraux et spéciaux du droit civil.

Le législateur, le juge ou la doctrine ont, par nécessité, complété le critère qualitatif par un autre critère tantôt chronologique – en matière de privilèges spéciaux mobiliers – tantôt publicitaire – en matière de privilèges spéciaux immobiliers.

---

coll dir. B. Beigner, 2010, spéc. n°1800 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n° 647

[626] article 2325 du Code civil contenu dans le sous-titre1 « *Dispositions générales* »

[627] Inst. Codificatrice n°09-014-A du 1er juillet 2009, BOCP juil. 2009, spéc. titre 1 chap. 1 n° 4. ; *Feuillets de documentation pratique F. Lefèbvre, Recouvrement*, 2011, spéc. n°2010

[628] Voir notamment les articles 1920, 1924, 1926, 1929 sexies du CGI

[629] A propos du privilège des salariés voir : CA Douai, 14 juin 1984, *D.* 1985, J, p. 43, note **F. DERRIDA** ; voir aussi **J. DADOUCHE**, Des difficultés de classement des privilèges s'exerçant dans la procédure de distribution par voie d'ordre et de contribution faisant suite à la vente, LPA n°41, 4 avril 1990, p. 20, spéc. p. 21 ;

[630] **N. SEMPÉ**, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, Th. Toulouse, 1996, spéc. p. 324 ; **P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER**, *J.-Cl. Droit Civil*, Fasc. Art. 2096-2097, spéc. n°16

[631] Inst. codificatrice CP 1er juillet 2009, 09-014-A titre 1 chap. 1 n° 4

[632] i.e les contributions directes, taxes sur le chiffre d'affaire et taxes assimilées, taxes départementales et communales, droit d'enregistrement et droit de timbre et contributions indirectes

[633] Cass. Com. 19 oct. 1970, n°69-11606 ; *Bull Civ*. IV, n°272; Voir aussi **N. SEMPÉ**, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, Th. Toulouse, 1996, spéc. p. 324

[634] Essentiellement les privilèges attachés aux droits de douane

b) Les critères complémentaires de classement

169. **Le classement complexe des privilèges spéciaux mobiliers.** Les privilèges spéciaux mobiliers entrent rarement en conflit à cause de leur nature spéciale. Toutefois, lorsque cela survient, il est nécessaire d'établir un classement.

Ces privilèges sont multiples et éclatés dans divers codes. De plus, la loi n'établit ni de liste exhaustive de ces privilèges, ni de classement bien ordonné. Elle édicte seulement des règles ponctuelles et quelques règles générales codifiées à droit constant[635]. Par exemple, l'article 2332-3 du Code civil a vocation à classer les privilèges du bailleur, du conservateur et du vendeur lorsque ces derniers entrent en concours. Ce texte fait application de la classification tripartite et des règles de conflit dégagées par la doctrine pour pallier les manquements de la loi[636]. Il convient peut-être de lui donner une portée plus large.

Pour le classement interne, les privilèges fondés sur l'idée de gage et sur l'idée de d'accroissement de la richesse du débiteur se classent entre eux selon la règle chronologique de l'antériorité[637]. A l'inverse, les privilèges basés sur l'idée de conservation se classent selon la règle chronologique de la postériorité[638].

Pour le classement externe, lorsqu'un privilège de conservation entre en conflit avec un privilège fondé sur l'idée de gage, si le privilège de conservation est antérieur, le privilège fondé sur l'idée de gage l'emporte. En revanche, si le privilège de conservation est postérieur, il l'emporte.

Lorsque le conflit oppose le privilège de conservation et le privilège fondé sur l'idée d'enrichissement du débiteur, le premier prime sur le second dans tous les cas où le second a profité de la conservation.

Enfin, lorsqu'un privilège relevant de l'idée de gage et un privilège relevant de l'idée d'enrichissement du débiteur entrent en conflit, la préférence va au premier de ces créanciers sauf s'il est démontré qu'il connaissait l'existence des autres privilèges[639] et sauf exception légale[640].

---

635 Le gouvernement n'avait pas été habilité à légiférer par voie d'ordonnance en matière de privilèges. Voir notamment, dans ce sens : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1011 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°828 ; **D. HOUTCIEFF**, *Droit des sûretés*, Lamy 2011, spéc. nos233-77 et s ; **O. BARRET**, *Rép. de droit civil*, Dalloz, mars 2010, nos151 et s.

636 Voir par exemple : **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les sûretés – La publicité foncière*, Sirey, Droit civil, 2ème éd. 1987, spéc. nos 495 et s. et 501 et s

637 Pour les privilèges fondés sur l'idée de gage tacite, voir l'article 1752 du Code civil et **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1021 ; **O. BARRET**, *Rép. de droit civil*, Dalloz, mars 2010, no151 ; **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les sûretés – La publicité foncière*, Sirey, Droit civil, 2ème éd. 1987, spéc. n°495

638 Article 2332-3 5° du Code civil

639 Voir par exemple : Voir article 2332 5° du Code civil « *2° le privilège du bailleur d'immeuble, qui ignorait l'existence des autres privilèges ; […] 4°Le privilège du vendeur de meuble. 5°le privilège du bailleur d'immeuble, qui connaissait l'existence des autres privilèges.[…]* ». Cass. Com. 9 mars 1977, Bull. Civ. IV, n°81 ; JCP N 1979, II, 81,

170. **Les règles complémentaires de classement des privilèges mobiliers spéciaux**. Toutefois, ces principes ne suffisent pas à englober l'ensemble des privilèges spéciaux et à résoudre l'ensemble des conflits. Des textes spéciaux énoncent des règles de conflit qui ne relèvent pas de la même logique et qui se trouvent alors dans une catégorie « *fourre-tout* » ou « *Dispositions spéciales* »[641]. Il s'agit par exemple des textes relatifs aux privilèges fluviaux, qui priment les privilèges du Trésor (à l'exception du privilège général du Trésor[642]), les hypothèques fluviales et tous les privilèges généraux et spéciaux.

171. **Le recours à la publicité en matière de privilèges immobiliers.** En matière de privilèges immobiliers, le législateur a, à côté du critère de la qualité de la créance, fait appel au critère de la publicité. Ainsi, les privilèges immobiliers spéciaux et les hypothèques légales sont soumis à une publicité obligatoire.

Toutefois, il est tenu compte de la qualité de la créance dans les effets produits par cette inscription. En matière de privilèges immobiliers, l'inscription, effectuée dans les délais impartis[643], fait rétroagir la prise de rang au jour de la naissance de la créance[644].

En revanche, les hypothèques légales[645] prennent rang, en principe, au jour de leur inscription. Pour ces sûretés, l'inscription peut être antérieure à la prise de rang. Par exemple, en matière d'hypothèque légale des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts. L'hypothèque

---

note **FLÉCHEUX** à propos d'un conflit entre un nantissement de marché public et un nantissement du pluviôse ; voir aussi **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les sûretés – La publicité foncière*, Sirey, Droit civil, 2ème éd. 1987, spéc. n°504

640 Le vendeur d'ustensiles agricoles, de semences d'engrais et de produits de traitement prime le privilège du bailleur (Article 2332 1er al. 4 du Code civil). Pour certains auteurs, cette exception a vocation à favoriser le crédit à l'exploitant (voir dans ce sens **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°1011). Pour d'autres, elle est justifiée par le double fondement du privilège, à la fois privilège de conservation et privilège du vendeur. Le créancier privilégié est assimilé à un créancier gagiste. Cette dernière thèse est toutefois sujette à critiques car le gage n'est pas toujours avec dépossession (**P. MALINVAUD**, Le privilège du bailleur et les meubles qui n'appartiennent pas au preneur, *in Mélanges Voirin*, LGDJ 1967, p. 578 ; voir aussi **H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS,** *Sûretés, Publicité foncière*, Leçons de droit civil, par **Y. PICOD**, Montchrestien, 11ème éd. 1999, spéc. n°164 qualifiant ces privilèges de quasi gages et en précisant qu'ils sont au gage ce que les quasi contrats sont au contrat ; **P. SIMLER**, *J-Cl. Civil Code, Privilèges mobiliers spéciaux*, fasc. n°20, spéc. n°2)

641 **P. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER**, *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Art. 2096 et 2097 du Code civil, 1er août 2004, spéc. nos 76 et s. ; J.-Cl. Civil Code, Fasc. Art. 2096 et 2097 du code civi, août 2014.

642 Cass. Com. 3 févr. 1998, n°95-18.690 ; *Bull. Civ*. IV, n°59; *D. Aff*. 1998, p. 416, obs. **X. D.**; *JCP G*, 1998, I, n° 149, n°20, obs. **P. DELEBECQUE**; *D*. 1998, p. 375, obs. **S. PIEDELIÈVRE**

643 Par exemple, en matière de privilège du vendeur, le délai de publicité est de deux mois à compter de l'acte de vente.

644 Lorsque la publicité est hors délai, le privilège prend rang au jour de son inscription ; Voir **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n° 870 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, spéc. n°704

645 Les hypothèques légales sont multiples et morcelées dans différentes sources. Principalement, les hypothèques légales résultent de l'article 2400 du Code civil et du code général des impôts et de la sécurité sociale. Article 2400 du Code civil

légale garantissant la créance de participation peut être inscrite dans le contrat de mariage mais elle ne prendra rang qu'au jour de la dissolution du régime matrimonial[646].

Une fois le classement interne établi, vient le temps du classement externe. L'établissement de l'ordre interne des classements nécessite déjà la coordination de nombreux principes. Le classement externe s'avère tout aussi difficile.

B. Le difficile établissement d'un classement externe

172. L'établissement d'un classement général ou classement externe des créanciers sur le prix de vente d'un bien implique d'articuler les différents classements internes évoqués ci-dessus.

Outre la question de l'ordre en lui-même, se pose celle de la personne chargée de la distribution. La distribution revient, en principe, à l'agent chargé de la vente. Or tous n'ont pas les mêmes connaissances et compétences. Il est d'ailleurs souvent préféré un huissier de justice aux autres professionnels[647].

Au niveau de la méthode de classement employée, il convient d'abord de classer les créanciers bien par bien, de regarder si des dispositions spéciales sont applicables et à défaut d'utiliser les règles générales. C'est sur ce point que les logiques de classement se heurtent. Successivement, il sera abordé quatre questions clés relatives à l'établissement d'un classement hiérarchique général, le sort de la sûreté née du précédent propriétaire (1), la résolution du conflit opposant une sûreté conventionnelle et un privilège (2), la question du rang des privilèges généraux (3) et enfin la question de la place accordée au créancier titulaire d'une sûreté spéciale sur un bien contenu dans un ensemble plus vaste grevé à son tour (4).

1. Le sort quasi-unitaire de la sûreté réelle née du fait du précédent propriétaire

173. **Pour une supériorité de la sûreté réelle née du chef du précédent propriétaire**. En matière immobilière, la sûreté réelle née du chef du précédent propriétaire prime l'ensemble des

[646] Article 2402 du Code civil.

[647] **R. MARTIN, M. DOUCHY-OUDOT**, *Répertoire de procédure civile*, 2010, voir « Distribution », spéc. n°41. Ces auteurs remarques qu'il faut en matière de saisie mobilière entendre « agent chargé de la vente » « l'huissier de justice poursuivant », l'article 286 du décret du 31 juillet 1992 (devenu l'article R.251-4 du CPCE) reconnaissant t à l'huissier de justice le droit de lever une contestation auprès de l'huissier de justice

créances nées du chef du propriétaire actuel[648], indépendamment de la règle de la subsidiarité des privilèges généraux[649] et à l'exception du privilège de l'architecte[650].

En matière mobilière, aucun texte ne prévoit un tel principe. Toutefois, les textes applicables en matière de privilèges et des décisions jurisprudentielles nous amènent à conclure à l'existence de ce principe. D'abord, l'article 2332-3 5° du Code civil précise qu'« *Entre les vendeurs du même meuble, elle [la préférence] est donnée au plus ancien.* ». Ensuite, la Cour de cassation a fait prévaloir le droit de préférence issu d'un nantissement de fonds de commerce constitué du chef du vendeur, au détriment du privilège Trésor garantissant des sommes dues par l'acquéreur[651].
Toutefois, le droit de priorité mobilier se heurte à la présomption de l'article 2276 du Code civil.[652]

2. La confrontation entre privilèges et sûretés réelles conventionnelles

174. **Le principe de primauté du créancier privilégié**. Outre la définition générale du privilège, l'article 2324 du Code civil résoud le conflit opposant un créancier privilégié et un autre créancier titulaire d'un droit de préférence conventionnel ou judiciaire. En principe, le créancier privilégié prime tout autre créancier muni d'une sûreté réelle. La qualité de la créance fait prévaloir le créancier garanti sur tous les autres créanciers titulaires de sûretés.

Ce principe admet néanmoins des exceptions.

175. **Une exception au principe, le conflit opposant un privilège immobilier spécial et une hypothèque**. En matière de privilèges immobiliers spéciaux, le principe de primauté des privilèges n'est pas respecté car les classements ont lieu selon la date d'inscription de la sûreté, sous réserve des hypothèses de prise de rang rétroactive et à l'exception du privilège du syndicat de copropriété.

---

[648] Voir par exemple : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°1034
[649] Cass. Civ. 1er, 20 mars 1956, *D.* 1956, 374 ; CA Versailles, 26 mars 1998, *D.* 1998, Somm. 381, obs. **S. PIEDELIÈVRE «** *Lorsqu'il y a conflit de droit de préférence il est nécessaire qu'il oppose des créanciers d'un même débiteur* **»**
[650] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°1035. Ces auteurs notent que compte tenu de l'assiette réduite de ce privilège, ce classement extrêmement favorable n'a que peu d'impact pratique.
[651] Cass. Com. 15 avril. 1975 ; *D.* 1975, 571, note **F. DERRIDA**
[652] Voir n°172

Ce dernier est le seul privilège immobilier occulte. Un texte spécial envisage son classement avec le privilège du vendeur et du prêteur de deniers[653].

176. **Les difficultés de mise en œuvre du principe de primauté des privilèges spéciaux en matière mobilière.** En matière mobilière, ce principe de la primauté des privilèges sur les sûretés réelles conventionnelles s'avère plus difficile à appliquer car le législateur semble malencontreusement assimiler les privilèges, les gages et les nantissements en les plaçant sur le même plan[654].

Au plan notionnel, l'assimilation s'arrête à une maladresse de rédaction. Une sûreté conventionnelle ou judiciaire ne saurait être une sûreté légale[655].

Au plan du classement, les textes placent au même rang le gage conventionnel et le privilège fondé sur l'idée de gage[656]. Les juges ont, par exemple, fait primer le privilège du conservateur dont les frais étaient postérieurs à l'inscription sur le créancier titulaire d'un gage automobile[657]. Cette assimilation est gênante car elle méconnaît la différence notionnelle entre ces sûretés et contrevient au principe général de classement. De plus, des dérogations existent, comme en matière d'hypothèque maritime, sûreté primant tous les privilèges civils généraux ou spéciaux.

3. La place variable des privilèges généraux

177. **L'absence de règle générale de classement**. Aucune règle légale ne traite du conflit entre les privilèges généraux et les autres droits de préférence. Cette question a fait l'objet de nombreux débats. La place des privilèges généraux varie selon la nature mobilière ou immobilière du bien grevé.

---

653 Article 2374 1 bis « *Conjointement avec le vendeur et, le cas échéant, avec le prêteur de deniers mentionné au 2°, le syndicat des copropriétaires, sur le lot vendu, pour le paiement des charges et travaux mentionnés aux articles 10 et 30 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, relatifs à l'année courante et aux quatre dernières années échues.*
Toutefois, le syndicat est préféré au vendeur et au prêteur de deniers pour les créances afférentes aux charges et travaux de l'année courante et des deux dernières années échues. »

654 L'article 2323 du Code civil énonce que « *Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques* ». L'article 2332 du Code civil énonçant une liste des privilèges vise au 2° « *La créance sur le gage dont le créancier est saisi* ». A l'article L.525-9 du Code de commerce à propos du nantissement d'outillage est employée l'expression « *le privilège du créancier nanti* ».

655 **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. nos697 et 1006

656 **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. nos1006 et 1018

657 Cass. Civ. 1er, 13 nov. 1962, *Gaz. Pal.* 1963, 1,191 ; JCP 1963, I, 12976 ; Voir aussi Cass. Com. 4 févr. 1980; *D.* 1982, 189, note **AGOSTINI**.

178. **La primauté des privilèges spéciaux mobiliers sur les privilèges généraux.** En matière mobilière, après un vif débat[658], la jurisprudence en 1849[659], puis la loi en 2006[660] ont adopté le principe de la primauté des privilèges spéciaux sur les privilèges généraux[661]. Ce principe est toutefois doté d'exceptions. Par exemple, le privilège des frais de justice, privilège général, prime les privilèges spéciaux. De même, les privilèges du Trésor de 1er rang priment les privilèges spéciaux mobiliers.

179. **Le principe de primauté des privilèges généraux sur les privilèges spéciaux immobiliers**. En matière immobilière, le principe est inverse. Au regard de l'article 2376 du Code civil, les privilèges généraux priment les privilèges spéciaux et les droits de priorité conventionnels tels que les droits hypothécaires. Toutefois, cette supériorité des privilèges généraux est subsidiaire. En effet, ils priment les autres créanciers faute de mobilier suffisant à les désintéresser[662]. La preuve de cette insuffisance appartient au créancier contestant l'ordre établi. Cependant, cette règle ne s'applique pas au conflit opposant un créancier garanti du fait du précédent propriétaire et un créancier garanti du fait du propriétaire actuel[663].

4. Le classement d'une sûreté réelle portant sur un bien compris dans un ensemble grevé d'une sûreté

L'hypothèse visée ici est celle du conflit opposant le titulaire d'une sûreté réelle dont l'objet est contenu dans un ensemble de biens grevés d'une sûreté. Par exemple, le créancier nanti sur le fonds

---

[658] Pour une présentation des différentes thèses voir **N. SEMPÉ**, *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, Th. Toulouse, 1996, spéc. pp.335 à 338 ; voir aussi **MAZEAUD, MAZEAUD, F. CHABAS,** par V. **RANOUIL** et **F. CHABAS**, *Les sûretés la publicité foncière*, Leçons de droit civil, Montchrestien, 6ème éd., 1988, spéc. n°223 ; Trois thèses s'opposaient. Certains auteurs préconisaient de faire primer les privilèges généraux sur les privilèges spéciaux aux motifs que l'étendue de l'assiette de la sûreté en marquerait l'importance des intérêts protégés et qu'en matière immobilière, les privilèges généraux immobiliers priment les privilèges spéciaux immobiliers. D'autres auteurs plaidaient en faveur d'une application au cas par cas (Voir **C. AUBRY** et **C. RAU**, *Cours de droit civil*, par **ESMEIN**, tome 3, , éditions techniques, Librairie générale de la Cour de cassation, 6ème éd. 1968, spéc. §289). Une troisième série d'auteurs souhaitaient voir adopter le principe de la primauté des privilèges spéciaux.

[659] Dans ce sens voir Cass. Req. 20 mars 1849 ; *GAJC*, 11ème éd., n°285 ; *DP*. 1849.1.250 Dans cette affaire le propriétaire a été préféré au fournisseur d'aliment sur le fondement de la règle « generi per speciem derogatur »; Cass. Com. 25 oct. 1976 ; *D*. 1977, 380, note **J.-J. TAISNE**

[660] La consécration légale de ce principe de règlement des conflits a eu lieu par l'ordonnance du 23 mars 2006, à l'article 2332-1 du Code civil.

[661] Cette adoption a été motivée principalement par deux raisons. D'abord pour une raison historique, c'était la position adoptée par le droit romain, ensuite, parce que l'assiette des privilèges généraux est plus large et que le droit peut s'exercer sur d'autres biens.

[662] Article 2376 du Code civil (article 2015 anc.): « *lorsqu'à défaut de mobilier les créanciers privilégiés énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les autres créanciers privilégiés sur l'immeuble, ils priment ces derniers et exercent leurs droits dans l'ordre dudit article* ».

[663] Cass. Civ. 1er, 20 mars 1956, *D*. 1956, 374 ; CA Versailles, 26 mars 1998, *D*. 1998, Somm. 381, obs. **S. PIEDELIÈVRE « *Lorsqu'il y a conflit de droit de préférence il est nécessaire qu'il oppose des créanciers d'un même débiteur* ».**

de commerce ou le créancier hypothécaire peuvent se trouver en concurrence avec le créancier nanti sur le matériel et l'outillage[664].

180. **Le recours au critère de l'antériorité de l'inscription à généraliser**. Lorsque le conflit oppose deux créanciers titulaires de sûretés sans dépossession différentes mais portant sur le même bien, le législateur utilise parfois la règle de l'antériorité de la publicité comme règle de conflit[665]. Il en va ainsi en matière de conflit opposant le porteur d'un warrant hôtelier et un créancier hypothécaire. Il semble que cette solution doive être retenue comme règle de droit commun.

181. **Les exceptions**. D'autres textes prévoient des règles dérogatoires. Il en va ainsi en cas de conflit opposant le créancier nanti sur le matériel et l'outillage et un créancier nanti sur le fonds de commerce ou un créancier hypothécaire faisant l'objet de dispositions légales spéciales[666]. Le créancier qui se fait consentir un nantissement sur le matériel et l'outillage doit signifier au créancier nanti sur le fonds de commerce, au créancier hypothécaire et au vendeur du fonds de commerce une copie de l'acte de nantissement. A défaut, le nantissement leur est inopposable et il est fait application de la règle de droit commun de l'antériorité de l'inscription, sauf accession.
En revanche, une fois la signification effectuée, le créancier nanti sur le matériel et l'outillage voit son droit de priorité renforcé. Si le bien nanti devient un immeuble par destination, le nantissement étant opposable au créancier hypothécaire, le matériel et l'outillage n'entrent pas dans l'assiette de l'hypothèque. Cette règle maintient artificiellement l'individualisation du bien et contre les effets de l'accession. Le créancier nanti évince le créancier hypothécaire[667].
De même, lorsque le matériel et l'outillage font par ailleurs l'objet d'un nantissement du fonds de commerce, il prime le créancier nanti sur ce fonds.

Etablir un classement des droits de préférence sur un bien n'est pas une chose facile. Il a été constaté que les principes de classement retenus ne relèvent pas nécessairement de la même logique. L'absence de règles générales suffisantes à coordonner et à classer les différents créanciers

[664] D'autres conflits sont envisageables, le créancier hypothécaire et le créancier titulaire d'un warrant agricole, le créancier nanti sur le fonds de commerce et le créancier titulaire d'un nantissement de brevet ou de marque, ou un conflit l'opposant au titulaire d'un gage automobile. Seul sera développé ici le conflit opposant le créancier hypothécaire ou nanti sur le fonds et le créancier nanti sur le matériel et l'outillage.
[665] Voir le conflit opposant un warrant hôtelier et un créancier hypothécaire. . L. 523-2 ccom : « E*n cas de conflit entre le privilège du warrant hôtelier et des créanciers hypothécaires, leur rang est déterminé par les dates respectives de transcription du premier endossement du warrant et des inscriptions hypothécaires.* » Article 2425 al. 6 cciv *: « L'ordre de préférence entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires et les porteurs de warrants, dans la mesure où ces derniers sont gagés sur des biens réputés immeubles, est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, la publicité des warrants demeurant soumise aux lois spéciales qui les régissent. »*
[666] **P. DELEBECQUE**, *Lamy Droit des sûretés*, 2011, spéc n°239-55
[667] **P. DELEBECQUE**, *Lamy Droit des Sûretés*, 2011, spéc. n°239-55 ; Voir article L. 525-8 du Code de commerce.

est source de complexité. C'est l'une des principales faiblesses du droit de priorité. Cet ordre se trouve bouleversé par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et particulièrement par l'ouverture d'une procédure collective[668]. Même en dehors de cette hypothèse, la satisfaction du créancier titulaire d'un droit de priorité s'avère être relative et fragile.

§2. L'efficacité variable du droit de priorité

182. L'efficacité du droit de priorité est variable. Elle dépend de nombreux facteurs et fluctue considérablement d'une situation à une autre. La satisfaction du créancier est donc toujours incertaine.

Le droit de priorité permet efficacement de primer les créanciers chirographaires, y compris dans les répartitions opérées dans une procédure de liquidation judiciaire. En effet, le créancier chirographaire qui reçoit par erreur paiement de sa créance au détriment de créanciers privilégiés doit restituer les sommes perçues[669]. De même, le droit de priorité offre au créancier une satisfaction suffisante lorsque le conflit n'oppose que des créanciers titulaires de droits de priorité, à l'exception toutefois des privilèges créés par l'ouverture d'une procédure collective[670].

Cependant, le droit de priorité souffre de faiblesses et la satisfaction du créancier s'avère inconstante.

De manière globale, le droit de priorité a une mauvaise résistance aux situations d'exclusivité. Nous traiterons de cette question dans un chapitre spécifique. Mais cette inconstance se trouve renforcée en matière mobilière. En effet, le caractère mobile de l'assiette est une source importante d'inefficacité, car il permet à des tiers d'exercer leur droit sur le bien (A).

La faiblesse des droits de priorité s'accroît encore lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Soumis à la discipline collective, au bouleversement de l'ordre des paiements fondés sur la préservation des intérêts économiques de l'entreprise[671], les chances de satisfaction du créancier antérieur titulaire d'un droit de priorité sont quasi inexistantes. Pourtant à partir de 1994, le législateur a souhaité renforcer les droits créanciers titulaires de sûretés réelles dans la liquidation judiciaire. Les créances assorties de sûretés préférentielles immobilières ou de sûretés

---

[668] Voir 352 et s.

[669] Article L.643-7-1 du Code de commerce ; **F. MACORIG-VENIER, J. VALLANSAN**, Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions, *Rev. Proc. Coll*. 2014, n° 4 2014, dossier 32, spéc. n°28. Cette disposition instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014 vient s'opposer à la jurisprudence antérieure : Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-10.688; Bull. Civ., IV, n° 169 ; *Act. proc*. coll. 2000, comm. 242, **J. VALLANSAN** ; *JCP E* 2001, p. 176, **M. CABRILLAC** ; *D.* 2001, p. 1527**, S. PIERRE** ; *D.* 2001, somm. p. 620, **A. HONORAT** ; *Dr. et proc*. juin 2011, p. 114, **M.-H. MONSÈRIÉ-BON**

[670] Voir n^{os} 553 et s.

[671] Voir n^{os} 548 et s.

préférentielles mobilières spéciales ont vu leur traitement s'améliorer et sont, depuis, payées avant les créanciers postérieurs privilégiés[672]. Cet effort n'a pas permis de donner une véritable efficacité aux sûretés réelles préférentielles en cas de liquidation judiciaire. Le changement de rang opéré par la procédure constitue plus un obstacle à la satisfaction du créancier. Il sera donc traité de cette question dans la seconde partie[673]. Néanmoins, le droit des procédures collectives comporte quelques règles qui permettent, tout au moins en apparence, de maintenir certains droits de certains créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles. Ces règles constituent des exceptions à la discipline collective mais sont d'une efficacité très relative (B).

A. La fragilité consubstantielle des droits de priorité mobiliers, le caractère mobile de l'assiette

183. Un bien meuble est par essence mobile. Ce caractère ne pose pas, *a priori*, de problème lorsque ce bien fait l'objet d'un gage avec dépossession car le créancier maîtrise physiquement la chose qui ne peut pas, sauf « *entiercement* », se trouver entre d'autres mains. Il en va différemment lorsque la sûreté mobilière n'emporte pas dépossession. Il peut alors être difficile, malgré la publicité légale, de localiser le bien afin de le réaliser[674]. Le déplacement du bien peut notamment créer un conflit entre le créancier garanti et un tiers possesseur du bien en droit interne (1).
Le bien peut également franchir une frontière, le conflit glisse sur le terrain du droit international privé et il convient de déterminer la loi applicable et le tribunal compétent (2).

1 Le meuble grevé détenu par un tiers, l'incidence de la possession et de la rétention sur la satisfaction du créancier.

184. **L'indifférence de la détention du bien sur sa réalisation**. En principe, la détention n'empêche pas la réalisation de la sûreté préférentielle. Le droit de priorité peut s'exercer sur un bien situé entre les mains d'un tiers.
La loi lui impose parfois des obligations. Ainsi, lorsque le bien est réalisé par le biais d'une voie d'exécution, le tiers doit respecter la procédure entreprise[675]. Il est soumis à un devoir d'abstention en ce qu'il ne doit pas faire obstacle à la procédure engagée et à une obligation de coopération car il

[672] Pour une comparaison, voir les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce.
[673] Voir n^{os} 547 et s.
[674] **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°230
[675] Sur cette question, voir notamment, **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf, Thémis droit, 2009, spéc. n°27 ; Voir aussi **S. GUINCHARD, T. MOUSSA**, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz- Action, 2013-2014, spéc. n^{os}162.11 à 162.13 pour le devoir d'abstention et n^{os}162.21 et s. pour le devoir de collaboration

doit apporter son concours à la procédure lorsque cela est requis. Il doit par exemple, en matière de saisie-vente, informer le créancier saisissant de l'existence de saisies antérieures[676]. Si le tiers manque à ses obligations, il peut être contraint de les exécuter sous astreinte ou être condamné « *au paiement des causes de la saisie, sauf recours contre le débiteur* » [677].

185. **La force du possesseur de bonne foi**. Lorsque le possesseur d'un bien meuble corporel est de bonne foi, il peut se prévaloir de la présomption de titre posée à l'article 2276 du Code civil[678]. La possession constitue donc un obstacle à la réalisation du bien. Il en va ainsi en matière de privilèges, de gage sans dépossession ou de gage avec dépossession si le créancier a perdu volontairement la possession du bien[679].

L'une des solutions pour lutter contre les effets de l'action 2276 est de constituer irréfragablement le possesseur de mauvaise foi[680] en lui rendant le droit du créancier opposable.

186. **L'opposabilité du droit publié et la mauvaise foi du possesseur**. C'est, en principe, le rôle imparti à la publicité. Néanmoins, la publicité n'a pas la même portée selon l'assiette de la sûreté et selon le système de publicité choisi - personnelle[681] ou réelle[682].

Parfois, comme en matière de gage sur véhicules soumis à immatriculation[683], l'application combinée de l'opposabilité et la pratique du certificat de non gage rendent le droit opposable aux tiers et au sous-acquéreur. En effet, le gage sur véhicule soumis à immatriculation fait l'objet d'une

---

[676] Article R. 221-21 al. 2 du Code des procédures civiles d'exécution

[677] Article L. 123-1 du Code des procédures civiles d'exécution ;.

[678] « *En fait de meubles possession vaut titre* »

[679] Dans ce sens voir : **G. KHAIRALLAH**, *Les sûretés mobilières en DIP*, Économica, 1984, spéc. n° 220, p. 196 ; **C. KRIEF-SEMITKO**, L'article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l'Ordonnance du 23 mars 2006, *Gaz. du Pal*., 28 août 2008 n° 241, p. 5, spéc. n°3 ; Pour des applications jurisprudentielles voir par exemple : par exemple, Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1994, *D.* 1994. 144, note **C.-J. BERR** ; Cass. Civ. 1ère , 25 avril 1990, *D.* 1991. 20, note **A. ROBERT.** Cass. Civ. 1ère, 5 oct. 1972, *JCP* 1973. II. 17485, note **A. BÉNABENT** *; RTDciv*. 1973, p. 149, obs. **BREDIN** ; Dans cette espèce un garagiste a acquis une automobile dont le propriétaire a été dépossédé par abus de confiance. Il a remis le véhicule sur invitation de la Police. La Cour décide qu'il ne peut pas se prévaloir de la présomption de l'article 2276 du Code civil (anc. Art 2279 du Code civil)

[680] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°762

[681] La publicité est personnelle lorsque le registre est tenu au nom du constituant.

[682] La publicité est réelle lorsque le bien est tenu par bien. Il en va ainsi, par exemple, en matière immobilière, en matière de navires, de bateaux ou d'avions.

[683] **P. BIHR**, L'opposabilité aux tiers du gage constitué sur un véhicule automobile, *D.* 1970, Chr. 14, p.69 et s, spéc. pp.71-72 ; **C. KRIEF-SEMITKO**, L'article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l'Ordonnance du 23 mars 2006, *Gaz. du Pal*., 28 août 2008 n° 241, p. 5, spéc. nos 9 à 23 et n°34. L'auteur précise que l'opposabilité à tous les tiers du gage automobile ne résulte pas que de la seule publicité mais aussi de l'immatriculation du véhicule. L'immatriculation du véhicule est une condition de circulation. C'est une mesure de police qui permet de retrouver le propriétaire du véhicule en cas d'infraction au code de la route. Le gage est publié au registre de l'immatriculation, par véhicule. La pratique, en cas de vente du véhicule, exige la production d'un certificat de non gage. La combinaison des règles légales et de la pratique aboutit à rendre l'immatriculation obligatoire et à rendre le gage automobile opposable à tous.

publicité « *auprès de l'autorité administrative compétente* » (en pratique les préfectures) aux fins d'opposabilité. La présentation obligatoire d'un certificat de non gage lors de la cession du véhicule empêche l'acquéreur de se prévaloir de l'article 2276 du Code civil[684].

En revanche, dans d'autres cas, comme en matière de gage de droit commun, l'opposabilité aux tiers est plus réduite. La publicité du gage de droit commun sans dépossession rend seulement le droit réel opposable aux ayants-cause à titre particulier du constituant[685]. Le sous-acquéreur éventuel du bien n'étant pas un ayant-cause du constituant puisqu'il n'a pas reçu le bien de ses mains[686], il peut se prévaloir de la présomption de l'article 2276 du Code civil et faire obstacle à la réalisation du bien[687]. Le créancier garanti dispose tout de même d'un dernier recours. Si le prix de vente n'a pas encore été versé et s'il est muni d'un titre exécutoire, il peut valablement procéder à une saisie attribution de ce prix entre les mains du sous-acquéreur.

187. **La faiblesse des droits de priorité face au droit de rétention**. Les droits de rétention prévus à l'article 2286 du Code civil permettent au créancier de retenir juridiquement ou matériellement le bien entre ses mains jusqu'à son complet paiement. Le droit de rétention constitue donc un pouvoir de gêne physique ou juridique en ce sens que le droit de rétention empêche le débiteur de disposer de son bien. Lorsque le créancier rétenteur est opposé à un créancier titulaire d'un droit de priorité, il s'impose.

Parmi les conditions nécessaires pour se prévaloir d'un droit de rétention, on trouve, comme en matière de possession, l'absence de dessaisissement volontaire par le créancier et le caractère légitime de la rétention. Cela signifie que le rétenteur doit être de bonne foi au sens que la détention du bien ne doit pas être acquise « *par ruse, fraude, ou a fortiori voie de fait* »[688]. L'opposabilité de droits de priorité antérieurs, même publiés, ne suffit pas à constituer le rétenteur de mauvaise foi. Ce dernier s'impose inéluctablement.

Le caractère mobile du bien meuble grevé d'une sûreté réelle fait courir le risque au créancier d'un déplacement physique du bien dans un autre Etat. Le conflit prend alors une tournure internationale.

---

[684] Voir article L. 322-1 à 3 du code de la route.

[685] Article 2337 al.3 du Code civil : « *Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276* ».

[686] Il a reçu le bien d'un acquéreur qui lui, avait reçu le bien des mains du constituant. Par exemple, le constituant vend le bien grevé à un acquéreur qui le revend à son tour.

[687] Dans ce sens voir : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°762 ; **R. BOFFA**, L'opposabilité du gage sans dépossession, *D.* 2007, 1161, spéc. n°21 ; **C. KRIEF-SEMITKO**, L'article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l'Ordonnance du 23 mars 2006, *Gaz. du Pal*., 28 août 2008 n° 241, p. 5, spéc. n°34 ; Contra voir **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°690

[688] Pour une explication de ce caractère, voir notamment **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°624

2. La complexification de la réalisation et l'affaiblissement de la satisfaction par le transport du meuble grevé à l'étranger

188. **La règle de conflit, la *lex rei sitae***. La réalisation de la sûreté peut se trouver perturbée par le déplacement du bien hors de France. La réalisation ne peut alors plus emprunter les voies habituelles. Le créancier est face à un conflit mobile au sens du droit international privé. Pour résoudre ce conflit, les juges font application de la règle de principe de résolution des conflits du droit des biens, la *lex rei sitae*.

Lorsque la sûreté a été constituée en France et que le bien a quitté le territoire national, la réalisation a lieu selon les règles applicables dans l'Etat où se situe le bien. Une fois la loi applicable déterminée, le créancier doit utiliser l'une des procédures offertes par cette loi.

De même, si le bien se situe en France, mais que la sûreté a été constituée à l'étranger, le créancier étranger doit réaliser sa sûreté selon les règles applicables aux sûretés françaises. Toutefois, cette réalisation est conditionnée au rattachement de la sûreté étrangère à une catégorie de sûretés réelles françaises[689]. Ceci empêche bon nombre de créanciers étrangers de pouvoir faire valoir leur droit sur le bien. Il est néanmoins à noter que la réforme de 2006, parce qu'elle a consacré les attributions en propriété et les propriétés-sûretés, a permis d'augmenter les hypothèses de reconnaissance de sûretés étrangères sur le sol français.

189. **Le titre exécutoire européen, source de simplification et gain d'efficacité**. Pour simplifier et améliorer l'exécution forcée, le droit européen a mis en place le système du titre exécutoire européen[690]. Le titre exécutoire européen, créé par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004[691], est un titre national qui constate une créance de somme d'argent incontestée. Il est émis par une juridiction d'un Etat-membre et après contrôle et certification en tant que titre exécutoire européen par une autorité de cet Etat-membre, il permet au créancier qui en est titulaire de procéder

---

[689] Pour une critique de cette application extensive de la *lex situs*, voir **G. KHAIRALLAH**, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984, spéc. n[os] 139-140

M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, Préf. **S. Poillot-Peruzzetto**, Defrénois, T.13, 2005, spéc. n[os] 272, 273, 321. Cet auteur préconise de conserver la règle de la lex situs mais de l'utiliser sans excès. Il conseille d'utiliser la loi du lieu de constitution pour évaluer la licité de la constitution de la sûreté et la loi du lieu de réalisation pour commander la mise en œuvre de la sûreté. Voir spéc. n[os] 320, 335, 341

[690] Règlement n°805/2004 du Parlement Européen et de la Conseil, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JO UE, n° N/143, 30 avril 2004, p. 0015-0039. Pour une présentation générale voir **S. GUINCHARD, T. MOUSSA**, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz- Action, 2013-2014, spéc. n[os]122-51 et s. Voir aussi **B. AMIGUES**, Le titre exécutoire européen, une simplification du recouvrement de l'impayé, *RDBF* 2005/4, p.73

[691] règlement 805/2004 du 21 avril 2004, JO UE n°L 143, 30 avril 2004

à l'exécution forcée de sa créance sur le territoire d'un autre Etat-membre, sans avoir recours à la procédure d'*exequatur*[692]. Ainsi, le créancier titulaire d'un droit de priorité et d'un titre exécutoire peut faire réaliser sa sûreté sur le sol étranger. La procédure suivie sera celle de l'Etat dans lequel se trouve le bien.

Lorsque le créancier est titulaire d'une sûreté réelle dont l'objet se situe dans un Etat membre de l'Union Européenne, il lui est vivement conseillé d'utiliser la voie du titre exécutoire européen.

190. **L'ouverture d'une procédure collective transfrontalière**. Le critère de la *lex rei sitae* s'applique également en cas d'ouverture d'une procédure collective transfrontalière en France pour les biens situés à l'étranger. En effet, si la procédure n'est pas européenne, les règles du droit international privé imposent que la procédure ouverte en France ne produise ses effets à l'étranger que si l'Etat destinataire donne l'exequatur au jugement d'ouverture. Dans ce cas, le créancier titulaire d'une sûreté réelle doit réaliser sa sûreté selon les règles applicables dans l'Etat de situation du bien. De même, en cas d'ouverture d'une procédure européenne, en principe, l'ouverture provoque une efficacité universelle de l'ouverture de la procédure en vertu du principe de reconnaissance de plein droit[693]. Toutefois, l'article 5 du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 prévoient que le créancier conserve « *le droit de réaliser ou de faire réaliser les biens et de se désintéresser sur le produit de la réalisation, en particulier en vertu d'un gage ou d'une hypothèque* ». Le créancier qui en est titulaire peut réaliser sa sûreté selon les règles de l'Etat dans lequel se situe le bien grevé[694].

Le créancier titulaire d'un gage ou d'une hypothèque se trouve relativement protégé quant aux effets de sa sûreté en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'étranger lorsque ses biens sont situés en France. Le créancier est soumis à la procédure étrangère mais il réalise sa sûreté selon les règles françaises.

En revanche, si la procédure est ouverte en France et que les biens grevés se situent sur le territoire d'un autre Etat-membre, la réalisation se fera selon les règles applicables dans l'Etat de situation du bien. Le créancier est soumis à la procédure française mais réalise sa sûreté selon les règles du droit étranger.

---

[692] Sur les coditions d'obtention du titre voir articles 4 et 6 du règlement 805/2004 du 21 avril 2004. Voir aussi **A. HUET**, Titre exécutoire européen, *in Rep. Droit international*, Dalloz.

[693] Article 16 du Règlement n° n° 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité, JO CE n°L. 160, 30 juin 2000, p ; 1

[694] **M. MENJUCQ**, L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières, Revue Proc. Coll., 2009, n° 3, étude 12, spéc n[os]66 à 69 ; **L.-C. HENRY, G. JAZOTTES**, Les biens dispersés sur le territoire de plusieurs Etats, *in* Dossier, Le périmètre de la défaillance économique, Actes du colloque de Toulouse du 10 sept. 2010, colloque inaugural de l'AJDA, *Rev. Proc. Coll*. Janv.-Févr. 2011, p. 95, spéc. p. 100

Les règles contenues dans le règlement n°1346/2000 permettent de préserver l'efficacité de la sûreté réelle du créancier. L'esprit de la disposition est de ne pas soumettre, en l'absence de droit européen des sûretés, le créancier à la *lex fori concursus* et de faire produire à sa sûreté les effets auxquels il pouvait s'attendre au jour de la constitution de celle-ci. Dans ce sens, le règlement n°1346/2000 peut occasionner du *forum shopping* comme dans les montage dits de « *double Luxco* » où par un astucieux système de domiciliation de sociétés en France et au Luxembourg combinées avec la constitution de nantissements croisés, le créancier peut *in fine* échapper aux effets de la procédure collective ouverte en France et bénéficier de l'efficacité de ses sûretés au Luxembourg[695].
En revanche, le créancier ne bénéficie pas de ce traitement de faveur si une procédure secondaire est ouverte dans l'Etat-membre où se situe le bien. Dans ce cas, ce dernier est soumis à la *lex fori concursus*[696].

La fragilité des droits de priorité augmente encore au regard du traitement que leur réserve le droit de l'insolvabilité interne.

B. Les avantages octroyés à certains droits de priorité et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

191. **La présentation générale du principe de soumission à la discipline collective.** Le droit de priorité du créancier garanti est également mis à mal en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité de son débiteur. En effet, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité soumet, en principe, les créanciers à une discipline collective. Ils ne peuvent pas poursuivre le débiteur (dans les procédures collectives cette interdiction concerne également les sûretés personnelles, les codébiteurs et les sûretés réelles pour autrui) et dans les procédures collectives, le cours des intérêts et le paiement des créancier sont suspendus. Le créancier titulaire d'un droit de priorité est souvent spolié de ses droits et n'obtient aucune satisfaction. Ces atteintes ont pour objet de préserver les intérêts du constituant débiteur ou de tiers non constituants et seront traités dans la seconde partie[697].

[695] **R. DAMMANN**, Percer le mystère du montage « double Luxco », BJE sept. 2013, n°5, p. 268
[696] Pour de plus amples explications voir notamment : Code des Entreprises en difficulté , dir. C. Saint-Alary-Houin, LexisNexis, 2013, spéc. p. 821 ; **L.-C. HENRY, G. JAZOTTES**, Les biens dispersés sur le territoire de plusieurs Etats, *in* Dossier, Le périmètre de la défaillance économique, Actes du colloque de Toulouse du 10 sept. 2010, colloque inaugural de l'AJDA, *Rev. Proc. Coll*. Janv.-Févr. 2011, p. 95, spéc. p. 100
[697] Voir n^{os} 347 et s., n^{os} 446 et s.

192. **La situation particulière du créancier titulaire d'un droit de priorité né du précédent propriétaire**. Toutefois, le créancier titulaire d'un droit de priorité né du précédent propriétaire se voit appliquer un régime plus souple. Certes, ce créancier subit les effets du jugement d'ouverture, il subit le gel du passif opéré par l'ouverture de la procédure[698] et est obligé de déclarer sa créance à la procédure[699] car il n'est pas créancier du débiteur soumis à cette procédure. En outre, les délais du plan ne peuvent pas lui être opposables car ce serait le priver totalement de ses prérogatives. Il disposerait donc d'un régime un peu hybride car le créancier n'est pas un créancier de la personne en procédure mais il dispose d'un droit réel sur le bien détenu par cette personne[700].

En dehors de ce cas particulier, le législateur, après le « *laminage* »[701] des titulaires de sûretés réelles classiques opérées par la loi du 25 janvier 1985, a pris conscience de l'importance de la nécessité de maintenir l'efficacité des suretés réelles. Dès la loi du 10 juillet 1994, il a mis en place des mécanismes permettant de protéger les intérêts de ces créanciers, principalement en cas de cession du bien grevé. Le phénomène s'est accentué avec les lois du 26 juillet 2005 et du 12 mars 2014. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle bénéficie de protections de l'efficacité de son droit en cas de cession du bien grevé (1). Le législateur fait également, sous certaines conditions, renaître le droit de poursuite du créancier dans la liquidation judiciaire. Cette mesure peut prendre place concerne autant l'option que la satisfaction car si le créancier peut exercer les poursuites, il n'en retire aucune satisfaction individuelle (2). Malgré ces efforts, les effets des sûretés réelles traditionnelles sont très largement affectés voir annihilés par l'ouverture d'une procédure collective. Réservons également la situation particulière du créancier hypothécaire sur un immeuble ayant postérieurement fait l'objet d'une déclaration notariée d'insaisissabilité. La position de la Cour de cassation tend à conférer à cette sûreté une efficacité totale en cas d'ouverture d'une procédure collective (3).

---

[698] **P . PÉTEL**, L'exercice du droit de suite à l'encontre du tiers détenteur placé sous procédure collective, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 54. D'autres auteurs arguent qu'il conviendrait de le soustraire à la procédure collective car il n'est pas soumis à déclaration de créance.

[699] Art R. 643-5 et R. 626-36 du Code de commerce. Ces dispositions issues du Décrêt n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 sont venues mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation qui retenait la solution inverse. Cass. Com., 11 juil. 2002, n° 00-20.981, *Bull. Civ.* IV, n° 103; *JCP E* 2002, II, 10116, note **J.-P. RÉMÉRY**; *JCP E* 2003, 194, n°6, obs. **M. CABRILLAC** ; *RTDCiv.* 2003, p.328, obs. **P. CROCQ** ; *Rép. Not. Defrénois*, 2003, art. 37691, n° 24, p. 417 et s. obs. **P. THÉRY** ; Voir aussi : Cass. Com. 15 oct. 2002, n° 99-17.526, Inédit

[700] **P . PÉTEL**, L'exercice du droit de suite à l'encontre du tiers détenteur placé sous procédure collective, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 54

[701] **F. MACORIG-VENIER**, L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans, *in Regards critiques sir quelques (r)évolutions récentes du droit*, dir. **J. Krynen** et **M. Hecquard-Théron**, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°2, 2005, p. 413, spéc. p. 419

1. Le sort du créancier titulaire d'une sûreté spéciale lors de la vente du bien grevé

193. **La vente du bien grevé d'une sûreté et les procédures collectives**. En cas d'ouverture d'une procédure collective, le bien grevé d'une sûreté réelle préférentielle peut être vendu. La vente peut intervenir à différents moments et prendre différentes formes. Il peut ainsi s'agir d'une vente isolée ayant lieu pendant la période d'observation ou pendant la liquidation judiciaire. Le bien grevé peut également être inclus dans un plan de cession. La vente de l'immeuble peut prendre trois formes, une vente par adjudication judiciaire, une vente par adjudication amiable ou une vente de gré à gré sur autorisation motivée du juge commissaire. Les meubles sont vendus soit par adjudication judiciaire, soit de gré à gré. Le droit de priorité du créancier se voit amoindri. Toutefois, le législateur a tenté de mettre en place des mécanismes permettant de sauvegarder, au moins en théorie, l'efficacité des droits de ces créanciers. Néanmoins, si l'intention est louable, la réalité économique des procédures collectives rend l'effort législatif vain.

194. **La consignation du prix, moyen de sauvegarde théorique de l'efficacité du droit de priorité**.

Lorsque le bien est vendu pendant la procédure collective[702], le prix de vente[703] correspondant aux sommes garanties par des sûretés spéciales (privilège spécial, nantissement, hypothèque[704] ou gage[705]) est consigné à la Caisse des dépôts et consignations[706]. L'excédent est remis à l'entreprise[707]. Cette consignation légale dure le temps de la période d'observation[708] ou le temps

[702] Le bien peut être vendu, de manière isolée pendant la période d'observation (Voir Articles L. 622-8 et R. 622-7 du Code de commerce), dans le plan de sauvegarde ou de redressement ou dans le cadre d'une cession de branche d'activité ou d'un plan de cession (Voir Article L. 642-12 du Code de commerce)

[703] Cette vente peut-être une vente volontaire ou une vente forcée, même intervenue à l'initiative d'un créancier postérieur impayé. Dans ce sens voir : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1071

[704] **J. ARGENSON, G. TOUJAS**, par **B. SOINNE**, Traité des procédures collectives, Litec, 2°éd., 1995, 1323. Ne concerne que les créances garanties par ces sûretés. Notons, que le changement de nom de l'antichrèse, devenue depuis 2009 « *gage immobilier* » permet au créancier titulaire de cette sûreté d'entrer dans le champ d'application de ce texte.

[705] La référence au gage a été ajoutée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 mettant fin au débat sur l'application ou non, de texte au gage. Voir **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°482-21

[706] Le prix est d'abord remis à l'administrateur ou à défaut au mandataire judiciaire, au commissaire à l'exécution du plan, ou au liquidateur, qui a l'obligation de consigner le prix auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Voir article R. 631-42 du Code de commerce.

[707] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°482-20 ; **J.-P. SÉNÉCHAL**, La vente des immeuble et la distribution de leur prix, *LPA*, 28 oct. 1998, n°129, p.36

[708] Dans l'hypothèse d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire aboutissant à l'adoption d'un plan.

nécessaire à la répartition du prix[709]. Elle ne permet pas à ces créanciers de demander le paiement immédiat[710], mais isole la somme d'argent sur laquelle ils sont supposés exercer leurs droits.

Afin de protéger le créancier titulaire d'une sûreté réelle spéciale, le législateur a prévu la consignation d'une quote-part du prix en cas de cession du bien pendant la période d'observation[711] et l'affectation d'une quote-part du prix de cession en cas de plan de cession[712]. Cette affectation se traduit cependant, sur un plan pratique, par une consignation[713].

Si ces deux hypothèses peuvent être rapprochées, elles comportent une différence notable quant à la somme consignée[714] ; dans l'hypothèse d'une cession d'actif pendant la période d'observation, seule est consignée une quote-part du prix de vente du bien grevé, alors que dans l'hypothèse d'un plan de cession, est consignée une quote-part du prix de cession global.
L'évaluation de la quote-part varie aussi d'un cas à l'autre.
En cas de plan de cession, avant l'ordonnance du 12 mars 2014, le montant de la quote-part de prix correspondait en principe au montant global des créances privilégiées, mais le juge pouvait le réduire. Il disposait d'un pouvoir souverain d'appréciation de la fraction de prix attribuée à chaque bien composant un ensemble plus vaste[715], sans recours pour les créanciers titulaires de droits de priorité[716]. Désormais, l'article L. 642-12 du Code de commerce prévoit que la quote-part du prix est « *déterminée au vu de l'inventaire et de la prisée des actifs et correspondant au rapport entre la valeur de ce bien et la valeur totale des actifs cédés* ». Ce texte, en se référant à des éléments objectifs, protège les créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles de l'arbitraire du juge et leur ouvre un recours en nullité pour excès de pouvoir[717]. En outre, il contraint le tribunal à motiver

[709] Dans l'hypothèse d'un plan de cession.
[710] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°482-21. L'article 2350 du Code civil est en l'espèce écarté à cause de la nature légale de la consignation.
[711] Article L. 622-8 du Code de commerce
[712] Article L. 642-12 duu Code de commerce
[713] **J.-J. FRAIMOUT**, Fasc. 2750 : Sauvegarde, Redressement et Liquidation Judiciaires . - Plan de cession. . - Effets (I) : obligations du cessionnaire, *J.-Cl. Procédures collectives*, spéc. n°20
[714] **J.-J. FRAIMOUT**, Fasc. 2750 : Sauvegarde, Redressement et Liquidation Judiciaires . - Plan de cession. . - Effets (I) : obligations du cessionnaire, *J.-Cl. Procédures collectives*, spéc. n°20
[715] Par exemple, lorsque le bien vendu est un fonds de commerce ou lorsque la cession est une cession de branche autonome d'activité ou encore que le bien est inclus dans un plan de cession totale dont la ventilation du prix n'a pas été indiquée antérieurement à la cession.
[716] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1071
[717] **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, spéc. n°62

sa décision quant au montant des sommes affectées[718]. Cette mesure tend toutefois à maintenir l'efficacité de ces sûretés.

En cas de cession isolée d'actif pendant la période d'observation, l'article L. 622-8 du Code de commerce prévoit la consignation d'une quote part du prix de cession du bien à la Caisse des dépôts. En principe, cette quote-part doit correspondre au « *aux créances garanties par ces sûretés* »[719]. Toutefois, le juge peut les réduire au profit de la trésorerie de l'entreprise. Contrairement à l'affectation en matière de plan de cession, la loi ne prévoit aucune directive relative à la détermination du montant de la quote-part de prix consignée. Celle-ci relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui constitue une faiblesse du dispositif.

Outre les modalités de calcul de cette quote-part, cette consignation de la quote-part de prix en cas de cession du bien pendant la période d'observation apparaît davantage comme une chimère[720] aux yeux des créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles spéciales.

En premier lieu, la consignation ne constitue pas une réelle affectation du prix au paiement des créanciers antérieurs privilégiés. La somme n'est pas réservée aux créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, car à la fin de la période d'observation, ces créanciers entrent en concours par les créanciers titulaires de privilèges généraux[721] (super privilège des salaires, frais de justice, privilège de *new money* et privilège de la procédure) qui viennent en rang utile sur la somme consignée[722].

En second lieu, les créanciers concernés sont payés à la fin de la période d'observation, après l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement[723]. Toutefois, par application des règles relatives au plan, le paiement n'est immédiat que si les créanciers renoncent à une partie de leur créance[724]. Le satisfaction est alors retardée ou amputée.

---

[718] **J. VALLANSAN**, Prévention et traitement des difficultés des entreprises . - Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, in *J.Cl. Procédures collectives*, Fasc. 1705, n°158.

[719] Article L. 622-8 du Code de commerce

[720] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°584-80 qualifie cet avantage de « *droit théorique* »

[721] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1071 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 7e éd., 2011, spéc. n°528 ; **F. MACORIG-VENIER**, Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Th. Toulouse, 1992, spéc. nos 205 et s

[722] Le classement a lieu selon les règles de la procédure ouverte. Voir dans ce sens, **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°584-82

[723] L'hypothèse de l'ouverture d'une liquidation judiciaire est exclue. **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°482-31

[724] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 7e éd., 2011, spéc. n°529. Ce professeur qualifie le renvoi opéré à l'article L.626-2 de « *sibyllin* ». ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1071 ; **F. PÉROCHON, R. BONHOMME**, *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ 2009, 8ème éd. spéc. n°371

195. **L'éventuel paiement provisionnel**. Néanmoins, les créanciers titulaires de privilèges spéciaux sur le bien vendu pendant la période d'observation peuvent accélérer le paiement en demandant un paiement provisionnel de la créance, sur autorisation du juge commissaire et sous condition de constitution d'une garantie bancaire. Le créancier obtient alors un paiement quasi immédiat, sans subir les effets de la consignation[725]. Cependant, cet avantage est en pratique inutile dans la mesure où les ventes d'immeubles ou de biens nantis ou gagés pendant la procédure collective sont rares et que la constitution d'une garantie bancaire est lourde[726].

196. **La substitution de garantie, un palliatif à la perte d'efficacité de la sûreté**. Les articles L. 622-28 et L.642-12 du Code de commerce prévoient comme alternative au paiement des créanciers munis de sûretés réelles spéciales, la substitution de garantie. Le droit de préférence spécial est remplacé par une garantie équivalente. Toutefois, l'équivalence des garanties est difficile à établir dans la mesure où la loi ne définit pas cette équivalence et que chaque garantie produit des effets juridiques et économiques propres[727].

197. **La protection du créancier titulaire d'une spéciale garantissant le crédit finançant l'achat du bien cédé dans un plan de cession**. Le législateur réserve un sort meilleur au créancier titulaire d'une sûreté immobilière ou mobilière spéciale[728] garantissant le crédit accordé pour l'achat d'un bien[729] qui a valablement déclaré sa créance lorsque ce bien est cédé dans le plan de cession[730]. En effet, la charge du prêt finançant l'acquisition du bien et corrélativement des sûretés spéciales qui le garantissent, sont automatiquement[731] transmis au cessionnaire[732]. Ce transfert automatique

---

[725] Ce paiement provisionnel est présenté par certains auteurs comme une exception à la consignation du prix. Voir par exemple **: P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°483

[726] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, spéc. n°571

[727] Leurs effets varient notamment selon la nature de la sûreté, les modes de réalisation ouverts et les circonstances. Voir notamment : **D. POHÉ**, La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janvier 1985, *Rev. Proc. Coll.*, 1992, p. 245, spéc. nos 21 et s.

[728] Il peut par exemple s'agir d'un nantissement sur le matériel et l'outillage. Voir notamment **Y. PICOD**, Le nantissement de matériel et d'outillage, in *J.Cl. Droit commercial*, spéc. n°37

[729] Ces deux conditions sont entendues très strictement. Le prêt doit indiquer sa destination (le financement du bien) – ce qui exclue le refinancement du bien - et la sûreté qui le garantit – ce qui implique que la sûreté soit concomitante à l'octroi du crédit. A défaut, les conditions ne sont pas remplies. Voir Cass. Com., 23 nov. 2004, n° 02-12.982 ; *Bull. Civ*. IV, n°204 *D*. 2005, AJ, p.142, obs. **A. LIENHARD** ; *D*. 2005, p. 292, obs. **F.-X. LUCAS** *RTDCom*. 2005, p. 596, obs. **C. SAINT-ALARY-HOUIN** ; *JCP E* 2005, p. 407, obs. **P.-M. LE CORRE**

[730] Article L.642-12 du Code de commerce.

[731] Sauf si le bien grevé n'est pas inclus par le repreneur dans son offre d'achat. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Le transfert de la charge du nantissement, *in* Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, colloque de Deauville 13-14 juin 1992, *RJ com*. 1992. n°spéc., p.152 et spéc.n°9 et nos17 et s ; voir aussi **M. CABRILLAC, P. PÉTEL**, Juin 1994, Le printemps des sûretés réelles ?, *D*. 1994, chron. 243, spéc. n°32

lui permet de s'opposer au plan de cession[733]. Il reçoit paiement des échéances postérieures au transfert selon les termes du contrat[734], sans délai[735] et sans perdre son droit à la quote-part du prix pour les échéances antérieures à la cession[736]. En cas d'impayé, il réalise sa sûreté selon les règles de droit commun, sans subir la contrainte des procédures collectives.

198. **Le sort variable du droit de suite**. Selon la forme de la vente choisie, le droit de suite se trouve purgé automatiquement ou non[737]. Ainsi, les ventes par adjudication judiciaire ou amiable purgent automatiquement le droit de suite. En revanche, les dispositions relatives aux ventes de gré à gré sur autorisation motivée du juge commissaire ne comportent aucune disposition relative à purge des droits de suites. Il faut en conclure que la purge n'est pas automatique et que l'acquéreur doit y procéder.

Si l'acquéreur omet de procéder à la purge, le créancier titulaire de la sûreté le conserve. Il peut alors, au moins sur un plan théorique, poursuivre la réalisation de sa sûreté sur le bien cédé.

Il est également à noter qu'en matière de plan de cession, l'article L.642-12 du Code de commerce a pour effet de dispenser l'acquéreur des formalités de purge, sans pour autant prévoir une purge automatique. Il doit obtenir une mainlevée d'inscription pour pouvoir radier les inscriptions. Toutefois, le droit de suite retrouve à s'exprimer lorsque le cessionnaire du bien l'aliène. Le droit

---

[732] Pour le professeur C. Saint-Alary-Houin, il s'agit plutôt d'un transfert de contrat que d'un transfert de la charge de la sûreté car il impose au repreneur d'exécuter le contrat, ce qui n'est pas un effet habituel des sûretés. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Le transfert de la charge du nantissement, *in* Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, colloque de Deauville 13-14 juin 1992, *RJ com*. 1992. n°spéc., p.152 et spéc. n^{os}10 à 12 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, spéc. n°1267 ; Dans le même sens, **M. CABRILLAC, P. PÉTEL**, Juin 1994, Le printemps des sûretés réelles ?, *D*. 1994, chron. 243, spéc. n^{os}29-30. Selon ses auteurs, la sûreté est transmise parce que le contrat de prêt est transmis en tant qu'accessoire de la dette, mais ce n'est pas seulement une transmission de sûreté.

[733] **C.-H. CARBONI**, Les difficultés du traitement des créanciers dans la mise en œuvre des plans de cession, *RLDAff* 2008, n°29, p. 85. Selon l'auteur, cette faculté est, en pratique, retirée au tribunal du fait de la règle du transfert de la charge des sûretés pour être attribué au créancier titulaire de la sûreté et dans la majorité des cas des banques.

[734] **M. CABRILLAC, P. PÉTEL**, Juin 1994, Le printemps des sûretés réelles ?, *D*. 1994, chron. 243, spéc. n°36. Ces auteurs citent : CA Caen, 1er oct. 1987, rev. Proc. Coll. 1988. 320, spéc. n°15, obs. **B. SOINNE**

[735] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, spéc. n° 1268 et 1269 ; **M. CABRILLAC, P. PÉTEL**, Juin 1994, Le printemps des sûretés réelles ?, *D*. 1994, chron. 243, spéc. n°29 ; Le montant des échéances du contrat repris ne sont pas comprises dans le prix de cession : Cass. Com. 23 nov. 1993, *JCP E* 1994, I, 348, spéc. n°3, obs. **M. CABRILLAC,** à propos du prix d'un matériel nanti.

[736] Cass. Com. 23 nov. 1993, n° 91-16846, *Bull. Civ*. IV, n°420; *JCP G* 1994, I, 365, n°21 obs. **P. SIMLER** et **P. DELEBECQUE**; *LPA* 26 janv. 1994, n°11, p. 13, obs. **B. SOINNE**; *RTDCiv*. 1994, p.910, obs. **M. BANDRAC** ; cette jurisprudence fait application des solutions proposées notamment par le professeur C. Saint-Alary-Houin. Voir : **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Le transfert de la charge du nantissement, *in* Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, colloque de Deauville 13-14 juin 1992, *RJ com*. 1992. pp. 152 et s. ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1071 ;

Le projet d'ordonnance consacrait cette faculté de cumul entre la quote-part de prix et le transfert de sûretés tout en indiquant que le tribunal devait tenir compte du transfert de charge dans l'évaluation de la quote-part allouée au créancier. Cette disposition n'a cependant pas été reprise dans l'ordonnance. Voir notamment **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, spéc. n°62

[737] Pour une étude générale voir **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°979

des créancier titulaires de droit de suite est ici maintenu jusqu'au complet paiement du prix par le sous-acquéreur[738]. En effet, les raisons qui justifiaient la paralysie du droit de suite – le sauvetage de l'entreprise et de l'emploi – disparaissent lorsque le cessionnaire revend le bien. Il n'y a alors aucune raison de priver ces créanciers de leur droit de suite et du paiement de leur créance.
Une autre exception, en apparence avantageuse pour le créancier muni d'une sûreté réelle, réside dans le droit de reprise des poursuites individuelles qui lui est accordé dans certaines circonstances.

2. La reprise et le maintien des poursuites individuelles

199. **La reprise des poursuites, un remède à la carence du liquidateur**. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, le créancier titulaire d'une sûreté réelle spéciale[739], ou le Trésor pour ses créances privilégiées[740], peuvent remédier à la carence du liquidateur qui n'a pas entrepris les opérations de liquidation dans les trois mois suivants le prononcé de la liquidation judiciaire ou lorsqu'aucune offre de cession n'a été formulée dans le délai fixé par le tribunal[741]. L'inaction du liquidateur peut également résulter de l'absence de reprise d'instance par le liquidateur subrogé dans les droits du débiteur[742]. Le manquement du liquidateur est caractérisé lorsqu'il n'a pas entrepris la vente du bien grevé. Toutefois, un simple commencement d'exécution comme le dépôt d'une requête aux fins d'autorisation de vendre le bien[743] suffit à démontrer son action[744].

200. **Une reprise des poursuites selon les règles des procédures collectives**. Lors de l'exercice des poursuites, le créancier privilégié doit respecter les règles applicables en matière de procédures collectives[745]. Par exemple, pour recourir à une saisie immobilière, le créancier ne peut pas

---

[738] Voir notamment : **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, spéc. n°1272. Voir aussi **F. CHERCHEVE**, Purge et radiation des hypothèques grevant un immeuble en application d' un plan de cession d'une entreprise, *Gaz. Pal*. 6 févr. 1992. L'article est écrit au sujet de la loi de 1985 mais les remarques effectuées demeurent d'actualité ; Comp avec **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°979

[739] Ceci comprend les privilèges spéciaux, les nantissements, les hypothèques et les gages avec ou sans dépossession et depuis le changement de dénomination de l'antichrèse, le gage immobilier. Il comprend également au créancier privilégié de l'époux *in* bonis sur un bien commun (Voir : Cass. Ass. Plén., 23 déc. 1994, *D*. 1995, J., p. 145, rapp. **Y. CHARTIER**, note **F. DERRIDA** ; Cass. Com. 2 févr. 1999, *Rev. Proc. Coll*. 2000. 11, obs. **F. MACORIG-VENIER**.)

[740] La loi ne précisant pas, il convient de considérer que cette prérogative est attaché à tous les privilèges du Trésor, spéciaux ou généraux.

[741] Article L. 643-2 du Code de commerce

[742] **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE BROLY**, *Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté* , Sirey, 2°éd., 2006, n°332

[743] Dans ce sens : **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE BROLY**, *Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté* , Sirey, 2°éd., 2006, n°332

[744] Cass. Com., 28 mai 1991, *Bull. Civ. IV*, n°186 ; *D*. 1991, Somm. 333, obs. **A. HONORAT**; *JCP E* 1991, I, 100, n°6, obs. **M. CABRILLAC** ; *Rev. Proc. Coll*. 1992, 110, obs. **B. DUBREUIL**

[745] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 7e éd., 2011, spéc. n°1232

s'affranchir de l'autorisation du juge commissaire, sous peine de nullité de la poursuite. De même, il ne peut pas demander la résolution d'un contrat interdite par le jugement d'ouverture[746].
La reprise des poursuites par le créancier garanti semble limitée car elle paraît être paralysée lorsque l'ordonnance autorisant le liquidateur à vendre les biens grevés devient définitive[747].

La reprise des poursuites permet à nouveau au créancier titulaire de la sûreté réelle de réaliser cette dernière. Sous cet angle, ces dispositions sont relatives à l'option du créancier. Cependant, s'il peut réaliser sa sûreté, cette dernière ne lui procure aucune satisfaction dans la mesure où les sommes obtenues sont remises aux organes de la procédure.

201. **Une action menée dans l'intérêt collectif et non dans l'intérêt de son titulaire**. Toutefois, le créancier n'agit pas dans son intérêt privé mais dans l'intérêt collectif[748]. Le droit conféré est seulement un droit d'action au sens technique, un droit de mener l'action car l'intérêt à agir n'est pas un intérêt individuel mais un intérêt collectif. Le prix de vente doit être remis au liquidateur pour que ce dernier procède aux répartitions[749]. Le créancier mène l'action mais a peu de chance d'en récolter les produits.
Ainsi, cette faculté n'est un avantage qu'en apparence.

3. La situation favorable du créancier titulaire d'une sûreté immobilière antérieure à une déclaration notariée d'insaisissabilité.

202. **Le maintien des poursuites au bénéfice des créanciers se prévalant de l'inopposabilité de la DNI**. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la déclaration notariée d'insaisissabilité met le créancier hypothécaire dont la sûreté a été publiée avant la déclaration dans une situation favorable. Jugeant la DNI opposable aux procédures collectives, seuls les créanciers auxquels la déclaration n'est pas opposable – les créanciers antérieurs et les créanciers non professionnels – peuvent intenter des poursuites contre les immeubles objets de cette déclaration.

---

[746] A propos du créancier titulaire d'un privilège du vendeur intentant une action résolutoire de la vente antérieure au jugement d'ouverture : Cass. Com. 19 déc. 1995, *Bull. Civ*. IV, n°305; *D*. 1996, 145, note **M.-J. CAMPANA**; *D*. 1996, Somm. 390, obs. **S. PIEDELIÈVRE**, critique la décision car elle va à l'encontre du lien qui existe entre action récursoire et privilège du vendeur, ce qui provoque un affaiblissement de la sûreté ; *RTDCom* 1996, 533, note **A. MARTIN-SERF** (même sens que M.-J. Campana, ne pas distinguer, peut faire une reprise des poursuites, cependant, il se voit opposer l'interdiction des poursuites); *JCP E* 1996, I, 554, n°13, obs. **P. PÉTEL**

[747] **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE BROLY**, *Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté* , Sirey, 2°éd., 2006, n°332

[748] Voir par exemple : **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE BROLY**, *Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté* , Sirey, 2°éd., sept. 2006, n°330

[749] **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE BROLY**, Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté , Sirey, 2°éd., 2006, n°332

Poursuivant la logique impulsée par la Cour de cassation, il est possible de considérer que le créancier titulaire d'une sûreté réelle peut réaliser sa sûreté malgré l'ouverture d'une procédure collective. Ces créanciers se trouvent donc dans une situation favorable car leur droit de poursuite et l'efficacité de leur sûreté est maintenue.

Cette interprétation et les interprétations contraires seront développées ultérieurement. En effet, cette utilisation de la déclaration notariée d'insaisissabilité offre au créancier, même en cas d'insolvabilité du constituant, une sûreté d'une grande efficacité, ce qui constitue un emploi inattendu de ce mécanisme. Cette dernière a en effet été conçue comme un moyen de protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel. Pour cette raison, l'ensemble des questions relatives à la DNI seront étudiées dans la seconde partie[750].

***

203. **Conclusion**. Le bilan qui a été dressé du droit de priorité se révèle globalement négatif. Le droit de priorité s'avère être un droit aux effets imprévisibles. Il nécessite l'établissement d'un ordre hiérarchique, tâche d'une grande complexité. De plus, l'efficacité potentielle du droit se trouve anéantie par l'existence de droits exclusifs qui conservent leur efficacité même lorsque le constituant fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Si le droit des procédures collectives contient, sur le plan théorique, quelques instruments de préservation de l'efficacité des sûretés réelles préférentielles antérieures, leur étude montre qu'en pratique ils sont peu ou pas protecteurs des intérêts du créancier. Le résultat est loin des objectifs de simplicité et d'efficacité posés par le législateur de 2006.

L'état du droit positif, le peu de changement apporté par les réformes amène à s'interroger sur la véritable volonté politique de rénover le droit des créanciers titulaires d'un droit de priorité. Le législateur de 2006 a peu modifié les effets des sûretés réelles préférentielles. Il en a rénové la classification. Sans retoucher les règles de classement, il a octroyé à la majorité des créanciers titulaires d'un droit de priorité la faculté de le transformer en un droit exclusif. La loi de 2008 est venue renforcer l'efficacité du gage, non pas en améliorant son classement mais en lui octroyant un droit de rétention fictif[751] ou en lui permettant de transformer son droit de priorité en un droit exclusif, notamment par le développement des attributions en propriété. Pourtant, les sûretés préférentielles comportent de réels avantages. Elles évitent le gaspillage du crédit du débiteur puisque plusieurs sûretés peuvent être consenties sur le même bien. Elles ne sont pas, en principe,

[750] Voir n^{os} 436 et s.
[751] Voir article 2486 alinéa 4 du Code civil

source d'un endettement excessif du constituant. Une simplification des classements et un meilleur sort lors de l'ouverture d'une procédure collective permettrait de leur redonner une cohérence et une efficacité convenables.

Section 2. *De lege ferenda*, une satisfaction en quête d'amélioration

204. Nous avons pu identifier, comme cause de la complexité des procédures de classement, le trop grand nombre de sûretés réelles, notamment de privilèges et de sûretés mobilières conventionnelles, ainsi que l'incompatibilité des principes de classement et l'amoindrissement de leur efficacité par les procédures d'insolvabilité.

La doctrine a tenté, à plusieurs reprises, de proposer des solutions qui prolongeraient le retour vers l'efficacité des sûretés réelles préférentielles. Ces suggestions sont diverses. Certaines sont radicales, elles consistent soit en l'adoption d'une sûreté réelle unique, soit en la suppression de l'ensemble des privilèges. Ces solutions nous semblent devoir être exclues au profit d'une solution médiane.

205. **Les solutions exclues**. Différentes solutions de simplification ont été suggérées par les auteurs. Pour une partie d'entre eux, la solution résiderait dans la réception par le droit français du système du *Security interest américain*[752] ou de *l'hypothèque mobilière québécoise*[753], c'est-à-dire à l'adoption d'un système fonctionnel de sûreté réelle mobilière unique[754] en lieu et place du système civiliste de sûretés mobilières plurales et réelles fondées sur le lien direct unissant le créancier et l'objet de la sûreté.

Il est important de noter que dans les législations nationales ayant adopté cette conception, la diversité des sûretés réelles continue de subsister car, bien souvent, l'harmonisation ne concerne que les sûretés réelles conventionnelles[755].

---

[752] Voir notamment : **J. F. RIFFARD**, *Le security interest ou L'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français*, préf. **J. Stoufflet**, PU de Clermont-Ferrand, 1997, spéc. n^{os} 496 et s, n^{os}647 et s.

[753] Voir notamment : **D. LEGEAIS**, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Avant-propos **J. Stoufflet**, Préf. **P. Rémy**, Economica, coll. Droit des affaires et entreprise, 1986, n°637

[754] Ce système a été retenu par la Banque Européenne de reconstruction et de Développement et préconisé aux pays de l'ex bloc soviétique. Il a été adopté par une majorité d'entre eux. Il est également recommandé par la CNUDCI dans le *Guide sur les opération garanties*.

[755] Le droit américain voit coexister les sûretés mobilières conventionnelles avec les privilèges et les sûretés sur les immeubles. En Europe, la Belgique dont le projet de loi suggère l'adoption d'une notion fonctionnelle de la sûreté ne concerne que les sûretés mobilières conventionnelles. La proposition va moins loin que la législation américaine car elle laisse, à côté du « gage », les sûretés fondées sur un droit de propriété comme la réserve de propriété. Elle se rapproche

Cette conception n'a été retenue ni par le groupe de réflexion présidée par le Monsieur M. Grimaldi, ni par le législateur de 2006, qui ont renouvelé leur attachement à la notion civiliste de sûreté réelle et à sa pluralité. Même si ce système, né dans un système juridique de *Common Law* (les Etats-Unis), a été adopté et adapté aux systèmes de droit civil (Québec), ce choix doit, à notre sens, être respecté. En effet, l'adoption d'un tel système se heurte à divers obstacles. Au plan technique, l'intervention des notaires et les rouages de la publicité foncière rendent la transposition difficile[756]. De plus, les catégories juridiques des sûretés réelles existantes sont bien connues des praticiens, une modification en ce sens jetterait le trouble et nuirait à la sécurité juridique[757]. En outre, l'adoption de cette solution engloberait tous les mécanismes de garanties, y compris les mécanismes du régime général des obligations qui ont un effet de garantie telle que la compensation.

A côté de ce changement radical, une autre voie de simplification, conséquence ou non de l'adoption d'un système fonctionnaliste, consisterait, à l'instar des droits québécois ou australien, à supprimer les privilèges. Il est vrai que la multiplicité des privilèges nuit à l'établissement du classement.

L'une et l'autre des solutions proposées ne nous satisfont pas. La première, malgré une apparente simplicité des règles, comporte de nombreuses exceptions[758]. La seconde provoquerait un séisme parmi les créanciers privilégiés. Le privilège n'existe que parce que l'intérêt qu'il protège est jugé digne de protection. Si certains privilèges peuvent être supprimés, tous ne peuvent l'être. Certains intérêts sont dignes de protection et la suppression du privilège ne saurait les faire disparaître.

206. **Les solutions retenues**. Les solutions qui ont nos faveurs sont plus nuancées et relèvent de la combinaison de plusieurs propositions, facilement adoptables en droit français car elles consistent en l'extension de règles connues, les règles applicables en matière immobilière. Une telle position permet de simplifier les règles de classement, mais également de créer un droit commun du classement des créanciers titulaires de sûretés.

Il est cependant certain que la simplification des classements passe d'abord par une diminution du nombre de privilèges et des sûretés réelles mobilières conventionnelles et par une modification de leur traitement (§1). Elle implique ensuite l'amélioration du traitement réservé au créancier titulaire d'un droit de priorité lorsque son débiteur bénéficie d'une procédure du livre VI du code de commerce (§2).

---

davantage de la solution adoptée par le Québec sous la forme de « l'hypothèque mobilière» qui regroupe toutes les sûretés conventionnelles mobilières, à l'exclusion des « quasi sûretés », sûretés fondées sur un droit de propriété.

[756] **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255

[757] Cela nuirait à l'accessibilité de la règle de droit.

[758] La longueur de l'article 9 UCC en témoigne

§1. La simplification du classement des sûretés réelles

207. **Une double modification**. La simplification des classements des droits de priorité implique deux modifications. Sans aller jusqu'à l'adoption d'une sûreté réelle mobilière unique ou la suppression de tous les privilèges, une diminution du nombre de sûretés réelles mobilières et particulièrement des sûretés réelles spéciales s'impose. Elle permettrait de rationaliser le nombre de privilèges, d'identifier plus facilement les privilèges applicables et de procéder plus aisément et plus rapidement au classement des créanciers. La diminution du nombre de sûretés réelles mobilières doit, à notre sens, s'accompagner de la suppression du caractère occulte des privilèges (A).
En outre, l'éclatement des registres de publicité impose une fusion de ces différents registres sous la forme d'un registre national unique. Les deux propositions précédentes imposent une modification des principes de classement en transposant le régime applicable aux hypothèques immobilières (B)..

A. La simplification par la suppression de certaines sûretés réelles mobilières

208. Le droit des sûretés réelles mobilières s'illustre par une très grande diversité. Cette diversité nuit à l'établissement des classements. Elle rend plus difficile l'identification des droits de priorité prenant rang. Elle crée inutilement des conflits entre certaines sûretés. A notre sens, la simplification du classement des droits de priorité impose en premier lieu une diminution de leur nombre, ce qui implique la suppression de certaines sûretés conventionnelles (1) et de certains privilèges (2).

1. La suppression de certaines sûretés conventionnelles

209. **La généralisation de l'assiette des sûretés mobilières conventionnelles préférentielles**. Une réduction des sûretés réelles conventionnelles fondées sur un droit de préférence semble s'imposer. L'ordonnance du 23 mars 2006 a redessiné la matière en opposant le nantissement et le gage, selon la nature incorporelle ou corporelle de l'assiette. Sous l'impulsion de la pratique, le législateur a opéré une généralisation de leur assiette, leur permettant désormais de porter sur un bien ou un ensemble de biens, présents ou futurs. Cette généralisation de l'assiette et l'inclusion de ces sûretés dans le Code civil ont fait du gage et du nantissement des sûretés réelles de droit commun, pouvant englober l'ensemble des gages et des nantissements spéciaux. Ainsi, devraient

être supprimées presque « *toutes les sûretés spéciales passées, nées pour pallier les anciennes insuffisances des sûretés modèles* »[759].

210. **La suppression des sûretés réelles spéciales sans régime juridique spécifique**. Malgré la généralisation de l'assiette des sûretés réelles de droit commun, toutes les sûretés réelles spéciales ont été maintenues. Certaines sûretés réelles spéciales, comme les nantissements de droits de propriété intellectuelle et industrielle ou le nantissement de droits d'exploitation de logiciel, ne comportent pas de régime juridique propre, excepté le registre sur lequel elles doivent être publiées. Leur régime est entièrement dicté par les règles de droit commun. L'élargissement de l'assiette des sûretés mobilières préférentielles de droit commun rend l'existence de ces sûretés spéciales inutile. Elles ont donc vocation à être supprimées et devraient être abrogées[760].

211. **La suppression de certaines sûretés réelles spéciales au régime juridique spécifique**. D'autres sûretés, comme le gage commercial, le gage de stocks du Code de commerce, le nantissement de fonds de commerce, le gage de matériel et d'outillage, les warrants, le nantissement de compte-titre, le nantissement de films cinématographiques ou le nantissement de créance, bénéficient d'un régime juridique complet et spécifique. Leur maintien doit toutefois être remis en question, notamment lorsque ce régime est proche du droit commun.

Ainsi, Monsieur D. Legeais[761] plaide pour la suppression des sûretés réelles du Code de commerce. Monsieur O. Gout suggère une suppression des gages sur stocks du Code de commerce, du gage de matériel et d'outillage et des hypothèques mobilières[762]. Seraient notamment supprimés le gage commercial, le gage de stocks, le gage de matériel et d'outillage, le gage de véhicule automobile. En revanche, lorsque les sûretés réelles préférentielles spéciales, comme le nantissement de fonds de commerce ou les warrants, comportent une véritable spécificité, elles justifient que leur régime soit maintenu. En outre, il serait souhaitable de revenir sur les éclaircissements relatifs aux nantissements (nantissements de monnaie scripturale notamment) suggérés par la commission Grimaldi[763].

---

[759] O. Gout, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255

[760] Voir dans ce sens ; **L. D'AVOUT, F. DANOS**, Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles, *Dr. et Patr*. 2013, n°227 ;

[761] **D. LEGEAIS**, La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer, *in Etudes offertes au doyen P. Simler*, Dalloz, 2006, p. 237, spéc. n°14

[762] **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255

[763] Dans ce sens, voir Rapport Grimaldi, spéc. p. 13 http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf ou www. justice.gouv.fr/publications-10047/rapport-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html ; **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, RTD Civ. 2013 p. 255

Outre la complexité et le manque de lisibilité, le maintien de nombreuses sûretés réelles spéciales crée, lorsque l'ordre public ne s'y oppose pas, des situations de concurrence entre les sûretés conventionnelles. Ainsi, le gage de stocks du Code de commerce, œuvre de l'ordonnance du 23 mars 2006, entre en concurrence avec un gage de droit commun portant sur des marchandises. Ce type de concurrence n'est pas souhaitable, d'autant qu'en l'espèce, le gage de stocks a un régime juridique moins souple que le gage de droit commun. Certains auteurs ont pu soutenir que ces gages et nantissements spéciaux tomberaient d'eux-mêmes en désuétude par désaffection de la pratique. Toutefois, la jurisprudence s'est montrée hostile à cette interprétation et par un arrêt du 19 février 2013[764], la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que lorsque l'une des parties au contrat de gage portant sur des stocks est un établissement de crédit, les parties ne peuvent pas utiliser le gage de droit commun. Elles se trouvent dans l'obligation d'utiliser le gage de stocks prévu à l'article L. 527-3 du Code de commerce. Il en ressort que lorsque les conditions du gage de stocks du Code de commerce sont remplies, les parties ne peuvent pas conventionnellement utiliser le gage de droit commun, même si l'assiette de ce dernier permet d'englober le gage de stocks du Code de commerce. Cette interprétation peut être étendue aux autres sûretés réelles spéciales. Ainsi, les sûretés réelles préférentielles spéciales considérées comme superflues ne peuvent pas tomber en désuétude au profit des sûretés de droit commun. La disparition de ces sûretés préférentielles spéciales inutiles nécessite donc leur abrogation.

Cependant, il convient de noter que certains juges du fond, en particulier la Cour d'appel de Paris[765], se montrent réticents à appliquer cette jurisprudence. La question devrait donc à nouveau être posée à la Cour de cassation et il faut espérer un revirement.

212. **Le gage de droit commun, la sûreté réelle mobilière de droit commun ?** Au-delà, au regard de l'étude du régime du gage et du nantissement de droit commun, le gage semble s'imposer comme la sûreté réelle de droit commun et la classification proposée ne paraît avoir qu'un intérêt

---

[764] Cass. Com, 19 févr. 2013, pourvoi n° 11-21.763, FS-P+B+R+I ; *Gaz Pal*. 28 mars 2013, n°87, p. 9, note **M. MIGNOT** ; Gaz. Pal. 20 mars 2013, n°79-80, p. 22 obs. **M.-P. DUMONT-LEFRAND** ; *RTDCiv.* 2013, p. 418, obs. **P. CROCQ** ; *D.* 2013. Chron. 1172, note **H. GUILLOU***; RLDC.* 2013/103, n°5047, note **C. GIJSBERS** , *RLDAff*. 2013, n°82, p. 30 obs J. Clavel-Thoraval ; *BJE*. mai 2013, p 149, note **N. BORGA** ; *LPA* 17 juin 2013, n°120, p. 19, note **N. BORGA** ; *RDBF* mars 2013, p. 53, obs. **D. LEGEAIS** ; Banque mai 2013, n°760, p. 86 obs. **J.-L. GUILLOT** ; JCP E 2013, n°21, p. 39, obs. N. Mathey ; *JCP G* 2013, n°11, p. 541, obs. **A. CERLES** *; JCP G 2013, n°19, p ; 930, obs***. N. MARTIAL-BRAZ** *; LPA* 29 mai 2013, n°107, p. 7, note **L. ANDREU, J.-F. QUIEVY** ; LPA 26 avril 2013, n)84, p. 16, obs. **S. CALME** ; *RTDF* 2013, n°2, p. 54, note **D. TEYSSIER ;** L**. D'AVOUT, F. DANOS**, Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles, *Dr. et Patr*. 2013, n°227

« *S'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession* ».

[765] CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *D*. 2014. 924, obs. **C. GIJSBERS** ; *RLDC* juill-août 2014. 38, obs. **J. CLAVEL-THORAVAL** ; *JCP* 2014. Doctr. 635, obs. **P. DELEBECQUE** ; *Gaz. Pal*. 4-5 juin 2014, p. 20, obs. **M.-P. DUMONT-LEFRAND** ; *Banque et Droit* mai-juin 2014. 58, obs. **N. RONTCHEVSKY**. Voir aussi **Y. BECKERS**, Quel gage pour les établissements de crédit ? Gage de droit commun sans dépossession ou gage de stocks ?, *RDBF*. 2014. p. 111

pédagogique. En effet, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le gage n'est plus un contrat réel et la dépossession, au même titre que l'enregistrement, n'est plus qu'une formalité de publicité. Le gage doit être écrit et peut être réalisé par la vente du bien ou son attribution conventionnelle ou judiciaire en propriété. Qu'il soit avec ou sans dépossession, il confère à son titulaire un droit de rétention. Le droit de rétention apparaît comme un effet légal du gage. Le gage prévu par les articles 2333 et suivants du Code civil est le gage de droit commun.

Toutefois, les règles relatives au nantissement renvoient aux règles du gage de droit commun. Ainsi, l'article 2355 du Code civil renvoie, pour les dispositions applicables au nantissement autre que le nantissement de créance, aux règles du gage. Le régime du gage constitue le régime du nantissement autre que les nantissements spéciaux, tels que le nantissement de créance. En outre, comme ce nantissement constitue le nantissement de droit commun, le renvoi de l'article 2355 a pour effet de faire des règles du gage, les règles de droit commun des nantissements.

Ce constat amène à poser la question de la pertinence du maintien des deux catégories de sûretés. En effet, si la distinction de l'assiette permet de différencier le gage et le nantissement, l'extension de l'assiette du gage permettrait de fusionner les deux sûretés de droit commun pour n'en créer qu'une. C'est la proposition retenue par le droit belge des sûretés mobilières qui consacre une sûreté réelle mobilière conventionnelle et préférentielle unique[766].

Cette fusion permettrait de simplifier et de clarifier le paysage des sûretés mobilières conventionnelles. Toutefois, une telle extension poserait des difficultés quant au droit de rétention. En effet, l'extension pourrait avoir pour effet d'étendre le domaine du droit de rétention de l'article 2286 alinéa 4 aux nantissements[767]. De plus, cette transposition ne viserait qu'à réunir le gage et le nantissement de droit commun. Subsisteraient des nantissements spéciaux tels que le nantissement de créance, le nantissement de compte d'instruments financiers. La solution adoptée, serait semble-t-il un retour en arrière, un retour à la situation antérieure à 2006 qui regroupait sous la bannière « nantissement », l'ensemble des sûretés réelles mobilières conventionnelles fondées sur un droit de préférence. Les précisions terminologiques et la clarté dans la présentation des différentes sûretés conventionnelles mobilières fondées sur un droit de préférence apportées par l'ordonnance du 23

[766] Voir article 2072, 2073 et s du code civil belge. Voir aussi : Projet de réforme: http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp

[767] L'interprétation littérale des articles 2286 alinéa 4 et 2355 du Code civil permet de reconnaître l'existence d'une droit de rétention rattaché au nantissement de biens autres que des créances. La question était toutefois débattue. Voir notamment **P. CROCQ**, Nantissement, *Rep. Civil*, Dalloz, spéc. n°60 ; **N. MARTIEL-BRAZ**, Grandeur et décadence du droit de rétention, *RLDCiv*. Avril 2001, n°81, (manque la page) **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255. La Cour de cassation est venue trancher cette question en déniant au créancier nanti sur le fonds de commerce tout droit de rétention fictif au motif 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* […] ». Cass. Com., 26 nov. 2013, n° 12-27390

mars 2006, doivent être conservées. Même si le nantissement de droit commun et le gage de droit commun ont des régimes identiques, la classification doit perdurer.

2. La suppression de certains privilèges

213. L'établissement du classement nécessite d'abord d'identifier les privilèges prenant rang. Cette identification est plus complexe lorsque les privilèges sont très nombreux et figurent dans divers textes. En outre, le nombre important de privilèges multiplie le nombre de créanciers prenant rang sur le même bien. En droit français, établir le classement n'est pas aisée car les privilèges sont très nombreux, ne sont pas publiés et figurent dans divers textes. La simplification des classements peut donc emprunter la voie de la suppression de certains privilèges. Si la suppression de tous les privilèges apparaît comme « *utopique ou prophétique* »[768], il est toutefois possible d'en réduire considérablement le nombre. Il convient de distinguer le sort réservé aux privilèges généraux (a) et aux privilèges spéciaux (b).

a) La suppression de certains privilèges généraux

La question de la suppression des privilèges généraux se pose dans trois cas : les privilèges inusités, les privilèges généraux du Trésor et de la sécurité sociale et les privilèges établis par les procédures collectives.

214. **La suppression des privilèges inusités**. Certains privilèges sont tombés en désuétude[769] et ne sont plus utilisés. Il paraît donc opportun de les supprimer[770]. Ainsi, ont vocation à disparaître les privilèges anciens et obsolètes tels que le privilège des frais de dernière maladie[771] et le privilège de la victime d'un accident de la circulation pour les frais médicaux[772] occasionnés, qui, depuis la création de la sécurité sociale, sont devenus désuets.

---

[768] **M. MOURONT**, Discours du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal*. 1978, 2, Doctr. p. 611

[769] Sur la désuétude comme cause d'abrogation d'une loi, voir **J. CARBONNIER**, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd. 2007, spéc. p.138

[770] Dans ce sens, voir **C. MOULY**, La transparence des sûretés réelles, *in Les garanties et le crédit aux entreprises*, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, p. 171, spéc. p.182

[771] Art. 2331 2° du Code civil

[772] Art. 2331 6° du Code civil

215. **La question de la suppression des privilèges du Trésor et de la sécurité sociale**. La classe politique et le MEDEF[773], sur le modèle allemand[774], ont proposé de supprimer le privilège du Trésor[775] au motif que cette abrogation faciliterait l'accès au crédit des PME[776]. En effet, le privilège du Trésor et de la sécurité sociale, privilèges généraux, absorbent une grande partie de l'actif au détriment des créanciers munis de sûretés conventionnelles et des créanciers chirographaires. Suite à l'élection présidentielle de mai 2012, cette suggestion semble désormais enterrée, l'administration fiscale ayant par ailleurs souligné le coût important d'une telle réforme en termes de recouvrement de l'impôt[777].

Cette solution a pourtant été retenue par différents Etats. L'Allemagne, l'Angleterre[778], les Pays-Bas et l'Australie ont supprimé le privilège du Trésor. Cette dernière, afin de permettre un recouvrement efficace des créances de son administration fiscale, retient la responsabilité des gérants et administrateurs de sociétés en cas de non-paiement de l'impôt[779]. Le projet belge de réforme des sûretés mobilières retiennait une solution analogue en supprimant le privilège du Trésor attaché aux impôts et en faisant peser sur les gérants et administrateurs une obligation solidaire de paiement de l'impôt. La technique de la solidarité était préférée à celle du privilège. En revanche, le projet maintient les privilèges spéciaux, les hypothèques légales et les privilèges généraux fondés sur les droits de succession et de douane du Trésor belge[780]. Les privilèges de la sécurité sociale seraient soumis au même régime.

---

[773] Mouvement des Entreprises de France

[774] L'Allemagne a supprimé le privilège du Trésor en 1999, voir article **M. VISOT** pour le journal Le Figaro : http://elections.lefigaro.fr/presidentielle-2012/2012/03/19/01039-20120319ARTFIG00689-la-fin-du-privilege-du-tresor.php

[775] Ces propositions ont été faites à propos des procédures collectives mais elles peuvent être transposées ici.

[776] **M. AUBIER, F. CHARBONNIER**, Les banques et le financement des PME, complément au Rapport du Conseil de l'analyse économique, *Le financement des PME*, La documentation française, Paris 2009, spéc. pp. 134 ; **N. SARKOZY**, Emission télévisée, M6 Capital du 18 mars 2012, *« Pour les PME nous supprimerons le privilège du Trésor public pour inciter les banques au prêt »*. Propos rapportés par M. Visot pour le journal Le Figaro : http://elections.lefigaro.fr/presidentielle-2012/2012/03/19/01039-20120319ARTFIG00689-la-fin-du-privilege-du-tresor.php ; Le MEDEF, le 19 décembre 2011, dans ses propositions adressées aux candidats à l'élection présidentielle 2012 : http://mailing.medef.com/adherents/propo4.pdf

[777] Voir note effectuée par l'Institut de l'entreprise : http://www.debateco.fr/node/10496

[778] Pour une présentation, voir **J. FRANTZ**, Pour la suppression des privilèges des créanciers fiscaux et sociaux, CCI Paris, 2012, spéc. p.5 ; http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/privilege-creanciers-publics-fra1210.pdf

[779] **J. DUNS, J. GLOVER**, The tax priority *in* insolvency, International insolvency review, 2005, p. 171,cité dans le projet de réforme du droit belge, p.17

[780] Voir projet de réforme p. 17. http://justice.belgium.be/fr/binaries/loi_suretes_tcm421-150098.pdf

Le doyen Houin[781] avait, dès 1954, alerté les pouvoirs publics sur les dangers que pouvaient constituer le privilège du Trésor et son expansion. La suppression des privilèges du Trésor a été soutenue par la doctrine, notamment par Monsieur H. Rossignol[782] en 1978 et par Mouly en 1984[783].

La suppression des privilèges du Trésor avait été suggérée en 1978 par Monsieur Rossignol au motif qu'il appartient à la Nation « *de supporter la charge de l'impôt non payé par les entreprises défaillantes* » car « *la nation tire profit des entreprises rentables qui payent l'impôt* »[784]. Toutefois, la solution ne nous semble économiquement possible que s'il est garanti à l'administration fiscale un taux de recouvrement équivalent. Le recours à la solidarité dans le paiement de l'impôt du dirigeant et de la société est une idée séduisante. Elle fait du paiement de l'impôt et des charges de sécurité sociale une priorité pour l'entreprise et ses dirigeants. Elle a aussi pour effet de diminuer la part de la dette mise à la charge du contribuable français, au titre de la solidarité collective. Toutefois, cette suppression ne s'accorde pas bien avec l'objectif des procédures collectives, permettre un nouveau départ au chef d'entreprise.

La solidarité peut constituer une alternative au privilège général, car elle constitue une bonne assurance du paiement pour le Trésor et les organismes de sécurité sociale. De plus, elle est à combiner avec avis à tiers détenteur, procédure d'exécution redoutable, qui produit un effet attributif immédiat et place le Trésor et les organismes de sécurité sociale dans une situation d'exclusivité.

La suppression des privilèges généraux du Trésor de la sécurité sociale est donc envisageable, mais elle ne peut pas, à notre sens, être générale. En effet, elle ne peut pas concerner les impôts et cotisations payables par des particuliers car la solidarité est, dans ces cas, impossible à mettre en œuvre. Il n'y a souvent qu'un seul contribuable. Elle ne peut toucher que les impôts et cotisations payables par les sociétés. Doivent également être exclus les droits de douane, à cause de leur mode de perception (par l'administration douanière, au passage de la frontière).

L'arbitrage n'est pas aisé et il appartiendra au législateur de l'opérer. Une autre solution, la publicité des privilèges, est également envisageable.

---

[781] **R. HOUIN**, Les privilèges du Trésor et des administrations publiques en matière de faillite, *Etudes de droit contemporain*, t.3, 1959, p. 65

[782] **H. ROSSIGNOL**, Extraits du Rapport du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doc. p. 612 , spéc. p.613

[783] **C. MOULY**, Procédures collectives, assainir le régime des sûretés, *in Aspects actuels du droit commercial français, Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529

[784] **H. ROSSIGNOL**, Extraits du Rapport du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doc. p. 612 , spéc. p.613

Monsieur H. Rossignol suggérait également de supprimer le privilège des salaires et critiquait le fonctionnement du super privilège des salaires.

216. **La question de la suppression ou la réduction du privilège et du super privilège des salaires**. En plus de la suppression des privilèges généraux du Trésor et de la sécurité sociale, Monsieur H. Rossignol, administrateur judiciaire et syndic, suggérait dans son rapport, en 1978, de réduire le privilège et le super privilège des salaires[785]. Il écrit que ces privilèges dont la charge n'a cessé de s'accroître répondaient aux besoins d'une « *époque où la condition ouvrière était particulièrement précaire, se justifiait parce que les salariés qui vivaient dans un état de prolétarisation total ne pouvaient compter sur un autre revenu que celui de leurs salaires* »[786]. Ces privilèges ont un caractère alimentaire et l'auteur souligne qu'au moment de leur création « *l'impécuniosité de l'employeur signifiait […] la famine* ». L'auteur qui dénonce l'augmentation constante des créances privilégiées et super privilégiées[787], suggère de les réduire aux seules créances salariales ayant un caractère alimentaire, ce qui lui permet d'exclure du domaine du privilège des salaires les créances ayant seulement un caractère indemnitaire[788].
Concomitamment, l'auteur critiquait le super privilège des salaires ainsi que le fonctionnement de l'AGS et sa faculté de subrogation[789]. Selon lui, l'AGS ne devrait pas bénéficier du super privilège, même si elle est subrogée dans les droits des salariés bénéficiant du super privilège, car sa créance n'a pas un caractère alimentaire[790].
Selon cet auteur, la réduction du privilège et du super privilège des salaires permettrait de réduire le passif social privilégié et éviterait de faire supporter le poids du passif sur les créanciers chirographaires.
Cette affirmation radicale et critiquable.

Au plan mathématique, ces arguments sont justes, il est fréquent de constater que l'actif de l'entreprise en difficulté est absorbé en grande partie par le super privilège des salaires. Une

[785] **H. ROSSIGNOL**, Extraits du Rapport du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doc. p. 612 , spéc. p.613
[786] *Ibidem*
[787] Dans ce sens, voir aussi **C. MOULY**, Procédures collectives, assainir le régime des sûretés, *in Aspects actuels du droit commercial français, Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529, spéc. p.536
[788] **H. ROSSIGNOL**, Extraits du Rapport du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doc. p. 612 , spéc. p.613
[789] Voir aussi dans ce sens : **G. CHERTOK, P.-A. MALLERAY, P. POULETTY**, *Le financement des PME*, rapport du Conseil de l'analyse économique, La documentation française, 2009, spéc. pp. 10 et 64
[790] **H. ROSSIGNOL**, Extraits du Rapport du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doc. p. 612 , spéc. p.614

réduction de son assiette pourrait permettre de payer d'autres créanciers. Cependant, le super privilège n'a pas vocation à s'appliquer qu'aux entreprises disposant d'un grand nombre de salariés. Il est nécessaire de rappeler que la grande majorité des entreprises françaises sont des PME ou des TPE et que corrélativement la très grande majorité des entreprises placées en procédures collectives sont des PME ou des TPE. Il semble difficile de supprimer ce privilège général car il se fonde sur des raisons humanitaires[791]. En outre, le super privilège ne couvre pas l'intégralité des salaires dus, il est limité[792]. Il garantit les salaires déjà impayés et permet à des salariés n'ayant pas reçu leurs revenus de les obtenir. Il tend donc à ce que la situation financière des salariés de l'entreprise en difficulté ne se dégrade pas trop du fait de l'ouverture de la procédure. Indirectement, il vient protéger le salarié contre un éventuel surendettement.

Quant à l'AGS, le bénéfice de super privilège ne peut pas lui être dénié à deux égards. D'une part, au plan juridique, priver l'AGS du bénéficie de subrogation aboutirait à une négation des effets de celle-ci. D'autres part, au plan économique, cela condamnerait le système de garantie mis en place et empêcherait le débiteur des délais de paiement consentis par l'association.

217. **La suppression des privilèges des frais de Justice générés par la procédure collective**. Monsieur H. Rossignol proposait enfin de supprimer le privilège attaché aux frais de justice générés par la procédure collective car les sommes à recouvrer seraient minimes[793].

Cette suppression entraînerait le non-paiement de ces frais. Or dans un souci de bonne administration de la Justice, il n'est pas souhaitable que les frais de Justice demeurent impayés.

Un recours à la solidarité est impossible, une conversion en sûreté conventionnelle semble inopportune dans la mesure où le créancier est déjà insolvable. Tout au plus, serait-il possible de soumettre l'administration à une publicité. D'ailleurs, les Etats qui ont pratiqué la suppression des privilèges généraux n'ont pas supprimé la garantie légale des frais de justice[794] et lui confèrent même un paiement prioritaire, que le débiteur soit ou non placé sous le coup d'une procédure d'insolvabilité.

Pour résumer, la suppression des privilèges généraux du Trésor et de la Sécurité sociale est envisageable. Toutefois, elle implique de procéder au maintien du taux de recouvrement de ces créances. Ceci peut être assuré par la combinaison entre l'avis à tiers détenteur et de la solidarité du

[791] Voir n°555

[792] Le superprivilège ne couvre que les salaires correspondant aux soixante derniers jours de travail et opère dans la limite d'un plafond mensuel établi par voie règlementaire. Article L. 3253-2 du Code du travail.

[793] **H. ROSSIGNOL**, Extraits du Rapport du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doc. p. 612 , spéc. p.613

[794] Pour l'Allemagne, l'Australie, l'Angleterre et les Pays-Bas, voir **J. DUNS, J. GLOVER**, The tax priority *in* insolvency, International insolvency review, 2005, p. 171,cité dans le projet de réforme du droit belge, p.17

dirigeant et de la société pour le paiement de l'impôt et des cotisations de sécurité sociale. La suppression ne peut être que partielle et cantonnée aux impôts et cotisations payables par les sociétés en dehors des droits de douane. De plus, les privilèges des frais de justice et le super privilège des salaires ne devraient pas être supprimés.

b) La suppression des privilèges spéciaux

Se pose ensuite la question de la suppression de certains privilèges mobiliers spéciaux. Nous avons précisé précédemment que les privilèges sont en principe fondés sur la qualité de la créance garantie. La question de ce fondement se pose particulièrement en matière de privilèges fondés sur l'idée de gage tacite.

218. **La suppression des privilèges fondés sur l'idée de gage tacite**. Différents griefs peuvent être adressés aux privilèges fondés sur l'idée de gage tacite. D'abord, il peut leur être reproché de ne pas relever de la volonté du créancier (même tacite), puis de faire présumer l'existence d'un gage de manière irréfragable et enfin de comporter « *une antinomie* », « *sûretés […] à la fois légale et conventionnelle* »[795]. Quant aux conséquences de cette qualification de gage tacite, elles impliquent une application analogique parcimonieuse des règles du gage de droit commun à ce privilège. Monsieur M. Roulaud analyse les privilèges fondés sur l'idée de gage tacite sous l'angle du critère de la qualité de la créance, ce qui implique la vérification de deux sous-critères, « *l'opportunité de la prestation du créancier* » et « *le degré de nécessité du paiement de la créance* ». Il en tire également un bilan négatif car son étude met en évidence le faible degré d'incitation de ces privilèges et la faible satisfaction obtenue par l'application de la sûreté. Ainsi, la qualité de la créance ne sait justifier l'existence de ces privilèges qui pourraient être purement et simplement supprimés. Sont concernés le privilège du bailleur, le privilège de l'hôtelier et le privilège mobilier du syndicat de copropriété[796].

219. **La question de la suppression des autres privilèges spéciaux**. Le projet de réforme du droit belge suggérait également la suppression des privilèges fondés sur l'idée d'enrichissement du débiteur. Il proposait aussi un cantonnement du privilège de conservation aux hypothèses dans

[795] **M. ROULAUD**, *La qualité de la créance*, Th. Paris X, Nanterre 2007, spéc. n°157
[796] **M. ROULAUD**, *La qualité de la créance*, Th. Paris X, Nanterre 2007, spéc. n^{os} 162 et s.

lesquelles le conservateur peut se prévaloir d'un droit de rétention sur le bien[797]. Ces solutions sont-elles envisageables en droit français ?

Il est certain que les privilèges fondés sur l'idée d'enrichissement recoupent le domaine du gage et que l'octroi d'un privilège n'est pas réellement fondé sur un intérêt supérieur. De plus, eu égard au droit positif, l'absence d'inscription des privilèges spéciaux mobiliers réduit considérablement les chances de recouvrement de son titulaire et le privilège est souvent doublé d'une sûreté conventionnelle. Par exemple, le privilège du vendeur de meuble est alors souvent cumulé avec une autre sûreté réelle comme un gage. Ces raisons poussent à supprimer les privilèges spéciaux fondés sur l'idée d'enrichissement du débiteur.

Concernant le privilège de conservation, la solution nous parait trop sévère en ce qu'elle prive d'une garantie le créancier qui a œuvré pour le bien de tous. La limitation de l'exception aux travailleurs manuels proposée par la Belgique semble injuste dans la mesure où une créance de conservation n'implique pas nécessairement la détention matérielle du bien. Il peut s'agir, par exemple, du renouvellement de l'inscription d'une marque.

Les privilèges de conservation devraient, à notre sens, être maintenus. Toutefois, ils ne devraient pas demeurer occultes comme c'est le cas aujourd'hui.

B. La simplification par l'adoption d'un principe général de publicité des sûretés réelles sans dépossession

220. La simplification des classements nous semble devoir passer par une modification des règles d'opposabilité des sûretés réelles mobilières. Nous proposons, à l'instar des préconisations des guides législatifs internationaux, d'adopter un principe général de publicité des sûretés réelles mobilières sans dépossession à des fins d'opposabilité. Le défaut de publicité serait sanctionné par l'inopposabilité de la sûreté aux tiers[798]. Cette publicité augmenterait la sécurité juridique et permettrait d'opter pour un principe général commun de classement (1). La mise en œuvre efficace d'une telle proposition repose, à notre sens, sur la création d'un registre unique informatisé consultable par l'internet et l'emploi de formalités d'inscription simples (2).

[797] Voir projet, http://justice.belgium.be/fr/binaries/loi_suretes_tcm421-150098.pdf, spéc. p. 18

[798] **C. MOULY**, La transparence des sûretés réelles, *in Les garanties et le crédit aux entreprises*, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, p. 171, spéc. p.183. L'auteur écarte la nullité au profit de l'inopposabilité de la sûreét non publiée.

1. Pour un principe général de publicité des sûretés réelles et une axiomatisation des règles de conflits

221. La complexité du système de classement provient également du caractère occulte de certaines sûretés mobilières telles que les privilèges mobiliers et le nantissement de créance. Une façon de remédier à ce problème est de faire preuve de transparence et d'exiger une publicité des sûretés aux fins d'opposabilité aux tiers (a) et de proposer des règles de classement harmonieuses (b).

a) L'adoption d'un principe général de publicité des sûretés réelles mobilières sans dépossession

222. **Un système plébiscité par les institutions internationales**. Un principe général de publicité des sûretés réelles mobilières sans dépossession a été adopté par de nombreuses législations et est plébiscité par les guides législatifs internationaux de la BERD et de la CNUDI [799].

L'adoption d'un tel principe par le droit français suppose que l'ensemble des sûretés réelles sans dépossession soit soumis à publicité, y compris les privilèges et les nantissements de créance. C'est la position adoptée par l'acte uniforme OHADA révisé en 2010[800]. Ses rédacteurs ont été largement inspirés par le droit français mais y ont apporté des améliorations. Culturellement proche de notre droit des sûretés, il est donc intéressant de s'y référer.

223. **La publicité des privilèges mobiliers**. Certains auteurs ont proposé une transformation des privilèges mobiliers sur le modèle des privilèges immobiliers[801] soumis à publicité sans ignorer leur caractère légal.
Les privilèges du Trésor et de la sécurité sociale[802] sont déjà soumis à publicité à peine de perte de la sûreté lors de l'ouverture d'une procédure collective. Pour le privilège du Trésor, deux conditions sont nécessaires pour que l'inscription soit requise. La créance doit être supérieure, pour un même poste comptable, à 15 000 euros, et « *ce montant [doit être] dépassé à l'issue d'une période de neuf*

[799] *Publicity of Security Rights, Guiding Principles for the Development of a Charges Registry*, BERD, 2004, spec. p.13 ; *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, CNUCI, 2004, spéc. Recommandations 23 à53 ; *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières,* CNUDCI, 2014 ;Voir **T. LEMAY,** communiqué de presse, sur le site : www/unis.unvienna.org/unis/pressels/2013/unisl187.html
[800] http://www.ohada.org/presentation-de-lacte-uniforme-droit-surete/telechargement-droit-des-suretes.html
[801] **D. LEGEAIS**, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Avant-propos **J. Stoufflet**, Préf. **P. Rémy**, Economica, coll. Droit des affaires et entreprise, 1986, spéc. n°643
[802] Des dispositions similaires sont applicables au privilège de la sécurité sociale et notamment de l'URSSAF. Voir articles. L.234-5 et D.243-3 du code de la sécurité sociale.

mois qui commence le premier jour du mois qui suit la date à laquelle le redevable a encouru une majoration pour défaut de paiement »[803]. Néanmoins, ne sont pas soumises à publicité les créances du Trésor incluses dans un plan conventionnel d'apurement. Dans ce cas, l'inscription n'est requise qu'en cas d'incident. Cette publicité est valable quatre ans renouvelables.

Toutefois, cette inscription n'a pour objectif que de conserver le privilège en cas d'ouverture d'une procédure collective. En effet, elle n'attribue pas de rang au créancier qui continue à primer une grande partie des créanciers garantis[804].

En revanche, l'acte uniforme relatif aux sûretés de l'OHADA prévoit une publicité des privilèges du Trésor, des douanes et de la sécurité sociale attributive de rang[805]. C'est vers cette solution, complémentaire ou alternative à la suppression des privilèges généraux développée ci-dessus, que nous devons, à notre sens, nous orienter[806].

224. **Une publicité effectuée sur le modèle de la publicité des privilèges immobiliers**. L'idée est ici d'étendre le régime de publicité des privilèges immobiliers à l'ensemble des privilèges. Cette solution peut constituer une alternative à la solution de la suppression de certains privilèges ou une mesure complémentaire. Si la suppression des privilèges n'a pas lieu, la solution de publicité permet de révéler l'existence des privilèges aux tiers. Si la suppression des privilèges est retenue, la publicité ne vise que les privilèges qui n'ont pas été supprimés.

Ainsi, les privilèges mobiliers devraient, en principe, être inscrits sur un registre, à des fins de publicité. Le créancier privilégié disposerait d'un délai – par exemple un mois – pour procéder à la publicité de sa sûreté. Cette dernière ne prendra rang au jour de la naissance de la créance que si le créancier publie dans les délais. Si le créancier publie postérieurement au délai d'un mois, le privilège prend rang au jour de l'inscription.

Ainsi, perdraient leur caractère occulte et seraient soumis à publicité, le privilège de conservation et des frais de justice ainsi que, s'ils ne sont pas supprimés, les privilèges fondés sur l'idée de gage et les privilèges basés sur l'enrichissement du débiteur. De même, il paraît nécessaire d'inclure les privilèges du Trésor et de la Sécurité sociale qui sont maintenus[807].

---

[803] Loi n°2008-1443, Loi de finance rectificative pour 2008 du 30 décembre 2008 et Décret n°2009-197 du 18 févr. 2009. Voir les articles : 1929 quater, 396 bis de l'annexe II, 416 bis de l'annexe III, et 416 Ter de l'annexe III du CGI. Voir aussi Instr. codificatrice n°09-014-A du 1er juil.2009, BO CP juillet 2009

[804] Voir n° 215

[805] Voir article 57 de l'acte uniforme sûretés révisé en 2010. http://www.ohada.org/presentation-de-lacte-uniforme-droit-surete/telechargement-droit-des-suretes.html

[806] Voir dans le même sens, **C. MOULY**, La transparence des sûretés réelles, *in Les garanties et le crédit aux entreprises*, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, p. 171, spéc. p.182

[807] Dans ce sens, voir : **A.-M. MORGAN DE RIVERY**, La publicité du gage, *in* Le gage commercial, *RJCom.* 1994, n° spéc. p. 85 et spéc. p.97

En revanche, seraient exclus le privilège des salaires[808], par protection pour le salarié et pour ne pas soumettre le paiement de ses salaires à sa diligence. En revanche, Mouly suggère de soumettre à publicité les privilèges des salaires qui bénéficient à des créanciers subrogés dans leurs droits, comme l'AGS ou les banques[809].

Seraient également soumis à inscription l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles sans dépossession. C'est la position retenue par la loi type CNUDCI[810] et par l'acte uniforme sûreté de l'OHADA[811]. Le nantissement de créance devrait ainsi faire l'objet d'une publicité. Toutefois, les impératifs de rapidité et de simplicité qu'impose le nantissement de créance nécessitent l'adoption de formalités de publicité simples.

La mise en place d'un tel système permettrait d'informer les créanciers de l'existence de sûretés sur le bien[812] qu'ils envisagent de prendre en garantie, mais aussi l'adoption de règles communes de classement à l'ensemble des sûretés réelles fondées sur un droit de priorité.

b) L'axiomatisation des règles de classement autour des règles applicables en matière immobilière

225. **Proposition doctrinale, la primauté des sûretés conventionnelles sur les privilèges**. Face à la question de la simplification des classements, un auteur a suggéré de favoriser les sûretés conventionnelles au détriment des sûretés légales. Ainsi, Monsieur E. Agostini proposait de faire primer les sûretés conventionnelles sur les sûretés légales[813].
Nous avons écarté cette solution, car certes elle tend à revaloriser les sûretés conventionnelles, mais elle ne règle qu'indirectement la question de la complexité des classements. L'affectation de la

[808] **A.-M. MORGAN DE RIVERY**, La publicité du gage, *in* Le gage commercial, *RJCom*. 1994, n° spéc. p. 85 et spéc. p.97 ; **C. MOULY**, La transparence des sûretés réelles, *in Les garanties et le crédit aux entreprises*, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, p. 171, spéc. p.182
[809] **C. MOULY**, La transparence des sûretés réelles, *in Les garanties et le crédit aux entreprises*, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, p. 171, spéc. p.183
[810] *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières,* CNUDCI, 2014
[811] Voir notamment **P. CROCQ**, Les grandes orientations du projet de réforme portant organisation des sûretés, *in* Dossier Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, *Dr. et Patr*. 2010, n°197, p.78 ; **O. FILLE-LAMBIE, A. MARCEAU-COTTE,** Les sûretés sur meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'acte uniforme sûretés, *in* Dossier Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, *Dr. et Patr*. 2010, n°197, p. 72
[812] Remarquons que le Guide législatif CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières ne retient pas que le registre doive comporter des informations exactes. Il est indiqué que *« l'inscription ne signifie pas que la sûreté à laquelle l'avis fait référence existe nécessairement mais seulement qu'une sûreté peut exister au moment de l'inscription ou ultérieurement* ». Le guide prévoit que la personne qui souhaite des informations complémentaires interroge le créancier qui a inscrit la sûreté. Voir *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières,* CNUDCI, 2014, spéc. n^{os}57 à 60..
[813] **E. AGOSTINI**, note sous Cass. Com., 4 févr. 1980, *D.* 1982, p.189

valeur du bien au paiement prioritaire des créanciers titulaires de sûretés réelles conventionnelles prive corrélativement les créanciers privilégiés de cette valeur. La situation est simplifiée toutes les fois où la valeur du bien ne suffira à désintéresser que les créanciers titulaires de sûretés conventionnelles. Une telle solution ne s'attaque pas aux causes de la complexité.

226. **La généralisation des règles de classement des sûretés immobilières**. Les modifications proposées précédemment – suppression des privilèges occultes et/ou soumission à une publicité – permettent une modification des règles de classement. A l'image du Guide législatif de la CNUDCI qui recommande de retenir comme solution de classement le critère de l'antériorité de l'opposabilité[814], nous proposons une extension des règles applicables en matière immobilière.

Soumettre à publicité la grande majorité des sûretés réelles fondées sur un droit de préférence implique que le conflit opposant un créancier n'ayant pas publié sa sûreté et un créancier ayant publié sa sûreté soit tranché au profit du créancier ayant publié.

Le principe de classement retenu serait celui de l'antériorité de la publicité. Lorsque deux sûretés seraient inscrites le même jour, la priorité serait donnée à la plus ancienne. Dans l'hypothèse où les sûretés auraient des dates de constitution identiques, les créanciers viendraient en concurrence.

L'adoption de ce principe permettrait de régler plus facilement le conflit opposant un créancier titulaire d'un droit de priorité sur un bien composante d'un autre bien, lui aussi grevé, comme un fonds de commerce ou un immeuble[815]. A l'image de la règle applicable au conflit opposant le porteur d'un warrant hôtelier, les conflits seraient résolus selon la règle de l'antériorité de l'inscription.

Certaines exceptions seraient maintenues, comme la primauté du gage de matériel et outillage sur le nantissement de fonds de commerce lorsque le nantissement est signifié au propriétaire du fonds de commerce dans les délais, car cette dernière a pour objectif de favoriser le crédit fournisseur et l'acquisition de matériel neuf.

227. **La prise de rang rétroactive à la naissance de la sûreté pour les privilèges**. Toutefois, comme en matière de privilèges immobiliers, pour tenir compte de la nature légale de ces sûretés et de l'importance des intérêts protégés, les privilèges mobiliers soumis à publicité verraient leur prise de rang rétroagir au jour de la naissance de leur droit, c'est-à-dire de la créance. Lorsque deux privilèges prendraient rang le même jour, le premier à avoir publié son droit l'emporterait. S'ils ont été publiés le même jour, ils seront payés par contribution.

---

[814] *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières,* CNUDCI, 2014,spéc. n°26

[815] Voir n°181

En matière d'impôt et de cotisations sociales, l'adoption d'un tel principe nécessite d'identifier le fait générateur de l'impôt, fait qui marque la naissance de la créance fiscale. L'identification est simple en matière de droit d'enregistrement ; il s'agit de la réalisation de l'opération. En matière de droit de douane, la créance fiscale née lors du passage de frontière. En revanche, la question est plus délicate et débattue en matière d'impôt sur le revenu car l'impôt s'applique sur une masse de revenus mis à disposition du contribuable sur une période annuelle[816].

228. **Les exceptions**. Il paraît nécessaire d'admettre des exceptions aux deux règles générales posées précédemment.

Il nous semble que le privilège des salaires et le privilège des frais de justice ne devraient pas être soumis à publicité[817]. Le privilège des salaires et des frais de Justice ne participent pas au financement de l'activité[818]. Le maintien de leur caractère occulte se justifie par le caractère alimentaire des créances de salaires pour l'un et par le souci de bonne administration de la Justice pour l'autre. Pour les mêmes raisons, leur rang privilégié doit être conservé.

Quant au privilège de conservation, ce dernier doit être soumis à publicité ; cette dernière permettrait d'identifier aisément les créanciers auxquels l'acte de conservation a profité. En revanche, les règles de classement le concernant ne devraient pas être modifiées et il devrait continuer à primer les créanciers antérieurs auxquels son acte a profité.

Pour permettre à la réforme proposée d'être efficace, il conviendrait d'adopter un système de publicité simple et rapide.

2. La nécessité d'une mise en œuvre efficace de la publicité

229. Pour que le système de la publicité obligatoire puisse fonctionner, il convient, à notre sens, d'adopter un registre unique pour les sûretés réelles fondées sur un droit de préférence (a) et des formalités d'enregistrement simples, soit le dépôt d'un formulaire unique[819] en ligne (b).

---

[816] Voir notamment **C. BLAS**, *Le fait générateur de l'impôt*, préf. **P. Beltrame**, L'Harmattan, Finances publiques, 2007 , spéc. n^{os} 100 à 150

[817] **C. MOULY**, La transparence des sûretés réelles, *in Les garanties et le crédit aux entreprises*, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, p. 171, spéc. p.182

[818] *Ibidinem*

[819] Sur ces idées, voir **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255

a) La création d'un registre unique de publicité centralisé et informatisé

230. **L'unification des registres de publicité des sûretés mobilières**. La simplification des classements des sûretés réelles et la perte du caractère occulte des privilèges rend nécessaire une refonte des registres de publicité des sûretés réelles mobilières en un seul[820]. En effet, comme nous avons pu le constater précédemment, à chaque sûreté correspond un registre spécial. Les informations requises varient et la publicité ne confère pas à toutes les sûretés le même degré d'opposabilité.

Les guides législatifs internationaux et de nombreux Etats ont adopté la solution d'un registre unique informatisé, mais le pays dans lequel ce système est le plus abouti est la Nouvelle Zélande. « *The New Zealand Personal Property Act* » de 1999 (entré en vigueur le 1er mai 2002), a créé un registre centralisé unique électronique utilisable 24h/24 par l'Internet ou par SMS, où le créancier inscrit sa sûreté, puis envoie, pour vérification, une copie à son débiteur[821]. Le système séduit par sa simplicité, son efficacité et sa rapidité.

231. **Les caractéristiques du registre unique**. L'idée d'un registre national unique, consultable directement[822] 24h sur 24, est plébicitée par le Guide de la CNUDCI[823] et doit, à notre sens, être retenue, car elle permet une information aisée et rapide des tiers.

Le registre serait tenu au nom du constituant (enregistrement personnel) et doublé d'un enregistrement par bien grevé (enregistrement réel). Ce double enregistrement permettrait au créancier titulaire d'une sûreté de se prémunir contre le possesseur de bonne foi, le sous-acquéreur ou l'acquéreur *a non domino* du bien grevé. C'est le but recherché lorsqu'une plaque mentionnant le nantissement est apposée sur le matériel et l'outillage nantis. Toutefois, cet « enregistrement réel » n'est pas toujours possible. Lorsque le bien ou les biens grevés sont des biens ordinaires, sans particularité permettant de les identifier facilement, l'enregistrement réel est presque inutile. De plus, admettre l'opposabilité à tous les tiers, y compris au sous-acquéreur ou à l'acquéreur *a non domino,* créerait une épée de Damoclès sur la tête de tous les acquéreurs de biens mobiliers. Il paraît

[820] Dans ce sens, voir notamment **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°509

[821] Cette solution a été retenue par le projet de réforme du droit des sûretés mobilières belge. Voir Projet p. 30 http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp

[822] A l'heure actuelle, concernant les gages de droit commun, la demande se fait via un fichier électronique qui est envoyé au greffe concerné qui effectue la recherche et indique postérieurement la présence ou l'absence de sûreté au demandeur.

[823] *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières,* CNUDCI, 2014, spéc. n°83 et 84, recommandation n°9

difficile de les priver de la présomption de l'article 2276[824]. Dans ce cas, le créancier titulaire d'une sûreté réelle ne pourra pas en principe s'en prévaloir.

Le registre national serait composé de plusieurs fichiers, un fichier général tenu au nom du constituant et des registres spéciaux lorsque cela s'avère nécessaire, comme en matière de véhicule soumis à immatriculation, ou de matériel et d'outillage.

232. **Les modalités d'inscription, le dépôt d'un formulaire d'inscription en ligne auprès d'un organisme habilité**. Le guide législatif de la CNUDI ainsi que l'acte uniforme OHADA retiennent que l'inscription doit avoir lieu auprès d'un organisme habilité en charge de la tenue du registre. Le guide législatif de la CNUDCI nomme l'organisme « conservateur »[825], l'acte uniforme OHADA laisse le choix aux Etats signataires de confier la tenue du registre aux greffes du lieu de domicile ou d'immatribulation du constituant ou à une institution étatique spécialisée créée à cet effet.

L'idée d'un organisme centralisateur spécialisé en charge de la tenue du registre doit être conservée. Elle garantit une certaine sécurité juridique. En revanche, la France pourraît faire l'économie de la création d'un organe spécifique et confier l'inscription et la tenue du registre par les services de la publicité foncière ou aux greffes des tribunaux de commerce, car ils procèdent déjà à de nombreuses inscriptions de sûretés[826]. La compétence territoriale du lieu du domicile ou de l'immatriculation du constituant est à conserver.

Quant aux modalités d'inscription, deux solutions sont envisageables.

L'inscription peut d'abord être directement faite par le créancier et produit ses effets immédiatement. C'est le système retenu par la Nouvelle Zélande[827]et préconisée par le Guide législatif CNUDCI.

L'inscription peut aussi être faite par l'organisme spécialisé après réception du formulaire d'inscription et vérification sommaire des mentions exigées. C'est la solution retenue par l'article 53 de l'acte uniforme OHADA[828].

---

[824] **R. BOFFA**, L'opposabilité du gage sans dépossession, *D.* 2007, p. 1161, spéc. n[os] 22 et s.

[825] *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières,* CNUDCI, 2014, recommandation n°2

[826] C'est la solution retenue par le projet de réforme belge. http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp , p. 30

[827] Voir **: J.- F. RIFFARD** , Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire, *in* Le droit français de sûretés réelles en quête d'un second souffle, *Banque et Droit*, sept. oct. 2004 (interventions du colloque organisé par la faculté de droit et de sciences politiques de l'université d'Auvergne le 23 avril 2004) ; Voir aussi **C. MOULY**, La transparence des sûretés réelles, *in Les garanties et le crédit aux entreprises*, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, p. 171, spéc. p.183

Les deux systèmes comportent des avantages et des incovénients. Le premier s'illustre par sa simplicité, sa rapidité et son faible coût. Toutefois, dans la mesure où aucune vérification n'est effectuée, les risques de fraude sont nombreux. Pour lutter contre ces derniers, la Nouvelle Zélande a mis en place un système d'avertissement du constituant afin que ce dernier puisse vérifier le contenu de l'inscription. Quant au guide législatif de la CNUCI, il ne préconise d'informer les créanciers de l'inscription. Ces vérifications qui ont lieu postérieurement à l'inscription nous semblent être très illusoires. Le constituant, en position de faiblesse, ne contestera pas l'inscription et les autres créanciers auront bien des difficultés à vérifier la véracité des éléments inscrits. Le second système est simple, puisqu'il fonctionne sur le modèle du guichet unique et garantit davantage la sécurité juridique en ce que l'organe chargé du registre doit vérifier les éléments figurant sur le formulaire. En revanche, surtout si le dépôt du formulaire a lieu en format papier, l'inscription risque d'être plus lente que lorsqu'elle est effectuée directement par le créancier. Mais le contrôle minimal mis en place offre d'avantage de sécurité juridique.

Il semble qu'une solution médiane pourraît être retenue. Elle consisterait en un dépôt, par le créancier, d'un formulaire unique simple, au format numérique et en ligne auprès de l'organisme habilité. L'organisme aurait pour fonction de vérifier les éléments essentiels figurant dans le formulaire avant d'inscrire définitivement la sûreté. Il nous semble que la généralisation du format numérique permettrait de garantir une certaine rapidité de l'inscription tout en assurant une sécurité juridique minimale.

b) l'adoption de formalités de publicité simples

La mise en œuvre efficace du principe de publicité des sûretés réelles mobilières sans dépossession passe par des formalités de publicité simples et communes. En effet, dans bien des cas, notamment en matière de nantissement de créance, il est indispensable que la sûreté puisse être rapidement inscrite. Cette rapidité implique une certaine simplicité dans les formalités à accomplir.

233. **Un formulaire électronique unique facile à constituer et à vérifier**. Sur ce point, l'acte uniforme sûretés rédigé par l'OHADA nous paraît être un modèle abouti[829]. Il impose un formulaire

[828] Article 53 et 54 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sûretés http://www.ohada.org/presentation-de-lacte-uniforme-droit-surete/telechargement-droit-des-suretes.html

[829] Les propositions ont par ailleurs été reprises par le guide législatif de la CNUDCI. *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières,* CNUDCI, 2014, recommandations n°23 à 29, voir aussi le formulaire type annexé

où figurent les informations nécessaires à l'information des tiers[830]. Sont ainsi exigées les informations nécessaires à identifier le débiteur de la créance garantie ou le constituant si ce dernier est différent du débiteur, ainsi que les informations générales relatives à la date et au titre générateur telles que la nature de la sûreté. Il est important de noter que la production du titre n'est pas exigée[831]. A défaut, la publicité serait plus lourde. Doivent également être indiqués la durée de l'inscription si les parties ont dérogé au délai légal et les éléments nécessaires à l'identification du bien. L'inscription est rapide car le greffier qui reçoit un formulaire de demande d'inscription doit immédiatement l'examiner et l'enregistrer. L'examen est sommaire. Le greffier ne contrôle que la présence des informations dans le formulaire, il n'en vérifie pas la véracité[832]. En cas de refus d'inscription, ce dernier doit être motivé et immédiatement notifié au créancier.
Une solution analogue pourrait être adoptée par le droit français car elle est intéressante par sa simplicité – proposant un seul formulaire pour l'ensemble des sûretés – et par sa rapidité, le greffier ayant une obligation d'inscription immédiate. Mais c'est à notre sens, la voie électronique et le dépôt du formulaire en ligne qui permettraient de gagner en rapidité.

La vérification étant sommaire, le déclarant pourrait être tenté de frauder les droits des tiers ou même de l'autre partie au contrat de sûreté. L'acte uniforme de l'OHADA renvoie à une sanction pénale que les Etats ont loisir de fixer[833]. Outre les sanctions civiles, il serait opportun d'adapter les règles relatives au délit de détournement de gage pour le rendre applicable à ce cas. La menace de la sanction pénale pourrait être suffisante à garantir la bonne foi du créancier.

234. **Une durée d'inscription modulable**. Sous réserve des privilèges, l'attribution étant attributive de rang, il ne nous parait pas nécessaire de prévoir de délai d'inscription. Comme en matière d'hypothèque, le créancier a tout intérêt à y procéder le plus rapidement possible.
En revanche, il paraît nécessaire de prévoir une durée d'inscription[834]. L'acte uniforme OHADA contient sur ce point des dispositions intéressantes. L'inscription est d'une durée de cinq ans mais les parties peuvent fixer elles-mêmes cette durée dans la limite de dix ans[835].

[830] Article 53 et 54 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sûretés http://www.ohada.org/presentation-de-lacte-uniforme-droit-surete/telechargement-droit-des-suretes.html .
[831] Dans le même sens, voir *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*, CNUDCI, 2014, spéc. n°57
[832] Article 55 et s de l'acte uniforme sûretés
[833] Voir article 65 de l'acte uniforme sûreté
[834] Dans le même sens, voir *Guide législatif de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*, CNUDCI, 2014, recommandation n°12
[835] Voir article 54 de l'acte uniforme sûreté

Prévoir une durée d'inscription de cinq ans nous parait assez intéressant. Elle correspond à la durée d'inscription du gage de droit commun et elle concorde avec le délai de prescription de droit commun en matière mobilière. En outre, d'un point de vue économique, elle équivaut à la durée moyenne d'un crédit à moyen terme, généralement compris entre deux et sept ans selon la pratique des banques de détail.

Permettre un aménagement conventionnel limité de la durée de l'inscription nous semble être une idée à développer. En effet, les crédits ne sont pas identiques quant à leur durée, les biens objets des garanties varient selon leur nature. L'allongement ou la réduction conventionnelle de la durée légale de l'inscription permet de prendre une inscription correspondant à la durée réelle du crédit et d'adapter l'offre de garantie aux besoins des parties.

Il nous semble aussi opportun de prévoir un renouvellement de l'inscription pour que le créancier demeure garanti en cas de défaillance de son débiteur. La durée du renouvellement pourrait également correspondre à une durée adaptable.

Parfois, la durée de cinq ans peut paraître longue. Afin de diminuer le passif du débiteur placé en procédures collectives, Monsieur P. Serlooten préconise une inscription d'une durée déterminée à un an non renouvelable du Trésor et de la Sécurité sociale. La limitation dans le temps de l'inscription des privilèges permettrait de diminuer le passif lors de l'ouverture d'une procédure collective et responsabiliserait davantage le créancier dans le recouvrement de sa créance[836]. Le raisonnement mené dans le cadre des procédures collectives est *a fortiori* applicable lorsque le débiteur est *in bonis*.

Une fois la simplification des classements opérée, l'amélioration de la satisfaction du créancier implique une modification de leur sort lors de l'ouverture d'une procédure collective des entreprises et une diminution de l'efficacité des droits des créanciers titulaires de droits exclusifs.

§2. L'amélioration de la satisfaction du créancier titulaire d'un droit de priorité dans la procédure collective

235. L'amélioration du sort fait au créancier titulaire d'un droit de priorité nécessite d'abord une modification des objectifs des procédures collectives. Avant les lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985, les procédures collectives consistaient en un règlement collectif et organisé du passif. Le but premier était de payer les créanciers. Les lois de 1984 et 1985 ont profondément modifié les

[836] **P. SERLOOTEN**, L'entreprise en difficulté, le Trésor, La sécurité sociale et les autres, *in Etudes offertes à Alex Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p.495, spéc. p. 506

objectifs des procédures collectives en affichant comme desssein principal de sauver l'entreprise qui connaît des difficultés. Ce glissement de l'objectif d'apurement du passif vers le sauvetage de l'entreprise s'explique par des raisons historiques, le troisième tiers du XXème siècle ayant été frappé par une dégradation et une quasi-disparition du tissu industriel français. Depuis 2007, la crise financière économique et bancaire a plus que jamais révélé la fragilité du tissu économique français. Prévoir une simple procédure de règlement du passif est donc apparu inadapté et le législateur a opté pour un objectif de sauvetage de l'entreprise[837]. Pour cela, de nombreux sacrifices ont été demandés aux créanciers, notamment aux créanciers chirographaires ou munis de sûretés réelles traditionnelles, allant même jusqu'à leur spoliation. Ceci fragilise aussi les entreprises créancières, les amenant parfois à la faillite.

Or un renforcement de la satisfaction du créancier commence par l'affichage d'une volonté politique allant dans le sens d'un rééquilibrage des objectifs[838].

L'amélioration du sort fait au créancier lors de l'ouverture d'une procédure collective a fait l'objet de propositions. Certains auteurs et certains rapports ont suggéré une modification de l'ordre des paiements afin d'aboutir à une meilleure répartition de l'actif (A). Pour notre part, nous considérons que le droit positif des procédures collectives contient des mécanismes de protection suffisants mais qu'il convient de leur donner une véritable efficacité (B).

A. Les propositions de modifications du classement des créanciers

236. **Les propositions doctrinales, la suppression du rang prioritaire du super privilège, du Trésor et de la sécurité sociale**. D'anciennes propositions de modification de rang ont déjà été relevées par les développements précédant. Monsieur E. Agostini suggérait de faire primer les sûretés réelles conventionnelles sur les privilèges lors de l'ouverture d'une procédure collective. Monsieur P. Serlooten proposait de soumettre à une publicité temporaire et non renouvelable le privilège du Trésor afin d'en diminuer le montant et l'impact sur l'actif de la procédure.

En 2009, diverses propositions du Conseil de l'analyse économique ont été formulées en vue de parfaire le financement des PME. Il a été constaté que l'AGS, subrogée dans les droits des salariés et bénéficiant ainsi de leur super privilège, prend, lors de la procédure collective, la part la plus importante de l'actif, soit environ 35%, contre 5% pour le privilège du Trésor[839]. La direction

[837] **C. SAINT-ALARY-HOUIN,** *Droit des Entreprises en difficulté* , Montchrestien, Domat, Droit privé, 8ème éd.. 2013, nos 1 et s.

[838] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. nos106 et s.

[839] Chiffres rapportés par : **G. CHERTOK, P.-A. MALLERAY, P. POULETTY**, *Le financement des PME*, rapport du Conseil de l'analyse économique, La documentation française, 2009, spéc. pp. 10 et 64

générale du Trésor et de la politique économique et le Conseil de l'analyse économique ont suggéré, dans leur rapport de 2009, de supprimer ces deux privilèges lors de l'ouverture d'une procédure collective[840]. Cette abrogation faciliterait le crédit aux PME, l'essor des sûretés réelles conventionnelles – notamment de l'hypothèque – et des sûretés sur les stocks, et corrélativement inciterait les banques à la prise de risques. La protection du créancier financerait le risque en lieu et place des assurances bancaires pour risque de défaillance.

237. **Les avantages et les inconvénients de la proposition**. Le poids du passif de l'entreprise serait mieux réparti entre les créanciers. La diminution du passif privilégié augmenterait les chances de paiement des créanciers munis de sûretés réelles, car leur rang de priorité serait respecté.

Toutefois, une partie de ce passif pèserait sur le contribuable. Dans les propositions présentées, la suppression du privilège du Trésor apparaît comme une perte sèche pour l'administration. La perte du super privilège pour l'AGS, à qui il est en revanche toujours demandé de payer les salaires des supers privilégiés, serait compensée par une augmentation des cotisations et « *une intervention financière de l'Etat* »[841]. Aucune des modalités techniques et de financement n'est évoquée.
C'est donc *in fine* le contribuable qui, via l'impôt, financerait la dette de l'entreprise ou les entreprises entre elles via les cotisations dues à l'AGS.

Dans des développements précédents, il a été suggéré de supprimer les privilèges du Trésor et de la sécurité sociale et/ou de les soumettre à publicité aux fins d'opposabilité aux tiers. Ces solutions nous semblent suffisantes à cantonner les effets néfastes de ces deux privilèges. En revanche, le super privilège des salaires et la subrogation de l'AGS ne devraient pas être modifiées.

238. **Le sort des privilèges postérieurs privilégiés.** Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture, à l'exception du créancier titulaire d'un privilège de conciliation[842] et des créances salariales couvertes par le super privilège, voient leurs droits amputés par les créances nées postérieurement à ce jugement. Le législateur, par la loi du 26 juillet 2005, est venu cantonner le

[840] **G. CHERTOK, P.-A. MALLERAY, P. POULETTY**, *Le financement des PME*, rapport du Conseil de l'analyse économique, La documentation française, 2009, spéc. pp. 10 et 64
[841] **M. AUBIER, F. CHARBONNIER**, Les banques et le financement des PME, complément au Rapport du Conseil de l'analyse économique, *Le financement des PME*, La documentation française, Paris 2009, spéc. pp. 131 à 134
[842] Le créancier titulaire d'un privilège de conciliation ne peut pas, depuis l'ordonannce du 12 mars 2014, se voir imposer les remises et délais du plan. Il est payé en dehors du plan, ce qui signifie, selon les modalits prévues lors dans l'accord de conciliation homologué. Article L.626-20 I alinéas 1 et 3 du code de commerce ; Voir notamment **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, spéc. n°13

domaine d'application de ce privilège général. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, bénéficiaient de ce privilège dit de l'article 40, tous les créanciers dont la créance était née régulièrement après le jugement d'ouverture. Désormais, depuis la loi du 26 juillet 2005, ce privilège ne bénéficie qu'aux créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture, à condition que cette créance soit « utile », soit au sauvetage de l'entreprise, soit au déroulement de la procédure. L'ordonnance du 12 mars 2014 a fait bénéficier de ce privilège le créancier qui a fourni une prestation au débiteur pendant la période d'observation[843] et , en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire, en bénéficient également le créancier dont la créance est née de la continuation d'un contrat décidée par le liquidateur et le créancier au titre des besoins de la vie courante du débiteur[844].

En outre, la loi de 1994[845] était venue apporter une modification des classements dans la liquidation judiciaire et avait rétrogradé le créancier titulaire du privilège dit alors de l'article 40 au profit des créanciers antérieurs munis de sûretés immobilières ou de sûretés mobilières conventionnelles spéciales. Cette règle, qui avait pour but de renforcer l'efficacité des sûretés réelles octroyées antérieurement, s'est avérée inopérante.

Ces dispositions marquent la volonté législative de cantonner le privilège des créanciers postérieurs afin de ne pas absorber une part importante des liquidités et de maintenir une certaine efficacité des sûretés réelles traditionnelles garantissant des créances antérieures au jugement d'ouverture.

Ces dispositions laissaient présager la position qu'a adoptée le législateur au sujet de la fiducie-sûreté avec convention de mise en disposition, à savoir distinguer le sort des créances munies de sûretés réelles selon la nature de la procédure ouverte (une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire).

Le rapport du Conseil d'analyse économique incitait également à revenir à un traitement plus égalitaire des créanciers titulaires de sûretés réelles, à renforcer l'efficacité de leur droit en améliorant leur classement dans la hiérarchie et à répartir plus équitablement le poids du passif entre les créanciers[846].

L'amélioration du traitement du créancier muni d'une sûreté réelle pourrait venir du système exposé ci-avant, mais également de l'efficacité des mécanismes de protection mis en place.

---

[843] Voir article L. 622-17 du Code de commerce pour les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et article L. 641-13 du Code de commerce pour la procédure de liquidation judiciaire. Notons que les créanciers d'aliment qui bénéficiaient d'un traitement spécial sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 sont désormais intégrés aux créanciers postérieurs privilégiés.

[844] Article L. 642-13 du Code de commerce

[845] Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises devenu l'article L. 641-13 du Code de commerce

[846] Voir aussi n^{os} 554 et s.

B. Le renforcement des mécanismes de protection existants

Il a été précisé précédemment que le droit des procédures collectives prévoit le maintien de l'efficacité de certaines sûretés réelles préférentielles antérieures au jugement d'ouverture en cas de vente du bien grevé, notamment par les mécanismes de consignation de la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par des suretés réelles spéciales grevant le bien cédé, de substitution de garanties et par le transfert de la sûreté au cessionnaire du bien[847]. Ces mécanismes ont été critiqués en ce qu'ils ne confèrent pas une véritable efficacité à ces sûretés réelles. Il semble donc nécessaire de proposer des améliorations au système.

239. **Présentation schématique de la proposition**. Pour concilier les objectifs de sauvetage de l'entreprise[848] et de paiement des créanciers, il semble nécessaire de modifier le droit des entreprises en difficulté selon deux grands axes. De manière schématique (car cela sera développé dans la section 2 du chapitre suivant), il paraît souhaitable de revenir vers le principe d'égalité des créanciers et à une application plus stricte des règles d'interdiction des paiements, des poursuites et du cours des intérêts, tant que le sauvetage de l'entreprise est envisageable. En revanche, ce principe s'arrêterait de jouer lorsque l'entreprise serait vouée à une mort certaine, en cas de liquidation judiciaire ou bien lorsque le bien ne s'avère pas être indispensable pour le sauvetage de l'entreprise, ou qu'il est cédé. En somme, il est proposé de faire des règles développées en matière de fiducie-sûreté et de droit de rétention fictif attaché au gage de droit commun sans dépossession, un principe directeur des procédures collectives[849].

Le créancier titulaire de sûretés réelles et antérieur au jugement d'ouverture est strictement soumis à la procédure et sa sûreté est peu efficace face aux procédures collectives. Pourtant, certains mécanismes ont été mis en place pour maintenir l'efficacité de ses droits mais se sont avérés insuffisants. Il s'agit de la consignation de la quote-part de prix de cession, de la transmission de la sûreté au cessionnaire et de la substitution de garantie. A côté de la suppression de certains privilèges généraux, l'amélioration du traitement de ces créanciers par les procédures collectives pourrait passer par un renforcement des mécanismes existants.

240. **L'amélioration de la règle de la consignation d'une quote-part du prix correspondant aux sûretés réelles spéciales**. Lorsque le bien grevé d'un privilège spécial, d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement est vendu pendant la période d'observation, le calcul de la quote-part de

[847] Voir n°193
[848] Voir n^{os} 347 et s.
[849] Voir n^{os} 325 et s.

prix consignée peut être amélioré. En effet, les privilèges générés par l'ouverture d'une procédure collective (le super privilège des salaires, les privilèges de conciliation, le privilège des créances postérieures utiles, le privilège des frais de justice utiles) ne sont pas pris en considération dans cette évaluation alors qu'ils viennent en rang utile. La proposition qui est faite est de modifier le montant de la somme consignée et de la faire coïncider avec le montant de toutes les sûretés antérieures et, dans une certaine mesure, les privilèges de la procédure grevant le bien. Concernant ces derniers, il est proposé de prendre en considération le montant des salaires garantis par le super privilège et de procéder à une évaluation du montant des contrats en cours. Par exemple, si une entreprise bénéficie d'une procédure de sauvegarde et qu'elle est titulaire d'un bail commercial, le montant du contrat peut être évalué en multipliant le montant des échéances du bail par la durée de la période d'observation restant à courir au jour de la vente du bien.

Il peut être objecté qu'une telle proposition prive l'entreprise de sa trésorerie. Toutefois, il est possible de remédier à cette critique en imaginant que le juge commissaire puisse autoriser l'administrateur ou le mandataire à ponctionner les sommes nécessaires sur celles consignées en garantissant aux créanciers antérieurs le maintien de leurs chances de paiement. Il pourrait, à cet effet, utiliser une substitution de garantie, des délais de paiement plus courts ou l'octroi d'un meilleur rang par rapport aux créanciers privilégiés par la procédure.

241. **Le maintien de l'efficacité par un élargissement de la transmission de la sûreté au cessionnaire du bien**. L'exception du transfert de la sûreté au cessionnaire dans le cadre d'un plan de cession est restreinte. Elle ne vise que les sûretés spéciales garantissant le financement du bien. Cette disposition pourrait être étendue à l'ensemble des créanciers munis de sûretés réelles. Notons toutefois que sur un plan pratique, le transfert de sûretés constitue souvent un obstacle au succès du plan de cession[850]. Le législateur devra ici procéder à des arbitrages. Néanmoins, eu égard aux règles et effets des sûretés réelles, seules devraient être transmises les sûretés assorties d'un droit de suite. Les privilèges généraux en seraient exclus.

242. **L'élargissement de la substitution de garantie**. Le maintien des droits des créanciers antérieurs titulaires de sûretés pourrait aussi avoir lieu par le développement de la substitution de garantie. Le juge pourrait libérer un bien nécessaire à la poursuite de l'activité au profit d'un autre voué à la liquidation sans que le créancier titulaire de sûreté ne soit spolié. Toutefois, la substitution

[850] Le transfert des sûretés et des créances auxquelles elles sont attachées constitue une charge financière trop lourde pour le repreneur qui peut peser sur ses décisions de gestion.

de garantie n'est pas nécessairement facile à mettre en œuvre car elle suppose d'établir une équivalence des garanties dont les effets sont divers.

***

Conclusion du Chapitre 1

243. Il a été mis en évidence que les droits de priorité souffrent de faiblesses, notamment dues à une très grande complexité des classements, elle-même liée à la multiplicité des sûretés réelles mobilières et à la diversité des critères de classement. Les privilèges se classent, en principe, selon le critère subjectif de la qualité de la créance ; les sûretés conventionnelles selon l'antériorité de la publicité, qu'elle résulte de la dépossession ou de l'enregistrement. La satisfaction par priorité s'avère également faible car les créanciers sont soumis strictement à la discipline collective imposée par les procédures d'insolvabilité et les mécanismes visant à la sauvegarde de leurs intérêts sont peu ou pas efficaces.

Toutefois, la situation de ces créanciers semble pouvoir être améliorée.
Il est d'abord suggéré de procéder à la suppression des privilèges généraux inusités et du privilège général du Trésor et de la sécurité sociale pour les impôts et cotisations applicables aux personnes morales. Le privilège serait remplacé par la mise en place d'une obligation solidaire du dirigeant social et de la personne morale pour le paiement de ces sommes. La solidarité viendrait se combiner avec l'avis à tiers détenteur. Pour les entrepreneurs individuels, la solidarité étant impossible, il est suggéré de procéder à une publicité aux fins d'opposabilité de ces privilèges Le privilège des salaires et le privilège des frais de Justice ne seraient pas modifiés et demeureraient dans leur forme actuelle.
Il est ensuite proposé de supprimer les privilèges spéciaux fondés sur l'idée de gage et sur l'idée d'enrichissement. Serait seulement conservé le privilège de conservation.
Puis, seraient supprimées les sûretés mobilières conventionnelles spéciales qui ne disposent pas de régime spécial et les sûretés mobilières conventionnelles spéciales qui disposent d'un régime spécial complet mais non spécifique, c'est-à-dire calqué sur une sûreté modèle de droit commun. Il est ainsi suggéré de supprimer le gage de matériel et d'outillage, le gage commercial, le gage de stocks du Code de commerce, le gage de véhicule automobile, le nantissement de droit d'exploitation de logiciel, le nantissement de droits de propriété intellectuelle. Les quelques spécificités dont font preuve certaines de ces sûretés ne nécessitent pas de créer une sûreté spéciale mais seulement une disposition spéciale qui pourrait être contenue dans le Code civil.

Une autre proposition consiste en la création d'un registre de publicité unique, informatisé, accessible par l'internet 24h/24. L'inscription se ferait à l'aide d'un formulaire simple et unique en ligne. La tenue du registre serait confiée soit au greffe aux tribunaux de commerce, soit à la conservation des hypothèques.
Toutes les sûretés réelles préférentielles, y compris les privilèges, feraient l'objet d'une publicité, à l'exception des privilèges des frais de justice et des salaires.
Cette publicité serait attributive de rang. La prise de rang aurait, en principe, lieu au jour de l'inscription. Toutefois, les privilèges, sur le modèle des privilèges immobiliers, prendraient rang de manière rétroactive à la date de naissance de la créance si l'inscription intervient dans le mois suivant la naissance de la créance. Le classement se ferait selon la règle générale de l'antériorité de la publicité, qu'elle soit faite par inscription sur le registre ou par dépossession. Cependant, serait réservé le cas du créancier titulaire d'un privilège de conservation qui continuerait à primer les créanciers auxquels il a bénéficié. En somme, il primerait les créanciers antérieurs.

Afin d'améliorer la satisfaction par priorité du créancier lors de l'ouverture d'une procédure collective de son débiteur, plusieurs voies peuvent être empruntées. Il est possible de modifier les règles de calcul de la quote-part de prix consignée en prenant en considération, à côté des sûretés spéciales, les privilèges de la procédure. Ceci permettrait d'augmenter la somme consignée et corrélativement d'accroître les chances de paiement des créanciers antérieurs. Il est ensuite envisageable d'étendre le transfert de sûreté au cessionnaire du bien grevé, à toutes les hypothèses de cession et à toutes les sûretés conventionnelles. Cette disposition serait complétée par le développement des hypothèses de substitution de garantie.

Il n'est pourtant pas sûr que le législateur ait véritablement la volonté de procéder à une rénovation des droits de priorité. L'ordonnance du 23 mars 2006 a apporté une grande clarification dans la classification des sûretés. Malgré quelques efforts législatifs d'amélioration de l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles dans la liquidation judiciaire par une rétrogradation des privilèges des créances postérieures au profit des créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles immobilières ou de sûretés mobilières spéciale et par une réduction du domaine du privilège des créanciers postérieurs, le législateur n'a pas véritablement amélioré l'efficacité des droits de priorité.
Il a préféré développer les techniques d'exclusivité, soit sous la forme de sûretés exclusives telles que les propriétés-sûretés, soit par des techniques permettant de transformer le droit de priorité en droit exclusif, comme les attributions en propriété. Il a ainsi préféré développer les techniques de

sûretés exclusives allant parfois jusqu'à offrir au créancier deux voies de satisfaction, un droit de priorité ou un droit exclusif.

Toutefois, l'octroi d'un rang préférable dans les procédures de liquidation et le cantonnement du domaine ont préfiguré le traitement de la fiducie-sûreté dans les procédures collectives, un traitement différencié selon la procédure et selon l'utilité du bien au sauvetage de l'entreprise. La sûreté perd son efficacité tant que le sauvetage de l'entreprise est possible sauf si le bien grevé n'est pas utile à la procédure. L'efficacité est retrouvée en cas de liquidation judiciaire. Cette solution a vocation à être étendue.

Chapitre 2. La satisfaction par exclusivité

244. **Le développement des situations d'exclusivité en droit des sûretés**. Pour pallier la fragilité du droit de priorité, le législateur français s'est tourné, vers les sûretés et les modes de réalisation exclusifs.

En 1980, la loi dite Dublanchet[851] est venue conférer à la clause de réserve de propriété une grande efficacité même dans l'hypothèse d'une procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur acquéreur. En 2006, elle a été reconnue comme sûreté réelle par l'ordonnance du 23 mars 2006[852]. La loi du 19 février 2007[853] et l'ordonnance du 30 janvier 2009[854] sont venus consacrer la fiducie-sûreté.

Parallèlement aux propriétés-sûretés, le législateur a conféré à certaines sûretés un effet exclusif. Ainsi, par la loi du 4 août 2008[855], le législateur a assorti le gage sans dépossession de droit commun d'un droit de rétention fictif prévu à l'article 2286 alinéa 4 du Code civil. En outre, il a doté certaines sûretés réelles préférentielles de mécanismes permettant au créancier de transformer son droit de priorité en droit exclusif. C'est le cas des attributions en propriété.

Au stade de la satisfaction, l'exclusivité du créancier peut résulter, soit d'une situation *ab initio* comme pour les propriétés-sûretés, soit d'une situation acquise du fait de la réalisation, comme pour les attributions en propriété.

245. **L'exclusivité, source d'efficacité**. L'exclusivité est l'effet d'un droit ou d'un mécanisme. Elle comporte deux facettes, une positive et une négative. Elle permet à son titulaire d'être seul mais aussi d'exclure les titulaires de droits concurrents[856]. L'aspect positif est rarement isolé et les deux acceptions de l'exclusivité sont, à notre sens, complémentaires.

Le créancier en situation d'exclusivité se trouve dans une position confortable. Contrairement aux créanciers titulaires de droits de priorité, aucun ordre ne s'applique à lui. La valeur du bien lui est entièrement destinée. L'exclusivité apparaît pour le créancier comme une situation pleine de

[851] Articles 1 et 2 de la loi n°80-335 du 12 mai 1980 dite loi Dublanchet relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de ventes.
[852] Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés
[853] Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie
[854] Ord. n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie
[855] Loi n°2008-776, du 4 août 2008, de modernisation de l'économie
[856] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; **N. ERÉSÉO**, *L'exclusivité contractuelle*, Biblio. de droit de l'entreprise, sous la dir. **J. Raynard**, Préf. **D. Ferrier**, Litec, 2008, spéc. n°3 ; **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n^{os} 30 et 285 ; **F. ZENATI-CASTAING, T. REVET**, *Les Biens*, Puf, Droit fondamental, 3ème éd., janvier 2008 ; ; Pour une analyse seulement négative de la notion d'exclusivité voir : **P. GOURDON**, *L'exclusivité*, préf. **P. Le Cannu**, Bibli. Dr. Privé., 2006, t.455

promesses. La solitude fait présumer une grande simplicité et une bonne efficacité du mécanisme. En principe, il exclut les créanciers titulaires de droits de priorité sur le bien. De plus, les droits exclusifs acquis sont particulièrement respectés par les procédures d'insolvabilité. Toutefois leur traitement est disparate.

246. **L'identification parfois complexe de l'origine de l'exclusivité**. Les situations d'exclusivité sont d'origines diverses. Elles peuvent être l'effet du droit de propriété, d'un droit de rétention ou encore, selon certaines analyses, d'un droit au paiement direct[857]. Cette diversité des sources explique la diversité des régimes qui leurs sont applicables. Les créanciers titulaires de droits exclusifs peuvent entrer en conflit. La situation d'exclusivité attachée à une sûreté réelle est donc d'une efficacité variable, particulièrement lorsque le débiteur est soumis à une procédure collective[858].

Malgré une bonne résistance aux procédures d'insolvabilité, le bilan dressé ne s'avère pas aussi positif que prévu car la diversité des situations d'exclusivité s'accompagne d'une certaine complexité et d'une diversité des traitements (section 1). Cependant, il parait nécessaire de proposer des solutions d'harmonisation des droits exclusifs attachés aux sûretés réelles afin de poser les bases d'un régime commun. De plus, au regard des propositions effectuées à l'égard des droits de priorité, une révision du régime et de l'efficacité des situations d'exclusivité s'impose (section 2).

Section 1. *De lege lata*, une satisfaction pleine de promesses

Section 2. *De lege ferenda*, une satisfaction en quête d'harmonisation

[857] Voir notamment : **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012

[858] Voir notamment : **F. MACORIG-VENIER**, L'exclusivité, *in* Sûretés réelles et Entreprises en difficulté , Colloque du CRAJEFE-CERDP, 19-20 mars 2010,Nice, *LPA*, 11 févr. 2011, n°30, p. 59

Section 1. *De lege lata*, une satisfaction pleine de promesses

247. Pour améliorer la satisfaction du créancier, à l'instar du droit allemand[859], le législateur français a privilégié le développement des situations d'exclusivité.

Le bilan dressé ici révèle que les droits exclusifs sont en principe simples et efficaces, réservant au créancier qui en est titulaire le bien grevé dans son ensemble (§1). Toutefois, l'étude plus approfondie des situations d'exclusivité montre que cette simplicité n'est qu'une apparence et que l'efficacité du droit est loin d'être parfaite et unitaire. Elle se caractérise plutôt par sa variabilité eu égard aux circonstances de mise en œuvre de la sûreté (§2).

§1. L'exclusivité facteur d'efficacité

248. De prime abord, l'exclusivité est un mécanisme simple et efficace. Le titulaire d'un droit exclusif est seul, seul à être titulaire d'un droit, seul à pouvoir l'exercer, excluant ainsi les autres.

L'exclusivité est l'effet d'un droit et/ou d'une situation juridique – situation d'exclusivité.

L'élargissement, voire la généralisation du domaine de l'exclusivité dans les sûretés réelles a accentué la diversité des situations d'exclusivité en droit des sûretés. Cette pluralité s'accompagne d'une diversité des régimes applicables ce qui peut constituer une source de complexité et d'incohérence.

L'analyse des droits exclusifs générés par les sûretés réelles au regard des objectifs de simplicité et d'efficacité fixés par l'ordonnance du 23 mars 2006 montre que si leur efficacité de principe est acquise (B), leur simplicité est à relativiser car il n'est pas toujours aisé de les identifier et de les analyser (A).

A. La simplicité apparente

249. En apparence, les choses sont simples, le créancier exclusif est seul. Toutefois, lorsque se pose la question de l'origine de l'exclusivité, la réponse se complique. L'enjeu de l'analyse des fondements de l'exclusivité n'est pas vain car elle permet de déterminer le régime juridique applicable à chaque situation.

[859] Pour une présentation du droit allemand des sûretés dont les principales sûretés sont la réserve de propriété et la fiducie-sûreté, voir notamment : **F.-X. LICARI**, Les principales sûretés du droit allemand : Fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété, *Lamy Droit des sûretés*, 2010, Etude 523, spéc. n^{os} 523-25 et s.

Selon les analyses doctrinales, l'exclusivité est l'effet d'un droit. La doctrine identifie deux ou trois droits comme sources de droits exclusifs. Il s'agit du droit de rétention et du droit de propriété. D'autres auteurs y ajoutent le droit au paiement direct.

En droit des sûretés, l'exclusivité peut être générée par des situations juridiques diverses, comme par exemple les attributions en propriété, le gage ou encore la compensation. Dans la majorité des cas, les situations d'exclusivité sont aisées à identifier et à analyser. Il en va ainsi des attributions en propriété, des droits de rétention et des propriétés-sûretés (1). En revanche, sans que l'exclusivité soit remise en cause, l'analyse de certaines situations est plus délicate, comme en matière de nantissement de créance ou de compensation (2).

1. L'appréhension aisée des situations d'exclusivité fondées sur un droit de propriété ou de rétention

250. L'exclusivité du créancier garanti est un effet d'une situation juridique préexistante qui place le créancier hors concours, c'est-à-dire qu'il n'est pas soumis aux règles de classement. L'étude de l'exclusivité révèle qu'elle est créée par différentes situations juridiques et se fonde soit sur un droit de propriété (a), soit sur un droit de rétention (b).

a) Les situations d'exclusivité fondées sur un droit de propriété

251. **L'exclusivité fondée sur un droit de propriété.** Le droit de propriété offre un droit exclusif au créancier qui en est titulaire. En effet, l'exclusivité constitue « *un monopole conférant au propriétaire toutes les utilités des biens* ». Le propriétaire « *bénéficie seul de la totalité des prérogatives dont ils [les biens] sont susceptibles* »[860] ; il peut en interdire l'accès ou l'utilisation de ses biens aux tiers[861]. Le droit de propriété ne peut pas, en principe, être remis en cause par un tiers et son respect s'impose à chacun.

En droit des sûretés, les situations d'exclusivité fondées sur un droit de propriété sont deux ordres. Parfois, comme en matière de réserve de propriété-sûreté ou de fiducie-sûreté, le droit de propriété est le droit réel accessoire fondant la sûreté. L'exclusivité est préexistante pour la réserve de

[860] La proposition de réforme de droit des biens intégrait se caractère dans la définition même du droit de propriété. art 534 : la propriété est « *le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits* » « *elle confère à son titulaire un droit absolu sous réserve des lois qui la règlementent*. »

[861] **J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI**, *Traité de droit civil, Les biens*, sous la direction de **J. Ghestin**, LGDJ, 2° éd., mars 2010, spéc. n°95 ; F**. ZENATI-CASTAING, T. REVET**, *Les biens*, Puf, Droit fondamental, 3°éd., janv. 2008, spéc. n°205. Pour ces auteurs c'est le pouvoir d'interdire qui fonde l'exclusivité. spéc. n°208

propriété et concomitante pour la fiducie-sûreté, à la constitution de la sûreté. Dans ce dernier cas, l'exclusivité, jusqu'à la réalisation, est réservée au fiduciaire car lui seul est propriétaire.
D'autres fois, c'est le mode de réalisation choisi qui donnera au créancier l'exclusivité. C'est le cas des attributions en propriété ou des saisies-attributions et avis à tiers détenteur. Dans le premier cas, le créancier est titulaire d'un droit de priorité et dans le second d'un simple droit de créance, mais dans les deux cas, le mécanisme de réalisation ou d'exécution forcée permet de transformer le droit de priorité et le droit de créance en un droit exclusif. Les différentes situations d'exclusivité ne sont pas soumises au même régime juridique car elles ne sont pas issues des mêmes mécanismes. Leur traitement est donc diversifié.

b) Les situations d'exclusivité fondées sur le droit de rétention.

252. **L'exclusivité fondée sur un pouvoir de blocage matériel ou juridique**. Le droit de rétention se caractérise par un lien de connexité et un pouvoir de blocage matériel ou juridique exercé sur le bien. Traditionnellement, le droit de rétention portait sur un bien corporel et reposait sur la détention matérielle de la chose. Progressivement, la doctrine et la jurisprudence ont admis que le droit de rétention puisse porter sur un bien incorporel à condition que le créancier dispose d'un véritable « *pouvoir de blocage* » sur le bien [862] offert au créancier[863], lui-même basé sur un lien de connexité[864] entre la créance et le bien[865], connexité matérielle, juridique ou conventionnelle.

---

[862] Expression employée par **A. PELISSIER**, *Possession et meubles incorporels*, Th. Montpellier, préf. **M. Cabrillac**, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001, spéc. n°169. L'auteur précise que ce pouvoir de blocage s'entend de *« l'emprise matérielle pour les biens corporels et la paralysie des droits pour les biens incorporels »*.

[863]La détention matérielle n'est qu'une forme d'exercice de ce pouvoir. Le développement des biens immatériels a permis d'inventer d'autres moyens d'exercer le contrôle ou de paralysie du bien. Par exemple, le nantissement de compte d'instruments financiers ne procure pas la détention du bien au créancier. Cependant, le créancier peut empêcher le débiteur de recevoir paiement de la créance, il dispose donc d'un pouvoir de blocage des titres. Un autre exemple se manifeste dans le gage de véhicule automobile. C'est un gage sans dépossession. Cependant, la jurisprudence a reconnu au créancier gagiste un droit de rétention. L'inscription sur un registre et la pratique de la fourniture d'un certificat de non vente en cas de cession permettent au créancier gagiste de s'opposer à la cession du véhicule. Voir notamment **A. AYNÈS**, L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives, *JCP* G 2008, n°18, spéc. I ; **A AYNÈS**, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005, spéc. n^{os} 70 et s, 91 et s. V. Contra, **C. KRIEF-VERBAERE**, Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, *RRJ* 1999-3, p. 685 spéc. p. 700. Pour cet auteur, le droit de rétention ne porte pas sur le bien lui-même mais sur la valeur de la chose et l'opposabilité erga omnes du droit de rétention est fondé sur le droit de propriété de la valeur lorsqu'il protégé par la possession; **C. KRIEF-SEMITKO**, L'article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l'Ordonnance du 23 mars 2006, *Gaz. du Pal*., 28 août 2008 n° 241, p. 5, spéc. n^{os} 44 et s.

[864] **A AYNÈS**, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005, spéc. n^{os}140 et s ; Voir dans le même sens : **G. RIPERT** et **J. BOULANGER**, *Traité de droit civil tome III, sûretés réelles, Contrats civils*, LGDJ, 1958, spéc. n°38 ; **C. SCAPEL**, Le droit de rétention en droit positif (un îlot de résistance au contrôle du juge), *RTDCiv.* 1981, p.539, spéc. n°2 ; **C. BOLZE**, L'unité du lien de connexité en droit des obligations, *RRJ*. 1988-2, p.303 , spéc. p.324 ; **J. MANDE-DJAPOU**, La notion étroite de droit de rétention, *JCP* 1976, I, 2760, spéc. n^{os}10 et s.

[865] Trois liens de connexité sont identifiés : connexité matérielle, juridique et conventionnelle.

Le droit de rétention produit un effet exclusif dans la mesure où la loi permet au titulaire de ce droit de demeurer en possession du bien jusqu'à son complet paiement.
Les sûretés avec dépossession, comme le gage, procurent au créancier un droit de rétention et un droit exclusif sur le bien.

Pour les sûretés sans dépossession, le droit de rétention n'existe que si un pouvoir réel de blocage est conféré au rétenteur. Ainsi, en matière de gage de véhicule automobile, la combinaison entre l'inscription sur le registre et l'exigence d'un certificat de non gage ont pour effet de conférer au créancier un véritable pouvoir de blocage. Il peut empêcher la cession du bien, sauf à être payé et à lever son gage. Les warrants agricoles constituent un autre exemple car même si la publicité est imparfaite, le créancier bénéficiaire peut faire obstacle à la cession des biens, bénéficiant ainsi d'un droit de rétention[866] – bien que difficile à classer[867]. C'est ce droit de rétention qui provoque la situation d'exclusivité dans laquelle se trouve le créancier gagiste. De même, en matière de nantissement de compte de titres, aux termes de l'article L.211-20 du Code monétaire et financier (modifié par l'ordonnance du 8 janvier 2009), la déclaration faite au teneur de compte vaut dépossession du débiteur et mise en possession du créancier, ce qui confère au créancier nanti un droit de rétention.

Dans la catégorie des gages sans dépossession, la doctrine doute de l'existence d'un véritable droit de rétention[868] – et donc d'une situation d'exclusivité – en matière de gage sans dépossession de droit commun[869] car les deux éléments nécessaires à caractériser le droit de rétention semblent absents. Certains auteurs contestent l'existence d'un lien de connexité car ils considèrent que la conservation par le constituant de la jouissance et de l'usage du bien grevé fait partie de l'objet d'une sûreté réelle sans dépossession[870]. D'autres contestent l'existence du pouvoir de blocage, car le débiteur peut, à loisir, disposer du bien. L'alinéa 4 de l'article 2286 du Code civil ne semble conférer ni un véritable droit de rétention, ni un droit exclusif au créancier gagiste, mais paraît

[866] La jurisprudence ancienne assimilait les effets du warrant envers le porteur équivalents aux ceux de la possession réelle. Voir Cass. Civ., 22 avril 1918, *DP.* 1919, I, 33, obs. **H. CAPITANT.** Par la suite, à cause du caractère imparfait de la publicité du warrant, la jurisprudence a considérait que la transcription ne suffisait pas à constituer le possesseur du bien de mauvaise foi sans pour autant remettre en cause l'existence du droit de rétention attaché au warrant. Voir notamment Cass. Civ. 1er, 18 déc. 2000, n°97-19.473 ; *Bull. Civ.* I, n°17 ; *D.* 2000, p. 785, note **I. COUTURIER** ; *D.* 2000, p. 391, obs. **S. PIEDELIÈVRE**; *RTDCom.* 2000, 710, obs. **B. BOULOC**

[867] **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°694

[868] Aliéna 4 de l'article 2280 du Code civil créé par la loi du 1er août 2008 « *Loi de modernisation de l'économie* ».

[869] **A. AYNES, L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives, *JCP G*, 2008, 300 ; N. MARTIAL-BRAZ, Grandeur et décadence du droit de rétention, *RLDCiv*. Avril 2011, n°81, spéc. n°8. Ces deux auteurs soulignent que ce texte porte atteinte à la notion de droit de rétention et à la cohérence créée par l'ordonnance du 23 mars 2006 en la matière**

[870] **N. MARTIAL-BRAZ**, Grandeur et décadence du droit de rétention, *RLDCiv*. Avril 2011, n°81, spéc. n°7

édicter seulement une règle de classement en plaçant le créancier gagiste de droit commun sans dépossession au même rang que le rétenteur[871].

L'exclusivité fondée sur un droit de propriété ou un droit de rétention ne suscite pas débat. Néanmoins, la diversité des situations démontre que la notion n'est pas unitaire. Chaque situation d'exclusivité est soumise à deux paramètres qui en déterminent le régime, le droit fondant l'exclusivité et la situation juridique à l'origine de ce droit.
L'identification de ces situations est en principe facile lorsqu'elles se fondent sur un droit de propriété ou un droit de rétention. Il en va différemment lorsque le droit exclusif se fonde sur un droit au paiement direct comme en matière de nantissement de créance.

2. La délicate analyse des situations d'exclusivité fondées sur un droit au paiement direct

253. Si dans les hypothèses présentées précédemment, l'analyse juridique de la situation d'exclusivité ne pose pas problème, dans d'autres hypothèses telles que le nantissement de créance (a) et le sort des loyers du gage immobilier-bail (b), le débat doctrinal est ouvert. Toutefois, ce dernier ne porte que sur les fondements de l'exclusivité et non sur l'exclusivité elle-même.

a) L'analyse délicate des fondements de l'exclusivité dans le nantissement de créance

254. **L'analyse variable des causes de l'exclusivité**. Concernant le nantissement de créance, ce n'est pas l'exclusivité qui est mise en cause mais l'analyse des causes de cette exclusivité. Le nantissement de créance fait l'objet de dispositions spéciales du Code civil. La loi distingue deux situations, lorsque la créance nantie arrive à échéance avant la créance garantie et inversement. Les règles applicables divergent, mais se caractérisent par un maintien de l'exclusivité du droit du créancier nanti, qui peut trouver différentes justifications.

255. **Première hypothèse : la créance nantie arrivant à échéance avant la créance garantie.** Lorsque la créance nantie arrive à échéance avant la créance garantie, le créancier dispose de la faculté de notifier le nantissement au débiteur de la créance nantie. Dans ce cas, l'article 2363 du Code civil prévoit que « *seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée*

[871] Instr. codificatrice n°09-014-A du 1er juil.2009, BO CP juillet 2009

en nantissement tant en capital qu'en intérêts ». A défaut de notification, seul le constituant reçoit valablement paiement. Le nantissement est caduc, faute d'objet[872].

Les auteurs avancent deux justifications à la situation d'exclusivité créée par la notification. Pour un premier groupe d'auteurs, ce texte consacre un droit de rétention au profit du créancier nanti[873]. Cette conception est peut-être en voie de consécration jurisprudentielle[874]. Pour un second groupe d'auteurs, l'exclusivité se fonde sur un droit au paiement direct[875].

Aucune de ces analyses ne semble erronée. Elles correspondent à trois moments différents. Si le créancier a notifié sa sûreté au débiteur mais que le paiement n'a pas eu lieu, la lettre du texte commande de retenir l'analyse du droit au paiement direct. L'analyse du droit de rétention nous paraît exclue car c'est l'existence du droit de rétention qui produit un effet exclusif et non le simple constat de l'existence d'une situation d'exclusivité[876].

En revanche, lorsque les sommes sont remises au créancier, ce dernier entre en possession de ces sommes et il convient de reprendre les analyses applicables en matière de sûretés sur somme d'argent et plus particulièrement de gage espèce[877]. Le nantissement de créance est une sûreté

---

[872] **P. Crocq**, *Lamy droit des sûretés*, 2012, spéc. n°268-54 ; **H. Synvet**, Le nantissement de meubles incorporels, *in* Rapport Grimaldi : pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et Patr*., sept. 2005, p.64, spéc. p.68

[873] **P. Simler, P. Delebecque**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°649 ; **D. Legeais**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013, spéc. n°518 ; **Y. Picod**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°238 ; **M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°768 ; **A. Aynès**, La consécration légale des droits de rétention, *D.* 2006, p. 1301, spéc. n°5 ; **L. Bougerol-Prud'homme**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°169.

La position jurisprudentielle est particulièrement ambivalente car la lettre de l'arrêt ne semble pas consacrer de droit de rétention au profit du créancier nanti mais lors de la publication au bulletin, les services de la documentation ont indiqué dans l'abstract de la décision que « *le prêteur avait la qualité de créancier nanti lui conférant un droit de rétention* ».

[874] Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388 ; *Bull. Civ*. IV, n°94. « *Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait relevé que la cession des loyers faite par la société Fideux à la société GOBTP en garantie du remboursement du prêt a été signifié au locataire conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code civil, de sorte que la société GOBTP avait la qualité de créancier nanti, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ces constations, a violé les textes susvisés* ». La position jurisprudentielle est particulièrement ambivalente car la lettre de l'arrêt ne semble pas consacrer de droit de rétention au profit du créancier nanti mais lors de la publication au bulletin, les services de la documentation ont indiqué dans l'abstract de la décision que «*le prêteur avait la qualité de créancier nanti lui conférant un droit de rétention* ». Certains auteurs voient dans cette décision la consécration d'un droit de rétention au profit du créancier nanti sur créance ; **P. Crocq,** note sous Cass. Com., 26 mai 2010, *D.* 2011, p.411; **N. Borga,** note sous Cass. Com., 26 mai 2010, *RTDCiv*. 2010, p. 597**; F. Pérochon,** note sous Cass. Com., 26 mai 2010, Rev. proc. Coll. 2010, n°5, comm. 176 ; **M. Julienne**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n°s132 et s.Cass. Com., 26 mai 2010 *D.* 2010, p. 2201; **A. Lienhard,** note sous Cass. Com., 26 mai 2010, *RTDCiv*. 2010, p.1340.;. Contra voir **M. Julienne**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n°s132 et s.

[875] **M. Julienne**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris 1, 2011, spéc. n°s 158 et s. et 166 et s ; **M. Mignot, M. Mignot**, *Droit des sûretés*, Montchrestien, LMD, coll dir. B. Beigner, 2008, spéc. n°972. Pour cet auteur le droit au paiement direct provient du droit de préférence. **P. Théry**, Droit des sûretés et voies d'exécution, *Rép. Not. Defrénois*, 2008, art. 38726, p. 409 ; spéc. p.418. Pour cet auteur, seul le droit au paiement est un droit exclusif.

[876] **M. Julienne**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris 1, 2011, spéc. n°s 158 et s. et 166

[877] **P. Simler, P. Delebecque**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n° 648 ; **M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°782 ; **L. Aynès, P. Crocq**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°535 ; **L.**

mixte[878], le créancier exerce un droit réel sur une créance, qui elle-même impose une obligation personnelle au débiteur. Le paiement effectué par le sous débiteur au créancier nanti est libératoire et éteint l'obligation personnelle. La créance disparaît, mais par subrogation, le droit réel se reporte sur la somme d'argent. Au regard de la classification mise en place par l'ordonnance du 23 mars 2006, le nantissement, à cause de la modification de l'assiette, devient un gage de somme d'argent. Il convient alors de lui appliquer les règles du gage de choses fongibles. Deux analyses lui sont vouées. Si la somme est maintenue sur un compte séparé ouvert au nom du constituant, le droit de gage s'applique. L'exclusivité est alors tirée du droit de rétention que le créancier exerce sur les sommes. En revanche, si les sommes sont versées sur un compte ouvert au nom du créancier et mélangées avec d'autres sommes, la remise provoque un transfert de propriété, transfert fiduciaire[879]. L'exclusivité est alors tirée du droit de propriété.

S'il est le seul à pouvoir recevoir paiement, la loi indique également que « *chacun des créanciers, les autres dûment appelés, peut en poursuivre l'exécution* ». Au regard de ces dispositions, il nous semble que les règles d'ordre auraient vocation à s'appliquer, malgré l'absence de référence au privilège[880]. Toutefois, le créancier demeurant dans une situation d'exclusivité – droit de rétention ou droit de propriété –, cette dernière fait obstacle à l'application de l'ordre des paiements.

Enfin, lorsque le débiteur défaille, l'exclusivité peut trouver plusieurs fondements. L'article 2364 du Code civil précise que le créancier ne peut disposer des fonds que « *huit jours après mise en demeure restée sans effet* ». Si les fonds sont détenus en vertu du droit de rétention du gagiste, ils sont transférés par application d'une attribution en propriété. Si les fonds sont déjà la propriété du créancier nanti, les raisons de la remise en cause de sa propriété sont levées. Messieurs L. Aynès et P. Crocq remarquent également que, comme en matière de cession Dailly[881], le créancier nanti peut

---

AYNÈS, Le nantissement de créance, entre gage et fiducie, *in* Successions, libéralités, sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2007, n°162, p. 66, spéc. p.68 ;

[878] **D. LEGEAIS**, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Avant-propos **J. Stoufflet**, Préf. **P. Rémy**, Economica, coll. Droit des affaires et entreprise, 1986, spéc. n°302 ; voir aussi **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n° 646 ; **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013, spéc. n°518 ; **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°511

[879] **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013, spéc. n°518

[880] Dans ce sens voir : **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°536 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°782 ; **P. THÉRY**, Droit des sûretés et voies d'exécution, *Rép. Not. Defrénois*, 2008, art. 38726, p. 409 ; spéc. p.418 ; **M. MIGNOT**, L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, *RDBF* janv.-Févr. 2010, étude 2, p. 17, n°19

[881] Voir notamment Cass. Com., 4 juil. 1995 *; Bull. Civ*. IV, n°2003 ; *RTDCom*. 1995, p. 822, obs. **M. CABRILLAC** ; *RD bancaire et bourse* 1995, p. 143, obs. **P.-J. CRÉDOT** et **Y. GÉRARD** ; *RTDCiv*. 1995 ; p.934, obs. **P. CROCQ** ; *RTDCiv*. 1996, p.192, obs. **P.-Y. GAUTIER**

invoquer la compensation légale[882]. L'exclusivité est alors attachée au double paiement réciproque que provoque la compensation[883].

256. **Seconde hypothèse, la créance nantie arrivant à échéance après la créance garantie**. Dans le cas où la créance nantie arrive à échéance après la créance garantie, le créancier nanti dispose d'une option. Il peut attendre l'échéance et le paiement. Ce premier choix est risqué car le sous-débiteur peut valablement payer le débiteur et le nantissement est alors caduc pour défaut d'objet. S'il souhaite bénéficier d'une situation d'exclusivité, il doit notifier au créancier sa sûreté.
A l'échéance, il peut également demander l'attribution en propriété de la créance. Le droit de propriété fonde alors l'exclusivité.

La situation du créancier nanti sur créance est à rapprocher de la situation du créancier gagiste immobilier. En effet, la loi précise que le gage immobilier confère au créancier qui en est titulaire un droit de rétention. Mais parallèlement, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, elle autorise le gage immobilier-bail[884].

b) L'analyse délicate des fondements de l'exclusivité dans le gage immobilier

257. **L'exclusivité à divers niveaux**. L'ordonnance du 23 mars 2006 a modernisé le gage immobilier en consacrant la pratique[885] de l'antichrèse-bail. « *Le créancier peut, sans perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même* »[886]. Cette disposition, nécessaire à la compétitivité économique du gage immobilier, rend la possession et le droit de rétention fictifs[887]. A cause de cette fictivité, certains auteurs doutent de l'efficacité du droit de rétention lorsque le bien est resté entre les mains du débiteur[888].
Comme en matière de nantissement de créance, la doctrine se divise quant aux fondements de l'exclusivité. Pour la majorité de la doctrine, ce droit exclusif se justifie par un droit de rétention sur

---

[882] **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°536
[883] Voir n°258
[884] La jurisprudence avait consacré cette pratique antérieurement à l'ordonnance du 23 mars 2006
[885] Cass. Civ. 3ème., 18 déc. 2002, n°31-12.143 ; *Bull. Civ*., III, n°261 ; *D.* 2003, AJ, p.491, obs. **V. AVENA-ROBARDET** ; *D.* 2003, p. 963, note **P. DELEBECQUE** ; *JCP G* 2003, II, 10024, avis **O. GUÉRIN** ; *RTDCiv*. 2003, p. 319, obs. **T. REVET** ; *RTDCiv*. 2003, p. 327, obs. **P. CROCQ ;** Démontrant les souplesses de l'antichrèse-bail et les possibilités offertes voir, **F. LEJEUNE,** Une nouvelle sûreté, l'antichrèse-bail, *Journ. Not*. 1986, p.571
[886] Article 2390 du Code civil
[887] Pour une explication, voir par exemple : **R. BERNARD-MENORET**, Le droit de rétention au sein des sûretés, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *in* Bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 55, sépc.n°19
[888] **R. BERNARD-MENORET**, Le droit de rétention au sein des sûretés, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *in* Bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 55, spéc .n°19

l'immeuble[889]. Pour une minorité, l'exclusivité se fonde sur un droit *sui generis* au paiement direct des loyers, droit ne reposant ni sur le droit de rétention, ni sur le droit de préférence du créancier gagiste.[890]

Nous pensons que l'exclusivité se situe à plusieurs niveaux. A notre sens, comme en matière de nantissement, le versement des loyers au créancier gagiste constitue une situation d'exclusivité fondée sur le droit au paiement direct. Nous renvoyons largement à l'analyse détaillée effectuée à propos du nantissement de créance. Mais, parallèlement, au regard des textes, le gage-immobilier confère également un droit de rétention fictif sur l'immeuble. Le gage-immobilier offre donc à son titulaire deux droits exclusifs.

Enfin, toujours en matière de créance, le débat sur l'analyse des fondements de l'exclusivité se pose également en matière de compensation.

c) L'analyse délicate des fondements de l'exclusivité dans la compensation

258. **L'exclusivité de la compensation fondée sur un paiement direct automatique**. Le dernier cas qui pose débat est celui de la compensation. Unanimement, la doctrine reconnaît un effet de garantie à la compensation. Parfois, lors de la réalisation de la sûreté, la compensation peut avoir lieu, soit parce que les conditions de la compensation légale sont remplies, soit parce que les parties ont prévu des clauses de compensation. C'est le cas des clauses de *netting out* contenues dans les contrats de garanties financières.

La compensation a un effet exclusif. Elle s'opère quel que soit le droit du créancier sur la créance et quel que soit le droit des tiers.

La doctrine analyse généralement la compensation en un double paiement réciproque[891]. Certains auteurs ont vu dans la compensation un droit de rétention fictif car elle procure un pouvoir de blocage à celui qui s'en prévaut.

Nous ne souscrivons pas à cette analyse et pensons que l'exclusivité provient du paiement direct et automatique du créancier.

---

[889] **P. DUPICHOT**, L'antichrèse, *JCP E* 2006, suppl. au n°20, Etude n°7, p. 27, spéc. n°8

[890] **M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n^{os}162, 163 et s

[891] Voir notamment **: J. CARBONNIER**, *Droit civil, Tome 4, les obligations*, Thémis, Droit privé, 22ème éd. 2000, spéc. n°337 ; **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 11ème éd., 2013, spéc. n° 1390

Comme nous avons pu le constater, l'exclusivité est l'effet d'un mécanisme ou d'un droit. Ce polymorphisme des situations d'exclusivité a un impact sur le régime qui leur est applicable. Elles se caractérisent par l'absence d'unité. Selon la situation ou le mécanisme qui crée la situation d'exclusivité, le moment auquel elle intervient, l'exclusivité est plus ou moins efficace. Même si le créancier est de manière générale satisfait, l'exclusivité n'est pas toujours synonyme de satisfaction totale.

B. L'absence de concours et d'ordre

259. L'exclusivité est une situation recherchée par les créanciers car elle les place hors concours. En principe, le créancier titulaire d'un droit exclusif est seul. Il se soustrait à l'ordre des paiements applicables aux droits de priorité.(1). Toutefois, exceptionnellement, il arrive que le créancier exclusif se trouve en concours avec un autre créancier exclusif ou que les droits de priorité s'imposent à lui (2).

1. Le principe d'exclusion des droits de priorité

260. En principe, lorsque les droits exclusifs, à savoir le droit de rétention (a), le droit de propriété (b) ou le droit au paiement direct (c), se trouvent en conflit avec un droit de priorité, ils l'évincent. Toutefois, ce principe admet des exceptions.

a) L'exclusion des droits de priorité par le droit de rétention

261. **Le principe, l'opposabilité *erga omnes* et la primauté du droit de rétention**. Le droit de rétention, grâce à son opposabilité *erga omnes*[892] s'impose en principe, dans le conflit qui l'oppose au créancier titulaire d'un droit de priorité[893].

---

[892] Sur l'opposabilité erga omnes du droit de rétention voir notamment à propos du droit de rétention fictif attaché au gage de véhicule automobile : Cass. Com., 15 janv. 1957, *Bull. Civ*. IV, n°20, ; *D*. 1957, 267, note **J. HÉMARD** ; *JCP G* 1957, II, 10006, 1ère espèce, note **E. BECQUÉ;** *RTDCiv*. 1957, 556, note **H. SOLUS**; Pour un rappel de ce principe et une application plus récente voir : Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n° 08-10.152 Bull. Civ. I, 178 ; *D*. 2009, p.302, note **N. BORGA** ; *JCP G* 2009, 380, note **A. AYNÈS** ;
Contra : Il existe des décisions divergentes concernant l'opposabilité du droit de rétention au propriétaire du bien non tenu à la dette. Pour une décision ancienne, voir Req, 13 juil. 1874, *S*. 1875, 1, 145, note crit. **J.-E. LABBÉ** ; Voir aussi un arrêt du Conseil d'Etat venant en contradiction avec la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation et rendu à propos du droit de rétention accordé en cas de non-paiement des taxes d'aéroport: CE, 2 juil. 2003, n°254536 ; *RTDCiv*. 2004, p. 324, **P. CROCQ** ; JCP G 2004, I, 125, n°3, obs. **H. PERINET-MARQUET** .
Pour une critique de l'opposabilité du droit de rétention au propriétaire du bien non tenu à la dette et dont le droit a été constitué antérieurement au droit de rétention, voir notamment **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°632. Les auteurs relèvent une divergence d'objectifs entre le

Plusieurs situations sont toutefois à distinguer selon le lien de connexité[894] qui fonde le droit de rétention.

Lorsque le droit de rétention est fondé sur un lien de connexité matériel ou juridique, l'opposabilité du droit de rétention ne reçoit aucune limite. Cette position doit être approuvée car dans ce cas, « *la chose [est] en quelque sorte débitrice* »[895]. Ce droit de rétention ne relève pas de l'idée de garantie mais de l'idée de justice spontanée, à l'instar de l'exception d'inexécution ou de la légitime défense[896].

262. **Les limites à l'opposabilité *erga omnes,* le droit de rétention fondé sur une connexité conventionnelle**. En matière de connexité conventionnelle, la loi pose des limites à la primauté du droit de rétention face aux autres créanciers[897]. Par un double mouvement, elle rend, d'une part, le droit de priorité opposable au rétenteur, et d'autre part, le droit de rétention inopposable aux créanciers titulaires d'un droit de priorité[898]. Antérieurement à l'ordonnance du 23 mars 2006, l'ancien article 2091 du Code civil[899] prévoyait que les droits de l'antichrésiste – y compris son droit de rétention – « *ne préjudici[ai]ent point aux droits que les tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble* » avant la constitution de l'antichrèse. Aujourd'hui, l'article 2340 alinéa 2 règle le conflit opposant un créancier gagiste sans dépossession antérieure et un créancier gagiste avec dépossession postérieure au profit du premier de ces deux créanciers.

Dans tous les autres cas, le droit de rétention s'impose face à un droit de priorité**.** Par exemple, le droit de rétention est efficace lors d'une saisie-vente engagée par un tiers titulaire d'un droit de priorité. Le droit de rétention ne fait en principe ni obstacle à la saisie[900], ni à la vente. En revanche,

---

droit de rétention dont l'objet est de faire pression sur le débiteur et le fait de retenir au détriment du propriétaire non débiteur ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°600. Ces auteurs émettent une réserve lorsque le propriétaire non débiteur n'est pas

893 Voir notamment : **C. SCAPEL**, Le droit de rétention en droit positif, un îlot de résistance en jurisprudence, *RTDCiv.* 1981, p.539, spéc. n°53 et s.

894 Le lien de connexité entre la créance et le bien objet du droit fonde le droit de rétention. Voir : **A AYNÈS**, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005, spéc. nos140 et s ; Voir dans le même sens : **G. RIPERT** et **J. BOULANGER**, *Traité de droit civil tome III, sûretés réelles, Contrats civils*, LGDJ, 1958, spéc. n°38 ; **C. SCAPEL**, Le droit de rétention en droit positif (un îlot de résistance au contrôle du juge), *RTDCiv.* 1981, p.539, spéc. n°2 ; **C. BOLZE**, L'unité du lien de connexité en droit des obligations, *RJJ*. 1988-2, p.303 et s ; **J. MANDE-DJAPOU**, La notion étroite de droit de rétention, *JCP* 1976, I, 2760, spéc. n°10

895 Expression employée notamment par **A. AYNÈS**, note sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, *JCP G* 2009, 380 ; Qualifiant le droit de rétention de voie de justice privée, voir

896 **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, nos435-448 ; Qualifiant le droit de rétention de voie de justice privée voir notamment **J. MANDE-DJAPOU**, La notion étroite de droit de rétention, *JCP* 1976, I, 2760,

897 **A. AYNÈS**, La consécration légale du droit de rétention, *in* La réforme du droit des sûretés, *D.* 2006, p.1301

898 **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. nos476 et s. l'auteur argue que ces exceptions sont fondées sur le fraude paulienne.

899 Cet article a été abrogé par l'ordonnance du 23 mars 2006

900 Le texte prévoit que le créancier a un mois pour contester le droit de rétention dont se prévaut l'autre créancier. Pendant ce mois et le temps que la question soit tranchée, le droit de rétention fait obstacle à la saisie.

en informant l'huissier de son droit, le rétenteur fait obstacle à la remise du bien à l'adjudicataire[901]. Cette faculté permet au rétenteur d'être intégralement payé[902].

Le droit de rétention s'impose, y compris en matière de gage de droit commun sans dépossession. Dans ce cas, le droit de rétention est fictif et il ne procure pas un réel pouvoir de blocage au créancier[903]. Néanmoins, il doit en être tenu compte lors des distributions[904].

L'efficacité du droit de rétention est fondée sur la passivité de son titulaire. Il doit attendre le paiement complet pour se dessaisir. A défaut, il perd son droit. Cette passivité constitue un avantage par sa simplicité mais elle est également une faiblesse du droit de rétention. Le rétenteur ne détient aucun attribut du droit de propriété et ne peut ni user, ni jouir, ni disposer du bien. Il ne dispose que du droit de détenir la chose. Sa satisfaction dépend donc de la valeur et de l'utilité de la chose pour le débiteur et les tiers[905].

b) L'exclusion des droits de priorité par le droit de propriété

263. **Le principe, la primauté du créancier titulaire d'une propriété-sûreté sur le créancier prioritaire**. En principe, le propriétaire s'impose dans le conflit qui l'oppose au titulaire d'un droit de priorité. Néanmoins, il convient de distinguer différentes hypothèses.

Le droit de propriété, par exemple issu d'une fiducie-sûreté, s'impose toujours aux créanciers titulaires de droit de priorité postérieurs. L'antériorité du droit et son opposabilité fondent la solution. Toutefois, cette règle connaît une exception. Les créanciers titulaires de créances de conservation ou de gestion nées pendant la fiducie peuvent exercer leurs droits sur le patrimoine fiduciaire[906], indépendamment du droit exclusif du bénéficiaire.

---

[901] L'information de l'huissier peut se faire par le biais d'une lettre recommandé avec accusé de réception si le rétenteur n'est pas présent au moment de la saisie ou par simple déclaration à l'huissier lors de la saisie. L'efficacité de la rétention est également soumise à l'absence de contestation du droit de rétention par le saisissant. (Voir article R. 221-29 du Code des procédures civiles d'exécution).

[902] Voir notamment dans ce sens, **R. LAUBA**, *Le contentieux de l'exécution*, préf. **R. Perrot**, LexisNexis, ENM, 11ème éd., 2012, spéc. n°495 ; **R. LAUBA,** *Le contentieux de l'exécution*, Lexis Nexis, ENM, 2014, spéc. n°569

[903] Les dispositions légales applicables au droit de rétention prévu à l'alinéa 4 de l'article 2286 ne prévoient un effet de blocage qu'en cas de cession du bien dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire. Voir article L.622-7 I du Code de commerce ; Voir aussi **N. BORGA**, Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 déembre 2008, *RDBF* mai-juin 2009, etudes 20, p. 9, spéc. n°12 ; P.-M. Le Corre, Un exemple d'exclusivité : le gage avec droit de rétention fictif, Colloque du CRAJEFE-CERDP, 19-20 mars 2010, Nice, LPA 11 févr. 2011, n°30, p.68 ; **A. AYNES**, L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives, *JCP G*, 2008, 300

[904] Voir notamment Inst. Codificatrice n°09-014-A du 1er juillet 2009, *BOCP* juil. 2009, spéc.p.12

[905] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Cours de master 1 Droit de l'entreprise, Les Entreprises en difficulté , 2006

[906] Article 2025 du Code civil

264. **Les limites, le créancier prioritaire antérieur à la constitution de la propriété-sûreté**. Lorsque le droit de priorité est antérieur au droit de propriété, deux situations doivent être isolées. Si le droit de priorité n'est pas assorti d'un droit de suite, le droit de propriété triomphe. En revanche, si le droit de priorité est assorti d'un droit de suite, le droit de propriété s'incline. Ce principe se fonde sur la règle *Nemo plus juris*, parfois reprise par certaines dispositions législatives spéciales comme l'article 2025 du Code civil à propos de la fiducie-sûreté. Ainsi, dans le conflit opposant un créancier nanti sur le fonds de commerce antérieur et le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté, le créancier nanti sur le fonds de commerce l'emporte.

Il est communément admis que les sûretés assorties d'un droit de suite sont les sûretés soumises à publicité, les hypothèques, le gage immobilier, les nantissements.

La question est plus discutée à propos des privilèges spéciaux mobiliers[907].

Certains auteurs considèrent qu'il ne s'agit pas de droits réels[908]. D'autres leur reconnaissent la nature de droit réel, sans droit de suite[909] ou assorti d'un droit de suite limité dans ses effets par l'article 2276 du Code civil[910]. Cette limitation nous semble, en pratique, supprimer tout droit de suite.

La jurisprudence n'est pas fixée sur ce point et un débat existe à propos du privilège spécial du Trésor pour le recouvrement de la taxe foncière. En effet, depuis quelques années se dessine une opposition entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. La première reconnait, dans ce cas, un droit de suite au Trésor[911] alors que le second, en dépit de sa position traditionnelle[912] et de la

---

[907] Voir notamment : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°699 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°744; **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 1996, spéc. n°465

[908] voir : A. Colin, H. Capitant, L. Julliot de la Morandinière, n°1492 ;

[909] Voir notamment : **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°744

[910] Pour la reconnaissance d'un droit de suite limité par l'article 2276 voir **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010,spéc. n°699; **M. PLANIOL, G. RIPERT**, par **E. BECQUÉ**, *Traité pratique de droit civil français*, T XII, 1ère partie, LGDJ, oct. 1952, spéc. n°233 ; **M. DAGOT**, *Les sûretés*, Puf, Thémis droit 1981, spéc. pp. 265-266 ; **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Dalloz Sirey, 2ème éd., mars 1987, spéc. n°528 ; Comparer avec **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis, Dalloz, 6ème éd. 2012, spéc. n°744 ; **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 1996, spéc. n°465 ; **Comparer avec M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER,** , *Droit des sûretés*, Sirey, 4ème éd. 2014, n° 1931

[911] Voir notamment Cass. Com., 28 mars 2006, n°03-13.822, *Bull. Civ*. IV, n°80 *; JCP E* 2006, 2824, spéc. n°21, obs. **P. DELEBECQUE** ; *AJDI* 2007, p.403, obs. **J.-P. MAUBLANC**. Cette solution est conforme à la position traditionnelle de la Cour de cassation, voir notamment Cass. Req., 6 juil. 1852, *S*. 1852, 1, p.534 ; Cass. Civ. 26 mai 1886, *DP*. 1887, 1, 296 ; Solution reprise par l'administration fiscale, Rép. Min. n°6349, JOAN Q, 12 janv. 1998, p. 196 ; Le ministre de l'économie considéraient que l'impôt foncier était une charge de l'immeuble et non de la personne propriétaire.

[912] Solution reprise par l'administration fiscale, Rép. Min. n°6349, *JOAN Q*, 12 janv. 1998, p. 196 ; Le ministre de l'économie considéraient que l'impôt foncier était une charge de l'immeuble et non de la personne propriétaire.

position du législateur[913], le lui refuse désormais[914]. En tout état de cause, les règles applicables au privilège spécial du Trésor sont spéciales et ne permettent pas d'admettre de façon générale que les privilèges spéciaux sont assortis d'un droit de suite.

c) L'exclusion des droits de priorité par le droit au paiement exclusif

265. **Le droit de priorité face au droit au paiement exclusif**. Le créancier nanti qui a notifié sa créance au débiteur de la créance nanti jouit d'un droit exclusif au paiement[915]. Il prime donc tous les créanciers antérieurs titulaires de droits de priorité et notamment les créanciers privilégiés.

Malgré le caractère exclusif du droit du créancier, il peut parfois se trouver dans une situation de concours.

2. Les exceptions, les situations de concours

266. **Les hypothèses de concours de droits exclusifs**. Une situation de concours peut apparaître lorsque deux créanciers gagistes demandent une attribution en propriété, lorsque deux créanciers nantis notifient ou encore lorsque deux créanciers exercent une saisie attribution simultanément.

267. **Une solution : le partage par contribution**. Plusieurs solutions sont envisageables. La première est d'admettre que les créanciers viennent en concours, que leurs droits sont équivalents. Un partage par contribution s'impose alors. C'est la solution retenue lorsque deux saisies-attribution ont lieu le même jour[916].
Toutefois, le partage proportionnel n'est pas toujours possible.

268. **Les autres solutions**. Lorsque les attributions en propriété sont demandées simultanément, selon Messieurs L. Aynès et P. Crocq, il convient de se référer aux classements des droits de préférence et d'accorder la propriété du bien au créancier bénéficiant du meilleur rang[917].
Quid lorsque les créanciers demandant l'attribution sont de même rang ? C'est notamment l'hypothèse dans laquelle les hypothèques ou les gages sans dépossession ont été enregistrés le

[913] Instr. codificatrice n°09-014-A du 1er juil.2009, BO CP juillet 2009, spéc. p.9
[914] Voir CE, 13 juil. 2006, n°269576, Min. c/ SCI Saint-Jacques Peyras, Inédit ; voir aussi **J.-P. MAUBLANC,** note sous Cass. Com., 28 mars 2006, n°03-13.822, *AJDI* 2007, p.403
[915] Voir nos 254 et s.
[916] Voir article L.211-2 du Code des procédures civiles d'exécution.
[917] Dans ce sens, voir **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°687.

même jour ou lorsqu'un un gage sans dépossession et un gage avec dépossession de droit commun sont rendus opposables le même jour. Il convient de les départager en tenant compte de la date de constitution de l'acte. L'attribution en propriété serait accordée au créancier dont le droit est né en premier.
S'il n'est pas possible de les départager, il nous semble que ces créanciers, qui ont exercé leur droit simultanément, deviennent des propriétaires indivis du bien.

Malgré cette efficacité de principe et l'éviction de tout concours, l'efficacité des situations d'exclusivité oscille à cause de la diversité de ses sources.

§2. L'efficacité variable

269. L'efficacité des situations d'exclusivité est en principe grande car le créancier est seul et n'est pas soumis à l'ordre des paiements.
Mais l'hétérogénéité des situations d'exclusivité et la diversité des régimes applicables en rendent l'efficacité variable. Outre la nature du droit fondant l'exclusivité, le degré de satisfaction du créancier dépend également des droits des tiers et de la situation juridique du débiteur. De nombreux conflits peuvent apparaître.
Le bilan proposé de la satisfaction du créancier montre que cette dernière est correcte malgré l'existence de conflits avec d'autres titulaires de droits exclusifs (A). En revanche, lorsque le débiteur est placé sous une procédure collective, la disparité des traitements s'accentue et l'efficacité de la sûreté varie eu égard à la nature du droit à l'origine de l'exclusivité (B).

A. Le débiteur *in bonis*, la satisfaction attendue du créancier exclusif

270. Lorsque le débiteur est *in bonis*, le créancier exclusif se trouve dans une position confortable. En principe, il est satisfait. Toutefois, son droit peut être mis en cause par le titulaire d'un autre droit exclusif, soit de même nature, soit de nature différente.
L'exclusivité présente ce paradoxe de pouvoir offrir au créancier toutes les chances de paiement mais également de les lui retirer toutes. En effet, la répartition par contribution est ici exclue et le conflit est réglé au profit de l'un ou de l'autre des titulaires. Il convient donc de déterminer les règles principales de règlement des conflits (1).
Une fois la sûreté réalisée, la satisfaction du créancier peut parfois être mise à mal par un tiers. Dans ces hypothèses, le créancier exclusif se trouve dans une situation précaire (2).

1. Les conflits internes

271. **Le principe de règlement des conflits, l'antériorité de l'opposabilité du droit aux tiers**. Le conflit opposant deux droits exclusifs est en principe tranché selon la règle « *Prior tempore, potior jure* ». Le droit opposable aux tiers en premier prime les suivants. Toutefois, eu égard à la diversité des sources de l'exclusivité, l'opposabilité aux tiers du droit ne se produit pas toujours au même moment, ce qui cause des difficultés quant au règlement des conflits.

272. **Les types de conflits.** Les conflits qui opposent les droits exclusifs sont de trois ordres. Ils peuvent opposer les droits exclusifs aux droits de priorité[918]. Ils peuvent ensuite opposer des droits exclusifs de même nature ou de natures différentes.
Il n'est pas question ici de reprendre l'ensemble des hypothèses de conflits de droits exclusifs mais seulement de dégager des principes généraux de solution[919] et d'évaluer le degré de satisfaction du créancier.
Dans un souci de pédagogie et de simplicité, nous traiterons d'abord des conflits opposant des droits exclusifs de même nature (a), puis des droits exclusifs de natures différentes (b).

a) Les conflits entre droits exclusifs de même nature, les conflits fratricides

273. Les conflits de droits exclusifs de même nature peuvent opposer, deux droits de propriété (α), deux droits de rétention (β) ou encore deux droits au paiement direct (γ)

α) Le conflit entre deux droits de propriété.

274. **Le principe**. Le conflit peut opposer deux droits de propriété. Il se règle en principe au profit du droit de propriété opposable en premier. Les dates d'opposabilité des transferts de propriété varient selon l'acte effectué. Par exemple, la fiducie-sûreté mobilière est opposable à sa constitution, la publicité effectuée n'étant pas de nature à rendre le droit opposable aux tiers. En revanche, la fiducie-sûreté immobilière est opposable au jour de son inscription au registre de la publicité foncière.

[918] Voir n[os] 250 et s.
[919] D'autres conflits existent notamment en matière de réserves de propriété successives. Nous renvoyons aux études existantes et particulièrement **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement*, Th. Dactyl, Paris II, 2010, tableaux annexés.

275. **L'opposition entre le créancier réservataire et le cessionnaire du prix**. L'un des conflits les plus intéressants oppose le créancier réservataire et le cessionnaire de la créance de prix de revente[920]. L'ordonnance du 23 mars 2006 est venue clarifier les positions antérieures. La difficulté ne résultait pas à l'époque de la règle de conflit à appliquer mais de la détermination de la date de la subrogation, car la subrogation n'était prévue que dans la cadre des procédures collectives. La jurisprudence était toutefois favorable au créancier réservataire et considérait que la subrogation avait lieu au jour de la vente[921]. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le créancier réservataire bénéficie de la subrogation de la créance de prix de revente au bien vendu, en principe, au jour de la revente. La cession de créance postérieure, même notifiée, ne fait pas perdre son droit au créancier réservataire.

Toutefois, dans un arrêt opposant le cessionnaire d'une créance future au créancier réservataire, la Cour de cassation a retenu que la subrogation intervenait au jour où le sous acquéreur est mis en possession réelle des biens[922]. Cette solution semble devoir, au regard des règles exposées ci-dessus, être cantonnée à l'hypothèse précise de la cession de créance future[923]. Son extension serait source d'incohérence[924]. Cette jurisprudence amène à distinguer deux situations. « *Si la cession de créance est postérieure à la délivrance du bien revendu, la subrogation [peut] se produire et l'action en revendication du prix demeure possible. En revanche, si la cession de créance est effective avant la mise en possession du sous-acquéreur, la subrogation n'a pu s'opérer faute de support* »[925]. L'action en revendication est alors impossible.

276. **L'opposition entre le créancier réservataire et le bénéficiaire d'une lettre de change**. Le principe « *Prior tempore potior jure* » devrait également être retenu pour résoudre le conflit opposant le créancier réservataire au bénéficiaire d'une lettre de change acceptée portant sur la créance de prix de revente. En effet, la jurisprudence a fait prévaloir la lettre de change acceptée entre la cession et la notification de la cession. Les dates retenues pour régler le conflit ayant été ici

---

[920] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, , *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°527

[921] Voir Cass. Com., 20 juin 1989, Bull. Civ ; IV, n°197 ; *D.* 1989, p. 431, obs. **F. PÉROCHON**; *RTDCom*. 1989, p. 745, obs. **A. MARTIN-SERF**; *RTDCom.* 1990, p. 445, obs. **B. BOULOC**.

[922] Cass.Com, 14 déc. 2010, n° 09-71.767 ; *Bull. Civ. IV*, n°199; *RLDCiv*. Juin 2011, p.27, obs. **N. THOMASSIN ;** D. 2011, p 8, obs. **A. LIENHARD;**. *RTDCiv*. 2011, p. 155, obs. **P. CROCQ;** *RTDCom.* 2011, p.405, obs. **B. BOULOC;** *RTDCom*. 2011, p.622, obs. **D. LEGEAIS;** *JCP E* 2011, 1263, obs. **P. PÉTEL ;** *LEDEN* 1er fevr. 2011, n°2, p. 3, obs. **P. RUBELLIN**

[923] Dans ce sens voir **B. BOULOC,** obs. sous Cass. Com. 14 déc. 2010, *RTDCom.* 2011, p.405,

[924] **N. THOMASSIN,** La propriété réservée, le prix de revente et le bordereau Dailly, obs. sous Cass. Com. 14 déc. 2010**,** *RLDCiv*. Juin 2011, p. 27

[925] **P. RUBELLIN**, obs. sous. Cass.Com, 14 déc. 2010, n° 09-71.767 ; *Bull. Civ. IV*, n°199, *LEDEN* 1er fevr. 2011, n°2, p. 3

la notification et l'acceptation, deux formalités indispensables à rendre le paiement par le tiré ou le débiteur cédé, obligatoire[926].

β) Le conflit entre deux droits de rétention

Un conflit peut ensuite naître entre deux droits de rétention. S'il paraît impossible d'avoir un conflit de droits de rétention effectifs, peuvent se heurter un droit de rétention fictif et un droit de rétention effectif ou deux droits de rétention fictifs. Différentes hypothèses sont à distinguer.

277. **L'opposition entre deux gages de droit commun**. L'ordonnance du 23 mars 2006 est venue poser la règle selon laquelle nonobstant l'existence d'un droit de rétention et de sa nature, le conflit opposant deux gages de droit commun se résout selon la règle de l'antériorité. Ainsi, si le créancier gagiste sans dépossession de droit commun a publié sa sûreté avant que le créancier gagiste avec dépossession entre en possession du bien, il le prime. Cette solution posée par l'article 2340 du Code civil est une solution innovante car, rapportée au droits de rétention, elle modifie la règle posée par la jurisprudence antérieure[927] en faisant primer le droit de rétention fictif rendu opposable en premier sur le droit de rétention effectif.
Dans toutes les autres hypothèses la loi reste silencieuse.

278. **L'opposition entre un droit de rétention effectif et un droit de rétention fictif attaché à un gage spécial sans dépossession**. La jurisprudence[928] a été amenée à se prononcer sur le conflit opposant un créancier rétenteur effectif dont le droit était fondé sur une connexité matérielle et le titulaire d'un droit de rétention fictif attaché à un gage spécial sans dépossession. Dans l'une des espèces, le conflit opposait un créancier garagiste qui retenait un véhicule pour défaut de paiement des réparations et un créancier titulaire d'un gage de véhicule automobile. La Cour de cassation a fait prévaloir le droit de rétention effectif fondé sur un lien de connexité matérielle, sorte d'exception d'inexécution sur le droit de rétention fictif attaché au gage de véhicule automobile.

279. L'opposition entre un droit de rétention effectif attaché au gage avec dépossession de droit commun et un droit de rétention fictif attaché à un gage spécial. L'hypothèse semble être une pure hypothèse d'école car depuis l'arrêt du 13 février 2013, la Cour de cassation considère que, dans la

[926] Cass. Com., 19 déc. 2000, n° 97-15.011 *; Bull. Civ*. IV, n°200; *D.* 2001, AJ. 2002, obs. **X. DELPECH**; *RTDCiv*. 2001, p. 393, spéc. p. 396, obs. **P. CROCQ ;** *RTDCom*. 2001 p. 737, note **M. CABRILLAC**
[927] Voir l'arrêt de principe rendu à propos d'un conflit opposant un gage de véhicule automobile et un droit de rétention d'un garagiste, Cass. Com., 11 juin 1969, *D*. 1970, 244, note **P. BIHR** ; *Banque* 1971, 518, note **MARIN**
[928] *Ibidinem*

mesure où le Code de commerce prévoit un gage spécial de stocks, les parties ne peuvent pas opter pour le gage de droit commun. Toutefois, cette jurisprudence pourraît être remise en cause car certaines juridictions du fond, notamment la Cour d'appel de Paris[929], résistent, ce qui devrait occasionner une nouvelle décision de la Cour de cassation.

Si l'on s'en tient à la jurisprudence du 13 février 2013, deux solutions peuvent être envisagées.

Il est d'abord possible d'étendre la solution dégagée par la jurisprudence pour régler le conflit opposant un rétenteur effectif et un rétenteur fictif dont le droit est attaché à un gage spécial. Le créancier titulaire d'un gage avec dépossession et droit de rétention effectif primerait le créancier titulaire d'un gage spécial et d'un droit de rétention fictif.

Mais, il est également possible d'étendre la règle applicable aux gages de droit commun. En effet, les régimes spéciaux ne contiennent pas de dispositions spécifiques. Il est alors possible de se référer au droit commun du gage et de retenir que le conflit se règle selon la règle de l'antériorité de l'opposabilité. Cette solution nous semble préférable.

Un conflit de même type peut opposer deux droits de rétention fictifs.

280. **L'opposition entre deux droits de rétention fictifs**. La loi ne traite pas non plus du conflit opposant deux droits de rétention fictifs. Cette hypothèse pourrait se rencontrer si un créancier titulaire d'un gage de droit commun se trouve en concurrence avec un créancier titulaire d'un droit de rétention attaché à un gage spécial. Mais comme l'hypothèse précédente, compte tenu de la position de la Cour de cassation sur l'option pour une sûreté relevant du régime de droit commun alors qu'il existe un régime spécial, cette hypothèse demeurera probablement une hypothèse d'école.

Deux solutions sont toutefois envisageables.

Il est d'abord possible de considérer les effets de chacun des droits de rétention et de faire primer le créancier qui disposerait du plus grand pouvoir de blocage. C'est la solution qu'a retenu la Cour de cassation en matière d'opposition entre un droit de rétention effectif et un droit de rétention fictif.

Mais eu égard au régime de droit commun du gage, il est souhaitable de retenir la règle « *prior tempore potior jure* » comme règle de résolution des conflits. Le créancier ayant publié en premier sa sûreté bénéficie du droit de rétention.

[929] CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *D*. 2014. 924, obs. **C. GIJSBERS** ; *RLDC* juill-août 2014. 38, obs. **J. CLAVEL-THORAVAL** ; *JCP* 2014. Doctr. 635, obs. **P. DELEBECQUE** ; *Gaz. Pal*. 4-5 juin 2014, p. 20, obs. **M.-P. DUMONT-LEFRAND** ; *Banque et Droit* mai-juin 2014. 58, obs. **N. RONTCHEVSKY**. Voir aussi **Y. BECKERS**, Quel gage pour les établissements de crédit ? Gage de droit commun sans dépossession ou gage de stocks ?, *RDBF*. 2014. p. 111

γ) Le conflit entre deux droits au paiement direct

281. **Peuvent s'affronter des droits au paiement direct**. Ce conflit peut opposer deux créanciers nantis successifs sur une même créance. Lorsqu'ils ont tous les deux notifié leur nantissement au débiteur, l'emporte le créancier qui a notifié en premier. En revanche, si un seul des deux créanciers a notifié, il l'emporte. Toutefois, il n'est pas certain, s'il est créancier de second rang, qu'il ait vocation à conserver les sommes en paiement. Il devrait subir l'ordre de paiement. Il pourrait néanmoins opposer son droit de rétention ou de propriété sur les sommes[930]. De même, le créancier nanti peut se trouver face à un sous-traitant bénéficiant d'un droit au paiement direct à l'encontre de la personne publique maître de l'ouvrage en cas de sous-traitance[931]. En cas de conflit est retenue la date de naissance du droit au paiement direct et l'emporte le titulaire dont le droit est le plus ancien.

Le créancier nanti peut également se trouver face à un créancier intentant une action directe sur la créance. L'action directe confère à son titulaire un droit au paiement direct qui nait au jour de l'immobilisation de la créance. Le conflit se règle au profit du créancier dont le droit au paiement est acquis et opposable au débiteur en premier. Pour le créancier nanti, est prise en compte la date de notification de la créance ; pour le créancier titulaire d'une action directe, c'est la date d'immobilisation de la créance, c'est-à-dire le jour de la naissance de l'action pour l'action directe parfaite et le jour de l'exercice de l'action directe pour l'action directe imparfaite[932].

En sus des conflits fratricides, le créancier titulaire d'un droit exclusif peut entrer en concours avec un créancier titulaire d'un droit exclusif dont le fondement est différent.

b) Les conflits externes

Les conflits entre créanciers exclusifs peuvent opposer des créanciers dont les droits sont de nature différente. Différentes situations sont à distinguer.

282. **La confrontation droit de rétention, droit de propriété**. Dans le conflit opposant un droit de rétention et un droit de propriété, le droit de rétention l'emporte. Si le droit de rétention est antérieur au transfert du bien, le bénéficiaire est tenu de respecter le droit de rétention en vertu de la

[930] Voir n[os]249 et s.
[931] Pour les conditions d'obtention de ce droit au paiement direct voir art. 115 du Code des Marchés Publics
[932] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n[os]553-554

règle « *Nemo plus juris* ». S'il est postérieur au droit de propriété, s'il est né du fait du propriétaire ou de la chose, il lui est également opposable.

Lorsque le droit de rétention est postérieur au transfert de propriété, par exemple fiduciaire, le rétenteur titulaire d'un droit de rétention matériel s'impose car la dette est née de la chose[933].

En revanche, le droit de rétention conventionnel s'impose seulement s'il est valable[934]. Il doit avoir été constitué par le propriétaire du bien. Ainsi, l'acheteur, sous réserve de propriété, ne peut pas constituer un gage sur les biens vendus. A défaut, il se rend coupable d'un délit de détournement de gage et le gage est nul car il porte sur la chose d'autrui[935]. Toutefois, en matière mobilière, lorsqu'un conflit oppose le vendeur sous réserve de propriété et un créancier gagiste sur le bien, la jurisprudence applique l'article 2276 du Code civil. Elle fait ainsi prévaloir les droits du gagiste sur ceux du propriétaire[936]. En revanche, s'il est démontré que le possesseur est de mauvaise foi[937], le créancier réservataire l'emporte.

De même, si le droit de rétention se fonde sur une connexité juridique, comme pour l'exception d'inexécution, le rétenteur ne peut pas, en principe, opposer au propriétaire le droit qu'il tient de l'inexécution d'un rapport d'obligation auquel le propriétaire n'est pas partie[938]. En revanche, il semble possible qu'il puisse lui opposer l'article 2276 du Code civil et qu'il soit considéré comme un possesseur de bonne foi[939].

283. **La confrontation entre le titulaire et le rétenteur d'une créance**. En matière de droit de créance, le titulaire de la créance peut se heurter à un droit de rétention exercé par un tiers sur la créance. Au regard de l'article 1240 du Code civil, le paiement fait de bonne foi au possesseur est valable. Ainsi, le titulaire de la créance peut perdre son droit au paiement[940].

---

933 **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. **C. Larroumet**, Economica 2005, spec. n°366

934 **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°560

935 **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°560 ; Pour A. Aynès, cette solution s'explique par le principe de relativité des contrats. Le droit de rétention est créé par un contrat auquel le propriétaire du bien n'est pas partie. Il lui est donc inopposable. **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. . **C. Larroumet**, Economica 2005, spec. n^{os} 363-364

936 Voir par exemple : Cass. Com. 14 et 28 nov. 1989 ; Cass. Com. 13 févr. 1990. Pour un commentaire de ces trois décisions, voir **F. PÉROCHON**, Les dispositions de l'article 65 de la loi de 1967 ne dérogent pas à celles prévues en faveur du possesseur de bonne foi par l'article 2279 du code civil, *D.* 1991, p. 43

937 Pour un exemple dans lequel la mauvaise foi a été retenue : Voir CA Paris, 27 oct. 1994, *JCP E* 1996, I, 571, n°11 obs. **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**

938 **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, préf. **C. Larroumet**, Economica 2005, spec. n°365

939 Cela suppose (et c'est la position de la Cour de cassation) que le droit de rétention soit un droit réel susceptible d'être acquis par le jeu de l'article 2276 du Code civil

940 **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n^{os}530-531

284. **La confrontation entre droit de propriété et droit au paiement direct**. Le créancier réservataire peut se trouver en conflit avec un créancier nanti sur la créance de prix de revente. Cette question se règle sur le terrain de la validité du nantissement car le nantissement constitué sur la chose d'autrui est, en principe, nul.

En sens inverse, le créancier nanti peut se heurter au cessionnaire de la créance – la cession ayant lieu postérieurement au nantissement. Le conflit est tranché selon la règle de l'antériorité de l'opposabilité qui prévaut. Ainsi, en principe, le créancier nanti s'impose si la cession de créance n'a pas été signifiée au débiteur de la créance nantie ou acceptée par lui avant la constitution du nantissement. Néanmoins, si la cession de créance est signifiée avant le nantissement de créance, le débiteur de la créance peut valablement payer le cessionnaire. Le créancier nanti ne dispose alors d'aucun recours à l'encontre du débiteur de la créance nantie qui est libéré[941]. Faute d'objet, le nantissement devient alors caduc.

Il convient donc de prendre en considération la date de notification et la date de paiement du cessionnaire. Si le cessionnaire est payé avant la notification du nantissement, le paiement est libératoire. En revanche, dans l'hypothèse inverse, le débiteur de la créance doit payer le créancier nanti[942].

Le créancier nanti peut se trouver en conflit avec un créancier exerçant concomitamment une saisie-attribution[943]. La saisie-attribution a un effet attributif immédiat au bénéfice du saisissant. Celui-ci devient titulaire de la créance en lieu et place du débiteur saisi au jour de la saisie. La créance est transmise grevée du nantissement opposable dès sa constitution. Les solutions dégagées à propos du conflit avec le cessionnaire de la créance doivent être transposées ici[944]. Le créancier nanti s'impose s'il a notifié sa sûreté avant la saisie attribution.

285. **La confrontation entre le droit de rétention et le droit au paiement direct**. Le créancier nanti sur créance de droit commun peut entrer en conflit avec le titulaire d'un droit de rétention sur

---

[941] Sauf à envisager un recours à l'action *de in rem verso*- Voir ci-après.

[942] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n^{os} 571-572

[943] Cette hypothèse peut être étendue aux avis à tiers détenteur qui ont le même effet attributif que les saisies-attributions.

[944]. Pour un raisonnement par analogie voir la résolution du conflit entre une cession par bordereau Dailly et une saisie attribution. Si la cession de créance est intervenue avant la saisie, la première est opposable au créancier saisissant et le cessionnaire l'emporte. Cass. Com. 26 nov. 2003, n° 01-03.685 ; *Bull. Civ.* IV, n°176 ; *RTDCom*. 2004, p. 138 obs. **M. CABRILLAC**; *D.* 2004, p. 1485 obs. **G. TAORMINA** ; *Banque et Droit*, mars- avril 2004, p. 58, obs. **T. BONNEAU** ; RDBF 2004, comm. 85, obs. **S. PIEDELIÈVRE** ; Dans ce sens voir **H. SYNVET**, Le nantissement de meubles incorporels, *in* Rapport Grimadi, pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2005, n°140, p. 64 ; **N. CAYROL**, *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. n°2270, Saisie attribution et conflits avec les tiers, 2008, n°80 ; **M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n^{os}182 ; **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n^{o}581 ;

sa créance, par exemple le titulaire d'un nantissement sur compte d'instruments financiers. A notre sens, prévaut celui dont le droit exclusif a été rendu opposable en premier. Si le nantissement de créance a été notifié avant la constitution du nantissement de compte, le nantissement de créance l'emporte. Dans le cas inverse, c'est le nantissement de compte qui prévaut.

L'existence de conflits met le créancier titulaire de la sûreté en danger. S'il perd le duel qui l'oppose au titulaire d'un autre droit exclusif, il perd toute satisfaction. En revanche, lorsqu'il sort vainqueur de cet affrontement, il obtient la meilleure satisfaction possible, compte tenu de ses droits et de l'assiette du droit exclusif. Néanmoins, dans certains cas, cette satisfaction peut postérieurement être remise en cause.

2. La remise en cause postérieure de la satisfaction du créancier

Toutes les situations d'exclusivité ne sont pas soumises au même régime. La satisfaction de créanciers en situation d'exclusivité du fait de la réalisation de leur sûreté réelle peut être remise en cause dans deux hypothèses. Le premier cas est relatif à l'attribution en propriété du bien grevé à un créancier de second rang. La satisfaction de ce créancier peut être remise en cause par un créancier antérieur muni d'un droit de suite (a). Le second vise l'exercice d'une action *de in rem verso* ou d'une action en restitution par le créancier exclusif exclu (b).

a) La satisfaction précaire du créancier attributaire

286. **L'attribution en propriété à un créancier de second rang**. Le droit de propriété résultant d'une attribution en propriété peut s'avérer précaire lorsque le créancier attributaire est un créancier de second rang.

Comme le droit anglais[945], le droit français reconnaît que l'attribution en propriété peut être accordée à un créancier de second rang. En effet, la jurisprudence considère que l'attribution en propriété est un droit du créancier qui ne peut lui être refusé quel que soit le rang du créancier attributaire[946].

[945] Le droit anglais reconnaît la même faculté dans le *forclosure*, sorte d'attribution judiciaire offerte au titulaire d'un *mortgage*. Voir notamment, **P. CROCQ**, L'attribution judiciaire au profit du créancier de second rang, une possibilité parfois dangereuse, *RTDCiv*. 2008, p. 701 ; **B. TESTON**, Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes, *in* Dossier : Garanties et sûretés internationales, Dr. et Patr. juin 2001, p. 94

[946] Cass. Com., 3 juin 2008, n° 07-12.017 et 07-15.228 ; *Bull. Civ.* IV, n°114 ; *D.* 2008. 1691, obs. **A. LIENHARD** ; *RDBF*. juill.-août 2008. 55, obs. **D. LEGEAIS** ; *RTDCiv*. 2008, p.701, obs**. P. CROCQ**

Or aucune disposition légale spéciale ne prévoit que l'attribution en propriété – judiciaire, conventionnelle ou légale – purge les inscriptions. En vertu de la règle « *Nemo plus juris* », le bien lui est transmis grevé. Le créancier de premier rang titulaire d'un droit de suite et dont le droit est opposable à l'attributaire peut donc s'en prévaloir et demander à son tour l'attribution en propriété ou la vente forcée du bien[947].

Le créancier attributaire de second rang se trouve donc dans une situation précaire. En tant que mode de réalisation, l'attribution en propriété éteint la sûreté et la créance garantie à hauteur de la valeur du bien. En cas de réalisation d'un créancier de premier rang muni d'un droit de suite, le créancier attributaire ne peut ni utiliser un autre mode de réalisation, ni réclamer le paiement de sa créance. Il perd ses droits.

287. **Hésitations dans les solutions à apporter**. A l'heure actuelle, la jurisprudence n'a pas apporté de solution à cette question. La doctrine s'en est emparée mais les solutions proposées divergent.

Malgré le refus constant de la jurisprudence de prendre en considération le rang du créancier pour lui accorder une attribution en propriété, certains auteurs plaident en faveur de l'extension de l'interdiction faite au créancier de second rang de demander l'attribution en propriété en matière de nantissement de marchés publics[948]. Toutefois, cette démarche implique un établissement de l'ordre des créanciers avant toute attribution en propriété et le créancier attributaire peut ignorer légitimement, au jour de l'attribution, l'existence de certaines sûretés réelles assorties de droits de suite.

Monsieur P. Crocq[949] propose, par analogie avec l'hypothèque judiciaire conservatoire[950], que lors de l'évaluation, la valeur des sûretés de rang préférable et assorties d'un droit de suite soit prise en compte. Il est vrai que l'attribution au créancier de second rang ne pose problème que si la soulte est insuffisante à désintéresser le créancier de premier rang exerçant son droit de suite. Cette proposition est séduisante mais elle peut, dans certains cas, aboutir à une solution financièrement

---

[947] **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°687

[948] Dans ce sens voir : **P. DELEBECQUE**, Le régime de l'hypothèque, *JCP G* 2006, suppl. au n°20, I, 8, n°20 ; **C. ALBIGES, M.-P. DUMONT-LEFRAND**, *Droit des sûretés*, Dalloz, 2011, n° 628 **; M. MIGNOT**, *Droit des sûretés*, Montchrestien, LMD, coll dir. B. Beigner, 2010, spéc. n° 2025 **; Y. PICOD,** *Droit des sûretés*, Puf, coll. Thémis, 2ème éd. 2011, spéc. n° 345 **; S. PIEDELIÈVRE**, *Droit des sûretés*, Ellipses, 2008, n° 403 et 684. D'autres auteurs ne tranchent pas franchement en ce sens mais s'interrogent sur cette possibilité. Voir notamment : **S. BECQUÉ-ICKOWICZ,** Les réformes de l'hypothèque, *in Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Dir. **S. Cabrillac, C. Albiges, C. Lisanti**, Litec, 2007, p. 79 s., spéc. p. 84 ; **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, *RLDA* mars 2007. 96 s., spéc. p. 98 ; **M. BOURASSIN, V. BRÉMOND**, **M.-N. JOBARD-BACHELLIER,** *Droit des sûretés*, Sirey, 4ème éd. 2014, n° 2095

[949] **P. CROCQ**, L'attribution judiciaire au profit d'un créancier de second rang : une possibilité parfois dangereuse !*RTDCiv*. 2008, p.701

[950] Voir Cass. Civ. 3ème, 7 juil. 2004, n°03-13.533 ; *Bull. Civ*. III, n°149 ; *D.* 2005, Pan. 2087, obs. **P. CROCQ**

déséquilibrée, provoquant tantôt l'enrichissement du créancier attributaire, si la soulte suffit à désintéresser les créanciers de rang préférable, tantôt son appauvrissement s'il est découvert, postérieurement au transfert de propriété, une créance antérieure de rang préférable et assortie d'un droit de suite[951].

En réaction aux propositions précédentes, Madame Bougerol-Prud'homme[952] suggère d'adopter la solution d'un « *ajustement a posteriori* » fondé sur la garantie d'éviction. Elle propose de reconnaître au créancier attributaire de second rang le droit de se retourner contre son débiteur initial sur le fondement de la garantie d'éviction en vue de la reconnaissance totale ou partielle de la créance garantie.

Cette solution *de l'ajustement a posteriori* nous semble critiquable à deux égards. Sur le plan pratique, cette proposition risque de s'avérer inutile car le débiteur est probablement insolvable. En effet, les deux créanciers poursuivent la réalisation de leur sûreté car le débiteur est défaillant. Il nous paraît peu probable que le créancier attributaire obtienne le paiement de la créance reconnue par la garantie d'éviction. Sur un plan juridique, le recours à la garantie d'éviction nous paraît inadapté car l'attributaire acquiert le bien grevé des droits de meilleur rang assortis d'un droit de suite qui lui sont opposables. De plus, il parait difficile de reconnaître l'existence de la créance garantie postérieurement à son extinction. Le jeu de la garantie d'éviction ne peut pas faire renaître une créance. Au mieux, elle crée une nouvelle créance ; dans ce cas, il s'agit d'une créance de somme d'argent correspondant à la valeur du bien grevé amputée de la soulte consignée par l'attributaire.

Pour notre part, en l'état actuel des textes, nous considérons que l'action par un créancier de rang préférable titulaire d'un droit de suite constitue un risque accepté par le créancier attributaire. Le législateur offre au créancier le choix du mode de réalisation. A lui d'opter pour le mode le plus adapté à sa situation.

Toutefois, le système mérite quelques améliorations.

La question de l'instauration d'un système de purge est facile à mettre en œuvre concernant les créanciers de rang inférieur. Le silence actuel de la loi ne fait pas de doute sur ce point. Si la valeur du bien est entièrement absorbée par le créancier attributaire, les créanciers de rang inférieur n'ont pas vocation à faire valoir leurs droits sur le bien. En revanche, un système de purge des créances de

[951] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°454. En sus de ces deux remarques l'auteur souligne que le débiteur est indirectement incité à ne pas payer sa dette de rang préférable car son paiement est assuré – et non garanti – par le mécanisme de l'attribution en propriété.

[952] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°455

rang préférable munies d'un droit de suite opposable à l'attributaire[953] nous paraît plus délicat à mettre en place pour deux raisons. D'une part, l'attributaire n'est pas voué à supporter tout ou partie de la dette du débiteur. D'autre part, contrairement à la vente, l'attribution ne dégage pas un prix qu'il est facile de distribuer eu égard au rang de chaque créancier. Elle confère un droit exclusif sur le bien.

La situation pourrait être améliorée à deux égards. A titre préventif, l'adoption d'un système de publicité permettrait de mieux informer les créanciers sur l'existence de créanciers concurrents. Le créancier de second rang qui aurait l'intention de demander l'attribution pourrait identifier le risque que cette dernière soit remise en cause. A titre curatif, il pourrait être imaginé que l'attribution en propriété ne soit possible qu'une seule fois. En somme que l'attribution du bien purge l'ensemble des droits à demander l'attribution en propriété. Dans l'hypothèse où l'attribution bénéficierait à un créancier de second rang, pour que le créancier de premier rang ne soit pas spolié, sa faculté à utiliser une procédure civile d'exécution devrait être maintenue. La vente du bien permettrait de procéder à une distribution du bien selon les rangs des créanciers.

288. **La question de la garantie des vices cachés**. Il semble important de déterminer si La satisfaction du créancier attributaire peut également être amoindrie par la découverte d'un vice caché[954].

La loi et la jurisprudence restent muettes sur la question. La doctrine distingue l'attribution judiciaire, l'attribution légale et l'attribution conventionnelle.

L'attribution judiciaire provoque une dation en paiement forcée[955] ou un paiement forcé (selon la nature du bien attribué et de la créance). Nous avons pu souligner les traits de ressemblances entre l'attribution judiciaire et les voies d'exécution. L'analogie avec la vente forcée commande d'exclure toute garantie des vices cachés.

En revanche, en matière d'attribution conventionnelle ou légale (fiducie-sûreté), la question semble plus débattue. Lorsque l'attribution provoque une dation en paiement, certains auteurs[956] considèrent qu'il convient de raisonner par analogie avec le droit de la vente et qu'il est nécessaire

---

[953] **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, *in* La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA*, 2007/7, n°852, p. 85, spéc. n°14 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°687

[954] **C. CARBONNEL**, Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E*, 2007, n°. 2536

[955] **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°687

[956] **S. HEBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052. L'auteur s'appuie sur une décision de la Cour de cassation non publiée (Cass. Civ. 1er, 18 nov. 1997, inédit) dans laquelle la haute cour précise que « *Le bénéficiaire d'une dation en paiement peut exercer l'action en garantie pour vice rédhibitoire au motif que la dation en paiement est un acte translatif à titre onéreux.* » ; voir aussi **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, *RLDA*, Perspectives colloques, mars 2007, p.96

d'admettre que le débiteur est tenu envers l'attributaire d'une obligation de délivrance conforme et de la garantie des vices cachés. Nous demeurons sceptiques sur ce point, l'attribution conventionnelle n'étant pas, à notre sens, une vente de gré à gré.
En tout état de cause, si la garantie des vices cachés était reconnue au créancier attributaire, cette dernière n'aurait que peu d'intérêt, le débiteur étant défaillant et probablement dans l'impossibilité de verser toute indemnité.

289. **La question de la transmission des contrats en cours**. Lors du transfert de propriété provoqué par l'attribution en propriété, il semble important de déterminer si cette dernière provoque une transmission de certains contrats. Cette interrogation nécessite d'adopter également un raisonnement par analogie. Tous les mécanismes de transfert de propriété, tels que la vente amiable (y compris la vente du fonds de commerce), la vente forcée, les successions, les donations, admettent la transmission de certains contrats, comme les baux ou les contrats d'assurance, au nouveau propriétaire. Le maintien de ces contrats relève du droit commun du transfert de propriété et s'applique de manière générale car il tend à protéger certains intérêts. La transmission des baux tend à protéger le tiers locataire du bien cédé ; la transmission des contrats d'assurance tend à protéger le nouveau propriétaire en cas de destruction du bien. Ces dispositions doivent être appliquées à tous les modes de réalisation des sûretés réelles, y compris aux attributions en propriété.

Le créancier exclusif peut également voir son droit remis en cause par la théorie de l'enrichissement sans cause.

b) La remise en cause de la satisfaction du créancier par l'action « de in rem verso » ou par l'action en restitution

Le conflit entre deux titulaires de droits exclusifs se solde par l'exclusion de l'un des deux. Cette éviction peut parfois paraître injustifiée notamment en matière de créances. Dans ce cas, un recours après le paiement libératoire par le débiteur de la créance objet du conflit peut être envisagé[957].
Des recours après paiement ont été envisagés par plusieurs auteurs.

[957] Il pourrait être invoqué que la fongibilité de la monnaie fait obstacle au recours après paiement du créancier exclu. Pour une présentation des opinions contraires, voir **M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n°294

290. **Les recours après paiement sur le fondement de l'action *de in rem verso***. Inspirés par la théorie du recours entre cessionnaires sur le fondement de l'enrichissement sans cause développées par Monsieur P. Crocq[958], certains auteurs ont proposé d'étendre le champ d'application de l'action *de in rem verso* aux conflits opposant deux titulaires de droits exclusifs. Une cession de créance est effectuée puis la créance est nantie. Le paiement de la créance (cédée, objet de la sûreté) est libératoire, le nantissement est caduque faute d'objet. L'idée est d'offrir au créancier qui a été spolié le droit d'obtenir satisfaction.

Ainsi, Madame Bougerol-Prud'homme suggère d'offrir au cessionnaire de la créance nanti une action *de in rem verso* à deux conditions. La cession de créance doit être intervenue avant la notification du nantissement et le débiteur doit avoir payé le créancier nanti de bonne foi, c'est-à-dire en ignorant l'existence de la cession[959].

De même, l'auteur envisage l'action *de in rem verso* dans le cas de nantissements successifs et de l'attribution de la créance au créancier de second rang[960]. Enfin, elle opte pour une généralisation du recours à l'enrichissement sans cause dans le conflit opposant le vendeur réservataire et le cessionnaire de la créance de prix de revente, si le cessionnaire postérieur reçoit un paiement valable, c'est-à-dire fait de bonne foi[961].

Toutefois, plusieurs obstacles peuvent se dresser devant l'action *de in rem verso*. Cette action est d'abord subsidiaire et il est nécessaire que toutes les autres voies de droit soient exclues ou aient échoué. De plus, la jurisprudence refuse au créancier qui s'est appauvri « *à ses risques et périls* », le bénéfice de l'action. Est fait ici application du principe général que nul ne peut se prévaloir de sa propre faute. Or, lorsque le créancier de premier rang omet de notifier le nantissement au débiteur de la créance nantie, il se prive du droit au paiement direct. Cette négligence pourrait le priver du bénéfice de cette action. De plus, l'enrichissement risque d'être difficile à déterminer car le

---

[958] **P. CROCQ**, *Propriété et garantie*, Th. Préf. **M. Gobert**, Bibliothèque de Droit privé, tome 248, LGDJ, 1995, spéc. 394 ; Voir aussi **N. THOMASSIN,** La propriété réservée, le prix de revente et le bordereau Dailly, obs. sous Cass. Com. 14 déc. 2010**,** *RLDCiv*. Juin 2011, p. 27, spéc. n°21 ; **Contra M. CABRILLAC**, Les conflits entre cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau, *D.* 1990, Chr. p. 127. Cet auteur écarte tout recours contre le second cessionnaire car le paiement du premier cessionnaire est à son sens libératoire ; **C. LARROUMET**, Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau, *JCP E* 1990, II, 15877. Il analyse le recours du premier cessionnaire comme la sanction du non-respect de la règle de résolution des conflits, le second cessionnaire n'ayant pas, dans ce cas, reçu paiement de bonne foi (spéc. n^{os}11 et s.). Ces auteurs excluent le recours à l'enrichissement sans cause et à la gestion d'affaire. Le professeur C. Larroumet préfère fonder le recours du second cessionnaire sur l'opposabilité du droit du premier.

[959] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n^{os}571-572.

[960]**L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n°546

[961] **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012 ; spéc. n°^{s}534 et s ; Voir aussi **N. THOMASSIN,** La propriété réservée, le prix de revente et le bordereau Dailly ;obs. sous Cass. Com. 14 déc. 2010**,** *RLDCiv*. Juin 2011, p. 27, spéc. n°21

créancier cessionnaire, dans la majorité des cas, n'effectuera pas de profit brut. La question est encore délicate en matière de sûretés réelles car le créancier est seulement titulaire d'un droit de garantie qu'il ne met en œuvre qu'à la défaillance du débiteur. La perte de la garantie peut être analysée comme ne constituant pas un appauvrissement[962].

291. **Autre solution, l'action en restitution**. Monsieur M. Julienne, face à l'incertitude de l'aboutissement d'une action de *in rem verso*, propose de se tourner vers une action en restitution. L'auteur écarte le postulat de l'extinction du nantissement par le paiement. Selon lui, le nantissement n'est pas caduc mais le paiement provoque une modification de l'assiette. A partir du paiement, le nantissement ne porte plus sur une créance mais sur la somme d'argent qui est indirectement visée par le nantissement. Parce que le nantissement est opposable dès sa création, il était donc opposable au cessionnaire postérieur de la créance, qui, bien qu'il ait été payé de bonne foi, doit restituer les sommes perçues au créancier nanti[963].

292. **Le conflit entre le privilège de conservation et un droit de rétention**. En matière de conflit entre un droit de priorité et un droit exclusif, en particulier entre le privilège de conservation et un droit rétention, le professeur E. Agostini émet l'idée d'un recours à l'action *in rem verso* par le créancier dont la créance a servi à conserver la chose à l'encontre du créancier rétenteur qui en a profité[964]. Cette solution nous semble transposable à toutes les situations d'exclusivité, y compris aux attributions en propriété.

En tout état de cause, l'enrichissement sans cause ou la restitution – dans l'hypothèse de créances – peuvent remettre en cause la satisfaction du créancier ayant bénéficié du paiement ou de l'attribution du bien, car elles permettent indirectement à un tiers dont le droit était opposable au créancier de lui demander « *un paiement* ». Ce que le droit lui a donné d'une main, il le lui reprend de l'autre. En effet, la satisfaction qu'il a obtenue dans un premier temps se trouve annihilée par le paiement qu'il doit effectuer.

Comme pour le droit de priorité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et plus particulièrement d'une procédure collective vient perturber les effets de l'exclusivité. Leur variabilité en est d'autant plus marquée et différents degrés d'efficacité peuvent être distingués.

---

962 **M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n°298-299
963 **M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n°s265 et s et 292 et s.
964 Voir **E. AGOSTINI**, note sous Cass. Com., 4 févr. 1980, *D.* 1982, p. 189

B. L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective, l'efficacité variable du droit exclusif

293. A cause de la diversité des sources du droit exclusif du créancier sur le bien, les situations d'exclusivité sont appréhendées de façon variable par le droit des procédures collectives. Leur efficacité s'en ressent et est marquée par une certaine hétérogénéité.
L'efficacité est graduelle. Certaines situations d'exclusivité voient leurs effets totalement annihilés par l'ouverture d'une procédure collective. L'efficacité varie selon l'origine du droit exclusif conféré et la procédure ouverte. Le maintien de l'efficacité est particulièrement marqué dans la liquidation judiciaire Il s'agit des mécanismes de transformation du droit de préférence en droit de priorité, les attributions conventionnelles et judiciaires en propriété. Ce principe admet cependant des exceptions (1). D'autres, en revanche, voient leur efficacité maintenue en tout ou partie. Il s'agit des situations d'exclusivité *ab initio* (2). Néanmoins, de manière globale, les droits exclusifs sont plus efficaces que les droits de priorité et résistent mieux l'ouverture d'une procédure collective.

1. Le principe de paralysie des attributions en propriété et ses exceptions

294. Par principe, l'ouverture d'une procédure collective a pour effet de paralyser tout mode de réalisation des sûretés réelles préférentielles. Ainsi, les attributions conventionnelles et judiciaires, mobilières et immobilières sont en principe prohibées[965]. Le pacte commissoire se trouve ainsi paralysée, par un texte spécial, après l'ouverture de la procédure. En l'absence de disposition législative, la doctrine et la pratique se sont interrogées sur la soumission de la réalisation du pacte commissoire aux nullités de la période suspecte (a). La loi réserve certaines exceptions au principe de paralysie, il en va ainsi de l'attribution judiciaire demandée dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire (b). Ce traitement inégalitaire des attributions conventionnelles et judiciaires en propriété est contestable et il conviendrait d'étendre la validité de l'attribution judiciaire pendant la liquidation judiciaire aux hypothèses d'attribution conventionnelle (c).

a) La réalisation du pacte commissoire avant et après le jugement d'ouverture

295. **L'interdiction de la réalisation du pacte commissoire après le jugement d'ouverture**. L'article L. 622-7-I du Code de commerce[966] prévoit que le jugement d'ouverture fait « *obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire* ». Pourtant, la commission Grimaldi s'était

[965] Voir n[os]353 et s.
[966] Articles L.631-14 et L. 642-3 duCode de commerce renvoient à l'article L. 622-7-I du même code.

déclarée favorable à l'efficacité du pacte commissoire en cas d'ouverture d'une procédure collective[967].

Le domaine de la disposition doit être cantonné à l'interdiction de la réalisation pendant la période d'observation et l'exécution du plan car l'alinéa est contenu dans l'article L. 622-7 du Code de commerce qui décrit les effets du jugement d'ouverture[968].

296. **La validité de la réalisation du pacte commissoire avant le jugement d'ouverture**. La doctrine et la pratique ont soulevé la question de la soumission du pacte commissoire aux nullités de la période suspecte. A notre sens, cette question doit recevoir une réponse négative.
Certes, la réalisation du pacte commissoire peut constituer une dation en paiement qui, analysée comme un mode anormal de paiement, pourrait tomber sous le coup des nullités de plein droit de la période suspecte[969]. Mais, l'article n'interdit pas la réalisation des autres sûretés réelles par l'utilisation des différents modes. Il interdit seulement la constitution de certaines sûretés : les hypothèques, le nantissement ou le gage (6°), du patrimoine fiduciaire sauf fiducie conclue concomitamment avec la créance (9°). De plus, l'article L.632-2 du Code de commerce déclare annulables les avis à tiers détenteur et les saisies-attribution lorsque le créancier avait, au jour où il a fait pratiquer la saisie, connaissance de la situation de la cessation des paiements. Ces actes de réalisation de la sûreté sont donc annulés en cas de mauvaise foi du créancier. Dans l'hypothèse de la bonne foi du créancier, ces derniers demeurent valables. Il ressort de la combinaison de ces deux articles que le droit des procédures collectives interdit la constitution de sûretés réelles pendant la période suspecte mais pas la réalisation de ces dernières tant qu'elle a lieu de bonne foi. Parce que l'attribution conventionnelle en propriété du bien objet de la sûreté constitue désormais un mode de réalisation de droit commun, et en dehors de la mauvaise foi du créancier, il faut admettre que lorsque l'attribution de propriété, plus précisément le transfert de propriété, a eu lieu pendant la période suspecte, la sûreté est réalisée et le bien grevé doit être remis à son nouveau propriétaire. Si le bien n'est pas remis au créancier avant l'ouverture de la procédure, au regard des effets du jugement d'ouverture et particulièrement de l'interdiction des paiements, le créancier doit intenter une action en revendication.

[967] **P. CROCQ**, Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, *D.* 2007, p. 1354, n°8
[968] Pour une étude détaillée voir n^{os}353 et s.
[969] Article L. 632-1 du Code de commerce

Le pacte commissoire réalisé avant l'ouverture de la procédure collective, même pendant la période suspecte, devrait voir son efficacité conservée. C'est la solution qui a été retenue par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 30 mai 2013 au sujet d'un gage d'instruments financiers[970].

En outre, l'efficacité du pacte commissoire doit être maintenue même si le jour du jugement d'ouverture, le bien n'a pas été remis au créancier ou que l'acte authentique (en matière immobilière) n'a pas encore été conclu. Si le bien a quitté le patrimoine du débiteur au jour du jugement d'ouverture, l'ouverture de la procédure ne peut pas remettre en question la réalisation de la sûreté réelle.

b) L'exception au principe de paralysie : la validité de l'attribution du gage pendant la liquidation judiciaire

297. **La validité de l'attribution judiciaire dans les procédures de liquidation.** Selon le deuxième alinéa de l'article L.642-20-1 du Code de commerce, le créancier gagiste ayant déclaré sa créance[971] peut demander au juge-commissaire l'attribution judiciaire du bien. Elle produit les mêmes effets que lorsqu'elle est pratiquée en dehors des procédures collectives. Le créancier attributaire est hors concours, la propriété du bien lui est transférée sans qu'il ne soit tenu compte de son rang[972]ou de l'ordre des paiements. L'attributaire n'est, par exemple, pas primé par le super privilège des salaires ou des frais de justice. L'efficacité de la sûreté est donc bien assurée.

La demande d'attribution doit être faite auprès du juge commissaire avant la réalisation définitive du bien, c'est-à-dire avant que l'ordonnance autorisant la vente du bien ne soit passée en force de chose jugée (que cette vente soit de gré à gré ou par voie d'adjudication)[973]. Le créancier doit demander l'attribution avant la réalisation du bien, c'est-à-dire soit avant la décision de vendre le bien, soit en contestant l'ordonnance prononçant la vente dans les dix jours de sa notification. L'attribution judiciaire porte alors, par le jeu de la subrogation réelle, sur le prix de vente, que la vente ait lieu par adjudication judicaire ou de gré à gré[974].

---

[970] CA Paris, Pôle 5, Ch. 6, 30 mai 2013, jurisdata n°11/20106, SAS Genesyl c/ SA Palatine

[971] Peu importe au stade de la demande que sa créance soit admise.

[972] Sur l'indifférence de la présence de créanciers postérieurs privilégiés, voir Cass. Com. 6 mars 1990, Bull. Civ. IV, n°67, *D.* 1990, p. 311, note **F. DERRIDA** ; Sur l'indifférence de la présence d'un créancier super privilégié voir notamment : Cass. Com. 6 janv. 1998, *D. Aff*. 1998, p.375, note **S. PIEDELIÈVRE**.; *RTDCom* 1998, p. 664, note **B. BOULOC** ; *RJCom*. 1998, 297, n°57, obs. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**

[973] Cass.Com., 16 avril 1996, Bull. Civ. IV, n°122 ; JCPE 1996. I. 584, n°16, obs. **M. CABRILLAC; CETTE** espèce rendue à propos d'un nantissement sur le matériel et l'outillage a vocation à être étendue à tous les gages ; **P-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°583-82 ;

[974] **P-M. LE CORRE,** *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°583-81, **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE BROLY**, *Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté* , Sirey, 2°éd., sept. 2006, n°330 ; **F. PÉROCHON, R. BONHOMME**, *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*,

Notons, comme le soulève Madame F. Pérochon[975], qu'un créancier de second rang peut avoir intérêt à demander l'attribution judiciaire surtout si la valeur du bien excède le montant de la créance de premier rang. En effet, si le créancier de premier rang exerce sa faculté de demander l'attribution en propriété en premier, l'excédent de valeur est versé au liquidateur. Le créancier de second rang ne peut alors être payé que dans le cadre de la procédure. En pratique, il n'est probablement pas payé.

Toutefois, cette faculté d'attribution judiciaire soulève certaines questions quant à son champ d'application.

298. **Le domaine réduit de l'attribution judiciaire**. La première difficulté touche aux sûretés concernées par l'exception.

Le texte vise, de manière générale, « *le gage* ». Il s'applique donc au gage de droit commun avec ou sans dépossession, aux gages spéciaux pour lesquels le droit commun admet la faculté d'attribution judiciaire. La question de l'application la faculté d'attribution judiciaire en matière de gage immobilier mérite quelques précisions. Depuis la loi du n°2009-526 du 12 mai 2009, l'antichrèse a changé de nom et est devenue le gage immobilier[976]. Or, l'article L. 642-20-1 du Code de commerce vise « *le gage* » sans distinguer les divers types de gage. L'interprétation littérale du texte conduit à reconnaître la validité de l'attribution judiciaire de l'immeuble gagé dans la liquidation judiciaire. Depuis longtemps, la jurisprudence[977] admet l'attribution judiciaire des nantissements[978]. L'absence de mention du nantissement paraît être un oubli et la solution antérieure doit être maintenue.

LGDJ sept. 2006, 7°éd., n°428 ; **F. PÉROCHON,** *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ 2012, 9°éd., n°1141

[975] **F. PÉROCHON**, Les sûretés classiques, in Colloque Sûretés rélles et droit des entreprises en difficulté, Nice 20 mars 2010, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 49, spéc.n°19

[976] L'antichrèse s'est muée en gage immobilier ce qui permet à son titulaire de bénéficier de l'attribution judiciaire dans la liquidation. Voir **F. PÉROCHON, R. BONHOMME**, Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement, LGDJ oct. 2009, 8°éd., n°455 ; **F. PÉROCHON,** *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ 2012, 9°éd., n°1142

[977] Cass. Ass. Plén., 26 oct. 1984, n° 83-10.055, *Bull. Civ.*, n° 6, *D.* 1985, jur., p. 33, concl. **J. CABANNES** et note **F. DERRIDA** ; *JCP G* 1985, II, n°20342, rapp. **VIENNOIS**, note **P. CORLAY** . ; Cass. com., 6 mars 1990, n°88-16.036, *Bull. Civ*. IV, n°67, *D*. 1990, jur., p. 311, note **F. DERRIDA** ; pour le gage sur outillage et matériel d'équipement ; Cass. com., 28 avr. 1987, n°85-17.365, *Bull. Civ*. IV, n°96, *D*. 1988, somm., p. 73, obs. **F. DERRIDA** , pour le nantissement de marché privé ; Cass. com., 6 janv. 1998, n°95-17.399, *Bull. Civ*. IV, n°9, *D.* 1998, somm., p. 375, obs**. S. PIEDELIÈVRE** , pour le nantissement d'une créance ; CA Aix-en-Provence, 2 avr. 1992, *Dr. sociétés* 1992, n°262, obs. **Y. CHAPUT** , pour le nantissement de parts sociales (vérifier si ces références ont été entrée à propos du domaine d'application des attributions en propriété et si elles sont correctement écrites)

[978] Voir n°29

La question de la faculté d'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué est plus délicate. L'article L.642-20-1 alinéa 2 du Code de commerce ne vise que le gage et l'article L.642-18 du Code de commerce qui énumère les modalités de réalisation de l'immeuble dans la procédure collective et ne fait pas référence à l'attribution judiciaire. Une partie de la doctrine[979] en a conclu l'impossibilité de demander l'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué. L'interprétation littérale des textes en vigueur conduit inexorablement à cette solution. Néanmoins, cette dernière est critiquable. En effet, ces textes n'ont pas été modifiés postérieurement à la réforme des sûretés dans laquelle l'attribution judiciaire a été étendue à l'hypothèque. De plus, l'interdiction des paiements se trouve affaiblie par la liquidation judiciaire car l'espoir d'un sauvetage de l'entreprise est anéanti. Il nous semble donc que cette faculté devrait être offerte au créancier hypothécaire[980]. Une telle solution renforcerait la cohérence de la matière[981].

299. **La question de l'efficacité de l'attribution judiciaire face à un projet de plan de cession**. La question de l'efficacité de l'attribution judiciaire face à un projet de plan de cession est plus délicate à régler.

Antérieurement à l'ordonnance du 18 décembre 2008, les auteurs[982] indiquaient que l'attribution judiciaire pouvait être demandée alors qu'un plan de cession était en projet. La demande devait avoir lieu avant l'arrêt du plan.

En 2008, le texte initialement contenu dans la section relative aux « *dispositions communes* » a été déplacé dans la section relative à « *la cession des actifs du débiteur* »[983], semant la confusion dans l'interprétation à donner au texte et sur la portée de ce glissement. Pour Mesdames F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin et Monsieur J. Devèze[984], l'attribution judiciaire du bien n'est

---

[979] **P.-M. LE CORRE**, Les incidences de la réforme des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives, *JCP E* 2007, 1185, n°34.

[980] Dans ce sens voir : **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1095 ; **P. PÉTEL**, La réforme des sûretés réelle à l'épreuve des procédures collectives, *in Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université Notariat*, Litec 2008, p.109, spéc. p.113

[981] **F. PÉROCHON**, Les sûretés immobilières classiques, in Colloque Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté, Nice 20 mars 2010, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 49 et s., spéc. n°22 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Manuel, Litec, 9ème éd., 2010, spéc. n°1095

[982] **P-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°583-81 ; **F. PÉROCHON, R. BONHOMME**, Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement, LGDJ sept. 2006, 7°éd., n°429 ; **F. PÉROCHON,** *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ 2012, 9°éd., n°1442 . **L. AYNÈS, P. DUPICHOT**, Janvier 2006 - octobre 2007 : Les grandes lignes d'un nouveau paysage, Chron. Droit des sûretés, *Dr. & Patr*., janv. 2008, n°166

[983] **A. LIENHARD**, *Code des procédures collectives*, commenté, Dalloz 7°éd, mars 2009, art L.642-20-1 ccom. ; **F. MACORIG-VENIER, C. SAINT-ALARY-HOUIN,** Les créanciers dans l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme des Entreprises en difficulté , *Rev. Proc. Coll.* , janv. Févr. 2009, *in* dossier Réforme des procédures collectives : ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, n°9, p. 65, n°48 ; **F. MACORIG-VENIER**, Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés, *Dr. et Patr*. janv. 2010, n°188, p. 26

[984] **F. MACORIG-VENIER, C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Les créanciers dans l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme des Entreprises en difficulté , *Rev. Proc. Coll.*, janv. Févr. 2009, *in* dossier Réforme des

possible qu'en cas de cession d'actifs isolée et non dans l'hypothèse d'un plan de cession de l'entreprise, à moins que le bien ne soit pas compris dans ce plan. En outre, ils considèrent que le simple projet de plan de cession fait aussi échec à l'attribution judiciaire du bien.

En revanche, pour Monsieur P.-M. le Corre[985], l'attribution judicaire peut être demandée même lorsqu'un projet de plan est en préparation. En effet, pour cet auteur, l'attribution judiciaire est régie par des textes spéciaux et l'application des règles communes est donc exclue. L'auteur remarque que le délai de trois mois prévu à l'article L. 643-2 alinéa 1 du Code de commerce ne s'applique pas à l'attribution judiciaire. Il n'y a donc pas de raison de lui appliquer l'alinéa 2 de ce même article.

Cependant, d'un point de vue pratique, il paraît difficile pour le juge commissaire d'accorder l'attribution judiciaire d'un bien alors qu'il sait qu'il sera compris dans le plan de cession. Il nous semble qu'en pratique, un projet de plan fait obstacle à l'attribution judiciaire du bien.

c) L'élargissement de la validité de l'attribution en propriété pendant la liquidation judiciaire aux attributions conventionnelles

300. L'attribution judiciaire est donc valable lorsque le débiteur est soumis à une liquidation judiciaire alors que l'attribution conventionnelle demeure paralysée. Cette disparité de traitement est regrettable car la logique commanderait que l'efficacité du pacte commissoire soit reconnue lors de la liquidation judiciaire[986]. Il aurait été préférable de laisser une plus grande liberté d'appréciation au juge commissaire concernant le pacte commissoire et de généraliser la faculté d'attribution en propriété en matière de liquidation. L'entreprise n'ayant aucune chance de survie, autant offrir aux créanciers le rang qu'ils se sont réservés par vigilance.

Lorsque le droit exclusif est le fruit de la réalisation, il se trouve, sauf exception, paralysé par l'ouverture d'une procédure collective. En revanche, lorsque le droit exclusif est attaché à la sûreté depuis sa constitution, le droit des procédures collectives lui réserve un meilleur sort.

***2. Le maintien total ou partiel de l'efficacité des situations d'exclusivité* ab initio**

procédures collectives : ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, n°9, p. 65, n°47 ; voir aussi **J. DEVÈZE ET ALII**, *Droit du Financement*, Lamy, 2010, n°4275.

[985] **P-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°583-81

[986] **P. CROCQ**, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, *JCP E* 2009, 1313. *« La logique aurait, en effet, voulu que la réforme reconnaisse l'efficacité du pacte commissoire en cas de liquidation judiciaire et que, dans la même hypothèse, elle prévoit la possibilité d'une attribution judiciaire du bien donné en garantie non seulement dans le cas du gage, mais aussi dans le cas des autres sûretés réelles traditionnelles* »

301. **Le principe d'efficacité des sûretés exclusives lors de l'ouverture d'une procédure collective.** En principe, les propriétés-sûretés et les autres sûretés qui créent une situation d'exclusivité dès leur constitution demeurent efficaces lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur. Mais le traitement de ces sûretés varie. Certaines sûretés résistent particulièrement bien à l'ouverture d'une procédure collective car cette dernière ne modifie pas la position du créancier (a). D'autres voient leurs effets maintenus mais l'ouverture de la procédure collective provoque des modifications procédurales à leur réalisation (b). En revanche, d'autres sûretés exclusives sont traitées de manière plus pragmatique. Leur effets ne sont maintenus que lorsque l'entreprise n'a aucune chance de survie ou que le bien est inutile à cette survie (c).

a) L'absence totale d'influence de l'ouverture d'une procédure collective

Dans certaines hypothèses, à savoir le droit au paiement direct et la fiducie-sûreté avec dépossession, l'ouverture d'une procédure collective n'a pas d'influence sur le créancier titulaire de la sûreté.

302. **Le droit au paiement direct**. La question de l'efficacité du droit au paiement direct lors de l'ouverture d'une procédure collective fait débat.
Pour une partie de la doctrine dont Madame P. Bloch, l'inopposabilité du droit de rétention du gage sans dépossession, la prohibition de la constitution d'un pacte commissoire et l'interdiction des paiements font obstacle à l'efficacité du droit au paiement direct lors de l'ouverture d'une procédure collective[987]. Il est certain que l'action en paiement du créancier contre le tiers fait perdre à l'entreprise une trésorerie dont elle aurait bien besoin[988].

Mais dans le nantissement de créance comme dans l'ensemble des opérations sur créance créant un droit exclusif au profit du bénéficiaire – cession de créance, délégation de créance – le paiement est effectué par un tiers. Ces garanties n'ont donc *« pas pour assiette le patrimoine soumis à la procédure »*[989]. Le droit au paiement du bénéficiaire n'est pas affecté par l'ouverture d'une

[987] **P. BLOCH**, Vers un renforcement de la cession de créance à titre de garantie ?, *in Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p.3, spéc. n°25 ; Voir aussi **H.-D. COSNARD**, Le nantissement de marchés publics, *in* Gage commercial, dir. **J. Hamel**, D. 1953, p. 563
[988] **F. PÉROCHON**, *Entreprise en difficulté*, LGDJ 9ème éd. 2012, spéc. n°560
[989] Cette affirmation est un principe qui comporte toutefois certaines exceptions. Voir **F. PÉROCHON**, Le choix de garanties efficaces, *BJE*, 1er sept. 2012, n°5, p. 321

procédure collective et le paiement effectué par le tiers ne porte pas atteinte à la règle d'ordre public d'interdiction des paiements[990].

Certes, ces mécanismes privent l'entreprise soumise à la procédure de l'un de ses actifs, mais l'acte d'appauvrissement qui le fonde est antérieur à l'ouverture de la procédure[991]. Le paiement n'est que l'effet d'un acte d'appauvrissement intervenu antérieurement au jugement d'ouverture. Il semble alors normal que le mécanisme puisse produire ses effets alors même qu'une procédure collective a été ouverte.

Le nantissement de créance doit, à notre sens, subir un traitement identique[992] pour deux raisons. D'abord, le paiement du créancier est effectué par un tiers, le débiteur de la créance nantie, débiteur qui n'est pas l'entreprise soumise à la procédure. Ensuite, le droit exclusif du créancier – qu'il soit analysé en un droit au paiement direct ou en un droit de rétention – naît, antérieurement au jugement d'ouverture, au jour de la constitution du nantissement. L'opposabilité *erga omnes* du nantissement de créance le rend, à notre sens, opposable à la procédure collective ouverte contre le débiteur.

En outre, retenir cette solution comporte également l'avantage de renforcer la cohérence de la matière en soumettant l'ensemble des opérations sur créances à un régime unique.

Quant à la notification de la cession au débiteur de la créance nantie, elle ne constitue pas une condition de l'existence du droit exclusif. Celui-ci nait au jour de la constitution de la sûreté. Elle est, comme en matière de cession de créance professionnelle par bordereau Dailly, « *une mesure*

---

[990] Au sujet de la délégation de créance voir : Cass. Com. 30 mars 2005, n°03-15.531, *Inédit* ; Act. Proc. Coll. août 2008, n°98, obs. **RÉGNAUT-MOUTIER** ; *Dr et Patr*. 2006, n°144, obs. **L. AYNÈS** ; *RLDCiv*. 2006, p. 90, note **L. AYNÈS** « *Les dispositions de l'article L. 621-24 du Code de commerce ne s'appliquent qu'aux paiements faits par le débiteur et non par un tiers* ».

Au sujet de la cession de créance professionnelle Dailly, voir notamment : Cass. Com. 7 déc. 2004, n°02-207.32 ; Bull. Civ. IV, n°213 ; *JCP* 2005, 639, n°4, obs. **P. PÉTEL** ; *D.* 2005, p. 100, obs. **STOEFFEL-MUNCK** ; *Act. Proc. Coll*. févr. 2005, p. 23, obs. **REGNAUT-MOUTIER** ; *RDBF* avril 2005, p. 23, obs. **F.-X. LUCAS** ; Cass. Com. 22 nov. 2005, n°03-15.669 ; *Bull. Civ*. IV n°230 ; *D.* 2005, p. 3081, note **DELPECH** ; *Act. Proc. Coll*. févr. 2006, obs. **R. BONHOMME** ; *JCP E* 2006, 1569, n°12, obs. **M. CABRILLAC** ; *RTDCom*. 2006, p. 170, obs. **D. LEGEAIS** ; *Rep. Not. Defrénois*, 2006, p. 601, obs. **E. SAVAUX** ; *Banque et Droit* 2006, p. 67, obs. **T. BONNEAU**

Au sujet de la saisie attribution, voir notamment : Cass. Mixte, 22 nov. 2002 ; *D.* 2002, p. 3270, obs. **A. LIÉNHARD** ; JCP E 2003, 397, note **D. LEGEAIS** ; *JCP E* 2003, 760, n°14, obs. **M. CABRILLAC** ; *RTDCiv*. 2003, p. 146, obs **R. PERROT** ; *RTDCiv*. 2003, p. 331, obs. **P. CROCQ** ; *LPA* 22 févr. 2004, obs. **M. SÉNÉCHAL** ; *RTDCom*. 2004, p. 413, obs. **GARREAU**.

[991] **L. AYNÈS**, note sous Cass. Com. 30 mars 2005, n°03-15.531, *Inédit*, *RLDCiv*. 2006, p. 90. L'auteur indique que « *l'effet d'appauvrissement du délégant* » a lieu « *au jour de la constitution de la délégation […] peu importe que l'exécution de la délégation, par le paiement des loyers soit postérieure* ». Quant à la cession de créance, c'est l'acte de cession qui constitue l'acte d'appauvrissement.

[992]. **Dans ce sens**, voir notamment **M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n[os]177 et s ; **H. SYNVET**, Le nantissement de meubles incorporels, *in* Rapport Grimadi, pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2005, n°140, p. 64 ; **F.-X. LUCAS**, Dailly outragé, Dailly brisé, Dailly martyrisé mais Dailly libéré !, *LEDEN* 2 mai 2013, n°5, p. 1

d'information du débiteur »[993] de la créance nantie qui l'empêche de payer valablement une autre personne que le créancier bénéficiaire du nantissement de créance[994]. En outre, le destinataire de cette notification étant un tiers – le débiteur du débiteur soumis à la procédure – les règles de l'interdiction des inscriptions et des mesures de publicité ne peut pas s'appliquer. Au regard de cette analyse, il nous semble donc que la notification du nantissement de créance peut intervenir après le jugement d'ouverture.

De même, les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles dont l'objet n'est pas inclus dans le patrimoine du débiteur sont en principe efficaces. Il en va notamment ainsi des sûretés réelles pour autrui consenties par une personne morale[995] et des garanties consenties sur un bien indivis[996].

303. **La compensation légale**. La compensation légale et la compensation de dettes connexes produisent tous leurs effets après l'ouverture de la procédure. Toutefois, les effets de la compensation sont renforcés par des dispositions particulières relatives aux garanties financières[997]. Les clauses de *netting out* prévoyant une résiliation anticipée et une compensation des créances conservent leur entière efficacité, la preuve de la connexité des créances n'étant pas exigée et la compensation pouvant être multilatérale. De même, les clauses de *global netting* stipulant une compensation, les diverses créances visées ne subissent pas l'influence de l'ouverture d'une procédure collective[998].

304. **La fiducie-sûreté avec dépossession.** La fiducie-sûreté avec dépossession produit également des effets similaires lors de l'ouverture d'une procédure collective ou en dehors. En effet, l'article L. 622-23-1 du Code de commerce prévoit seulement la paralysie de la fiducie avec convention de mise à disposition. Interprété *a contrario*, il admet qu'en l'absence de convention de mise à disposition, la fiducie-sûreté ne subit aucune paralysie ou gêne du fait de l'ouverture d'une procédure collective[999]. Le bien étant sorti du patrimoine du débiteur, il se trouve hors procédure. En outre, dans cette hypothèse, le débiteur ne conserve ni l'utilisation, ni la jouissance du bien. La

[993] CA Versailles, 28 févr. 2013, n°12/06573, *LEDEN* 2 mai 2013, n°5, p. 1, obs. **F.-X. LUCAS**
[994] Pour une extension de la solution rendue au nantissement de créance, voir **F.-X. LUCAS,** Dailly outragé, Dailly brisé, Dailly martyrisé mais Dailly libéré, *LEDEN* 2 mai 2013, n°5, p. 1
[995] Les sûretés réelles pour autrui consenties par une personne physique reçoivent le même traitement que le gage et se trouvent partiellement paralysées.
[996] **F. PÉROCHON**, Le choix de garanties efficaces, *BJE*, 1er sept. 2012, n°5, p. 321, spéc. nos 5 et s.
[997] Voir n°258
[998] Voir article L. 431-7 du code monétaire et financier. Voir : **D. ROBINE**, *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. **P. le Cannu**, Biblio. Droit Privé, t. 400, 2003, spéc. nos 498-499 ; **P. GINSSINGER**, *RDBF* janv.-févr. 2007, p 91 ; **F. AUCKENTHALER**, Compensation, Garantie, Cession, *JCPE* 2005, 1519, n°2
[999] Voir article L. 622-23-1 du Code de commerce interprété a contrario. En effet, cet article prévoit seulement la paralysie de la fiducie avec convention de mise à disposition.

fiducie-sûreté avec dépossession se réalise selon ses propres règles sans subir l'influence de l'ouverture de la procédure. Son excellente résistance à l'ouverture de la procédure collective pourrait conduire au développement de la fiducie-sûreté avec dépossession au profit d'un fiduciaire tiers[1000].

Toutefois dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective transfrontalière dans un Etat membre alors que le bien grevé se situe en France, en vertu du principe de reconnaissance de plein droit, la fiducie-sûreté est soumise au droit de l'Etat-membre qui peut s'avérer moins favorable que le droit français[1001].

b) Les modifications procédurales apportées aux modes de réalisation par l'ouverture d'une procédure collective

Certaines sûretés exclusives comme la réserve de propriété ou les sûretés assorties de droit de rétention demeurent pleinement efficaces en cas d'ouverture d'une procédure collective. Toutefois, leur mise en œuvre subit des modifications d'ordre procédural.

305. **L'efficacité de la réserve de propriété.** Le créancier réservataire de propriété peut faire valoir son droit de propriété sur la chose vendue avec la même efficacité que lorsque le débiteur est *in bonis*. Les règles relatives aux biens fongibles, aux biens incorporés et à la subrogation du prix de revente lui sont applicables de manière identique. La revendication produit les mêmes effets que lorsque le débiteur est *in bonis*. La créance est éteinte à hauteur de la valeur du bien repris[1002]. Si la valeur du bien ne suffit à l'éteindre entièrement, le restant est traité par la procédure collective comme créance chirographaire.

Seules des particularités procédurales liées à la procédure collective viennent modifier l'exercice du droit du créancier, notamment le délai d'action pour intenter l'action en revendication[1003] et le

---

[1000] **N. RONTCHEVSKY**, Sûretés personnelles, fiducie et gages sans dépossession dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, *RLDA* 2009, 2379, spéc. n°31 ; **P. CROCQ**, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, *JCP E* 2009, 1313, spéc. n°37

[1001] **M. MENJUCQ**, L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières, Revue Proc. Coll., 2009, n° 3, étude 12, spéc n[os]66 à 69 ; Pour de plus amples explications, voir les développements suivants (b) sur la clause de réserve de propriété.

[1002] Cass. Com., 5 mars 1996, *D.* 1996, Somm. p. 122, obs. **F. PÉROCHON** ; *JCP E* 1996, I, 584, n° 11, obs. **M. CABRILLAC** *; RTDCiv*. 1996, p. 443, obs. **P. CROCQ**; Confirmé par Cass. Com. 23 janvie0r 2001, n° 97-15.817, Inédit ; *D.* 2001, p. 702, obs. **A. LIENHARD**

[1003] L'action en distraction de saisie peut être formée en tout état de cause. Il n'est pas soumis à la règle de concentration des incidents de saisie (article 9 Décret du 27 juil. 2006). Elle peut donc être intentée tant que le bien n'est pas vendu, Par la suite, l'exercice de l'action en revendication est possible à tout moment, sous réserve de la

passage obligatoire d'une phase amiable préalable[1004], la demande d'acquiescement. Elle prend la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception[1005] adressée à l'administrateur ou au débiteur avec copie au mandataire judiciaire. En cas de liquidation judiciaire, le liquidateur est aussi destinataire d'une copie[1006]. Le débiteur donnant son accord à l'acquiescement, il est conseillé de lui envoyer une copie de la demande[1007]. En cas d'acquiescement par l'administrateur, le droit de propriété du créancier est immédiatement opposable aux tiers et à la procédure. La restitution du bien est immédiatement exigible[1008] sans qu'il soit nécessaire de présenter une requête devant le juge commissaire[1009]. En revanche, la loi ne précise pas quel juge ou quel organe est compétent pour connaître des suites de l'action telles que le paiement du prix. Certains auteurs arguent que la procédure collective est concernée par l'issue de la procédure et en déduisent que c'est le tribunal qui a ouvert la procédure qui demeure compétent en la matière[1010]. D'autres considèrent que c'est le tribunal désigné selon les règles du droit commun qui est compétent[1011].

En revanche, si l'administrateur refuse l'action en revendication ou ne répond pas dans le délai d'un mois, s'ouvre la phase contentieuse[1012] devant le juge commissaire.

---

prescription acquisitive. En revanche, l'action en revendication ou en restitution ouverte durant la procédure collective doit être exercée dans les trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture.

[1004] La jurisprudence déclare irrecevable la demande formée par requête auprès du juge commissaire sans utilisation de la phase d'acquiescement. Cass. Com., 2 oct. 2001, n°98-22.304, *Bull. Civ.* IV.n°155 ; Cass. Com., 24 mai 2005, n°04-13.464, *Bull. Civ*. IV, n°110, *D*. 2005, p.1633, obs. **A. LIENHARD**, *RTDCom*. 2006. 185, obs. **B. BOULOC ;** et ce même si elle a été faite dans les délais impartis, dans ce sens : Cass. Com., 5 déc. 2006 ; n° 05-17.885, inédit

[1005] Les formes sont prescrites par l'article R. 624-13 du code de commerce. Toute autre forme de demande est exclue. **C. SAINT-ALARY-HOUIN,** *Droit des Entreprises en difficulté* , Montchrestien, Domat, Droit privé, 8ème éd.. 2013, n° 845 et 846 ; Pour des précédents jurisprudentiels voir notamment l'irrecevabilité de la demande adressée au juge des référés, Cass. Com. 1er oct. 1991 n° 89-18254, *Bull. Civ. IV*, n° 252 ; *D*. 1992, somm. p. 6, obs. **F. DERRIDA** ; *JCP E* 1991, I, 102, n°2, obs. **P. PETEL** ; *RTDCom*. 1992, p. 468, obs. **A. MARTIN-SERF;**

[1006] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, Droit des sûretés, Manuel, 9°éd, Litec, 2010, n°838 ; **F. PÉROCHON**, La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives, *LPA*, 28 novembre 2008 n° 239, p. 56, spéc. n°23

[1007] **F. PÉROCHON**, La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives, *LPA*, 28 novembre 2008 n° 239, p. 56, spéc. n°23

[1008] **F. PÉROCHON**, La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives, *LPA*, 28 novembre 2008 n° 239, p. 56, n°35

[1009] Pour un rappel de ces règles un arrêt rendu sous l'empire de la loi de 1985, mais transposable aujourd'hui, voir : Cass. Com., 7 févr. 2006, Sté CMM Beirens c/Sté Wartsila NSD France, pourvoi n° 04-11.867 ; *Bull.Civ*. IV, n°31 ; *D*. 2006. AJ., p. 576, obs. **A. LIENHARD** ; *JCP* 2006. I. 139, n° 8, obs. **M. CABRILLAC** ; *RJ Com*. 2006. 398, obs**. J.-P. SORTAIS** ; *RTDCom* 1er janv. 2007, p. 232, note **A. MARTIN-SERF**, le professeur souligne toute la logique de cette décision et l'inutilité de la demande au juge commissaire en cas d'acquiescement de la demande par le mandataire ; *Rev. Proc. Coll*., 2006., p. 362, obs. **M.-H. MONSERIE-BON.** La Cour retient que le créancier qui a, après demande de revendication amiable obtenu l'acquiescement du mandataire n'a pas besoin de saisir le juge commissaire et n'est pas forclos. Confirmant cette analyse voir : Cass. Com. 20 janv. 2009, n°07-15.336, inédit ; Cass. Com., 3 février 2009, n° 07-17.442, inédit ; Voir aussi dans ce sens : **P.-M. LE CORRE,** *Droit et pratique des procédures collectives,* Dalloz Action, 2013-2014, n°813.55

[1010] **E. LE CORRE-BROLY**, La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence, *Gaz. Proc. Coll*. 2007-4, 27 octobre 2007, n°300, p. 6. ; **F. PÉROCHON**, La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives, *LPA* 28 novembre 2008 n° 239, p. 56, n°36

[1011] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°816.46

[1012] Article L.624-7 II du Code de commerce

Dans trois situations, des interrogations sur l'efficacité de la clause de réserve de propriété sont permises.

En premier lieu, l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue créer la procédure de sauvegarde accélérée[1013]. Les règles qui lui sont applicables sont les règles applicables à la procédure de sauvegarde, sauf exception. En effet, cette procédure se voulant plus rapide que la procédure de sauvegarde ordinaire, certains délais sont incompatibles avec les délais de la période d'observation. Ainsi, sont inapplicables les règles relatives à la revendication des biens mobiliers[1014]. Le délai de l'action en revendication est en principe de trois mois à compter de la publicité au BODACC du jugement d'ouverture, alors que la durée totale de la procédure de sauvegarde accélérée est précisément de trois mois[1015]. En outre, l'article L. 628-6 du Code de commerce prévoit que la procédure de sauvegarde accélérée « *ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 622-24 et soumis à l'obligation de déclaration* ». Le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété n'est pas soumis à l'obligation de déclaration de créance pour faire valoir son droit de propriété[1016]. Il n'est donc pas soumis à cette procédure. Comment doit-on alors le traiter ? Deux interprétations semblent possibles[1017]. La première consiste à considérer que si la revendication est interdite. Le créancier est soumis aux délais du plan[1018]. La question rebondit. Est-il traité comme un créancier titulaire d'une sûreté ou comme un créancier chirographaire ? A notre sens, si l'on retient qu'il est soumis aux délais et remises du plan, dans la mesure où il ne saurait se prévaloir d'un droit de préférence[1019], il doit être traité comme un créancier chirographaire. La difficulté de cette interprétation est qu'elle aboutit à la négation totale du droit de propriété, droit fondamental du créancier réservataire. Messieurs P.-M. Le Corre et P. Crocq suggèrent une seconde interprétation et admettent que la revendication peut avoir lieu dans les conditions de droit commun. L'efficacité de la clause de réserve de propriété serait ainsi maintenue. Il appartiendra à la jurisprudence de clarifier cette question, mais en l'état actuel des textes, il nous semble que la seconde solution doive être retenue.

[1013] Article L. 628-1 et s. du Code de commerce

[1014] Article L. 628-6 du Code de commerce

[1015] Article L. 628-10 du Code de commerce. En cas de procédure de sauvegarde financière accélérée, la durée de la procédure est limitée à un mois renouvelable une fois.

[1016] Il convient de noter que pour faire valoir son droit de créance, le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété doit déclarer sa créance.

[1017] **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, spéc. n°22 ; **P. CROCQ**, Droit des sûretés, juin 2013-juin 2014, D. 2014, p. 1610, spéc. n°5

[1018] Dans ce sens, voir **P. PAILLER**, Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance réformant le droit des procédures collectives du 14 mars 2014, *RLDCiv* 2014, n°115

[1019] Voir dans ce sens, Cass. Com. 15 oct. 2013, n°12-14.944 et 12-25.995

En deuxième lieu, la Cour de cassation est venue renforcer l'efficacité de la clause de réserve de propriété. Par un arrêt en date du 27 février 2014[1020], la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a retenu que « *l'extinction de la créance […], du fait de l'effacement des dettes […], consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel […], n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur*. ». Ce faisant, la Cour de cassation confère à la réserve de propriété une efficacité remarquable. La réserve de propriété continue à produire ses effets et le créancier peut réaliser sa sûreté alors que la créance garantie est éteinte[1021] du fait de l'effacement des dettes consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation.

Cette décision, qui semble en contradiction avec la nature de sûreté réelle de la réserve de propriété et son caractère accessoire[1022], est appelée à avoir un retentissement plus large que le cadre de la procédure dans laquelle elle a été rendue. En effet, l'ordonnance du 12 mars 2014[1023] a créé, sur le modèle du rétablissement personnel, une procédure de rétablissement professionnel permettant d'aboutir à une clôture pour insuffisance d'actif avec effacement des dettes[1024]. La solution retenue par la Cour de cassation pourrait être étendue à cette nouvelle procédure. La réserve de propriété s'illustre encore par son caractère idoine et « *sa formidable résistance* »[1025] aux procédures du Livre VI du Code de commerce. Quant aux modalités de réalisation, la procédure étant clôturée, à notre sens, seul le droit commun a vocation à s'appliquer. La restitution du bien a lieu selon les règles du code civil.

En troisième lieu, il convient de noter que l'efficacité d'une clause de réserve de propriété peut se trouver modifiée par l'ouverture d'une procédure collective transfrontalière.

[1020] Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ.* II, n°59 ; *Gaz. Pal.* 20 mars 2014, n° 79, p. 22, note **M.-P. DUMONT-LEFRAND** *; L'essentiel Droit des contrats*, avr. 2014, n° 4, p. 3, note **G. PILLET** ; *LPA* 2014, n° 99, p. 7, note **T. STEFANIA** ; *D.* 2014, p. 1081, note **D. R. MARTIN** ; *BJE* 2014, n°4, p. 245 note **F. MACORIG-VENIER**; Voir aussi **F. MACORIG-VENIER, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, C. SAINT-ALARY-HOUI**n, Juin 2013, juillet 2014, Le législateur se remet à l'ouvrage, la jurisprudence tisse sa toile !, *Dr et Patr*. 2014, n°239

[1021] L'un des apports de cet arrêt est effectivement de décrire l'effet de l'effacement des dettes sur les créances qui en sont l'objet, la loi ne prévoyant rien à leur sujet. Ainsi, désormais, effacement rime avec extinction. Voir notamment **F. MACORIG-VENIER,** note sous Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ.* II, n°59 ; *BJE* 2014, n°4, p. 245 ; **F. PÉROCHON**, Comment en finir avec un canard sans tête ? *BJE* juil. 2014, n°4, p. 217 ; voir aussi **E. BOURASSIN**, Sûretés et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, p.4, n°38

[1022] La position de la Cour de cassation pourrait remettre en cause la qualification de sûreté. Voir notamment : **D. R. MARTIN,** note sous Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ.* II, n°59 *D.* 2014, p. 1081, spéc. nos4 à 8 ; pour une critique, voir **F. PÉROCHON**, Comment en finir avec un canard sans tête ? *BJE* juil. 2014, n°4, p. 217

[1023] Article L. 645-1 et s. du Code de commerce

[1024] Article L. 645-11 du Code de commerce

[1025] **F. MACORIG-VENIER, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, C. SAINT-ALARY-HOUI**n, Juin 2013, juillet 2014, Le législateur se remet à l'ouvrage, la jurisprudence tisse sa toile !, *Dr et Patr*. 2014, n°239

Dans la première hypothèse, la procédure est ouverte en France (soumise au droit français) et les biens grevés d'une réserve de propriété se situent à l'étranger. Il faut distinguer deux hypothèses, selon que l'Etat dans lequel se situe le bien est un Etat-membre ou non. Dans le premier cas, si l'Etat de situation du bien ne donne pas l'exequatur au jugement d'ouverture, la procédure ouverte en France ne produit pas son effet universel, le créancier n'est pas soumis à la discipline collective et il peut réaliser sa sûreté.

Dans le second cas, l'article 16 du règlement n°1346/2000 prévoient que la procédure ouverte dans un Etat membre produit universellement ses effets dans les autres Etats-membres. En principe, les sûretés réelles devraient être soumises à la loi applicable à la procédure. Toutefois, certaines exceptions existent. Ainsi, le créancier titulaire d'une réserve de propriété dont l'objet se situe dans un autre Etat-membre que l'Etat d'ouverture, conserve l'exercice de ses droits. Ainsi l'article 7 du règlement édicte que « *l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre l'acheteur d'un bien n'affecte pas les droits du vendeur fondés sur la réserve de propriété, lorsque ce bien se trouve, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre Etat-membre que l'Etat d'ouverture* »[1026] Le créancier titulaire d'une réserve de propriété portant sur un bien grevé situé à l'étranger alors qu'une procédure collective a été ouverte en France utilise les voies de droit applicables dans l'Etat-membre où se situe le bien.

Dans une seconde hypothèse, lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte sur le territoire d'un Etat-membre et que le bien grevé se situe en France, la réalisation de la réserve de propriété doit emprunter les voies de droit français, à savoir l'action en revendication ou en restitution.

306. **L'efficacité du droit de rétention.** De même, le droit de rétention, lorsqu'il résulte d'une détention matérielle du bien ou d'un pouvoir effectif de blocage, procure une grande satisfaction au créancier. L'interdiction des paiements ne s'applique pas au créancier rétenteur et il peut recevoir paiement de la créance contre son retrait après autorisation du juge commissaire[1027]. Le droit de rétention, comme en matière de vente forcée, ne fait pas obstacle à la cession isolée du bien ou à son inclusion dans la cession d'une branche d'activité. Néanmoins, le créancier rétenteur dispose d'un report de son droit de rétention sur le prix[1028].

[1026] Cet article est à rapprocher de l'article 5 1)cdu même règlement. Pour de plus amples explications, voir notamment **E. FABRIES-LECEA**, *Le règlement « insolvabilité », Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union Européenne*, Préf. **C. Saint-Alary-Houin**, Bruylant, Thèses, 2012, spéc. n^{os}160 et 161

[1027] Article L.622-7 II du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde, l'article L. 631-14 al. 1 du Code de commerce pour le redressement judiciaire, article L.641-3 du Code de commerce pour la liquidation judiciaire. Toutefois dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, la retrait contre paiement doit être justifié par la poursuite de l'activité

[1028] Article L.622-7 I al. 2 du Code de commerce

Le droit de rétention est opposable à la procédure collective et il est exclu de tout classement[1029]. En pratique, il est donc payé avant l'ensemble des créanciers antérieurs et postérieurs[1030] et indépendamment de l'ordre des privilèges[1031].

En matière de plan de cession, l'analyse s'avère plus délicate. L'article L. 642-12, alinéa 5, du Code de commerce affirme que les alinéas 1 à 4 de ce texte « *n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession* ». Cela semble signifier que le droit de rétention ne peut pas être transmis à l'acquéreur de l'entreprise. Or, grâce à l'indivisibilité de son droit, le rétenteur n'est pas tenu de se dessaisir et le paiement du prix de cession provoque une purge des inscriptions. Pour certains auteurs, ces dispositions marquent la faculté pour le créancier de s'opposer au plan de cession[1032]. A notre sens, la jurisprudence antérieure[1033] a vocation à s'appliquer. Le droit de rétention ne fait pas obstacle au plan de cession mais le cessionnaire doit désintéresser le rétenteur pour que ce dernier se dessaisisse[1034]. Le droit de rétention conserve ici toute son efficacité.

En outre, le droit de rétention bénéficie d'un maintien de son efficacité même en cas de clôture pour insuffisance d'actif[1035].

L'ouverture de la procédure collective ne modifie donc pas l'efficacité des sûretés réelles assorties d'un droit de rétention effectif, comme le gage avec dépossession, ou assorties d'un droit de

---

[1029] Article L. 641-13 II du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014. Il s'agit d'une amélioration formelle du texte qui a l'avantage définir clairement le traitement qui est réservé au droit de rétention. **F. MACROIG-VENIER, J. VALLANSAN,** Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions, dossier n°32, *Rev. Proc. Coll*. 2014, n°4, spéc. n°29

[1030] **A. AYNÈS**, Le droit de rétention : unité ou pluralité, pref. **C. Larroumet**, Economica 2005, n°377. Cet auteur l'analyse en un droit de préférence donné au créancier rétenteur en échange de la « libération » du bien.

[1031] Cass. Com. 15 oct. 1991, Bull. Civ. IV, n°228, *RTDCom*. 1992, 4564, obs. **A. MARTIN-SERF;** *JCP E* 1992, I, 138, obs. **M. CABRILLAC**; *JCP* 1992, I, 3623, n°24, obs. **P. DELEBECQUE** : « *C'est à bon droit que la cour d'appel décide que le banquier titulaire d'un droit de rétention fictif sur le véhicule objet du gage, était fondé 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 des salaires qui ne pouvaient faire échec au report du droit de rétention sur le prix* ».

[1032] **P.-M. LE CORRE**, Les gage avec droit de rétention face au plan de cession, *LPA*, 22 oct. 1997, n°127, p. 5 ; **F. PÉROCHON** et R. **BONHOMME**, *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ oct. 2009, 8°éd, spéc. n°455 ; **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 2012, 9°éd, spéc. n°1191

[1033] Cass. Com. 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n° 151 ; *D.* 1997. Somm. 312_, obs. **A. HONORAT**, 1998. Somm. 102, obs. **S. PIEDELIÈVRE**, et 1999. Somm. 5, obs. **F. DERRIDA** ; *RTDCom*.. 1998. 193_, obs. **B. BOULOC**, et 205 , obs. **A. MARTIN-SERF** ; *RTDCiv*. 1997, p. 708, **P. CROCQ ;** *RJ com*. 1997. 308, rapport de M. **REMERY, note C. SAINT-ALARY-HOUIN ;** *JCP E* 1997, Pan, 762 ; *JCP E* 1997, 681, obs. **M. CABRILLAC** « *Attendu que la cession de l'entreprise, par suite de l'adoption d'un plan de redressement, ne peut porter atteinte au droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis sur des éléments compris dans l'actif cédé ; qu'en l'absence de disposition légale 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 déclarée, 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* »

[1034] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, spéc. n°1281

[1035] **A. AYNES,** note sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n° 08-10.152, *JCP G* 2009, 380

rétention fictif conférant un véritable pouvoir de blocage au créancier, comme le gage de véhicule automobile ou les warrants[1036].

c) L'efficacité conditionnée mais conservée de certaines situations d'exclusivité

Dans d'autres cas, le traitement des sûretés réelles est différencié selon les procédures applicables. Il en va ainsi du sort réservé à la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition et au gage sans dépossession de droit commun, les effets du droit exclusif sont temporairement paralysés[1037]. Mais, les droits de ce créancier ne sont pourtant pas sacrifiés. Leur efficacité est différée dans le temps. Elle n'intervient que lorsque le bien n'est pas nécessaire à la survie de l'entreprise ou que les droits du créancier sont menacés et surtout lorsque la survie de l'entreprise est impossible, à savoir en liquidation judiciaire.

307. **Le maintien de l'efficacité de la fiducie-sûreté**. Le fiduciaire – seul propriétaire – peut revendiquer le bien[1038] selon les règles des procédures collectives[1039]. Lorsque la fiducie-sûreté a été publiée (hors publication sur le registre national des fiducies car il n'a ni pour effet, ni pour fonction de rendre la sûreté opposable aux tiers), le fiduciaire fait une demande en restitution. L'action peut être exercée mais la restitution matérielle (la remise) du bien est différée tant que la convention de mise à disposition est en cours, par exemple jusqu'à sa résiliation par l'administrateur judiciaire[1040]. Donc, tant que le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité, la fiducie-sûreté demeure paralysée. En revanche, lorsque cette exigence disparaît, le créancier recouvre l'entière efficacité de son droit. Il en va ainsi lorsque le plan de sauvegarde échoue [1041] ou lorsqu'une liquidation judiciaire est

[1036] Cass. Com. 26 janv. 2010, n°08.21-340, *D.* 2011, p.406, obs. **P. CROCQ**
[1037] Voir n^{os}357 et 358
[1038] La revendication est en réalité une nécessité. Seule cette action est admise lorsque la réalisation est paralysée. L'action en restitution est exclue car la publication de la fiducie n'a pas pour objectif de la rendre opposable aux tiers. Cette action ne peut être intentée que par le fiduciaire, seul propriétaire du bien lors de l'ouverture de la procédure. Voir dans ce sens : **E. LE CORRE- BROLY**, Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendication et de restitution, *Gaz.- Pal.*, 10 mars 2009, n°69, p.48, spéc. n°13 ; Voir aussi **F. MACORIG-VENIER**, Fiducie-sûreté et droit des Entreprises en difficulté , *in Entreprises en difficulté* , sous la dir. **P. ROUSSEL GALLE**, Droit 360°, Lexis Nexis, 2012, spéc. n°1014
[1039] Voir les règles présentées dans le chapitre 2 du titre 2 à propos de la propriété retenue à titre de garantie
[1040] **M. GRIMALDI**, La fiducie sur ordonnance, *D.* 2009, p. 670, n°15
[1041] **P. 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, spéc. n°44 ; **N. RONTCHEVSKY**, Sûretés personnelles, fiducie et gages sans dépossession dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, *RLDA* 2009, 2379 spéc. ,n°34 **; M. GRIMALDI**, La fiducie sur ordonnance, *D.* 2009, p. 670, spéc. n°27 ; **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651

ouverte. Dans ces cas, la réalisation a lieu selon les stipulations contractuelles et les règles de droit commun[1042].

De plus, avec l'autorisation du juge commissaire, il peut bénéficier d'un retour du bien objet de la fiducie contre paiement « *lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité* »[1043]. Cette solution semble être « équilibrée »[1044] car elle constitue un compromis entre le sauvetage de l'entreprise et le respect des droits des créanciers[1045]. Ce paiement empêche toute réalisation de la fiducie car il consiste à exécuter l'obligation principale, le créancier étant ainsi satisfait.

Parce que le bien est sorti du patrimoine du débiteur[1046], il n'appartient pas au patrimoine soumis à la procédure ; il ne peut donc pas faire l'objet d'une cession isolée ou être inclus dans un plan de cession, sauf accord du créancier[1047]. Il est fort à parier que le créancier ne donnera son accord que contre paiement[1048].

308. **Le maintien de l'efficacité du droit de rétention attaché au gage sans dépossession.** Sur le même modèle que celui de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition, les effets du droit de rétention du gage sans dépossession sont muselés tant que tant le sauvetage de l'entreprise est encore possible[1049].

En revanche, lorsque les droits du créancier gagiste sont menacés ou que le sauvetage de l'entreprise est impossible, ce droit de rétention produit les mêmes effets que le droit de rétention effectif. Ainsi, lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est ouverte, le créancier gagiste sans dépossession dispose des mêmes droits que le créancier gagiste avec dépossession[1050]. La loi prévoit également que le créancier gagiste peut opposer les effets de son droit de rétention en cas de « *cession de l'entreprise* »[1051]. Les droits du créancier sont maintenus en cas d'adoption d'un plan de cession. En revanche, la loi ne précise rien quant à l'opposabilité de ce droit de rétention en cas

---

[1042] **F. MACORIG-VENIER**, Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés, *Dr. et Patr*. Janv. 2010, n°188, p. 26 ; **P. DUPICHOT**, La fiducie-sûreté en pleine lumière – A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *JCP G* 2009, 1808

[1043] Article L. 622-7 du Code de commerce

[1044] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651 ; **M. GRIMALDI**, La fiducie sur ordonnance, *D.* 2009, p. 670, spéc. n°15

[1045] *Ibidinem*

[1046] **P. 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°43 ; **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651

[1047] Article L.642-7 du Code de commerce

[1048] **A. LIENHARD**, Réforme des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008, *D.* 2009, p. 110, V. G

[1049] Voir n[os]356 et s.

[1050] Voir n°272

[1051] L. 622-7 I al.2 du Code de commerce

de cession isolée du bien retenu. L'interprétation stricte de l'article L. 622-7 I alinéa 2 du Code de commerce conduit le professeur N. Borga à conclure à l'inopposabilité du droit de rétention en cas de cession isolée du bien[1052]. Toutefois, pour gagner en simplicité, il serait préférable de calquer le régime juridique de ce droit de rétention sur celui des autres droits de rétention. De plus, s'il peut faire obstacle à l'inclusion du bien dans un plan de cession, plan qui constitue véritablement le sauvetage de l'entreprise, pourquoi le priver d'efficacité lorsque le bien est vendu de manière isolée ?

309. **La naissance de principes nouveaux**. Le traitement du gage sans dépossession et de la fiducie-sûreté suscite l'interrogation quant à l'apparition d'un nouveau traitement des situations d'exclusivité selon l'impératif de sauvegarde de l'entreprise. Tant que les biens objets de la sûreté sont nécessaires à sa survie et si cette survie est possible, les effets du droit exclusif sont paralysés. C'est une application particulière de l'interdiction de la réalisation des sûretés réelles découlant des effets du jugement d'ouverture[1053]. En revanche, lorsque le sauvetage de l'entreprise est impossible et/ou lorsque le bien n'est pas nécessaire à ce sauvetage, le créancier peut réaliser sa sûreté et cette dernière produit tous ses effets. Un tel principe conduit à différencier le sort du créancier titulaire d'un droit exclusif selon les procédures. Son droit est, en principe, efficace en cas de liquidation judiciaire alors qu'il se trouve paralysé en cas de sauvegarde, de redressement judiciaire.

La question de la généralisation de cette solution pose l'interrogation plus large d'un rééquilibrage des forces dans la procédure collective. Elle amène le débat plus global de l'amélioration de la satisfaction des créanciers munis de sûretés réelles et de l'homogénéisation de l'effet des sûretés réelles lors de la réalisation[1054].

Section 2. *De lege ferenda*, l'harmonisation de la satisfaction par exclusivité

310. Il a été démontré que la diversité des sources de l'exclusivité en droit des sûretés provoque une disparité des régimes juridiques et une efficacité variable des droits exclusifs.
Ce constat marque la nécessité d'améliorer et d'harmoniser le sort des droits exclusifs et corrélativement de les articuler avec les droits de priorité rénovés.

[1052] Dans ce sens voir : **N. BORGA**, Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, *RDBF* mai-juin 2009, études 20, p.9, spéc. n°12
[1053] Voir n^{os}356 et s.
[1054] **C. MOULY**, Procédures collectives, assainir le régime des sûretés, *in Aspects actuels du droit commercial français, Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529, spéc. p. 530

L'amélioration des droits exclusifs implique leur simplification. Cette dernière passe par une certaine harmonisation des règles et la création de règles communes. Dans une acception plus générale, les règles suggérées au sujet des droits de priorité, notamment les règles relatives à la publicité, devraient être généralisées[1055]. Une telle globalisation aurait un double effet bénéfique. Les droits exclusifs attachés aux sûretés réelles se verraient dotés de règles simplifiant leur mise en œuvre et la résolution des conflits. Au-delà, cela viendrait renforcer le socle commun de règles à l'ensemble des sûretés réelles et tendrait un peu plus vers l'élaboration d'un droit commun des sûretés réelles. Le droit français gagnerait ainsi en lisibilité et en accessibilité qui constituent des critères d'attractivité du droit.

La simplification, l'harmonisation et l'articulation corrélatives des règles régissant les droits exclusifs attachés aux sûretés réelles s'imposent lorsque le débiteur est *in bonis* (§1). Cette réflexion doit se prolonger lorsque le débiteur est placé en procédure collective (§2).

§1. Les suggestions d'amélioration de la satisfaction par exclusivité hors des procédures collectives

311. Il a été constaté au paragraphe précédent que les droits exclusifs sont créés par des situations juridiques variées, soumises à des régimes divers.

La simplification des règles existantes en matière de droits exclusifs attachés aux sûretés réelles nécessite une certaine harmonisation de leurs régimes. Les règles suggérées en matière de droits de priorité, notamment les règles relatives à la publicité, parce qu'elles offrent un moyen unique de fixer la date d'opposabilité des droits, permettraient d'aboutir à une telle harmonisation et de renforcer le socle commun de règles applicables aux sûretés réelles (A).

De plus, la grande efficacité des droits exclusifs annihile, à l'heure actuelle, presque tous les effets des droits de priorité. La rénovation des droits de priorité, l'adoption de règles communes d'opposabilité et de règlement des conflits nécessite quelques modifications des effets des droits exclusifs (B).

A. L'harmonisation des règles d'opposabilité et de règlement des conflits

[1055] Voir n[os]221 et s.

312. Dans les développements précédents[1056], il a été souligné que le règlement des conflits de droits exclusifs reposait sur la règle de l'antériorité de l'opposabilité. Or les droits exclusifs ayant en droit des sûretés des origines et des régimes juridiques divers, la détermination des dates d'opposabilité varie d'un cas à un autre.

A la question de la prévention et de la simplification du règlement des conflits entre droits exclusifs, l'adoption du système de publicité des sûretés exclusives suivant le canevas proposé pour les droits de priorité semble s'imposer (1). Une telle disposition permettrait d'informer le créancier et de sécuriser les droits exclusifs (2).

1. L'adoption du principe général de publicité des sûretés exclusives

A l'instar des propositions effectuées en matière de droits de priorité et des suggestions des travaux internationaux, il semble opportun de soumettre les sûretés exclusives et les pactes commissoires à publicité à des fins d'opposabilité.

313. **La soumission à une publicité à des fins d'opposabilité aux tiers.** Le pacte commissoire fait déjà l'objet d'une mention en marge dans les différents registres, tant en matière immobilière qu'en matière de gage sans dépossession de droit commun[1057]

Nous avons également émis précédemment le souhait que le nantissement de créance fasse l'objet d'une publicité[1058].

Les propriétés-sûretés ne sont véritablement publiées à des fins d'opposabilité qu'en matière immobilière car la publicité de toute mutation ou création de droit réel sur un immeuble est obligatoire. Les propriétés-sûretés mobilières demeurent majoritairement occultes. La fiducie-sûreté est publiée au registre des fiducies mais cette publicité a pour but d'informer l'administration fiscale et la cellule de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (TRACFIN). Elle ne constitue pas une publicité aux fins d'information et d'opposabilité aux tiers. Si la mise en possession du fiduciaire peut être utilisée, au même titre que la dépossession dans le droit du gage, comme une modalité de publicité de la fiducie-sûreté, il serait opportun de soumettre la fiducie-sûreté à une publicité aux fins d'opposabilité.

La réserve de propriété peut faire l'objet d'une publicité aux fins d'opposabilité. Elle a l'avantage, aux yeux de la procédure collective, de prouver la qualité de propriété du créancier et lui offre une

[1056] Voir n^{os}249 et s.

[1057] Article 2 du Décret n°2006-1804 du 23 mars 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil du gage sans dépossession.

[1058] Rappelons que le système de publicité mis en place repose sur un regsitre unique, informatisé et sur des formalités d'enregistrement simples.

action en restitution en lieu et place de l'action en revendication. Cependant, cette publicité demeure facultative. Il convient de la rendre obligatoire[1059].

De manière globale, il semble préférable d'opter pour une publicité obligatoire des sûretés réelles à des fins d'opposabilité aux tiers.

314. **Une publicité obligatoire sur un registre national unique**. La publicité des propriétés-sûretés devrait avoir lieu au registre national central des sûretés réelles mobilières sans dépossession.

Cette position était préconisée par le groupe de réflexion dirigé par Monsieur M. Grimaldi. Elle n'a néanmoins pas été adoptée car en 2006, le gouvernement était habilité à légiférer à droit constant en matière de réserve de propriété. Certains droits étrangers ont pris le même chemin. Le Québec, malgré l'hypothèque mobilière, sûreté mobilière unique fondée sur le droit de préférence, a maintenu et traite à part les propriétés-sûretés. Il les soumet à publicité aux fins d'opposabilité[1060]. Il en va également ainsi des Etats Unis[1061]. De même, les pays africains, dans l'acte uniforme OHADA, imposent la publicité de la cession de créance à titre de garantie et de la réserve de propriété au registre du commerce et du crédit mobilier[1062].

L'adoption d'une telle proposition comporterait des lourdeurs et augmenterait le coût de constitution. Le recours à un document unique, simple quant aux mentions requises et entièrement informatisé ne devrait pas beaucoup retarder le créancier dans la constitution de sa sûreté.

Un tel système de publicité généralisé permettrait de régler les conflits avec beaucoup plus de facilité.

2. L'adoption de la règle de l'antériorité de la publicité comme règle de résolution des conflits

La publicité joue plusieurs rôles. Elle permet d'abord d'informer les tiers et de rendre l'acte publié opposable. Elle permet aussi de sécuriser les situations d'exclusivité. De plus, l'adoption d'un tel système de publicité global permettrait de renforcer le socle commun de règles applicables aux sûretés réelles et de gagner en efficacité.

[1059] O. Gout, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD* Civ. 2013 p. 255 ; Pour une position contraire, voir Projet de réforme des sûretés mobilières belges : http://justice.belgium.be/fr/publications/hervorming_zekerhedenrecht.jsp , spéc. p. 30

[1060] **M. DESCHAMP**, Le droit des sûretés au Québec, *in Repenser le droit des sûretés mobilière*, dir. **M.-E. Ancel**, Biblio. De l'Institut A. Tunc, LGDJ, avril 2005

[1061] Article 9 UCC

[1062] Voir article 57 de l'acte uniforme sûreté révisé en 2010

315. **L'information, l'opposabilité aux tiers et le règlement facilité des conflits**. La publicité joue un rôle d'information des tiers. Dans la mesure où le registre national envisagé serait consultable 24h/24 directement par le créancier, ce dernier pourrait, avant toute prise de garantie, vérifier que le bien est libre de droits. Le créancier serait alors en mesure d'évaluer ses chances de satisfaction et de choisir la sûreté la plus opportune.

Elle joue également un rôle d'opposabilité aux tiers. Comme développé ci-avant, dans la majorité des cas, le conflit opposant deux droits exclusifs se règle selon le principe de l'antériorité de l'opposabilité du droit. La publicité permet d'établir de façon plus sure et plus simple le moment de l'opposabilité. Dans ce sens, elle facilite la résolution des conflits.
En matière de pacte commissoire, une partie de la doctrine suggérait d'interdire au créancier de second rang de se voir attribuer le bien[1063]. La publicité et la règle de conflit retenues permettrait de mettre en œuvre facilement cette solution car le classement des créanciers serait aisé à mettre en place. Une simple consultation du registre national via l'internet suffirait à permettre au créancier de savoir s'il peut valablement se prévaloir d'une attribution en propriété.

316. **La sécurisation des situations d'exclusivité**. La publicité permet de sécuriser les droits du créancier exclusif. En rendant le droit opposable aux tiers, la publicité permet au créancier de constituer le tiers acquéreur ou possesseur de mauvaise foi et de faire obstacle à la présomption « *En fait de meubles, possession vaut titre.* ».
Ainsi, le titulaire d'une sûreté exclusive mobilière portant sur un meuble corporel voit son droit renforcé. En effet, même si le débiteur le remet à un tiers ou le revend, ce dernier ne pourra pas se prévaloir de la présomption de l'article 2276 du Code civil et devra démontrer sa bonne foi pour écarter l'action du créancier.
De la même manière, se trouve renforcé le droit du titulaire d'un droit de priorité assorti d'un droit de suite. En cas de vente du meuble, le créancier titulaire d'un gage sans dépossession et d'un pacte commissoire se voit octroyer le droit d'utiliser sa faculté d'attribution en propriété à l'encontre du tiers acquéreur. A cause de la publicité aux fins d'opposabilité, le tiers acquéreur ne pourra plus se prévaloir de la présomption de l'article 2276 du Code civil.

317. **Un pas supplémentaire vers la création d'un droit commun**. Au-delà, l'adoption d'un tel principe permettrait de renforcer les règles de droit commun des sûretés réelles. Toutes soumises à

[1063] Voir n°296

publicité aux fins d'opposabilité sur un registre (ou par dépossession), elles seraient opposables aux tiers au jour de la publicité et permettraient d'ériger le principe de l'antériorité de l'opposabilité du droit comme principe général de règlement des conflits, sous réserve du traitement particulier accordé à certains privilèges[1064].

B. L'articulation facilitée entre droits exclusifs et droits de priorité

318. Un système de publicité généralisée permettrait de redonner de l'efficacité aux droits de priorité sans cependant priver le créancier exclusif de tout droit. Le principe de la primauté du droit exclusif sur les droits de priorité postérieurs serait ainsi maintenu, le droit exclusif étant antérieurement opposable.

En revanche, le principe de primauté du rétenteur sur les créanciers antérieurs a vocation à être remis en cause et les exceptions à être généralisées. Cette position serait favorable tant au créancier prioritaire qu'au créancier exclusif antérieur (1). La question de la généralisation de cette limite à l'ensemble des situations d'exclusivité attachées à une sûreté mérite alors d'être posée (2).

1. Le renforcement des droits antérieurs opposables face au droit de rétention

319. **La question de l'élargissement de la règle de l'article 2340 à l'ensemble des droits de rétention**. L'opposabilité *erga omnes* et l'efficacité absolue du droit de rétention sont cantonnés par les textes en matière de conflit opposant un gage sans dépossession et un gage avec dépossession. En effet, l'article 2340 du Code civil fait application de la règle de l'antériorité de la publicité pour procéder au classement des créanciers, mais ne propose qu'un classement interne.

L'acte uniforme OHADA a étendu cette règle à l'ensemble des conflits opposant un gage sans dépossession et un droit de rétention[1065] quel que soit le lien de connexité les fondant. La transposition de cette idée en droit français mérite d'être analysée. Pour ce faire, il nous semble nécessaire de distinguer différentes hypothèses selon la nature du lien de connexité.

320. **Une question délicate s'agissant des droits de rétention fondés sur un lien de connexité matériel ou juridique**. L'efficacité du droit de rétention fondé sur une connexité matérielle[1066] ou

[1064] Voir n[os]205 et s.

[1065] Voir une combinaison des articles 67 et 107 de l'acte uniforme sûreté révisé en 2010 ; Voir **P. CROCQ**, Les sûretés sur l'exclusivité et le projet de réforme de l'acte uniforme portant organisation des sûretés, *in* Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, *Dr. et Patr*. 2010, n°197, p. 78

[1066] « *Lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose* »

juridique[1067] relève de l'idée d'exception d'inexécution. Dans ce cas, le droit de rétention et l'exception d'inexécution se confondent. Au même titre que dans la compensation, l'effet de garantie n'est qu'un effet secondaire. Les deux garanties ne se trouvent pas sur le même plan, les unes sont légales, les autres conventionnelles. Dans ces deux cas, priver le créancier de l'efficacité et de l'opposabilité *erga omnes* de son droit de rétention revient à le priver de son exception d'inexécution. La jurisprudence a fait le choix de faire primer le créancier titulaire d'un droit de rétention effectif sur le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif[1068]. Pourtant, il n'est pas sûr qu'il soit plus juste de privilégier le créancier muni d'une sûreté conventionnelle par rapport au créancier qui se prévaut de l'exception d'inexécution.

321. **Une généralisation possible en matière de droit de rétention conventionnel**. En matière de sûretés conventionnelles et de droit de rétention conventionnel, la règle de l'article 2340 du Code civil a vocation à être étendue et généralisée. Le droit de rétention fondé sur une connexité conventionnelle ne relève pas de l'idée d'exception d'inexécution mais d'un mécanisme pur et simple de garantie. La remise du bien au créancier vient garantir le paiement de la créance. Ce droit de rétention et la sûreté conventionnelle se trouvent donc sur un même plan.

De plus, avant la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, le gage sans dépossession n'était pas assorti d'un droit de rétention même fictif, mais la règle de la primauté du gage sans dépossession face au gage avec dépossession s'appliquait. Dans ce cas, l'article 2340 du code civil prévoyait l'opposabilité d'un droit de préférence assorti d'un droit de suite et d'un droit de rétention conventionnel qui lui est postérieur. La modification opérée en 2008 ne devrait pas modifier l'interprétation à donner à l'article 2340 du Code civil. Le créancier titulaire d'un gage sans dépossession assorti d'un droit de rétention fictif prime le créancier titulaire d'un gage avec dépossession assorti d'un droit de rétention effectif si la constitution de ce dernier est postérieure à la publicité du gage sans dépossession.

C'est à notre sens cette solution qui doit être étendue à tous les rapports entre créancier titulaire d'une sûreté réelle fondée sur un droit de préférence et assortie d'un droit de suite et le titulaire d'un droit de rétention conventionnel[1069].

322. **Pour la reconnaissance de droits de rétention autonomes**. Dans le cadre d'une publicité organisée et systématique, il est possible d'envisager d'étendre le domaine des droits de rétention conventionnels à des droits de rétention autonomes c'est-à-dire non attachés à une sûreté. La

[1067] « *La créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer* »
[1068] Cass. Com., 11 juin 1969, *D.* 1970, 244, note **P. BIHR** ; *Banque* 1971, 518, note **MARIN.** Voir aussi §209
[1069] Voir n^{os}211 et 212

publicité serait assurée par la dépossession en cas de droit de rétention effectif et par une inscription au registre des sûretés en cas de droit de rétention fictif. Les conflits seraient réglés selon la règle de l'antériorité de l'opposabilité du droit.

La restriction de l'opposabilité *erga omnes* du droit de rétention conventionnel bénéficierait également aux situations d'exclusivité. Elle viendrait sécuriser et renforcer la situation d'exclusivité antérieure.

La question de l'opposabilité du droit de priorité antérieur assorti d'un droit de suite transcende les rapports avec les droits de rétention pour concerner l'ensemble des sûretés exclusives.

2. L'opposabilité du droit de priorité antérieur assorti d'un droit de suite au créancier exclusif postérieur

323. **L'identification facilitée des droits de priorité antérieurs opposables aux créanciers exclusifs.** Dans certains cas, les droits de priorité antérieurs et assortis d'un droit de suite sont opposables au créancier postérieur[1070].

Cette règle existe déjà en matière de propriété-sûreté en application du principe « *Nemo plus juris* ». Dans la fiducie-sûreté, les créanciers antérieurs titulaires d'un droit de préférence et d'un droit de suite peuvent poursuivre la réalisation de leurs droits sur les biens inclus dans le patrimoine fiduciaire. De même, les créanciers titulaires des mêmes sûretés nées d'un précédent propriétaire peuvent valablement exercer leurs droits. Ce principe est en effet applicable en cas de réserve de propriété.
La soumission à une publicité des propriétés-sûretés faciliterait l'identification des sûretés antérieures opposables au nouveau propriétaire du bien.

324. **Le sort du nantissement de créance et du gage espèce**. La question délicate de l'opposabilité au créancier nanti sur la créance et au créancier gagiste des droits de priorité antérieurs. En matière de nantissement de créance ou de gage espèce, la question est plus ardue car le paiement du créancier nanti par le débiteur de la créance nantie provoque, comme tout paiement, l'extinction de la créance. La créance objet de la sûreté disparait. L'ensemble des sûretés portant sur cette créance est caduc faute d'objet. Il nous paraît donc difficile d'appliquer le principe de

[1070] Voir n[os]270 et s.

l'opposabilité des sûretés réelles antérieures assorties d'un droit de suite à ces hypothèses. Restent au créancier antérieur les recours après paiement tels que l'action *de in rem verso* ou éventuellement l'action en restitution des sommes perçues[1071].
L'adoption d'un tel principe permettrait une revalorisation des droits de priorité conventionnels dans les conflits les opposants aux droits exclusifs.

Les propositions de modification doivent se poursuivre dans les procédures collectives. Il semble notamment nécessaire de se poser la question de l'homogénéisation des règles applicables aux situations d'exclusivité en matière de procédures collectives.

§2. L'harmonisation du traitement des droits exclusifs dans les procédures collectives

325. Les objectifs des procédures collectives sont marqués par une sorte de schizophrénie. L'objectif d'apurement du passif a presque disparu du droit des entreprises en difficulté au profit de l'objectif de sauvetage de l'entreprise.

Toutefois, s'il a été demandé aux créanciers chirographaires et munis de sûretés réelles traditionnelles de très nombreux sacrifices[1072], il n'en a pas été demandé aux créanciers titulaires de sûretés exclusives. Une telle position révèle plusieurs éléments. D'abord, elle montre qu'il est nécessaire que l'objectif d'apurement soit revalorisé. Ensuite, elle pointe une différence de traitement très importante entre les titulaires de droits de priorité et de droits exclusifs. Le traitement différencié touche également les situations d'exclusivité dont l'efficacité après le jugement d'ouverture varie entre la pleine efficacité et la paralysie totale[1073].

Ces constats préalables font apparaître la nécessité de retrouver de la cohérence tant au plan des objectifs de la procédure qu'au plan du traitement technique des situations d'exclusivité.
La question des objectifs de la procédure a déjà fait l'objet de développements auxquels nous renvoyons[1074].

[1071] Voir n^{os}291 et s.
[1072] Voir n^{os}351 et s.
[1073] Voir notamment **F. MACORIG-VENIER**, L'exclusivité, *in* Sûretés réelles et Entreprises en difficulté , Colloque du CRAJEFE-CERDP, 19-20 mars 2010,Nice, *LPA*, 11 févr. 2011, n°30, p. 59 ; Sur la question, voir § n^{os}294 et s.
[1074] Voir notamment n^{os}9, 235, 344

La cohérence technique des règles de réalisation peut faire l'objet de différentes propositions. Divers régimes ont été exposés. Toutefois, la proposition la plus innovante et la plus respectueuse des droits des créanciers et du débiteur a été formulée en matière de fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition et de gage de droit commun sans dépossession. Elle tend à différencier le sort réservé à ces sûretés selon la procédure ouverte et le caractère nécessaire du bien au sauvetage du débiteur. Ces deux sûretés seraient soumises au principe d'égalité des créanciers et à la discipline collective imposée par l'ouverture de la procédure[1075]. Mais la soumission à ces principes est tempérée par le maintien de l'efficacité des situations d'exclusivité lorsque le « *sauvetage* » de l'entreprise n'est plus possible (A). La question de la généralisation de ce critère à l'ensemble des droits exclusifs doit être posée (B).

A. L'impossible survie de l'entreprise comme critère d'efficacité de la sûreté exclusive

326. **Un critère dégagé grâce aux règles de la fiducie-sûreté et du gage sans dépossession**. Le traitement par les procédures collectives de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition et du gage sans dépossession de droit commun montre l'existence d'un critère téléologique. Lorsque le sauvetage de l'entreprise est impossible ou que le bien n'est pas indispensable à son sauvetage, le créancier peut exercer ses droits. A l'inverse, lorsque le sauvetage de l'entreprise est encore possible ou que le bien est indispensable à ce sauvetage, les droits du créancier sont paralysés.
Au regard des textes, il semble que le principe soit un principe d'efficacité. La fiducie-sûreté et le droit de rétention fictif attaché à un gage sans dépossession produisent leurs effets pendant les procédures collectives. En revanche, cette efficacité est remise en cause lorsque le sauvetage de l'entreprise est impossible ou lorsque le bien grevé n'est pas indispensable à ce sauvetage. Toutefois, pour des raisons de cohérence générale des procédures collectives, une inversion du principe est préférable[1076].

327. **Un critère déjà utilisé pour d'autres mécanismes**. L'étude du traitement des autres situations d'exclusivité révèle l'utilisation du même critère. Ainsi, le créancier réservataire peut, en principe, exercer son droit. Toutefois, l'administrateur judiciaire ne contrera la revendication en procédant à un paiement que si le bien grevé est indispensable à la poursuite de l'activité, donc au sauvetage de l'entreprise. De même, l'attribution judiciaire du gage n'est possible qu'en cas de liquidation judiciaire du débiteur. Or la liquidation judiciaire intervient seulement lorsque le

[1075] Voir n[os]356 et s.
[1076] *Ibidinem*

sauvetage de l'entreprise est impossible. Nous constatons que d'autres mécanismes répondent au même critère. C'est notamment le cas de la fiducie-sûreté avec dépossession et du droit de rétention avec dépossession. La solution finale cependant est inversée.

La question est ici d'inverser le principe et de soumettre partiellement le créancier titulaire d'un droit exclusif à la discipline collective, sauf lorsque le sauvetage de l'entreprise est impossible ou lorsque le bien n'est pas indispensable à ce sauvetage. Néanmoins, transformer ce critère particulier en principe directeur des procédures collectives impose de s'interroger à divers niveaux.

B. Le débat sur l'élargissement de l'efficacité circonstanciée à l'ensemble des droits exclusifs

Le débat sur l'élargissement de la paralysie partielle mérite d'être posé pour l'ensemble des situations d'exclusivité attachées aux sûretés réelles.
L'ordonnance aurait pu étendre cette paralysie temporaire à l'ensemble des propriétés-sûretés et droits de rétention[1077] car ils compromettent tout autant le sauvetage de l'entreprise.

328. **L'élargissement de l'efficacité circonstanciée à la réserve de propriété**. Au sujet de la réserve de propriété, Madame F. Pérochon[1078] suggère de distinguer deux hypothèses. En principe, elle prône un maintien de la situation favorable du vendeur avec réserve de propriété car elle « *se justifie […] aisément pour des raisons tant économiques que politiques voire sociales, dans le cas du vendeur-propriétaire qui a consenti un crédit-fournisseur* ». En revanche et par exception, lorsque la créance est transmise à un établissement de crédit, « *la situation est très proche de la fiducie-sûreté et il aurait pu sembler opportun d'harmoniser les solutions, et de généraliser la temporisation imposée au financier* ».
Pour notre part, nous considérons effectivement que la réserve de propriété doit voir ses effets maintenus. Toutefois, l'aboutissement de l'action en revendication ou en restitution devrait être cantonné aux hypothèses dans lesquelles le bien n'est pas indispensable au sauvetage de l'entreprise ou le sauvetage impossible. Ainsi, l'action produirait ses effets en cas de cession isolée du bien ou en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. En cas d'adoption d'un plan de cession, parce que le plan de cession permet de sauver l'entité économique – l'entreprise au sens économique – les droits du créancier réservataire ne doivent pas pouvoir faire obstacle à cette

[1077] **F.-X. LUCAS,** Fiducie v/ Sauvegarde, un arbitrage équilibré, *BMIS*, 1er févr. 2009, n°2, p. 105 ; **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651
[1078] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651

cession. Il faut considérer que le versement du prix de cession par l'acquéreur purge l'ensemble des sûretés réelles. En revanche, les droits du créancier doivent être maintenus. Nous suggérons de recourir à la subrogation du droit exclusif sur le prix de cession. Le créancier réservataire exercerait son droit exclusif sur le prix de cession, à hauteur de ce qui lui est dû.

329. **L'élargissement de l'efficacité circonstanciée au droit de rétention**. Concernant le droit de rétention, Monsieur F.-X. Lucas[1079] propose d'étendre la paralysie circonstanciée.

Le droit de rétention effectif et les droits de rétention fictifs spéciaux ne sont pas soumis à une efficacité circonstanciée. Toutefois, le créancier titulaire d'un gage spécial assorti d'un droit de rétention fictif se trouve dans une situation juridique comparable au titulaire du droit de rétention attaché au gage sans dépossession de droit commun. En effet, ces deux créanciers sont titulaires de droits de rétention fictifs. Il semble alors qu'ils méritent un traitement similaire[1080]. Il est également proposé de transformer le droit de rétention effectif du créancier en droit de rétention fictif et d'aligner ainsi le régime juridique des droits de rétention dans les procédures collectives[1081]. Plusieurs solutions sont alors envisageables.

330. **La première solution, l'exclusion de toute efficacité du droit de rétention**. Dans le paragraphe précédent, nous avons suggéré de rendre opposables au droit de rétention les droits de priorité assortis d'un droit de suite antérieur. Le traitement proposé est proche de celui d'un créancier titulaire d'un droit de priorité. Nous avons aussi émis l'idée d'une publicité sur un registre. Si le droit de rétention conventionnel n'est plus opposable *erga omnes*, il n'y a plus de raison de maintenir son opposabilité à la procédure collective.

En l'état actuel des textes, les droits de rétention matériels et juridiques demeurent opposables *erga omnes* car ils s'apparentent à l'exception d'inexécution. Or les règles des procédures collectives permettent de faire obstacle à cette exception en matière de contrats en cours[1082]. Les droits de rétention matériels et juridiques relevant de l'idée d'exception d'inexécution, le sort réservé à cette dernière devrait leur être appliqué ; le droit de rétention serait paralysé. Le rétenteur, même effectif, perdrait alors son statut, pour endosser celui de simple gardien ou de consignataire du bien de son débiteur. La solution de la paralysie du droit de rétention a été retenue par le droit américain des faillites, ce droit soumettant le créancier rétenteur à la discipline collective[1083]. Le droit américain

---

[1079] **F.-X. LUCAS,** Fiducie v/ Sauvegarde, un arbitrage équilibré, *BMIS*, 1er févr. 2009, n°2, p. 105 ; **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651

[1080] Voir nos356 et s.

[1081] *Ibidinem*

[1082] Voir article L. 622-13 I alinéa 2 du Code de commerce

[1083] **M. TANGER**, *La faillite en droit fédéral américain*, Préf. **J. Larrieu**, Economica, 2002, p. 122 et p. 141

réserve un sort un peu différent au créancier dont le droit de rétention est attaché à une sûreté réelle, en maintenant son droit. Cette situation s'apparente à celle du créancier gagiste. Parce que le droit de rétention constitue un élément garantissant l'efficacité des gages que le législateur semble vouloir développer, il paraît important qu'il conserve une certaine efficacité.

331. **La seconde solution, l'efficacité en cas de liquidation judiciaire**. Cette seconde solution repose sur la paralysie du droit de rétention pendant la période d'observation et l'exécution du plan[1084]. Nous pouvons imaginer, à l'instar du droit américain de la faillite[1085] que l'administrateur exige même la restitution du bien. Toutefois, il nous semble que les droits du rétenteur doivent être respectés lorsque l'entreprise est perdue, lorsqu'elle est placée en procédure de liquidation judiciaire. Ainsi, le droit de rétention devrait faire obstacle à la cession du bien.

Quant à l'efficacité du droit de rétention face au plan de cession, la question est délicate. D'un côté, comme en matière de droit de rétention fictif attaché à un gage sans dépossession, l'absence d'efficacité du droit de rétention face au plan de cession permet de faciliter l'adoption d'un plan. D'un autre côté, le créancier titulaire du gage doit pouvoir être satisfait et il est important que l'efficacité du droit soit maintenue en cas d'adoption de plan de cession. Pour cela, il convient de maintenir l'efficacité de son droit. Une solution médiane pourrait être trouvée, par exemple, par la subrogation de son droit sur le prix de cession ou bien, comme le suggère Madame F. Pérochon en généralisant la faculté de retrait contre paiement[1086].

332. **Le maintien de l'efficacité du droit au paiement direct**. La question est plus délicate concernant le droit au paiement direct attaché au nantissement de créance. Certes, il confère un droit exclusif au paiement à son titulaire, droit que l'ouverture d'une procédure collective ne modifie pas[1087].

Il est totalement envisageable de paralyser les droits du créancier nanti pendant la période d'observation et l'exécution du plan sur le modèle des autres droits exclusifs et de maintenir leur efficacité en cas de liquidation judiciaire. Toutefois, nous excluons cette solution car les dispositions applicables au nantissement de créance sont calquées sur celles des opérations sur

[1084] Voir n^{os}356 et s.
[1085] Le droit de rétention est dans les procédures de faillite du droit américain est traité comme un créancier titulaire de sûreté et il doit restituer le bien qu'il détient, à la masse. Voir UCC Section 542, chpater 11
[1086] **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1191
[1087] (voir n^{os}302 et s.).oir n^{os}302 et s.

créances et notamment les cessions de créance et les délégations[1088]. Il nous parait donc difficile de détruire la cohérence de cet ensemble.

333. **L'élargissement mesuré de l'efficacité circonstanciée aux attributions judiciaire et conventionnelle**. Ce dernier point est également plus délicat. L'attribution judiciaire demeure efficace en matière de gages et de nantissements. En matière d'hypothèque, la solution est incertaine.
Deux points de vue peuvent être développés.

Le premier consiste à exclure toute extension de l'efficacité de l'attribution judiciaire à l'attribution conventionnelle. Plusieurs raisons peuvent être avancées. D'abord, l'attribution conventionnelle est un mode de réalisation amiable dans lequel le juge n'intervient pas, même au titre d'un contrôle. Or les procédures collectives sont des procédures judicaires qui ont pour objectif de tenter d'apurer un passif avec l'actif du débiteur qui fait face à des créanciers aux abois.

Le second point de vue consiste à admettre l'extension de l'efficacité de l'attribution judiciaire *de lege lata* à l'attribution conventionnelle. En effet, les dispositions relatives à l'attribution judiciaire pourraient être transposées à l'attribution conventionnelle. Lors de la liquidation judiciaire, lorsque l'entreprise vit ses derniers moments, il n'y a pas de raison pour traiter différemment l'attribution judiciaire et l'attribution conventionnelle. Elles demeurent des attributions. Sur un plan technique, la notification de l'intention de réaliser devrait être adressée à l'administrateur judiciaire. Ce dernier devrait autoriser l'attribution.
Toutefois, en cas d'adoption d'un plan de cession, parce que l'entreprise peut encore être sauvée, les attributions judiciaires et conventionnelles devraient être prohibées et les sûretés transmises au cessionnaire. Cette solution est contraire à celle retenue pour la fiducie-sûreté

Précisions sur la fiducie-sûreté face au plan de cession. Selon les solutions actuelles[1089], la fiducie-sûreté fait obstacle à l'inclusion du bien grevé dans le plan de cession. L'une des solutions pour procéder à l'inclusion du bien dans le plan de cession est de procéder à un retrait contre paiement. Une autre solution pourrait être envisagée. Elle pourrait résider, comme en matière de droit de rétention, à la subrogation du créancier fiduciaire sur le prix de cession du bien.

[1088] Le paiement est valable car il est réalisé par un tiers à la procédure. Par exemple, en matière de cession de créance voir : Cass. Com., 7 déc. 2004, n° 02-20.732*, Bull. Civ*. IV, n°213 ; *RTDCom*. 2005, p.155 obs. **M. CABRILLAC** ; *D.* 2005, p. 77 obs. **A. LIENHARD** ; *D.* 2005, p. 230, obs. **C. LARROUMET** . La Cour de cassation argue que le bien est sorti du patrimoine du débiteur soumis à la procédure.
[1089] Voir n[os]307 et s.

***

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 2

334. La satisfaction du créancier peut prendre deux voies, celle de la priorité et celle de l'exclusivité. La satisfaction par priorité se caractérise, à l'heure actuelle, par une grande fragilité due à un nombre important de sûretés réelles mobilières, à la difficile articulation des principes de classement des créanciers, à une amélioration insuffisante de leur traitement dans les procédure collectives et au manque d'ahrmonisation avec les sûretés réelles exclusives . Pour améliorer la situation de ces créanciers et renforcer les règles communes régissant les sûretés réelles, il a été proposé de rationaliser les sûretés réelles mobilières en supprimant certains privilèges et sûretés conventionnelles et en soumettant en principe les sûretés réelles à une publicité sur un registre unique centralisé. Le classement n'opèrerait alors plus que selon une règle de principe unique, l'antériorité de la publicité. En outre, il est suggéré que le sort réservé aux sûretés préférentielles dans les procédures collectives soit amélioré, notamment en étendant le domaine d'application de la transmission de la sûreté au cessionnaire du bien, en renforçant la substitution de garantie.

Quant aux situations d'exclusivité, elles semblent simples et efficaces. Toutefois, leur étude montre rapidement qu'il ne s'agit que d'apparences.

Les situations d'exclusivité ont des fondements variés et leur identification n'est pas nécessairement aisée. En ont été identifiées cinq, le droit de rétention, les propriétés-sûretés, les attributions en propriété, le gage immobilier, le nantissement de créance et dans une certaine mesure les garanties financières.

La satisfaction du créancier en situation d'exclusivité est aussi variable. Le créancier n'est pas toujours seul et divers conflits peuvent éclater, notamment entre droits de rétention successifs, et la satisfaction remise en cause. De même, l'ouverture d'une procédure collective implique des traitements différenciés allant de la totale efficacité de la sûreté malgré l'ouverture de la procédure à une annihilation complète de l'efficacité. Ce traitement différencié doit être repris, mais de manière plus cohérente. Il convient de poser un principe général sans distinguer les catégories de sûretés réelles. Il est évident que l'objectif de sauvetage du débiteur doit imposer une paralysie des droits de tous les créanciers lorsque l'entreprise est encore sauvable.

Afin de retrouver de la cohérence, il était nécessaire d'effectuer des propositions dans le sens d'une harmonisation des règles. Afin de sécuriser la situation des créanciers, il est proposé de soumettre à la publicité l'ensemble des propriétés-sûretés et des pactes commissoires sur le même registre que

celui des sûretés préférentielles. Cette dernière permettrait de lutter efficacement contre la présomption de l'article 2276 du Code civil, d'éviter des conflits et d'informer les tiers. Ainsi, il a été suggéré d'adopter un principe de soumission à la discipline collective mais de maintenir l'efficacité des situations d'exclusivité lorsque le bien n'est pas nécessaire à la survie de l'entreprise.

Conclusion de la Partie 1

L'efficacité pour le créancier est une préoccupation essentielle de la réalisation des sûretés réelles. Elle s'opère à deux moments, d'abord au stade de la mise en œuvre du droit, puis au stade des effets produits par la réalisation.

Le créancier dispose d'une option. Le créancier choisit de réaliser ou non sa sûreté et le mode de réalisation qu'il emploie. L'éventail des options du créancier a été élargi en 2006, notamment par une généralisation des attributions en propriété et de la vente et par le développement des modes amiables de réalisation, à côté des modes judiciaires. L'option du créancier lui permet d'adapter la réalisation à ses besoins et aux circonstances de l'espèce. L'efficacité de la sûreté est ainsi renforcée.

Néanmoins, le caractère accessoire et la nature réelle de la sûreté dessine un cadre naturel à l'exercice de l'option, sans toutefois en constituer des limites. Le créancier doit exercer son option si le débiteur est défaillant et sur les biens objets de la sûreté. Cette assiette est protégée par son caractère indivisible et par les mécanismes de subrogation réelle, clé de voûte de la réalisation par la vente et rempart contre la perte de la sûreté lors de la destruction du bien. Afin que la réalisation puisse avoir lieu et que la sûreté demeure efficace, ces mécanismes de subrogation devraient être étendus.

Une fois l'option exercée, la réalisation produit son effet principal, la satisfaction du créancier. Cette satisfaction opère soit par un droit de priorité octroyé au créancier sur le prix de vente du bien, soit par un droit exclusif – tiré d'un droit de rétention, d'un droit de propriété *ab initio* ou issu de la transformation d'un droit de préférence en droit de propriété, d'un droit au paiement direct.

Même si le droit de priorité souffre de faiblesses liées à la trop grande diversité des sûretés réelles mobilières, à des principes de classement difficilement conciliables et à un mauvais traitement par les procédures d'insolvabilité, son efficacité peut être améliorée. Il a donc été suggéré de rationaliser le nombre de sûretés réelles conventionnelles en les réduisant tout en maintenant la dichotomie gage et nantissement posée par la réforme. De même, il est proposé une réduction des

privilèges généraux et la suppression des privilèges spéciaux, à l'exception du privilège de conservation.

Les situations d'exclusivité, bien qu'elles soient plus efficaces que les droits de priorité, méritent d'être harmonisées car leurs effets sont variables, notamment en matière de procédures collectives et des conflits de droits exclusifs peuvent apparaître.
L'amélioration des situations de priorité et d'exclusivité passe par l'adoption d'un principe général de publicité aux fins d'opposabilité des sûretés réelles sur un registre unique, informatisé, national et centralisé, consultable 24heures/24 et 7 jours/7. Une telle publicité permettrait d'adopter un principe unique de règlement des conflits et un principe unique de classement, l'antériorité de la publicité. Certaines exceptions seraient cependant admises.

Quant au traitement par les procédures d'insolvabilité et notamment dans la procédure collective, il est suggéré de distinguer selon les situations de priorité et les situations d'exclusivité et d'harmoniser le traitement de ces sûretés par famille, les sûretés préférentielles d'un côté et les sûretés offrant un droit exclusif de l'autre. S'y ajoutent les modes de réalisation conférant au créancier un droit exclusif.
Pour les sûretés réelles préférentielles, elles sont largement soumises à la discipline collective. Il est proposé d'améliorer leur sort lors de la cession du bien par un élargissement du transfert de sûreté au cessionnaire du bien et de la substitution de garantie.
Pour les situations d'exclusivité, il est proposé d'adopter une solution unique en conditionnant leur efficacité à l'absence de nécessité du bien au sauvetage possible de l'entreprise.

L'efficacité du créancier ainsi augmentée, les règles favorables au créancier ainsi harmonisées, elles se trouvent mises en concurrence avec les règles protectrices des intérêts du constituant et des tiers. Ces dernières posent des limites à l'efficacité pour le créancier tant du point de vue de l'exercice de l'option que de l'efficacité de la réalisation.

Partie 2. La protection du constituant et des tiers et la réalisation des sûretés réelles

Le créancier n'est pas seul en cause lors de la réalisation des sûretés réelles. Comme lors de la conclusion de la sûreté, il est confronté au constituant, bien souvent débiteur, et peut se heurter aux droits de tiers non constituants.
Néanmoins, tous les intérêts du constituant et des tiers non constituants ne s'imposent pas au créancier.

335. **La protection du débiteur**. La protection du constituant est un phénomène récent du droit des sûretés et est particulièrement développée au stade de la constitution de la sûreté. Cette protection découle d'un mouvement général de protection du débiteur.
Economiquement, le débiteur se trouve dans une situation de dépendance qui lui confère une position d'infériorité par rapport au créancier. Il peut donc être enclin à accepter différentes exigences que lui impose ce dernier. Afin de garantir l'adoption par le créancier d'une attitude diligente et la conscience par le débiteur de ce à quoi il s'engage, différentes règles tendent à protéger le débiteur. Il s'agit, par exemple, des règles relatives à la prohibition de l'usure[1090], au règlementation du crédit à la consommation[1091], des règles imposant un certain formalisme informatif.
Le débiteur se trouve aussi protégé car il se situe dans une situation économique fragile, voire difficile. Les règles qui régissent les procédures d'insolvabilité poursuivent une pluralité d'objectifs. Les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire applicables aux entreprises et la procédure de surendettement applicable aux particuliers tendent au sauvetage du débiteur. En revanche, les procédures de rétablissement personnel, de rétablissement professionnel et de manière incidente, la liquidation judiciaire[1092], tentent d'offrir au débiteur un nouveau départ. Le créancier se

[1090] Articles L. 313-3 du Code de la consommation et L. 313-5 du Code monétaire et financier.
[1091] Aricles L. 311-1 et s. du Code de la consommation.
[1092] La liquidation judiciaire est d'abord une procédure d'apurement du passif. Ce n'est que manière incidente, parce qu'elle peut aboutir à une clôture pour insuffisance d'actif, qu'elle permet au débiteur de prendre un nouveau départ. Voir **S. SCHILLER**, Le rebond des entreprises dans la phase postérieure à l'effacement de leurs dettes, in Dossier, L'effacement des dettes, *Dr. et Patr*. Sept. 2009, n°184

trouve alors contraint de subir des délais de paiement, un effacement des dettes[1093] ou une paralysie totale et définitive du droit de poursuite des créanciers comme en cas de clôture pour insuffisance d'actif[1094]. L'idée sous-entendue ici est que le débiteur d'aujourd'hui peut être le créancier de demain.

La protection du débiteur se retrouve également dans le droit des procédures civiles d'exécution et dans les procédures de distribution. Ce dernier a vocation à assurer l'efficacité des droits du créancier tout en ménageant les intérêts du débiteur. Il veille, notamment, à ce que le débiteur ne soit pas spolié de ses droits ou de ses biens au profit du créancier. Par exemple, le prix de vente d'un bien est distribué et l'excédent est remis au débiteur.

A côté de la protection offerte à chaque débiteur, certaines règles sont spécifiques au débiteur personne physique. Ces règles sont principalement contenues dans le droit des procédures civiles d'exécution et le droit du surendettement des particuliers et du rétablissement personnel. Elles tendent toutefois à se développer en droit des procédures collectives[1095]. Ces protections se fondent sur le respect de la dignité humaine et tendent à éviter tout traitement dégradant ou humiliant ainsi qu'à protéger le logement et un cadre de vie minimum pour le débiteur[1096]. Elles ont également pour objectif, notamment pour les règles relatives aux procédures de surendettement et de rétablissement personnel, d'éviter sa marginalisation.

336. **La protection du débiteur et l'ordre public**. La majorité des règles protectrices du débiteur, règles qui s'imposent au créancier, relèvent de l'ordre public. Il en va ainsi du droit des procédures collectives, du droit des procédures civiles d'exécution, du droit du surendettement des particuliers et, de manière plus globale, de l'ensemble des règles visant à protéger la partie au contrat qui se trouve en situation de dépendance.

[1093] La procédure de rétablissement personnel peut aboutir à un effacement des dettes (articles L. 332-5, L. 332-9 du Code de la consommation). Il en va également ainsi dans la liquidation judiciaire d'une entreprise lorsque la clôture est prononcée pour insuffisance d'actif. Dans toutes les procédures d'insolvabilité le créancier est encouragé à faire des remises de dettes.

[1094] La clôture pour insuffisance d'actif dans le Livre VI du Code de commerce ne provoque pas un effacement des dettes à proprement parler mais elle « *ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur* », sauf exception. Article L. 643-11 du Code de commerce. En revanche, le Code de la consommation, contrairement au Code de commerce, prévoit expressément cet effacement. Voir article L/331-7-1 du Code de la consommation. Voir aussi **F. MACORIG-VENIER**, L'effacement des dettes dans le droit du surendettement, in Dossier, L'effacement des dettes, *Dr. et Patr*. Sept. 2009, n°184

[1095] L'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives contient plusieurs mesures tendant à la protection du débiteur personne physique. Il s'agit notamment de la procédure de rétablissement professionnel mais aussi de la règle du maintien temporaire du débiteur dans sa résidence principale, de la faculté pour les proches du débiteur de se porter acquéreur des biens meubles de faible valeur et l'absence de poursuites à l'encontre des biens acquis par succession postérieurement au jugement d'ouverture.

[1096] Ces objectifs se traduisent principalement par des règles d'orientation des poursuites ou des insaisissabilités légales ou conventionnelles.

Le droit des entreprises en difficulté vise, selon les procédures, des objectifs différents. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ont pour objectif principal de sauver l'entreprise en difficulté, tout en veillant au paiement des salariés. La liquidation judiciaire a pour but de régler les créanciers[1097]. Au-delà de la multiplicité des intérêts protégés, le droit des procédures collectives poursuit des fins d'intérêt général au sens « *d'intérêt pour la société* » [1098] car il œuvre pour le maintien du tissu économique du pays tout en éliminant les entreprises non viables. Le droit des procédures collectives appartient à l'ordre public économique[1099].

Le droit des procédures civiles d'exécution organise l'exécution forcée. Il garantit au créancier l'efficacité de son droit et au débiteur le respect de ses droits fondamentaux, le respect de sa qualité de propriétaire mais également le respect de sa dignité.

Les règles protectrices du débiteur personne physique se fondent principalement sur le respect de dignité humaine et de ses dérivés (droit au logement, inviolabilité du domicile, secret de la correspondance, respect de l'intégrité physique…). Dans une société centrée sur l'individu, le respect des droits attachés à la personne humaine apparaît comme un principe ou une règle d'intérêt général puisqu'il tend au maintien de la structure de la Société. Les règles qui en découlent ont pour objet de protéger le logement du débiteur, de lui garantir un cadre de vie minimum et de lutter contre sa marginalisation. Ces règles sont donc d'ordre public.

Pour Monsieur N. Borga, l'immixtion des règles relevant de l'ordre public économique dans les garanties est venue perturber et déséquilibrer[1100] la relation constituant-créancier car elles tendent à protéger une partie davantage que l'autre. Cependant, l'ordre public est une notion mouvante[1101],

---

[1097] Voir paragraphe n°340

[1098] **D. FENOUILLET**, Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique !, in *Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec 2001, p. 487, spéc. n°26 ; rappelant la définition **HÉMARD**, *Précis élémentaire de droit civil*, I, spéc. n°118. Toutefois, la notion est mouvante et la définition presque impossible. Dans ce sens : **P. MALAURIE**, *L'ordre public et le contrat, (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S)*, préf. **P. Esmein**, Editions Matot-Braine, 1953, spéc. n^{os} 1 à 12, n^{os} 27à 102 et s. L'auteur présente différentes définitions de l'ordre public et indique que « *l'ordre public est un dans sa définition ; il est multiple dans ses applications* ». « *L'ordre public du droit public détermine le bon fonctionnement des services publics. L'ordre public du droit international public est le bon fonctionnement des règles de conflit de lois. L'ordre public du droit civil est le bon fonctionnement des institutions civiles* ». Il poursuit une double fonction « *d'une part, il détermine le champ d'application de chaque institution […]. D'autre part, il défend chaque institution contre les actes juridiques particuliers* »

[1099] Voir paragraphe n°343

[1100] **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n^{os} 14 et s et le Titre I de la Partie I

[1101] Voir notamment : **P. MALAURIE**, L'ordre public et le contrat, (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S), préf. **P. Esmein**, Editions Matot-Braine, 1953, spéc. n°3; Pour l'auteur, ce caractère provient de l'ordre lui-même : « *L'ordre en lettres minuscules, n'est que d'un moment, il suit les ondulations de l'histoire, se cherche, se fait, se défait, avec diversité. Un ordre ne peut être millénaire quelles que soient les prétentions de celui qui l'instaure, car sa destinée est de subir des infléchissements ; s'il peut être universel, aux moments que saint Simon appelaient organiques, il ne s'agit alors que d'une instable unanimité* ; » ; **F. TERRÉ**, Rapport introductif, in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, dir **T. Revet**, Dalloz, Thèmes et commentaires, spéc. pp 3-4 ; **P. CATALA**, A propos de l'ordre public,

qui se renouvelle sans cesse et ses modifications justifient que de nouvelles recherches soient menées sur la question.

337. **De la protection du débiteur à la protection du constituant**. Les règles assurant la protection du débiteur ont vocation à concerner tout constituant qu'il soit débiteur ou tiers, même si les textes applicables ne visent expressément que le débiteur.
Les qualités de débiteur et de constituant sont souvent confondues.
En outre, la question de la préservation des droits du constituant a été renouvelée par la diversification des modes de réalisation. En effet, avant l'ordonnance du 23 mars 2006, les sûretés réelles qui étaient essentiellement préférentielles se réalisaient en principe par le biais de procédures civiles d'exécution. Parce que ces procédures protègent les intérêts du débiteur saisi ou du tiers saisi, les intérêts du constituant se trouvaient protégés. Mais, l'ordonnance du 23 mars 2006 a développé des modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles dans lesquels la question de la protection des intérêts du constituant n'est que peu ou pas évoquée. Il s'impose alors d'envisager la question de l'application des règles protectrices du débiteur au constituant dans toutes les hypothèses de réalisation.

A côté des intérêts du constituant, le créancier se voit imposer le respect de certains intérêts de tiers non constituants.

338. **La protection des tiers non constituants**. Des règles protectrices des intérêts de tiers non constituants s'imposent au créancier. Elles sont de deux ordres. Certaines relèvent du respect de droits d'origine conventionnelle et opposables aux tiers. Sur le fondement de la sécurité juridique, elles ont vocation à s'imposer au créancier titulaire d'une sûreté réelle. Il s'agit par exemple, des pactes de préférence. D'autres règles relèvent de l'opposabilité de droits légaux comme le droit de préemption. Dans ce cas, la règle est fondée sur l'intérêt général et elle est d'ordre public.

Parce que ces règles sont fondées sur la sécurité juridique ou l'ordre public, elles ont vocation à s'appliquer au créancier titulaire d'une sûreté réelle. En effet, même si elles s'appliquent à tous les créanciers, comme les règles protégeant les intérêts du constituant, elles produisent des effets et

---

in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz 2000, p. 51, spéc n^{os} 4 et 5 : « *L'ordre public a le monopole des changements rapides* »; **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; **M. POUMARÈDE**, *Droit des obligations*, Cours, LMD, Montchrestien, 2014, spéc ; n^{o} 363 « *notion diffuse […] floue*» ; **M. LACOMBE**, Ordre public, in *Dictionnaire de la culture juridique française*, dir. **D. Alland, S. Rials**, PUF, 2010, p. 1119 « *indéniable indétermination du contenu de l'ordre public. […]cette indétermination en explique pour une bonne part le succès : elle a en effet permis à l'ordre public de s'adapter aux inévitables évolutions des valeurs sociales fondamentales »* »

revêtent des acceptions particulières lorsque le créancier est titulaire d'une sûreté réelle. Ces effets varient selon la sûreté réelle et le mode de réalisation choisi. En outre, comme en matière de protection des intérêts du constituant, la diversification des modes de réalisation a renouvelé la question de l'opposabilité des droits des tiers non constituants au créancier titulaire d'une sûreté réelle au stade de la réalisation.

339. **Rechercher des règles communes**. L'analyse des intérêts du constituant et des tiers non constituants montre que les intérêts protégés et les règles qui les préservent sont divers. L'enjeu est d'essayer de les étudier de manière cohérente et de dégager ou d'imaginer, lorsque cela est possible, des règles communes.
Ce travail peut être mené au sein d'une catégorie d'intérêts protégés ou d'un ensemble de règles, par exemple le droit des entreprises en difficulté. Cette recherche peut avoir un domaine plus large et englober l'ensemble des modes de réalisation. C'est notamment le cas du principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté.

340. La préservation des intérêts du constituant et des tiers non constituants impose au créancier de respecter certaines règles qui viennent émousser l'efficacité de sa sûreté. Cette protection y apporte des tempéraments plus ou moins importants. Il peut s'agir d'un simple retard jusqu'à une paralysie totale. La rencontre des intérêts du constituant et des tiers non constituants et de ceux du créancier est à envisager en deux étapes, lors de l'exercice de l'option par le créancier (Titre 1) et lors de sa satisfaction (Titre 2).

Titre 1. Le constituant et les tiers face à l'option
Titre 2. Le constituant et les tiers face à la satisfaction

Titre 1. Le constituant et les tiers face à l'option

L'option est la première phase de la réalisation de la sûreté réelle. C'est la première rencontre, au stade de la réalisation, des intérêts du créancier et de ceux du constituant et des tiers non constituants.

Si l'option constitue un vecteur de l'efficacité de la réalisation pour le créancier, le respect des intérêts du constituant et des tiers non constituants peut constituer un frein ou un obstacle à son exercice.

Se trouvent alors confrontés la liberté du créancier et les intérêts du constituant et des tiers non constituants. La confrontation n'aboutit pas toujours à une défaite du créancier car tous les intérêts du constituant ou des tiers non constituants ne s'imposent pas à lui.

341. **Les intérêts protégés au stade de l'option**. Les intérêts protégés qui entrent en concurrence avec l'efficacité de la sûreté réelle sont des intérêts d'ordre économique, des intérêts rattachés à la protection particulière de la personne humaine et les intérêts des tiers dont les droits antérieurs sont opposables au créancier.

Parmi les règles préservant ces intérêts, certaines s'appliquent uniquement au constituant personne physique alors que d'autres visent le constituant ou les tiers non constituants sans tenir compte de leur qualité de personne physique ou morale.

La protection particulière du constituant personne physique se manifeste dans les règles relatives aux procédures d'insolvabilité des particuliers car elles tendent à redresser la situation du constituant et à lui éviter une marginalisation sociale. Certaines règles protégeant la personne physique se retrouvent dans le droit des procédures civiles d'exécution. Elles sont notamment relatives à la protection du logement, à la garantie d'un cadre de vie minimum. D'autres règles préservant les intérêts du constituant personne physique sont des règles particulières au droit des sûretés. Elles tendent à la protection du logement du débiteur et à le prémunir contre le crédit à la consommation. Ces règles sont d'ordre public.

La protection générale conférée au constituant et aux tiers non constituants, sans considération de leur qualité de personne physique ou morale concerne la préservation des intérêts économiques et le respect des droits des tiers opposables au créancier.

Au stade de l'option, la protection des intérêts économiques se manifeste principalement dans le droit des procédures collectives. Les règles régissant ces procédures sont des règles d'ordre public

économique en ce qu'elles visent à titre principal, le sauvetage de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi pour les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Quant à la liquidation judiciaire, elle est « *destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur* »[1102]. L'objectif premier de cette procédure est donc le paiement des créanciers. Toutefois, au regard de ces desseins législatifs, il apparaît, de manière sous-jacente et incidente, que la procédure de liquidation judiciaire poursuit également, à l'instar du droit américain, l'idée de d'offrir au débiteur un nouveau départ[1103]. Cela résulte notamment des dispositions relatives à la clôture pour insuffisance d'actif, car elle cristallise la paralysie du droit de poursuite du créancier[1104], aboutissant, selon nous, à un effacement économique des créances, faute pour le créancier de pouvoir exiger le paiement. Cet objectif a été renforcé par l'ordonnance du 12 mars 2014 et la création de la procédure de rétablissement personnel permettant d'aboutir à un effacement des dettes. Les droits des tiers non constituants qui interfèrent avec l'option du créancier sont essentiellement les droits d'agrément, les droits des bénéficiaires des pactes de préférence et les droits de la caution en cas de cumul entre une sûreté réelle et un cautionnement. Dans ce dernier cas, le créancier engage sa responsabilité sur le fondement de l'abus de droit.

342. **La sanction de l'abus du droit de réaliser**. Bien que l'exercice de l'option par le créancier soit un droit subjectif qui dépend exclusivement de sa volonté, le créancier doit l'exercer sans commettre d'abus.

Depuis longtemps, l'abus de droit a été caractérisé et sanctionné en matière d'exécution forcée. La jurisprudence a dégagé différents critères de l'abus de saisie, « *l'erreur inexcusable ou incompréhensible* », « *la faute grossière ou la négligence fautive* », « *l'intention de nuire* », « *la témérité fautive* » et « *la mauvaise foi* »[1105]. L'abus est ainsi caractérisé lorsque la mesure est intentée dans des circonstances vexatoires ou humiliantes, lorsque la créance cause de la saisie a déjà été payée.

Le juge peut également reconnaître l'existence d'un abus de saisie lorsque le coût de la mesure choisie est manifestement supérieur au montant de la créance à recouvrer[1106]. L'abus de droit a, par

[1102] Article L. 640-1 du Code de commerce

[1103] Voir **S. SCHILLER**, Le rebond des entreprises dans la phase postérieure à l'effacement de leurs dettes, in Dossier, L'effacement des dettes, *Dr. et Patr*. Sept. 2009, n°184

[1104] Dans certaines hypothèses, la procédure de liquidation judiciaire peut être réouverte, s'il est découvert que des actifs n'ont pas été réalisés ou bien si des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées. (articleL. 643-13 Code de commerce)

[1105] Pour cette classification, voir **S. GUINCHARD, T. MOUSSA**, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz- Action, 2013-2014, spéc. n^{os}143-45 à 143-48

[1106] Rép. Min. n°26545, JO AN Q, 15 déc ; 2003, p. 9962 ; Voir des explications voir notamment : **P. HOONAKKER**, *Procédures civiles d'exécution, Voies d'exécution, Procédures de distribution*, Larcier, Coll. Paradigme, 2013, spéc. n°62 **C. BRENNER**, *Voies d'exécution*, Dalloz, Cours, 6ème éd. 2011, spéc. n°32 ;

exemple, été retenu pour le recouvrement d'une créance mineure au moyen d'une saisie immobilière[1107].

Si le droit de demander l'exécution forcée peut être sanctionné sur le terrain de l'abus de droit, le droit de réaliser peut aussi faire l'objet d'une telle sanction. Il paraît évident que le créancier qui réalise sa sûreté, quel que soit le mode choisi, en étant animé par une intention de nuire, qui agit « *frauduleusement ou sans intérêt légitime* »[1108], commet un abus de droit. La fraude et l'absence d'intérêt légitime ont été utilisées par la Cour de cassation, en dépit du caractère indivisible de l'hypothèque légale pour sanctionner le créancier qui avait réalisé sa sûreté avec de telles intentions. Il est important de noter que l'intérêt légitime est une notion large et qu'elle peut comprendre la volonté d'un paiement ou d'une réalisation rapide[1109].
En dehors de cette hypothèse générale, des hypothèses particulières de sanction de l'abus de droit seront signalées et développées. Elles concernent principalement le cas de pluralité de sûretés, c'est-à-dire de cumul, par le créancier, d'un cautionnement et d'une ou plusieurs sûretés réelles.

Les atteintes portées au droit d'option, par les différentes règles préservant les intérêts du constituant et des tiers non constituants, sont de degrés variables. Elles imposent parfois une simple orientation des poursuites sur certains biens, comme la règle de la subsidiarité des privilèges généraux. Elles peuvent retarder l'exercice de l'option. C'est le cas des règles relatives au respect des droits d'agrément et des pactes de préférence ou l'effet des divers délais de grâce qui peuvent être accordés au constituant. Elles peuvent également bloquer temporairement ou définitivement l'exercice de l'option. C'est l'effet de l'insaisissabilité de certains biens ou du traitement occasionné par l'ouverture d'une procédure collective.

343. La protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants est marquée par une grande diversité des règles applicables[1110] et fait face à la diversité des modes de réalisation offerts au créancier. Pour des raisons de lisibilité et de cohérence, il convient de rationaliser la matière et de tenter de l'organiser autour de règles transversales communes. Au stade de l'option, les règles

[1107] Cass. Civ. 2ème, 13 mai 1991, n°30-10.452 ; Bull. civ II, n°150 ; *D.* 1991, p. 159; Voir aussi Cass ; Civ. 2ème, 18 juin 2009, n°08-18.379 ; *Bull. Civ*. II, n°169
[1108] Cass. Civ. 18 juil. 1893, *DP* 1894, I, 113 ; Cass. Civ. 3 mai 1906, S. 1906, I, 489, note **BERNARD** ; *DP*. 1909, I, 225, note **P. DE LOYNES** ; Cass. civ. 7 févr. 1949, S. 1949, 144 ; Cass. Civ. 3ème. 15 févr. 1972, n°70-13094, Bull. Civ. III, n°98 ; *D*. 1972, J., p. 463, note **E. FRANCK** ; *Rép. Not. Defrénois* 1972, art. 30216, p. 1445, n° 70, note **J.-L. AUBERT**
[1109] **J. MESTRE**, Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Litec, 1985, p. 439, spéc. nos50-51.
[1110] Ces règles se trouvent d'ailleurs dans différents codes et principalement le Code civil, le Code de commerce, le Code de la consommation

communes à tous les modes de réalisation et à l'ensemble des constituants sont rares. Toutefois, il est possible de suggérer l'adoption de règles générales concernant notamment le droit des entreprises en difficulté et la protection de la personne physique.

Au stade de l'option, la protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants s'organise autour d'un premier ensemble de règles bénéficiant à tous les constituants et tiers non constituants sans considération de leur qualité de personne physique. Elles résident dans la protection des intérêts économiques de l'entreprise en difficulté et dans le respect des droits opposables au créancier sur le fondement de la sécurité juridique (Chapitre 1). Elle s'organise, ensuite, autour d'un second ensemble de règles bénéficiant uniquement au constituant personne physique (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les règles communes de protection des personnes physiques ou morales
Chapitre 2. Les règles spéciales de protection des personnes physiques

Chapitre 1. Les règles communes de protection des personnes physiques ou morales

La protection des intérêts économiques de l'entreprise en difficulté et la protection des intérêts des tiers non constituants fondés sur la sécurité juridique bénéficie à l'ensemble des constituants et des tiers non constituants, qu'ils soient personne physique ou morale.

344. **Les procédures collectives et l'ordre public économique**. La protection des intérêts économiques de l'entreprise en difficulté touche de prime abord le constituant. Néanmoins, le droit des entreprises en difficulté est d'ordre public.

Les procédures collectives sont traditionnellement des procédures de traitement du passif dont les objectifs sont multiples. Elles sont, depuis 1985[1111], principalement tournées vers le sauvetage de l'entreprise. L'entreprise est une notion économique dont le droit peine à distinguer les contours. La Cour de Justice des communautés européennes l'a définie comme une entité ayant une activité économique autonome[1112]. Cette entité regroupe l'ensemble des éléments nécessaires à poursuivre l'activité économique (la forme juridique de l'entité, les salariés, les relations avec les fournisseurs, la clientèle, éventuellement le fonds de commerce). Le sauvetage de l'entreprise consiste dans le sauvetage de l'activité et a des conséquences plus larges sur l'ensemble de ses partenaires économiques. Les intérêts protégés par le droit des entreprises en difficulté sont multiples et collectifs. En outre, à partir de la loi de 1967, les objectifs législatifs changent. L'aspect punitif des procédures est progressivement abandonné et l'aspect préventif est renforcé. L'idée du législateur est de lutter, par la prévention des difficultés, contre un délitement du tissu économique français. Apparaît également l'idée d'offrir au débiteur un nouveau départ. Les règles relatives aux procédures collectives appartiennent donc à l'ordre public économique[1113]. Ce caractère justifie le caractère d'ordre public des règles concourant à la discipline collective.

En principe, la discipline collective se traduit par un traitement égalitaire des créanciers[1114] dont les droits se trouvent paralysés par les effets du jugement d'ouverture. Malgré ce principe, les sûretés réelles font l'objet d'un traitement différencié, selon les procédures ouvertes et selon la nature de la

[1111] La loi de 1985 a constitué un tournant dans l'esprit des procédures collectives. Ce virage avait cependant été amorsé avec la loi L. n°67-563, du 13 juillet 1967 qui distinguait le sort de l'homme et de l'entreprise. **R. HOUIN**, Permanence de l'entreprise à travers la faillite, *Liber Amicorun, Baron Louis Frédéricq*, 1965, p. 609. Voir aussi sur la question de lévolution du droit des Entreprises en difficulté , voir **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, spéc. nos 47 et s.

[1112] CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, Aff. N°C-41/90 ; rec.1979 p. I

[1113] Sur la notion d'ordre public économique, voir notamment : **G. RIPERT**, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, Tome III, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p. 347

[1114] Sur la notion, voir paragraphe n°13 et s.

sûreté. Ce traitement différencié est parfois contestable. Il semble donc nécessaire de redonner de la cohérence à la matière.

345. **La protection des droits des tiers non constituants fondées sur la sécurité juridique**. La protection des intérêts des tiers non constituants trouve principalement à s'appliquer en matière de droits d'agrément, de droit de préférence. Elle concerne aussi le respect des droits de la caution en cas de cumul du cautionnement avec une sûreté réelle. Ces droits sont opposables au créancier qui réalise sa sûreté et leur respect s'impose pour des raisons de sécurité juridique[1115].
Les droits d'agrément et les pactes de préférence s'appliquent principalement en matière de sociétés dont ils garantissent l'équilibre du contrat de société. Les droits de la caution doivent être protégés en cas de cumul de sûretés car cette dernière ne saurait, du fait du créancier, être privée du recours subrogatoire de l'article 2314 du Code civil. L'attitude abusive du créancier ne saurait, malgré l'engagement de la caution, justifier son appel et donc son endettement.

346. Dans les deux cas, les règles protectrices viennent limiter ou tempérer le droit d'option du créancier. Il est important de noter, qu'en dehors de certaines dispositions spéciales, ces règles visent le débiteur ou le créancier de manière générique. Toutefois, leur étude sous le prisme des sûretés réelles se justifie car la protection du débiteur rejaillit sur celle de tout constituant. En outre, la diversification des modes de réalisation amène à se poser la question de l'application de ces règles protectrices en dehors des cas spécialement prévus par la loi, notamment aux modes alternatifs de réalisation.

Ces règles protectrices des intérêts du constituant ou des tiers non constituants sont marquées par leur grande hétérogénéité. Cette dernière est accentuée par la diversité des modes de réalisation offerts au créancier. L'impact des règles protectrices varie selon le mode de réalisation choisi par le créancier et selon la sûreté dont il est titulaire. Rechercher et établir un droit commun s'avère difficile. Néanmoins, il est possible de suggérer l'adoption de règles fédératrices et cohérentes relatives à la protection de l'entreprise en difficulté et de la préservation des droits des tiers non constituants.

[1115] La protection de ces droits est ici assurée sur le fondement de la prévisibilité du contrat. Voir notamment : **T. PIAZZON,** *La sécurité juridique*, préf. **L. Leveneur**, Th. Défrénois, t. 35, 2009, spéc. n°33 ; **H. LÉCUYER**, Le contrat acte de prévision, in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 643

Seront ainsi traitées successivement, la protection de l'entreprise en difficulté (section 1) et la protection des intérêts des tiers non constituants fondée sur des raisons de sécurité juridique (section 2).

Section 1. La protection de l'entreprise en difficulté
Section 2. La protection des intérêts des titulaires de pactes de préférence, de clauses d'agrément et de la caution

Section 1. La protection de l'entreprise en difficulté

Le caractère d'ordre public des procédures collectives et la protection des intérêts de l'entreprise en difficulté justifient la discipline collective qui est imposée aux créanciers.

347. **La discipline collective et l'égalité des créanciers**. La discipline collective découle du principe d'égalité des créanciers[1116], lui-même justifié par l'effet réel de la procédure[1117]. Néanmoins, cette égalité n'est pas une égalité pure et simple, une égalité théorique. Elle réside dans une égalité fonctionnelle ou catégorielle[1118] imposant le traitement identique de situations identiques, la différence de traitement ne pouvant se fonder que sur l'intérêt général[1119] ou sur une différence de situation objective[1120]. Par exemple, la qualité de créancier chirographaire ou garanti, prioritaire ou propriétaire, est prise en compte par le droit des procédures collectives.

[1116] Sur l'égalité des créanciers voir notamment : **M. CABRILLAC**, Les ambigüités de l'égalité entre les créanciers, in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 31 ; **J.-L. COUDERT**, dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ?, *LPA* 26 août 1992, n°103, p. 12 ; **F. POLLAUD-DULIAN**, Le principe d'égalité dans les procédures collectives, *JCP* 1998, I, 138 ; **J.-M. LOUIS**, *Le principe d'égalité en droit des affaires*, Th. Paris *I*, 1998 ; **C. LEGUEVAQUES**, L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux, *Gaz. Pal* Janv. Févr. 2002, p. 162 ; *Gaz. Pal*. Juil.-août 2002, p.1220; **P. DELMOTTE**, L'égalité des créanciers dans la procédure collective, in *Rapport de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 125 ; **M. VASSEUR**, *Le principe de l'égalité des créanciers chirographaires dans la faillite*, Th. Paris, Rousseau, 1949; **M. REYMOND DE GENTILLE**, *Le principe d'égalité des créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, préf. **Lagarde,** Sirey, Bibl. Droit commercial, T. 25, 1973.

[1117] **P. ROUSSEL-GALE**, Effet personnel et effet réel des procédures judiciaires, in La loi de sauvegarde a l'âge de raison, *Dr et Patr*. 2013, n°223, p. 60

[1118] **F. POLLAUD-DULIAN**, Le principe d'égalité dans les procédures collectives, *JCP* 1998, I, 138., spéc. n°9. L'auteur distingue « l'égalité abstraite » et « l'égalité concrète » visant au bon fonctionnement de la procédure collective

[1119] Voir notamment CJCE, 14 mai 1974, Nold c/ Comm. Aff. 4-73 p. 491 ; Voir aussi **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1028 à propos du de l'opposabilité du plan de cession de la sauvegarde financière accélérée. C'est également l'intérêt général qui impose un traitement différencié des sûretés réelles constituant des garanties financières. (Voir partie 1)

[1120] Pour une présentation des critères de contrôle par le Conseil constitutionnel, voir **L. FAVOREUX, L. PHILIP**, Comm. Cconst. 27 déc. 1973, n°73-51 DC, *Les grands arrêts de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 10ème éd. 1999, n°21, spéc. nos 9 et 10. Le juge constitutionnel a emprunté ces critères au Conseil d'Etat, voir notamment CE, 19 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. Lebon 1951, n°151, *in Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 2009, 17ème éd., Comm. **M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS.** Messieurs L. Favoreux et L. Philip notent que si les critères d'appréciation sont les mêmes, l'appréciation n'a pas lieu au même

Jusqu'à la loi de 1985, seuls les créanciers chirographaires étaient soumis au principe d'égalité. Les créanciers titulaires de sûretés ne subissaient pas la discipline collective. L'objectif principal des procédures était alors de régler le passif. Toutefois, depuis la loi de 1985, les créanciers titulaires de sûretés préférentielles sont soumis à cette discipline. Dès lors, si le principe d'égalité des créanciers a, avec l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, été renforcé, il a globalement subi des atteintes[1121]. Progressivement, la multiplication des garanties réelles et des traitements différenciés (parfois injustifiés) a abouti à affaiblir ce principe[1122]. L'amoindrissement a peut-être atteint son paroxysme avec l'adoption de la sauvegarde financière accélérée désignant les créanciers financiers appartenant aux comités des créanciers et des obligataires comme seuls soumis à la discipline collective[1123]. Pour Madame F. Pérochon, cette exception au principe se justifie sur un plan pratique et par la protection de l'intérêt général[1124]. Sur un plan pratique, les créances des créanciers financiers soumis à la procédure de sauvegarde accélérée composent « *l'essentiel du passif* ». Sur un plan théorique, elle poursuit un objectif d'intérêt général en traitant de manière distincte sur le fondement d'un critère objectif.

348. **Les objectifs et les rôles du principe d'égalité des créanciers**. Le but premier du principe d'égalité des créanciers était d'éviter « le prix de la course » entre les créanciers chirographaires, et, à l'origine, de répartir proportionnellement l'actif entre eux tout en offrant au débiteur un moment de répit afin de préparer le redressement de l'entreprise. Ce dernier rôle s'est renforcé dans la mesure où le sauvetage de l'entreprise est devenu l'objectif premier des procédures de sauvegarde et de redressement. Les créanciers titulaires de sûretés réelles ont alors été soumis à la discipline collective[1125].

---

niveau. Le Conseil constitutionnel opère un contrôle l'égalité « dans » la loi, il contrôle que le traitement inégalitaire par la loi soit justifié par une différence de situation ou l'intérêt général. En revanche, le Conseil d'Etat procède à un contrôle de l'égalité « devant » la loi, c'est-à-dire à dans l'application de la loi. Le niveau d'appréciation retenu ici est celui de l'égalité « dans » la loi.

[1121] Voir **M. SÉNÉCHAL, G. COUTURIER**, Les créanciers antérieurs, l'égalité a-t-elle vécue ? *BJE* 2012, n°166

[1122] **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°436

[1123] Sur ce point, voir notamment : **J.-L. VALLENS**, La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ?, *RTDCom.* 2011, p. 644 ; L'auteur indique qu'il ne s'agit pas réellement d'une procédure collective ; **P. ROUSSEL GALLE**, Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010, *JCP E* 2010, act. 591.

[1124] **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1028.

[1125] La loi du 25 janvier 1985 a marqué ce tournant en soumettant les créanciers titulaires de sûretés à l'interdiction des paiements, à l'interdiction des poursuites, aux délais du plan, tout en leur faisant perdre leur pouvoir dans la procédure. A partir de 1985, ils ne sont plus réunis sous la forme d'une entité collective, la masse. La loi du 25 juillet 2006 leur redonnera une place plus importante, en instituant au bénéfice decertains d'entre eux, les comités de créanciers et en diversifiant les procédures.

Le second objectif de ce principe était de rassurer les créanciers en leur conférant la certitude d'un paiement[1126]. Mais, les réformes, la pratique et le manque d'actifs ont fait de cet objectif une douce utopie[1127].

L'une des vertus du principe d'égalité est de constituer un principe général non écrit des procédures collectives, principe d'ordre public interne et international. Il s'impose donc comme un élément technique structurant ces procédures[1128]. C'est pour cette raison qu'il semble nécessaire de lui redonner une place prépondérante[1129].

349. **Le contenu du principe et domaine de l'étude**. Le principe d'égalité se manifeste de différentes manières et à des moments divers de la procédure. Ainsi, le jugement d'ouverture provoque l'interdiction des paiements, la suspension et l'interdiction des poursuites, l'arrêt du cours des intérêts et l'arrêt des inscriptions. La discipline collective peut aussi se ressentir lorsqu'il est imposé aux créanciers des délais de paiement pouvant, dans le cadre d'un plan, aller jusqu'à dix ans. Les mesures d'interdiction sont nécessaires à la réussite du sauvetage de l'entreprise. Dans les procédures de sauvegarde et de redressement, il est indispensable de laisser un moment de répit au débiteur afin de préparer et d'exécuter le plan de sauvegarde ou de redressement . Dans le cadre de la liquidation judiciaire, le maintien de l'activité du débiteur permet la survie de l'entreprise le temps nécessaire à la préparation du plan de cession. Dans les autres cas de liquidation, ces interdictions sont traditionnelles et se justifient par la volonté d'éviter le prix de la course et d'organiser un paiement collectif.

La paralysie des effets des sûretés réelles et du droit de réaliser se manifeste au stade de l'exercice de l'option et de la satisfaction du créancier. Néanmoins, est seulement étudiée dans ce chapitre, la paralysie de la réalisation, c'est-à-dire l'interdiction pour le créancier d'exercer sa liberté de réaliser. (La paralysie des effets de la réalisation par l'ouverture d'une procédure collective ou par l'adoption d'un plan sera étudiée dans les atteintes à la satisfaction du créancier[1130]).

[1126] Pour une présentation des fondements moraux, économiques et juridiques de cette règle voir : **C. LEGUEVAQUES**, L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux, *Gaz. Pal* Janv. Févr. 2002, p. 162 ; *Gaz. Pal*. Juil.-août 2002, p.1220 ; voir aussi **MOULY**, Procédure collective, assainir le régime des sûretés, *Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529

[1127] **M.-A. FRISON-ROCHE**, Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, *D.*1994, p. 17. L'auteur qualifie la loi de « rêveuse » au sujet de l'objectif de redressement tel qu'il avait été posé par la loi du 25 janvier 1985.

[1128] **M. CABRILLAC**, Les ambigüités de l'égalité entre les créanciers, in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 31n spéc. n°16 ;

[1129] **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°[s]40 et s.

[1130] Voir n[os]552 et s.

De lege lata, le domaine d'application de l'interdiction de réaliser quant aux créanciers titulaires de sûretés réelles est hétéroclite. Le législateur a procédé à un découpage en catégories qui est, à certains égards, contestable. Le poids de la discipline collective ne pèse pas de la même manière sur l'ensemble des créanciers munis de sûretés réelles (§1). La multiplication des dispositions spéciales a provoqué un affaiblissement du principe. Néanmoins, un retour au principe général d'égalité des créanciers tempéré par la nature de la nature des droits réels des créanciers titulaires de sûretés semble devoir être retenu *de lege ferenda* (§2).

§1. De lege lata*, les hypothèses de paralysie de la réalisation*

350. L'interdiction de la réalisation dans les procédures collectives [1131] est un effet de la discipline collective. En principe, le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire entraîne de plein droit l'interdiction des paiements[1132] et la suspension des poursuites[1133]. Cette règle est une règle d'ordre public interne et international[1134]. L'ouverture de la procédure produit un effet réel, l'ensemble du patrimoine soumis à la procédure est saisi[1135] et les actifs sont rendus indisponibles.

Or la réalisation d'une sûreté réelle emporte, en principe, le transfert de propriété de l'assiette ainsi qu'un paiement direct ou indirect du créancier. Il apparaît donc que les deux principes exposés

---

[1131] Les procédures amiables ont des effets différents. La suspension des poursuites n'est pas automatique en matière de procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises. En effet, la nomination d'un mandataire ad hoc ou l'ouverture d'une conciliation n'entraînent ni un gel du passif, ni la suspension automatique des poursuites et de la réalisation des sûretés réelles.

En revanche, l'accord de conciliation, comme le plan conventionnel de redressement du surendettement lie les créanciers, même garantis, qui en sont les signataires. Par application de l'article 1134 du Code civil, ces créanciers ne peuvent pas rechercher l'exécution forcée de l'obligation garantie même par le biais de la réalisation de la sûreté réelle garantissant cette obligation.

Dans le cadre d'un règlement amiable « agricole », procédure amiable de règlement des difficultés applicables aux agriculteurs, lorsque le tribunal nomme le conciliateur, il peut prononcer une suspension des poursuites s'apparentant à la suspension automatique des poursuites des procédures judiciaires. Pour un délai ne pouvant être supérieur à deux mois.

En revanche, l'ouverture d'une procédure judiciaire de redressement soumet les créanciers à une discipline collective.

[1132] Voir article L. 622-7 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde

[1133] Voir article L. 622-21 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde

[1134] Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ*. I, n°86 ; *Rev. Proc. Coll*. Janv. 2010, p.29, obs. **O. STAES;** *JCP E* 2009, 1814, n°2, obs. **P. PÉTEL ;** *Rev. de l'arbitrage*, 2012, n°2, p. 276 et s., obs. **D. COHEN** ; *D.* 2009. AJ 1422, obs. **X. DELPECH** ; *RTDCom*. 2009. 546, obs. **E. LOQUIN** ; *LPA* 2009, n° 144, note **D. MOURALIS** ; *JCPG* 2009. II. 534, note **G. BOLARD** ; *JCPG* 2009. 255, obs. **J. BÉGUIN** ; *JCPG* 2009. I. 462, § 7, obs. **J. BÉGUIN** ; *Procédures* 2009. 236, note **B. ROLLAND** ; *Gaz.-Pal.* 16 juil. 2009, n°207-209, p. 9, obs. **F. MELIN** ; *Gaz.-Pal.* 30 oct. 2009, n°303-304, p. 3, note **D. VIDAL** ; Dans le même sens, voir Cass. Civ. 1ère, 8 mars 1988, n°86-12.015 ; Bull. Civ. I, n°65 ; *D*. 1989, p.577, note **J. ROBERT** ; et Cass. Civ. 1ère, 5 févr. 1991, n°89-14.382 ; Bull. Civ I, n°44

[1135] **M. SÉNÉCHAL**, *L'effet réel de la procédure collective, Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. **M.-H. Monsérie-Bon**, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002, spéc. n°5 pour une définition. ; Voir aussi : **F. MACORIG-VENIER**, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Th. Toulouse, 1992, spéc. n°410

précédemment suffisent à interdire[1136] la réalisation des sûretés réelles à compter du jugement d'ouverture.

351. Le domaine d'application de l'interdiction de la réalisation. Les créanciers antérieurs sont en principe soumis à la discipline collective. Or, comme il a pu être montré dans la première partie, le droit des procédures collectives ne traite pas de façon égalitaire l'ensemble des créanciers titulaires de sûretés réelles. De nombreuses dérogations à ce principe existent et il est possible de distinguer trois régimes. Certaines sûretés, comme la clause de réserve de propriété, les sûretés réelles financières, le nantissement de créance et les sûretés assorties d'un droit de rétention effectif voient leur efficacité maintenue, sauf quelques modifications procédurales. D'autres sûretés, les sûretés réelles traditionnelles sont soumises à la discipline collective de la procédure. A partir du jugement d'ouverture, le créancier est amputé de son droit de poursuivre le recouvrement de sa créance, autant par le biais des voies d'exécution que par l'utilisation des modes alternatifs de réalisation (A). Le créancier est privé de l'efficacité de sa sûreté, au moment où il en a le plus besoin[1137]. Enfin, la fiducie-sûreté et les sûretés assorties d'un droit de rétention fictif se trouvent soumises à un troisième régime qui consiste à conditionner la paralysie de la sûreté au sauvetage de l'entreprise. (B).

A. L'interdiction de principe de la réalisation des sûretés réelles préférentielles

352. **L'interdiction générale de la réalisation des sûretés réelles préférentielles, effet légal du jugement d'ouverture**. Conformément aux principes posés par les articles L. 622-7 et L. 622-21 du Code de commerce[1138] et hors exception légale[1139], le créancier titulaire d'une sûreté réelle préférentielle est soumis à la discipline collective et ne peut exercer sa liberté de réaliser. Cette interdiction débute au jour du jugement d'ouverture et se poursuit le temps de la période

[1136] **P. ROUSSEL GALE**, in *Entreprises en difficulté* , dir. **P. Roussel Gale**, Lexisnexis, Droit n°360, spéc. n°952 ; voir aussi **F. MACORIG-VENIER**, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Th. Toulouse, 1992, spéc. n°s406 et s. L'auteur expose l'évolution historique de l'interdiction des poursuites et son extension aux créanciers titulaires de sûretés réelles sans dépossession.

[1137] **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, in La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA*, 2007/7, n°852, p. 85 ; **P. CROCQ**, La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, *D.* 2006, p. 1306 ; spé. n°3 ; **P. CROCQ**, La réforme des sûretés mobilières, in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Dir **Y. Picod** et **P. Crocq**, EJT, coll. Droit et Procédures, 2006, p. 17, spé. n°39

[1138] Ces articles s'appliquent par renvoi aux procédures de liquidation judiciaire (article L.641-3 du Code de commerce)

[1139] Certaines sûretés financières sont exclues du domain de l'interdiction.

d'observation pour les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, c'est-à-dire en principe six mois[1140] et pendant la durée de la procédure de liquidation judiciaire.

En matière de sûretés, le principe est renforcé par l'article 2287 du Code civil[1141] qui précise que les présentes dispositions ne sauraient faire obstacle aux règles prévues par le droit des procédures collectives, dont il appuie le caractère d'ordre public. Cet article est critiquable car le caractère d'ordre public et le caractère spécial des procédures collectives suffisent à imposer la supériorité des règles qui le régissent en cas de conflit de règles.

Quant aux sûretés réelles pour autrui, leur réalisation est parfois paralysée pendant la période d'observation et l'exécution du plan, par des dispositions légales spéciales. Cette paralysie concerne seulement les constituants personnes physiques dans la procédure de sauvegarde[1142] alors qu'elle bénéficie à tous les constituants de sûretés réelles pour autrui dans le redressement judiciaire[1143]. Cette mesure est récente[1144] et ne se fonde pas sur l'interdiction générale des poursuites à l'encontre du débiteur soumis à la procédure et sur les biens figurant à son actif. Elle est issue d'une faveur accordée à la caution et a progressivement été étendue à l'ensemble des garanties pour autrui, y compris aux sûretés réelles pour autrui, afin que les créanciers ne tentent pas de contourner la règle applicable au cautionnement en ayant recours à d'autres sûretés pour autrui.

Les principes légaux énoncés ci-dessus permettaient à eux seuls d'interdire les attributions judiciaires[1145] ou conventionnelles[1146] en propriété mobilière[1147] et immobilière[1148], à peine de

---

[1140] Voir articles L. 621-3 et R. 621-9 du Code de commerce. Selon ces articles, la période d'observation est en principe de six mois, renouvelable une fois par décision motivée de l'administrateur du débiteur ou du ministère public. Elle peut être prolongée à la demande du ministère public et par décision motivée du tribunal de six mois supplémentaires. Elle peut donc durer dix-huit mois.

[1141] Article 2287 du Code civil : « *Les dispositions du présent ivre (le livre IV) 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 ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers.* »

[1142] Article L.626-11 du Code de commerce, Voir notamment : **M. FARGE, O. GOUT**, L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés, *RLDCiv* mars 2009, n°58, p. 25 et s., spéc.n° 15

[1143] Article L. 631-14 du Code de commerce

[1144] La suspension des poursuites au profit de tiers garants est apparue pour la première fois dans la loi du 10 juillet 1994 et ne concernait que la caution. La loi du 26 juillet 2005, l'a étendue aux garants autonomes. Le dispositif a été parfait par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a généralisé l'application de la disposition à tous les garants pour autrui.

[1145] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651 ; **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013, nos469 et 599 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010, spéc. n°1095 ; **DERRIDA**, Redressement judiciaire : domaine de l'attribution judiciaire du gage et du nantissement, note sous Cass. Com. 6 mars 1990, *D.* 1990, p. 311. ; Voir en jurisprudence notamment: Cass. Com. 14 oct. 1997, *Bull. Civ. IV*, n° 265 ; *RTDCom.* 1998. 404, obs. **B. BOULOC**, et 1999. 747, obs. **A. MARTIN-SERF** ; *D.* 1998. Somm. 105, obs. **S. PIEDELIÈVRE** : le créancier gagiste recouvre, en vertu de l'art. 159 de la loi du 25 janv. 1985, la faculté de demander l'attribution judiciaire du gage après le jugement prononçant la liquidation judiciaire... ; ce qui implique qu'il en était privé antérieurement.

[1146] **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz, Nouvelle Biblio. des thèses, 2009, n°170 ; **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651

nullité absolue du transfert pendant la période d'observation. Néanmoins, en matière de pacte commissoire, le législateur a édicté des textes spéciaux[1149] prévoyant inutilement et inopportunément[1150] que l'ouverture de la procédure « *fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire* »[1151]. En effet, ce texte prive l'entreprise et les organes de la procédure d'un outil permettant d'obtenir du crédit prompt à refinancer l'entreprise.

353. **L'interdiction générale de la réalisation des sûretés préférentielles et les plans**. Que la procédure collective aboutisse à l'adoption d'un plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, le créancier antérieur ne peut, en aucun cas, réaliser sa sûreté réelle. Depuis la loi de 1985[1152], l'effet *erga omnes* du plan (prévu à l'article L. 626-11 du Code de commerce) impose à tous les créanciers, y compris à ceux titulaires de sûretés réelles d'en respecter les termes[1153]. Pendant la durée du plan (maximum dix ans[1154]), les créanciers ne peuvent pas rechercher à recouvrer leur créance par quelque moyen que ce soit, s'ils sont payés selon les délais du plan.

Par application de l'effet *erga omnes* du plan, les attributions en propriété se trouvent interdites en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement[1155]. L'attribution en propriété serait analysée comme un paiement irrégulier[1156].

[1147] Y compris en matière de nantissement de créance. Voir dans ce sens : **M. JULIENNE**, *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011, spéc. n°184

[1148] Voir contra : **R. DAMMAN, G. SEUBE**, Réforme des sûretés et procédures collectives, Quelles sûretés choisir ?, *Cahier de droit de l'entreprise*, 1er mars 2007, p.45 ; **M-N. JOBART-BACHELIER, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND**, *Droit des sûretés*, Dalloz Sirey, 3ème éd. 2012, spéc. nos2095 et 2585 ; **A. JACQUEMONT**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Litec, Manuel, 6°éd., mars 2009, n°919 ; **J.-L. VALLENS**, Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives, *RLDA* juil. 2006, p. 75 et s

[1149] Disposition contenue aux articles L. 622-7-I, L.631-14 et L. 642-3 du Code de commerce, les deux derniers renvoyant au premier.

[1150] Pour une vive critique voir **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651 ; **P. CROCQ**, Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, *D.* 2007, p. 1354, n°8 ; **J.-L. VALLENS**, Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives, *RLDA* juil. 2006, p. 75 et s. En outre, le projet Grimaldi ne comportait pas de telles dispositions. http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf

[1151] Le domaine de cette interdiction du recours au pacte commissoire doit être cantonné à l'interdiction de la réalisation pendant la période d'observation. Il ne saurait inclure l'hypothèse selon laquelle le jugement d'ouverture s'intercale entre le transfert de propriété et la restitution du bien (voir Partie 1).

[1152] Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, les créanciers titulaires de sûretés demeuraient extérieurs au concordat sauf si régulièrement informés, ils avaient donné leur avis. Toutefois, la Cour de cassation a limité l'effet de la règle en suspendant le droit de poursuite de ces créanciers jusqu'à l'admission de leurs créances afin que les créancier chirographaires puissent adopter le concordat en connaissance de cause. En outre, la Cour de cassation empêchait les créanciers titulaires de sûretés de poursuivre la réalisation de leur garantie pendant l'exécution du plan. Cette solution a été reprise par l'article 74 de la loi du 25 janv. 1985.

[1153] Article L. 626-11 du Code de commerce alinéa 1 : « *Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.* »

[1154] Article L. 626-12 du Code de commerce

[1155] **P-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°583-82 ; **F. PÉROCHON, R. BONHOMME**, *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ sept. 2006, 7°éd., spéc. n°429 ; **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. nos 555 et s. **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010, spéc. n°1095 ; A propos du gage, voir notamment **F. DERRIDA**, Redressement judiciaire : domaine de l'attribution judiciaire du gage et du nantissement,

De même, en cas d'adoption d'un plan de cession avec transmission de la sûreté réelle, le créancier garanti ne peut pas réaliser sa sûreté pour les sommes antérieures au plan et demeurant impayées. De plus, si le cessionnaire cesse d'honorer les échéances, le plan sera résilié. S'en suivra alors l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

354. **Le traitement particulier du créancier titulaire d'un droit de suite du fait du précédent propriétaire**. Le créancier titulaire d'un droit de suite sur un bien du débiteur du fait du précédent propriétaire se trouve dans une situation particulière. Nous rappellerons simplement que ce créancier ne peut pas réaliser sa sûreté pendant la période d'observation. En revanche, les délais du plan ne lui sont pas opposables car il n'est pas un créancier du débiteur en procédure[1157].

Le principe de l'interdiction de la réalisation des sûretés réelles est un principe général des procédures collectives. Il s'applique, sauf texte spécial, à l'ensemble des sûretés réelles traditionnelles et devrait avoir vocation à s'appliquer aux sûretés exclusives. Or, comme développé dans la première partie[1158], ces dernières font l'objet d'un traitement diversifié. Certaines demeurent pleinement efficaces pendant la procédure. Elles constituent de véritables exceptions au principe d'interdiction des poursuites voire le renversent au profit d'un principe d'efficacité[1159]. D'autres sont soumises au principe d'interdiction mais son application est tempérée et la paralysie de la réalisation est soumise à la réunion de certaines conditions.

B. L'interdiction conditionnée de la réalisation de certaines sûretés exclusives

355. **L'application du principe d'interdiction de la réalisation**. La réforme des procédures collectives opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008[1160] est venue cantonner l'efficacité de la fiducie-sûreté assortie d'une convention de mise à disposition et le gage sans dépossession de droit commun. Lors de l'adoption de la fiducie, aucune disposition particulière n'était prévue. Les biens contenus dans le patrimoine fiduciaire n'entraient plus dans le périmètre de la procédure. Un

---

note sous Cass. Com. 6 mars 1990, *D.* 1990, p. 311 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010, spéc. n°1095

[1156] **P-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°583-82

[1157] Voir nos192 et s. ; **P . PÉTEL**, L'exercice du droit de suite à l'encontre du tiers détenteur placé sous procédure collective, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 54

[1158] Voir nos292 et s.

[1159] Voir notamment **F. PÉROCHON**, Le choix de garanties efficaces, *BJE*, 1er sept. 2012, n°5, p. 321, spéc. nos 5 et s indique que les garanties n'ayant pas pour assiette le patrimoine soumis à la procédure sont en principe efficaces. Elle vise notamment les propriétés-sûretés.

[1160] Ord. 18 déc ; 2008, n°2008-1345

recours massif à la fiducie condamnait tout espoir de sauvetage de l'entreprise. L'efficacité « absolue » d'une sûreté est en totale contradiction avec l'objectif de sauvetage de l'entreprise et l'aménagement « d'une pause » nécessaire à la préparation de ce sauvetage[1161]. Il était donc nécessaire de trouver une solution de compromis[1162].

L'étude des textes relatifs à la liquidation judiciaire et l'interprétation et des articles L. 622-23-1, L. 624-16 et L. 622-7 I alinéa 2 du Code de commerce imposent de reconnaître que l'efficacité de ces sûretés est soumise à la réalisation de certaines conditions : l'absence de sauvetage possible de l'entreprise et le caractère non nécessaire du bien au sauvetage de l'entreprise.

356. **La paralysie de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition**. L'article L. 622-23-1 du Code de commerce prévoit une « *paralysie* »[1163] des effets de la fiducie-sûreté lorsque la sûreté est assortie d'une convention de mise à disposition. Cette convention est qualifiée, par la loi, de contrat en cours[1164]. Le débiteur conserve, dans ce cas, la jouissance et l'utilisation d'un bien nécessaire à la poursuite de l'activité[1165]. Le créancier se trouve contraint d'exercer une action en revendication. Cette dernière est néamoins bloquée par l'existence d'une convention de mise à disposition. Si la convention est continuée, la paralysie perdure. En revanche, si le contrat n'est pas continué, le créancier retrouve l'efficacité de sa sûreté et peut bénéficier des effets de l'action en revendication[1166]. De même, comme vu dans la première partie, le créancier peut faire obstacle à l'inclusion du bien grevé dans un plan de cession mais également réaliser son bien en cas de liquidation judiciaire. Cette neutralisation a vocation à « *assurer la compatibilité [de la fiducie-sûreté] avec la sauvegarde* »[1167] pendant la période d'observation, durant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement et tant que dure la convention de mise à disposition. Le créancier est soumis au rééchelonnement des paiements[1168] prévu par le plan de sauvegarde ou de

[1161] **F.-X. LUCAS, M. SÉNÉCHAL**, Fiducie v/ sauvegarde, il faut choisir !, *D.* 2008, p. 29 ; **R. DAMMANN, G. PODEUR**, Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, *D.* 2007. 1359

[1162] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651

[1163] **P. 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 ; **A. LIENHARD**, Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008, *D.* 2009, p. 110, M, parle de « *neutralisation* ».

[1164] Article L. 622-13 du Code de commerce

[1165] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651 ; **M. GRIMALDI**, La fiducie sur ordonnance, *D.* 2009, p. 670, n°15 ; **F. MACORIG-VENIER**, Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés, *Dr. et Patr*. Janv. 2010, n°188, p. 26

[1166] Article L.622-13 du Code de commerce

[1167] **F. PÉROCHON**, L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D.* 2009, p. 651

[1168] Il est cependant à noter que les créanciers titulaires de fiducies-sûretés échappent aux comités des créanciers. Le rapprochement avec la situation des autres créanciers n'est pas complète. Voir en ce sens, **F. MACORIG-VENIER,** Fiducie-sûreté et droit des Entreprises en difficulté , *in Entreprises en difficulté* , dir. **P. Roussel Galle**, Droit 360°, Lexisnexis, 2012, spéc. n°987

redressement[1169]. Dès que le bien n'est plus nécessaire à cette sauvegarde, ou que le sauvetage est impossible le créancier peut, à nouveau, réaliser sa sûreté.

357. La paralysie du droit de rétention fictif du gage sans dépossession de droit commun. Le droit de rétention fictif du gage sans dépossession voit ses effets muselés tant que le sauvetage de l'entreprise est encore possible. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire et le plan de sauvegarde font obstacle aux effets de ce droit de rétention[1170]. Le créancier ne peut recevoir paiement contre son retrait.
A l'image de la fiducie, la réalisation du gage et les effets du droit de rétention sont en principe, paralysés. Mais si le bien n'est pas nécessaire à la sauvegarde et que le sauvetage est impossible, le créancier peut à nouveau se prévaloir efficacement de ses droits.

Parallèlement au sort réservé à la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition et du droit de rétention de l'article 2286 alinéa 4 du Code civil, par une loi de circonstances, le législateur est venu apporter la possibilité de paralyser les droits du créancier réservataire de propriété pendant la procédure collective.

358. La paralysie des propriétés-sûretés par la loi *Pétroplus*[1171]. La loi du 12 mars 2012 est une loi de circonstances liée à une procédure collective ouverte à l'encontre d'une société, la société *Pétroplus*. Il semble donc nécessaire de rappeler les faits de cette affaire avant d'analyser les solutions retenues dans la loi *Pétroplus*. Une société fille exploitante d'une raffinerie de pétrole en France rencontre des difficultés. Peu avant le dépôt de bilan, les banques de la société mère suisse vident littéralement les comptes bancaires de la société filiale. Une fois la procédure ouverte, la société mère suisse propriétaire des barils de pétrole à raffiner les revendique. La société fille se trouve dans l'impossibilité de continuer l'exploitation tout en étant débitrice d'importantes dettes salariales et environnementales. Elle plonge inexorablement dans une liquidation judiciaire sans que la justice, en l'état des textes, ne puisse contraindre la société mère à payer les dettes de sa filiale.
Au regard de cette attitude, le législateur[1172] a adopté, dans un temps record[1173], des mesures permettant de contrer de tels comportements en bloquant la réalisation des propriétés-sûretés. Ainsi, le président du tribunal peut prendre des mesures conservatoires pouvant porter sur les biens dont le

[1169] **R. DAMMANN, G. PODEUR**, Fiducie ou sauvegarde, un nouvel équilibre, *RLDCiv*, mai 2008, p. 34
[1170] Article L622-7 I al. 2 du Code de commerce
[1171] Loi n°2012-346 du 12 mars 2012, relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet
[1172] **F. GUÉGOT**, Compte rendu commission Lois, *JOAN*, 28 févr. 2011, n° 43, p. 3
[1173] Seulement trois semaines se sont écoulées entre le dépôt du projet de loi et la promulgation de la loi.

débiteur est soumis à la procédure n'est qu'un détenteur précaire[1174]. Les organes de la procédure, après autorisation du juge commissaire peuvent céder le bien en question si sa conservation ou sa détention implique trop de frais ou s'il est périssable. Toutefois, ces dispositions sont réservées à deux cas, lorsqu'une action en extension[1175] est intentée à l'encontre du tiers propriétaire et lorsqu'« *une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur* »[1176] est introduire à l'encontre du dirigeant de droit ou de fait propriétaire du bien[1177]. Dans ce dernier cas, la mesure conservatoire ne peut excéder les dommages et intérêts demandés au titre de l'action en responsabilité engagée[1178]. La cession est effectuée dans l'intérêt de tous les créanciers et du propriétaire, le juge en fixe le prix et elle doit avoir lieu « *au juste prix et sans dévaluation.* ». Toutefois l'exécution provisoire n'est pas automatique et dans le cadre de l'action en responsabilité intentée contre le dirigeant, elle est bloquée si ses « *conséquences sont manifestement excessives* »[1179]. Les droits du propriétaire se voient ici un peu protégés. En effet, il pourra probablement invoquer l'absence de voies de recours, mais également les conséquences économiques de l'exécution provisoire pour l'empêcher[1180].
Les sommes obtenues de la cession sont consignées à la caisse des dépôts et consignations[1181]. La loi reste vague quant à l'ordre des paiements.

Cette loi d'opportunité est critiquable[1182] sur bien des aspects et notamment parce qu'elle ne traite pas la question du sort de la somme obtenue si l'action en extension ou en responsabilité échoue[1183] et qu'elle contient une négation du droit fondamental de propriété[1184].

[1174] Article L. 663-1-1 du Code de commerce
[1175] Article L. 621-2 du Code de commerce
[1176] Article l. 630-10-1 et L. 651-4 du Code de commerce
[1177] Cette action est à distinguer de l'action pour insuffisance d'actif qui n'est ouverte qu'en cas de liquidation judiciaire. Or, les mesure conservatoires visées ici semblent pourvoir être demandées en sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire. Cette action semble donc fondée sur une action en responsabilité civile de droit commun. Dans ce sens, voir : **P. ROUSSEL GALLE**, La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté !, *JCP E*, 22 Mars 2012, n° 12, Act. 192
[1178] Article R. 631-14-1 du code commerce
[1179] Article. R. 661-1 du code commerce
[1180] Dans ce sens, voir : **P. CAGNOLI**, Le décret d'application de la loi Pétroplus, phase 2 : la vente des biens objet des mesures conservatoires et l'affectation du produit de la vente, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 18, Nov. 2012, alerte 273
[1181] Sous l'empire de la loi antérieure au 12 mars 2014, l'article L. 663-1-1 prévoyait que ces sommes servaient au paiement des obligations environnementales et sociales ainsi que les frais de gestion du bien. La consignation n'intervenait que s'il subsistait un reliquat.
[1182] Pour des critiques voir : **F. PÉROCHON**, De la mesure dite conservatoire à l'exécution sommaire anticipée ?, *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2012, p. 73 ; **M.-P. DUMONT-LEFRAND, C. LISANTI**, Le législateur des cas particuliers, *Act. proc. coll*. 2012, n° 7 ; **P.-M. LE CORRE**, De la préservation des barils à la conservation des dollars, *Gaz. Pal.* 18 avril 2012, n°119, p. 3 ; **P. ROUSSEL GALLE**, La loi Petroplus : quelques réflexions... avec un peu de recul, *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2012, étude 16 ; **F. REILLE**, Des mesures conservatoires pour sauver le monde ou n'est pas Robin des bois qui veut..., *Dr. et Proc*. 2012, cah. dr. entr. en diff. n° 1, p. 2 ; **D. DEMEYRE**, Quelques précisions sur les mesures conservatoires ordonnées dans le cadre de la loi Pétroplus apportées par le décret d'application du 25 octobre 2012, *RLD Aff.*, déc. 2012, n°77

La solution semble néanmoins bien éloignée de l'objectif qui était d'empêcher la revendication des meubles. Comme le souligne Monsieur P.-M. Le Corre[1185], un simple sursis à statuer aurait semble-t-il suffi à empêcher l'action en revendication avant qu'il ne soit statué sur l'extension, la responsabilité pour faute ou l'action en comblement pour insuffisance d'actif.

Au-delà des critiques, ces dispositions constituent peut-être un pas vers la paralysie de la réalisation des propriétés-sûretés durant la procédure collective. En effet, le créancier touché par la mesure conservatoire ne peut pas réaliser sa sûreté surtout s'il s'agit d'une propriété-sûreté. Pire, le bien peut être cédé. La cession paraît anachronique au regard du droit des voies d'exécution car la mesure conservatoire, pour devenir définitive, nécessite que le créancier poursuivant obtienne un titre exécutoire et ce, avant que les faits reprochés au tiers n'aient été jugés[1186]. Or, ici, la cession peut avoir lieu sans titre exécutoire alors que les biens conservés sont hors procédure[1187]. Les étapes de la conversion d'une mesure conservatoire en une mesure exécutoire sont considérablement transformées. L'analyse de Monsieur P. Cagnoli sur la modification chronologique du processus de conversion ne peut qu'emporter l'adhésion. Ici, la vente a lieu avant l'obtention du titre exécutoire, puis vient l'obtention de celui-ci et enfin la conversion[1188]. Toutefois, la rémunération de l'organe, auteur de la vente, est soumise à l'obtention du titre exécutoire, c'est-à-dire soit la décision de conversion par la condamnation du dirigeant au titre de sa responsabilité civile, soit la décision constatant l'insuffisance d'actifs, devenue exécutoire. Cette disposition relève peut-être donc plus de l'idée de la sanction d'une faute imputable au tiers propriétaire du bien que de l'idée de conservation.

[1183] Voir notamment **P. ROUSSEL GALLE**, La loi Petroplus : quelques réflexions... avec un peu de recul, *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2012, étude 16, spéc. n°28

[1184] Voir notamment **F. PÉROCHON**, De la mesure dite conservatoire à l'exécution sommaire anticipée ?, *Bull. Joly Entreprises en difficulté* 2012, p. 73.

[1185] **P.-M. LE CORRE**, De la préservation des barils à la conservation des dollars, *Gaz. Pal.* 18 avril 2012, n°119, p. 3

[1186] Dans ce sens, voir : **P. ROUSSEL GALLE**, La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté !, *JCP E*, 22 Mars 2012, n° 12, Act. 192 ; **G. TEBOUL**, La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstances ou une sanction préventive ? : *LPA* 2 mars 2012, p. 5

[1187] Pour une critique de ces dispositions, voir **J.-E. KUNTZ**, Loi Pétroplus, les bonnes intentions ne font pas toujours les bons textes, *Analyses Experts*, Newsletter juridique, n°17, sept. 2012. http://editions.efe.fr/analyses-experts-juridique/nlaeju11/loi-petroplus-les-bonnes-intentions-ne-font-pas-toujours-les-bons-textes.html

[1188] **P. CAGNOLI**, Le décret d'application de la loi Pétroplus, phase 2 : la vente des biens objet des mesures conservatoires et l'affectation du produit de la vente, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n° 18, Nov. 2012, alerte 273. L'auteur suggère une autre interprétation qu'il ne retient pas. L'interprétation du texte semble sous certains aspects contrer la loi du 12 mars dans la mesure où il prévoit la rémunération du mandataire ou de l'administrateur uniquement si la mesure conservatoire est convertie en mesure exécutoire. Dans un sens, il pourrait être supposé que l'organe de la procédure soit dans l'obligation d'attendre la décision constituant le titre exécutoire avant de procéder à la vente. Or, cette interprétation doit être écartée car le texte porte principalement sur la rémunération des organes de la procédure et est de source règlementaire.

Malgré les critiques, ces dispositions provoquent une paralysie de la réalisation des propriétés-sûretés et particulièrement de la réserve de propriété dans certaines circonstances, ce qui montre bien que même si le créancier est propriétaire, il peut être porté atteinte à l'exercice de son droit. La paralysie de ces droits permet de mieux préparer le sauvetage de l'entreprise et de conserver les biens nécessaires à son activité et donc à sa survie.

Le caractère hétéroclite du traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives évoqué ci-dessus est une source de complexité et d'inaccessibilité du droit qui pourrait être gommée par la soumission à des principes et des règles communes. Sans aller vers une unification totale et complète, l'adoption de principes communs, et d'une logique commune semble s'imposer.

§2. De lege ferenda*, la généralisation de l'interdiction de la réalisation*

359. Face à la grande complexité des règles régissant le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives, face aux inégalités qu'elles suscitent, face à l'affaiblissement des sûretés traditionnelles, certains auteurs ont suggéré de revenir à un principe strict d'égalité des créanciers. Néanmoins, si l'esprit de cette solution – l'idée d'un traitement égalitaire, de la soumission à la discipline collective de l'ensemble des créanciers – semble devoir être conservé, elle doit être adaptée. En effet, pour des raisons d'ordre économique, sociétal et juridique, il apparaît nécessaire de nuancer la proposition et d'adopter un principe nouveau, le principe d'une égalité tempérée qui s'appliquerait en sauvegarde et en redressement judiciaire, mais aussi en liquidation judiciaire, lorsque le maintien de l'activité est nécessaire à l'adoption d'un plan de cession. L'interdiction des poursuites et de la réalisation n'est, à notre sens, justifiée que si elle tend au sauvetage de l'entreprise, le plan de cession étant un moyen d'y parvenir.

Il convient donc d'analyser d'abord les opinions doctrinales plaidant en faveur d'un d'une application stricte du principe d'égalité des créanciers (A). Cette solution nous semble toutefois nuancée et ce principe remplacée par le principe d'une égalité tempérée (B).

A. Les propositions doctrinales favorables à l'application stricte du principe d'égalité des créanciers

360. Les propositions. Certains auteurs ont, par le passé, plaidé en faveur d'un retour au principe strict d'égalité des créanciers, à la soumission à la discipline collective de l'ensemble des créanciers sans distinction et à la paralysie de tous les modes de réalisation des sûretés[1189].

Ainsi, Monsieur H. Rossignol suggère dans son rapport de revenir pour les privilèges à « *la véritable égalité, […] celle qui accorde à tous les créanciers un droit légal au remboursement, sans tenir compte du droit de préférence* »[1190]. Mouly[1191], fait de même, tout comme le doyen Houin[1192]. En 2009, le Conseil de l'analyse économique préconisait également un retour au principe de l'égalité des créanciers.[1193]. Cette solution peut être transposée aux situations d'exclusivité.

En effet, tous les créanciers titulaires de sûretés réelles sont des créanciers. Cette seule qualité suffirait à justifier la soumission à la discipline collective de l'ensemble des créanciers, y compris les créanciers garantis sans qu'il soit tenu compte de la nature de leurs droits. Néanmoins, un tel retour apparaît risqué au plan économique et critiquable au plan juridique.

361. **Les risques économiques de la proposition**. L'économie actuelle repose en grande partie sur le crédit et donc sur la confiance. Or les prêteurs dont la prudence, voire la méfiance, a été renforcée par le contexte de crise économique, bancaire et financière, ne se contentent pas seulement du gage général du créancier et privilégient le « *crédit spécial* », le crédit garanti[1194]. Soumettre l'ensemble des sûretés réelles à une discipline collective aboutissant à la négation des droits de garantie dont disposent les créanciers paraît incongru[1195]. Une telle règle se heurterait à une levée de bouclier des établissements bancaires et de crédits et porterait atteinte au crédit de l'entreprise en difficulté[1196]. De plus, au plan international, l'adoption d'une telle solution isolerait

[1189] Pour une présentation voir **L. Bougerol-Prud'homme**, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Biblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. n[os]119 et s ; Voir aussi; **C. Mouly**, Procédure collective, assainir le régime des sûretés, *Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529, spéc. n[os] 3 et s.

[1190] **H. Rossignol**, Rapport du 17[ème] congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, Gaz. Pal. 1978, 2, Doc. p. 612 ;

[1191] **C. Mouly**, Procédure collective, assainir le régime des sûretés, *Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529, spéc. n[o]48

[1192] **R. Houin**, Rapport conclusif, in L'évolution du droit des sûretés, *RJCom*. 1982, n° spécial, p. 12

[1193] **M. Aubier, F. Charbonnier**, Les banques et le financement des PME, complément au Rapport du Conseil de l'analyse économique, *Le financement des PME*, La documentation française, Paris 2009, spéc. pp. 131 à 134

[1194] **M. Vasseur**, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Th. Paris, Rousseau, 1949, spéc. n°5

[1195] **M. Cabrillac**, Les ambigüités de l'égalité des créanciers, *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p.31 et s. spéc. n°15. L'auteur considère que l'impératif de crédit ne peut que tendre à l'inégalité des créanciers

[1196] Contra **C. Mouly**, Procédure collective, assainir le régime des sûretés, *Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529, spéc. n[os]47 et 49. Le professeur indique que le retour au traitement égalitaire entendu strictement n'aurait pas d'effet significatif sur la pratique dans la mesure où la multiplication des garanties tend à leur inefficacité.

la France[1197] et pourrait provoquer une fuite des investisseurs étrangers, faute de pouvoir sécuriser correctement leur crédit.

362. **La critique juridique de la proposition**. Au plan juridique, la solution n'est pas exempte de critiques. Certes les créanciers, au regard de cette qualité, devraient subir un traitement identique, mais l'objet d'une sûreté, son but, est précisément de rompre l'égalité, de donner un avantage à son titulaire sur les créanciers chirographaires. Retenir une telle solution revient à signer l'arrêt de mort du droit des sûretés. En outre, selon la sûreté réelle choisie, suivant le droit réel qu'elle confère au créancier, ce dernier se touve dans des situations différentes. Par exemple, le droit de propriété qui fonde la fiducie-sûreté ou la réserve de propriété ne peut recevoir exactement le même traitement que le droit de préférence. Il paraît donc difficile de nier totalement les effets du droit de propriété, droit exclusivif par excellence comme sont niés les effets du droit de suite en cas de faillite du détenteur du bien grevé[1198]. En outre, le bien n'appartenant pas au débiteur de la procédure, il n'est logiquement pas touché par l'effet réel de cette dernière car cet effet est en principe cantonné aux seuls biens jugés inclus dans le patrimoine du débiteur ou plus exactement dans l'actif de la procédure[1199].

Au regard de ces deux critiques, il semble peu probable que l'adoption d'un principe de soumission stricte de l'ensemble des créanciers à la discipline collective redonne de l'attractivité au droit français des sûretés.

363. Les avantages de la proposition. Les critiques formulées à l'encontre de cette proposition la condamnent. Toutefois, l'idée de la soumission à la discipline collective, d'un retour vers le principe d'égalité des créanciers pendant les procédures collectives présente des avantages.
Le retour au principe d'égalité des créanciers permettrait aux procédures de gagner en cohérence et en lisibilité. En effet, l'objectif d'organisation de la procédure et du sauvetage de l'entreprise, du répit donné au débiteur, est aujourd'hui assez illusoire. Revenir à un tel principe, créerait une véritable « pause » pour l'entreprise et permettrait de disposer réellement de temps pour en organiser le sauvetage.

[1197] **M. MOURONT**, Discours du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal*. 1978, 2, Doctr. p. 611 ; **L. BOUGEROL-PRUD'HOMME**, *Exclusivité et garanties de paiement,* préf. **P. Crocq**, LGDJ, Biblio de droit Privé, t. 538, 2012, spéc. nos 122 et s.

[1198] Voir sur ce point : **P. PÉTEL**, L'exercice du droit de suite à l'encontre du tiers détenteur placé sous procédure collective, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 54, spéc. nos 4 à 11s

[1199] Il est important de noter que si, dans la majorité des cas, l'actif de la procédure correspond aux biens dont est propriétaire le débiteur, cela n'est pas toujours vrai. Il peut, par certains mécanismes, par exemple la DNI, soustraire de l'actif de la procédure des biens lui appartenant..

Au regard des différents éléments exposés, un compromis s'impose. Si le retour à un principe strict de soumission des créanciers à la discipline collective et à l'égalité des créanciers semble devoir être écarté, l'idée de la soumission à la discipline collective doit être conservée. Toutefois, pour pallier les inconvénients économiques et juridiques développés, il est suggéré de retenir un autre principe, le principe d'une égalité tempérée. Ce tempérament permettrait en outre de tenir compte des particularités des différentes sûretés réelles.

B. Pour une application tempérée du principe de soumission à la discipline collective

364. Le principe d' une égalité tempérée. Au regard des écueils exposés précédemment, nous plaidons pour un retour du principe d'égalité entre les créanciers mais pour une égalité tempérée, en adoptant une vision fonctionnelle de l'égalité et en tenant compte des différentes situations dans lesquelles sont placées les créanciers titulaires de sûretés réelles. En effet, les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives placent le créancier dans des situations radicalement différentes ; chaque sûreté produit des effets distincts. Cette diversité n'a pas été remise en cause par le législateur de 2006, il lui a même renouvelé son attachement. Il convient donc de la respecter.

Pour ce faire, nous suggérons l'adoption d'un principe nouveau, celui de l'égalité tempérée des créanciers. La particularité des droits qui fondent la sûreté doit être prise en compte à certains moments. Il convient de renforcer le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés réelles, selon deux critères, la nature du droit qui fonde la sûreté (droit de priorité, droit de propriété) et le sauvetage possible de l'entreprise, ce qui globalement[1200] amène à distinguer selon la nature de la procédure ouverte (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire).
Il est proposé de retenir un principe de paralysie de la réalisation de toute sûreté réelle et par souci de globalité et d'efficacité, cette interdiction doit être étendue au droit de rétention[1201]. Mais, à l'image du traitement *de lege lata* de la fiducie-sûreté ou du droit de rétention fictif attaché au gage

[1200] Comme il a été déjà indiqué, le sauvetage de l'entreprise peut être possible pendant la procédure de liquidation judiciaire lorsqu'un plan de cession est en préparation.
[1201] Une telle position se retrouve dans d'autres législations et notamment dans le droit américain qui lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité soumet l'ensemble des créanciers quels que soient leurs droits à « *automatic stay* », c'est-à-dire à l'arrêt de toute procédure d'exécution. Dans ce cas, la sévérité de la règle est contre balancée par l'instauration de nombreuses hypothèses de reprise des poursuites si la valeur de la masse ne suffit pas à conférer une protection adéquate au créancier. Voir UCC. 11. 632(d) ; Voir aussi **F. MACORIG-VENIER ET ALII**, *Analyse comparée des droits français et américains des Entreprises en difficulté* , Toulouse, déc. 2009. spéc. pp. 32 et s. **M. TANGER**, *La faillite en droit fédéral des Etats-Unis*, Préf. **J. Larrieu**, Economica, 2002, spéc. pp. 134, 136 et s ; **D. G. EPSTEIN, S. H. NICKLES**, *Principles of Bankruptcy Law*, Thomson West, 2007, spéc. pp. 15 à 24

sans dépossession de droit commun, il convient de maintenir des exceptions fondées sur le critère téléologique de l'absence de sauvetage possible de l'entreprise et l'absence d'utilité du bien à ce même sauvetage. L'exercice de la liberté de réaliser se trouve alors empêchée pendant la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. En revanche, les sûretés retrouvent leur efficacité lors de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, sauf en cas de maintien de l'activité afin de préparer un plan de cession[1202].

La soumission à l'égalité tempérée ne s'impose pas toutefois de la même manière aux sûretés préférentielles et aux sûretés exclusives.

365. **Les sûretés préférentielles et le principe d'une égalité tempérée des créanciers**. Les sûretés réelles préférentielles sont *de lege lata* largement soumises à la discipline collective. Il leur est appliqué un principe strict d'égalité. Toutefois, ce principe s'efface à certains égards dans la liquidation judiciaire. Il en va ainsi en matière de respect d'un rang préférentiel lors des répartitions[1203], le transfert des sûretés en cas d'inclusion du bien grevé dans un plan de cession[1204], la reconnaissance, dans certaines circonstances, d'un droit de poursuite individuelle[1205]. Il serait intéressant de donner une véritable efficacité à ces exceptions[1206].
La question du retour à un principe d'égalité, même tempérée, est plus délicate concernant les suretés réelles exclusives, c'est-à-dire les propriétés-sûretés et les sûretés réelles assorties d'un droit de rétention.

366. L'application du principe d'une égalité tempérée aux créanciers titulaires sûretés exclusives. Le droit des procédures collectives soumet les sûretés exclusives à une pluralité de régimes. Les propriétés-sûretés ne sont pas soumises à un régime unitaire, trois régimes cohabitent : celui de la réserve de propriété, celui de la fiducie avec convention de mise à disposition et enfin celui de la fiducie sans convention de mise à disposition. Quant aux droit de rétention, la loi distinguer trois hypothèses et applique un régime juridique particulier à chacune d'entre elles. Sont soumis à des régimes distincts, le droit de rétention fictif du gage sans dépossession de droit commun, le droit de rétention fictif des gages spéciaux et le droit de rétention effectif[1207]. Toutefois,

[1202] Voir n[os]239 et s. et n[os]325 et s.
[1203] Article L. 641-13 du Code de commerce
[1204] Article L. 642-12 du Code de commerce
[1205] Article L. 643-2 du Code de commerce
[1206] Voir n[os]239 et s.
[1207] Voir n[os]325 et s.

l'étude de ces situations montre qu'elles sont proches et qu'il serait possible de ne distinguer que deux cas, le cas des propriétés-sûretés et le cas des droits de rétention.

367. L'application du principe de l'égalité tempérée aux créanciers titulaires propriétés-sûretés. Il est aisé de rapprocher la réserve de propriété et la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition. Tout d'abord, ces sûretés reposent sur le droit de propriété. Ensuite, le débiteur est détenteur temporaire d'un bien appartenant à un tiers (créancier ou non), dont il a, à terme, vocation à devenir ou redevenir propriétaire.

Ces deux situations pourraient être traitées de manière identique et soumises au principe de l'égalité tempérée. Le créancier fiduciaire subit déjà ce traitement. Son droit est en principe paralysé[1208], sauf si le bien est cédé ou s'il n'est pas nécessaire ou utile à la poursuite de la procédure ou de l'activité. Le droit du créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété pourrait subir un sort analogue. L'action en revendication pourrait être intentée mais elle ne produirait aucun effet pendant la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, sauf si le(s) bien(s) grevé(s) s'avère(nt) ne pas être indispensable(s) au sauvetage de l'entreprise ou que ce sauvetage se révèle impossible, notamment lors de la liquidation judiciaire ou de la cession du bien[1209]. Dans ce dernier cas, il pourrait être prévu qu'en principe l'action en revendication ne peut pas faire obstacle à l'inclusion du bien grevé dans un plan de cession. En contrepartie, le créancier réservataire exercerait son droit sur le prix de cession à titre exclusif et dans la limite de ce qui lui est dû.

368. **L'application du principe de l'égalité tempérée et les créanciers titulaires de droits de rétention**. Aujourd'hui, les droits de rétention font l'objet de traitements divers que rien ne justifie réellement. Ils pourraient donc faire l'objet d'un traitement unique et être soumis à l'application du principe de l'égalité tempérée.

Rien ne semble justifier un traitement différencié entre le droit de rétention fictif attaché à un gage sans dépossession de droit commun et le droit de rétention fictif attaché à un gage spécial tel que le gage de véhicule automobile. En effet, ils se caractérisent tous les deux par l'absence de détention matérielle et par l'existence d'un pouvoir de blocage[1210] juridique. Ainsi, tous les droits de rétention fictifs seraient soumis à la discipline collective pendant la période d'observation et l'exécution du plan de continuation.

[1208] **O. GOUT**, Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTD Civ*. 2013 p. 255

[1209] Voir n[os]325 et s.

[1210] Rappelons que dans le cadre des procédures collectives, comme il a été exposé précédemment, le droit de rétention fictif attaché au gage sans dépossession fait obstacle à la réalisation du bien dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Dans le cas du droit de rétention effectif, le créancier détient le bien et c'est dans cette détention matérielle personnelle ou par l'intermédiaire d'un tiers que résulte le pouvoir de blocage. Seule la technique de blocage diffère. Comme en matière de propriété-sûreté, il semble nécessaire de se départir de la technique juridique entourant ce droit pour se recentrer sur sa nature et le soumettre à la discipline collective. Mais la détention est ici matérielle. A l'instar de certaines législations étrangères[1211], la solution pourrait résider à contraindre le rétenteur à remettre le bien aux organes de la procédure sauf décision contraire motivée de l'administrateur ou du mandataire judiciaire. Le droit de rétention effectif se transformerait alors en droit de rétention fictif. L'ensemble des droits de rétention, à nouveau unifié, serait soumis au même régime.

Les droits du rétenteur seraient paralysés pendant la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement. Il pourrait seulement faire obstacle à la réalisation sauf à être intégralement payé par les organes de la procédure sur le prix de la vente.

369. Le droit des entreprises en difficulté, parce qu'il protège le tissu économique du pays et une somme d'intérêts individuels et collectifs et qu'il se manifeste par des règles d'ordre public, s'impose au créancier muni d'une sûreté réelle et vient limiter sa liberté d'option. Toutefois, le traitement des sûretés réelles proposé est inégalitaire. Il semble qu'un retour vers une discipline collective généralisée s'impose. Néanmoins, l'égalité des créanciers doit être tempérée. Ainsi, la paralysie de la réalisation des sûretés réelles se trouverait généralisée en cas d'ouverture d'une procédure collective, sauf si le bien grevé n'est pas indispensable ou nécessaire au sauvetage de l'entreprise. En effet, s'il n'est pas nécessaire au sauvetage de l'entreprise, l'intérêt supérieur que protège ce droit n'existe plus.

A côté des intérêts de l'entreprise en difficulté, l'option pour la réalisation peut être freinée ou limitée par la protection des intérêts de tiers non constituants, sur le fondement de la sécurité juridique. Il s'agit du respect de droits fondés sur d'autres conventions et de la protection de la sécurité des transactions.

Section 2. La protection des intérêts des titulaires de pactes de préférence, de clauses d'agrément et de la caution, le maintien de la sécurité juridique

[1211] Le droit des procédures d'insolvabilité américain impose au créancier rétenteur, parce qu'il est soumis à l'automatic stay, de restituer spontanément le bien objet du droit de rétention. A défaut, il peut y être contraint par le tribunal et engage sa responsabilité civile. Voir notamment, **M. TANGER**, *La faillite en droit fédéral américain*, Préf. **J. Larrieu**, Economica, sept. 2002, pp 122 et 141 ; **F. MACORIG-VENIER ET ALII**, *Analyse comparée des droits français et américains des Entreprises en difficulté* , Toulouse, déc. 2009

Certains intérêts extérieurs au constituant, les intérêts de tiers, sont protégés par des règles spéciales. Leurs droits sont opposables au créancier qui doit les respecter. Ce respect relève du principe général de sécurité juridique des contrats. Bien que ce facteur ne soit pas pris en compte dans les rapports *Doing Business*[1212], il semble qu'il constitue un élément d'attractivité du droit français et un élément d'efficacité de l'opposabilité du rapport d'obligation. Les parties au contrat n'ont pas la crainte de voir leur engagement modifié par un droit dont ils n'avaient pas connaissance ou qui n'existait pas au jour de la conclusion. Le raisonnement est identique pour le titulaire d'un droit légal.

Le domaine de l'opposabilité des droits des tiers non constituants au créancier est vaste. Toutefois, en matière de sûretés réelles, il trouve à s'illustrer particulièrement en matière de sociétés et de cautionnement.

Dans le cadre du droit des sociétés, est protégé le pacte social et avec lui, l'équilibre des pouvoirs dans la société et la personne morale elle-même. Ces protections se traduisent techniquement par le respect des règles d'agrément et des pactes de préférence. Les pactes de préférence peuvent être utilisés pour les sûretés immobilières[1213] et éventuellement familiales[1214] ou rurales[1215], mais c'est en matière de sociétés qu'ils sont les plus fréquents. C'est pour cette raison, que la rencontre de la réalisation des sûretés réelles et des pactes de préférence est principalement étudiée sous l'angle du droit des sociétés.

En matière de cautionnement, est protégée la personne de la caution et, au-delà, la sécurité des transactions. Le contrat de cautionnement est opposable au créancier et a des conséquences particulières dans l'hypothèse où le créancier est titulaire de plusieurs sûretés et notamment lorsque le créancier cumule une sûreté réelle et un cautionnement. Dans ce cas, à cause du lien d'accessoire fort unissant la sûreté à la créance garantie, le choix du créancier quant à la sûreté à réaliser – sûreté réelle ou cautionnement – se trouve orienté par le respect des droits de la caution.

Dans ces deux cas, l'option du créancier pour la réalisation se trouve empêchée ou soumise à des dispositions particulières. Si ces questions sont parfaitement connues des procédures civiles d'exécution, il en va différemment en matière d'attribution en propriété et en matière de propriété-sûreté. Ainsi, le créancier titulaire d'une sûreté voit son droit de réaliser limité par les procédures

[1212] Pour une vive critique voir : **A. RAYNOUARD, A.-J. KERHUEL**, L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente, *D.* 2010, p. 2928

[1213] Voir par exemple : **J.-P. DÉSIDÉRI**, Pacte de préférence et droit immobilier, in Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p. 57

[1214] Voir par exemple : **M. NICOD**, Le pacte de préférence en droit patrimonial de la famille, in Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p.53

[1215] Voir par exemple : **D. KRAJESKI**, Le pacte de préférence en droit rural, in Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p. 68

d'agrément et les pactes de préférence en droit des sociétés (§1) et par les droits de la caution en cas de cumul de sûretés (§2).

§1. La protection des bénéficiaires d'agrément et de pactes de préférence

370. Les droits de préférence et d'agrément, conventionnels ou légaux, entravent la liberté de cession des droits sociaux (parts, actions, ou valeurs mobilières donnant accès au capital) d'un associé ou d'un actionnaire. L'objectif de ces règles ou stipulations est de protéger l'équilibre des forces dans la société, de protéger le pacte social. Il ressort des textes que l'agrément légal est seulement exigé par la loi lorsque les associés encourent une responsabilité lourde en cas d'impayé. Il s'agit par exemple des associés en nom collectif qui sont tenus solidairement et indéfiniment du passif.

Par un souci de sécurité juridique, le pacte social et les pactes d'actionnaires doivent être respectés par le créancier nanti sur les parts ou actions de la société en question. Il n'est pas admissible que la simple réalisation de la sûreté remette en cause l'équilibre fragile du pacte social et, éventuellement, l'existence de la personne morale. Ainsi, le créancier titulaire d'une sûreté réelle qui souhaite la réaliser se trouve contraint de respecter les règles d'agrément des tiers à la société (A) et les pactes de préférence (B).

A. L'agrément, frein à l'exercice de l'option

L'agrément est, de façon générale « *une approbation ou autorisation à laquelle est soumis un projet ou qui suppose, de la part de celui qui doit la demander, un pouvoir d'appréciation discrétionnaire* »[1216]. Pour certaines sociétés, la loi, le contrat de société ou une convention extra statutaire prévoient un agrément à la cession de parts ou d'actions. Cet agrément vise, selon les cas, différentes hypothèses de transfert de la propriété[1217] des parts, actions, valeurs ou titres donnant

[1216] **A. REY, REY DEBOVE, ROBERT**, *Dictionnaire Le Robert*, dir. Paris, Robert, 2013, sous le mot.

[1217] **G. RIPERT, ROBLOT**, *Traité de droit commercial, Tome 2, Les sociétés commerciales*, par **M. GERMAIN, V. MAGNIER**, LGDJ, 20ème éd. 2011, spéc. n°1618-1 ; Voir aussi **C. GUILLAUNE DIT TAUNIÈRE, T. CHERIF**, Variations sur la notion de cession et termes voisins, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p.712, §145. **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. p. 29 ; Cass. Com. 12 févr. 2005, n°06-20.966, *Bull. Joly Société*, 2009, p. 28, note **P. LE CANNU**
Il peut s'agir d'une cession à titre gratuit ou onéreux, d'une transmission universelle à cause de mort ou de fusion, ou encore d'une prise de contrôle.

accès au capital et soumettent cette opération préalable à l'accord de la société par le biais de l'accord de l'un de ses organes sociaux[1218].

371. **Le domaine de l'étude**. L'agrément et le droit des sûretés se rencontrent lorsqu'une sûreté est constituée sur des parts, actions, valeurs ou titres donnant accès au capital.
Les propriétés-sûretés paraissent exclues du domaine de l'étude car l'agrément est, en principe, requis lors de leur constitution.
En matière de fiducie, le premier transfert fait sortir les parts sociales ou les actions du patrimoine du constituant au profit d'un fiduciaire qui a la qualité d'associé ou d'actionnaire assortie ou non de pouvoirs de gestion. Parce qu'elle provoque un changement de membre, la constitution de la fiducie-sûreté modifie le pacte social. Elle est donc soumise à l'agrément. Dans l'absolu, le second transfert nécessiterait l'agrément mais il peut être donné concomitamment au premier car les bénéficiaires sont mentionnés dans le contrat de fiducie. Néanmoins, si les bénéficiaires n'acceptent pas la fiducie et si le constituant révoque les bénéficiaires, l'agrément sera requis lors de la réalisation de la fiducie. Cette hypothèse devrait être marginale en matière de fiducie-sûreté.
De même, la réserve de propriété a pour support un contrat translatif de propriété. L'agrément du contrat est requis lors de la conclusion du contrat translatif. Même si le cessionnaire est agréé, en cas de non-paiement, le cédant demeure propriétaire et ne perd pas l'agrément dont il disposait précédemment. Il n'y a donc pas de nouvel agrément à la réalisation de la réserve de propriété.

Il en va différemment en matière de nantissement de parts, d'actions de la société, de titres de capital ou de toute valeur donnant accès au capital. C'est dans cette hypothèse la réalisation se heurte à l'agrément de la société. De cette rencontre découle la question de l'opposabilité de l'agrément à la réalisation de la sûreté. Deux étapes sont nécessaires à l'étude de la confrontation entre l'agrément et la réalisation des sûretés réelles, d'abord, la question du respect de cet agrément (1), puis celle de l'effet de l'octroi ou du refus de l'agrément sur la réalisation (2).

1. Le respect de l'agrément et la réalisation du nantissement grevant des parts ou actions

L'agrément conventionnel et l'agrément légal n'ont ni la même portée, ni la même opposabilité, ni le même domaine d'application. Au regard de la réalisation du nantissement de parts, il convient de

[1218] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, voir sous le mot « Cette agrément consiste à « *subordonner la cessions des parts ou actions à l'assentisse ment d'un organe social* ». »

distinguer le mode employé et les droits donnant accès au capital, mais également la nature conventionnelle ou légale de l'agrément.

372. **L'agrément et la vente forcée**. Parfois, comme en matière de société civile, l'agrément est légal et la loi prévoit qu'il s'impose au créancier poursuivant l'exécution forcée de son obligation sur les parts sociales[1219]. Le créancier garanti sur les parts sociales, s'il réalise son nantissement par les voies d'exécution, doit respecter l'agrément du cessionnaire.

En revanche, lorsque l'agrément est conventionnel, il s'impose à deux conditions. Le domaine de l'agrément doit correspondre à la vente forcée. La clause d'agrément visant un échange ne peut être applicable à une vente, même forcée. Ensuite, l'agrément doit être opposable aux tiers. Il est donc nécessaire de distinguer l'agrément statutaire de l'agrément extrastatutaire.

Lorsque l'agrément est statutaire (même s'il est facultatif comme dans les SARL ou les sociétés de capitaux), parce que les statuts font l'objet d'une publicité au RCS à fin d'opposabilité, l'agrément est opposable aux tiers, y compris au tiers adjudicataire. L'interprétation *a contrario* de l'article L. 223-15 du Code de commerce, au sujet des SARL, abonde en ce sens[1220]. En effet, à défaut de consentement des associés au nantissement, l'adjudicataire doit être agréé par la société.

En revanche, l'agrément extrastatutaire n'est pas opposable aux tiers, par application de l'article 1165 du Code civil sauf si l'acquéreur avait connaissance de la clause.

373. **L'agrément et les attributions en propriété**. En matière d'attribution en propriété, conventionnelle ou judiciaire, l'étude du respect de l'agrément impose les mêmes distinctions.

L'agrément légal s'impose pour deux raisons. Parfois, comme l'article 1868 du Code civil en matière de société civile, la loi vise « *la réalisation forcée* ». Antérieurement à l'ordonnance du 23 mars 2006 étaient seulement visées les procédures civiles d'exécution. La création des modes alternatifs de réalisation pose la question de l'application de ce texte à ces mécanismes. Or la lettre du texte est assez large pour englober tous les modes de réalisation. De plus, si l'agrément s'impose

[1219] Article 1868 du Code civil : « *La réalisation forcée qui ne procède pas d'un nantissement auquel les autres associés ont donné leur consentement doit pareillement être notifiée un mois avant la vente aux associés et à la société.*
Les associés peuvent, dans ce délai, décider la dissolution de la société ou l'acquisition des parts dans les conditions prévues aux articles 1862 et 1863.
Si la vente a eu lieu, les associés ou la société peuvent exercer la faculté de substitution qui leur est reconnue par l'article 1867. Le non-exercice de cette faculté emporte agrément de l'acquéreur. »

[1220] Voir article L. 223.15 du Code de commerce interprété a contrario : *« Si la société a donné son consentement à un projet de nantissement de parts sociales dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 223-14, ce consentement emportera agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales nanties selon les dispositions du premier alinéa de l'article 2078 du Code civil, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délai les parts, en vue de réduire son capital. »*

en cas d'adjudication judicaire, c'est-à-dire en cas d'un transfert de propriété ordonné et contrôlé par un juge, il s'impose *a fortiori* lorsqu'aucun contrôle n'est opéré.

Si l'agrément est statutaire, il doit être respecté, sous réserve de son domaine d'application. Si la clause ne vise que la vente, il paraît difficile d'admettre qu'elle soit opposable au créancier qui demande une attribution en propriété. En revanche, s'il vise toute aliénation ou toute cession, il est opposable à ce créancier.
L'article L. 223-15 du Code de commerce applicable aux SARL, dans son interprétation *a contrario* rend l'agrément obligatoire en cas de « *réalisation forcée* » et renvoie à l'ancien article 2078 du Code civil aujourd'hui abrogé[1221]. Ce texte ayant été abrogé, il paraît difficile de prendre en compte sa substance. Toutefois, sous l'empire du droit applicable avant le 23 mars 2006, l'article 2078 décrivait les modes de réalisation de droit commun des gages et nantissements. Cette fonction est désormais remplie par les articles 2347, 2348 et 2349 du Code civil. Il est donc possible d'interpréter l'article L. 223-15 du Code de commerce au regard des articles 2347 et suivants du Code civil et d'admettre le respect de l'agrément statutaire en cas d'attribution judiciaire ou conventionnelle en propriété des parts de SARL. Cette solution a vocation à être généralisée à tous les agréments statutaires.

En matière d'agrément extrastatutaire, une solution analogue à la vente forcée doit être retenue[1222].

374. **L'anticipation de l'agrément à la conclusion de l'acte**. La question de l'agrément peut être anticipée à la conclusion de l'acte. La loi prévoit, en matière de SARL ou de société civile[1223], que lorsque la société consent à l'acte de nantissement, ce consentement vaut agrément du cessionnaire. Lors de la réalisation, l'agrément dont la nature conventionnelle ou légale importe peu n'a pas à être demandé à nouveau.

[1221] Article 2078 ancien du Code civil : « *Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage :*
Sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.
Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle. »
[1222] Voir n°369 et s.
[1223] Article 1867 du Code civil « *Tout associé peut obtenir des autres associés leur consentement à un projet de nantissement dans les mêmes conditions que leur agrément à une cession de parts.*
Le consentement donné au projet de nantissement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales à la condition que cette réalisation soit notifiée un mois avant la vente aux associés et à la société.
Chaque associé peut se substituer à l'acquéreur dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Si plusieurs associés exercent cette faculté, ils sont, sauf clause ou convention contraire, réputés acquéreurs à proportion du nombre de parts qu'ils détenaient antérieurement. Si aucun associé n'exerce cette faculté, la société peut racheter les parts elle-même, en vue de leur annulation. »

2. L'accord et le refus de l'agrément, retard et obstacle à la réalisation du nantissement

375. **L'octroi de l'agrément, simple retard de la réalisation**. L'agrément est une condition suspensive[1224] de l'opération projetée. Sa violation est sanctionnée par la nullité[1225] relative[1226] du transfert de propriété. La présence d'une procédure d'agrément retarde la réalisation de la sûreté à l'obtention de cet agrément. Lorsque l'agrément est octroyé, aucune remarque particulière n'est à effectuer. En revanche, la question mérite d'être approfondie en cas de refus d'agrément.

376. **Le refus de l'agrément, du retard à l'obstacle**. Lorsque l'agrément est refusé, la cession ou le transfert de propriété n'a pas lieu. Toutefois, afin que l'actionnaire ou l'associé qui souhaite quitter la société ne s'y trouve pas bloqué, le droit des sociétés prévoit un dispositif de rachat. L'un des associés ou des actionnaires a la possibilité d'acquérir ces parts. A défaut, la société les rachète et les annule. Un nouveau contrat de cession est alors formé.
Des précisions sont à apporter quant à la réalisation des sûretés réelles.

En cas de nantissement de parts ou d'actions, si le créancier choisit de réaliser sa sûreté par le biais des voies d'exécution, la cession forcée se trouve remplacée, par le biais du mécanisme de rachat, par une cession amiable. Néanmoins, le créancier nanti exerce son droit de priorité sur le prix de rachat. Sa situation se trouve inchangée.

En matière d'attribution en propriété, l'attribution en propriété n'a pas lieu. Le refus de l'agrément porte atteinte au droit d'option du créancier dans le sens où il empêche l'attribution. Quid du sort de ce créancier ? La règle du rachat s'applique-t-elle ? Deux solutions sont imaginables.
Il est possible de considérer que, dans la mesure où l'attribution en propriété ne peut pas aboutir, cette voie est fermée et le créancier ne peut réaliser sa sûreté qu'en intentant une voie d'exécution à l'encontre de son débiteur. Toutefois, sur un plan pratique, cette solution s'avère longue et coûteuse et donc peu attractive pour les créanciers. De plus, la vente future sera soumise à l'agrément et en cas de refus, la société aura recours à la procédure du rachat.
La seconde solution est de conclure à une application du rachat. Ainsi, nous suggérons de retenir que si l'agrément n'est pas obtenu, le créancier puisse bénéficier du rachat. Quid de la nature du

[1224] Voir notamment : **A. COURRET, C.PERRIER**, Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive, *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 523, spéc. n^{os} 7, 19
[1225] Article L. 228-23 du Code de commerce
[1226] Cass. Civ. 3ème, 19 juil. 2000, Bull. Civ. III, n° 151; Bull. Joly Société 2000, 1083, note Le Cannu ; Cass. Civ. 3ème, 6 déc. 2000, n° 99-11.332, *D. Aff*. 2001, 311, note **A. LIENHARD** ; *RTDCom*. 2001, p. 165, obs. **M.-H. MONSÉRIE-BON** ; *Rev. Sociétés* 2001.84, note **Y. GUYON ;** D. 2002, p. 481, obs**. J.-C. HALLOUIN**. Seuls la société et les associés peuvent demander la nullité.

droit exercé sur le prix de rachat ? S'agit-il d'un droit exclusif ou d'un droit de préférence ? La réponse dépend du moment de transformation du droit de préférence en droit exclusif.

Deux solutions alternatives peuvent être dégagées. Premièrement, il peut être envisagé que la transformation ait lieu au moment de l'exercice de l'option, avant même le transfert de propriété. Dans ce cas, le créancier ayant acquis un droit exclusif sur les biens nantis, ce dernier se reporte sur le prix de rachat. Toutefois, en vertu du principe de non enrichissement, seul un montant correspondant au montant de sa créance, sans l'excéder, est remis au créancier et le solde au débiteur[1227].

Deuxièmement, et c'est notre opinion, il peut être retenu que le droit du créancier devient exclusif au moment du transfert de propriété. Le créancier ne peut alors exercer qu'un droit de préférence et non un droit exclusif sur le prix de rachat. L'exclusivité est attachée au droit de propriété, elle en est l'un de ses caractères. Le refus d'agrément faisant obstacle à l'attribution et au transfert de propriété, la transformation du droit de préférence en droit exclusif n'a pas lieu. Le créancier ne peut exercer qu'un droit de préférence sur le prix de rachat.

L'agrément peut donc constituer un obstacle à la réalisation de la sûreté. Néanmoins, grâce au rachat des parts, il semble que l'agrément ne soit pas réellement une entrave à la satisfaction du créancier. D'autres obstacles générés par le droit des sociétés se dressent face à l'option du créancier. Il s'agit notamment des pactes de préférence.

B. Le pacte de préférence, obstacle variable à l'exercice de l'option

La question du respect des pactes de préférence lors de l'exercice de l'option pose plus largement la question de la rencontre entre les avant-contrats et la réalisation des sûretés réelles. Les droits des tiers bénéficiaires de ces avant-contrats doivent-ils être respectés par le créancier souhaitant réaliser la sûreté réelle dont il est titulaire ?

La réalisation des sûretés réelles butte sur le pacte de préférence mais également sur les mécanismes voisins dont il se distingue (1). En outre, la force contraignante de ces pactes de préférence à l'encontre du créancier qui exerce son option pour la réalisation est variable (2).

1. La réalisation des sûretés réelles, le pacte de préférence, et les mécanismes voisins.

[1227] Voir notamment sur le principe n°466 et s. et sur la soulte n°488 et s.

Les pactes de préférence constituent un contrat préalable à un autre contrat, « *par lequel une personne s'engage envers une autre, qui accepte, à ne pas conclure avec des tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion* »[1228].
Le pacte de préférence se distingue de deux de ses « *cousins* », la promesse unilatérale et le droit de préemption.

377. **Le pacte de préférence, la promesse unilatérale et la réalisation des sûretés réelles**. Le pacte de préférence se dissocie d'abord de la promesse unilatérale de contrat, « *accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement – investi d'un droit d'option, pendant un délai donné – restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé ou de le conclure en « levant » l'option dans le délai* »[1229]. En effet, dans la promesse unilatérale, le promettant a déjà donné son accord, il s'est déjà engagé, il a déjà disposé de ses droits. En revanche, dans le pacte de préférence, il consent seulement à proposer le contrat à un bénéficiaire, le jour où il décidera de contracter. De plus, les conditions générales de l'engagement ne sont pas déterminées[1230]. Ainsi, contrairement à la promesse unilatérale, le pacte de préférence crée seulement un droit prioritaire au profit de son bénéficiaire[1231].

Lorsque des mécanismes précontractuels entrent en contact avec les sûretés réelles, ils peuvent constituer des obstacles à leur réalisation. Toutefois, ce questionnement intervient essentiellement à propos du pacte de préférence et marginalement à propos de la promesse unilatérale. En effet, si la promesse unilatérale est antérieure à la constitution de la sûreté, cette constitution ne peut pas avoir lieu car le constituant est tenu par la force obligatoire de la promesse sur le fondement de l'article

[1228] **M. DAGOT**, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988 ; spéc. n^{os} 1 et s. ; **M. BRUSCHI**, Le pacte de préférence, *Dr et Patr*. 1999, n°72, p ; **F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 11ème éd. 2013, spéc. n°195 ; **M. POUMARÈDE**, *Droit des obligations*, Montchrestien, Cours LMD, 2014, spéc. n°275 ; **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations, Tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis Droit, 3ème éd. 2012, spéc. p. 237 ; **J. FLOUR, L.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Droit civil, Les obligations, Tome 1 L'acte juridique*, Dalloz Sirey, 15ème éd. 2012, spéc. n°149 ; **A. BÉNABANT**, *Droit civil, Les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, Domat, Droit privé,9ème éd. 2011, spéc. n°111 ; **F. COLLARD-DUTILLEUL, P. DELEBECQUE**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, précis, 9ème éd. 2011, spéc. n°67 ; **J. JULIEN**, *Droit des obligations*, Larcier, Métiers du droit, 2012, spéc ; n°75 ; Voir aussi Cass. Civ. 3ème, 16 mars 1994, n°94-19.797 ; pour une définition plus restrictive voir **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. p497. L'auteur cantonne le pacte de préférence à la vente.

[1229] **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; Dans le même sens et pointant des différences avec le pacte de préférence voir : **L. ROZÈS**, Pacte de préférence et notions voisines, in Dossier Pacte de préférence : Liberté ou contrainte, *Dr. et Patr*. janv. 2006, pp. 39-40

[1230] Contrairement à la promesse unilatérale de vente, le pacte de préférence relatif à une vente future ne détermine pas le prix de cession du bien.

[1231] La promesse unilatérale crée un engagement exclusif.

1134 du Code civil[1232]. Il a donc déjà disposé de son bien. La sûreté accordée postérieurement est nulle pour défaut de pouvoir. La rencontre de la réalisation et de la promesse unilatérale n'a pas lieu.

Néanmoins, au regard de la position jurisprudentielle relative aux sanctions, la sûreté consentie en violation de la promesse unilatérale ne verrait pas sa réalisation bloquée. En principe, la violation de la promesse unilatérale de vente se résout en dommages et intérêts[1233]. Le créancier poursuivant ou attributaire (tiers à la promesse) ne voit pas son droit amputé, il reçoit soit le prix de cession, soit la propriété du bien. En revanche, la responsabilité du promettant est engagée. Toutefois, si le tiers acquéreur ou attributaire est de mauvaise foi – il connaissait l'existence de la promesse – et si le bénéficiaire de la promesse a accepté cette promesse, la sanction est l'inopposabilité du transfert. Le bénéficiaire de la promesse peut alors lever son option[1234] et prendre la place du tiers acquéreur. Le créancier poursuivant voit sa situation inchangée puisqu'il reçoit le paiement du prix, mais le créancier attributaire est privé de la propriété du bien grevé[1235].

Cette position jurisprudentielle est très critiquée par la doctrine qui considère majoritairement que le promettant a déjà consenti au contrat définitif et que la conclusion d'un contrat en violation de la

---

[1232] Sur les effets de la promesse unilatérale, voir par exemple, **P. ANCEL**, Force obligatoire et contenu obligation el du contrat, *RTDCiv*. 1999, p. 771, spéc. n^{os}21, 22 ; **P. PUIG**, *Contrats spéciaux*, Dalloz, HyperCours, 5ème éd. 2013, spéc. n°181, n°184 ; **A. BÉNABENT**, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ème éd. 2010, spéc. n°144 ; **P. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER**, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, Droit civil, 6ème éd. 2012, spéc. n°111

[1233] A propos de la révocation de la promesse, voir : Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *Bull. Civ*. III, n°174 « *tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire* » ; Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993 n° 91-14.999, Inédit ; « *ayant rétracté sa promesse unilatérale de vente antérieurement à la levée d'option par le bénéficiaire, […] aucun contrat de vente ne s'étant formé entre les parties en l'absence de rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acheter, la demande en réalisation de la vente devait être rejetée*. »; *D*. 1994, p. 230, obs. **O. TOURNAFOND** ; *D*. 1994, p. 505, note **F. BENAC-SCHMIDT ;** ***D***. 1995, Somm. 87, obs. **L. AYNES** ; *AJDI* 1994. 351, étude **M. AZENCOT** ; *AJDI* 1996. 568, étude **D. STAPYLTON-SMITH** ; *RTD Civ*. 1994. 584, obs. **J. MESTRE ;** *JCP G* 1995, II, 22366, note **D. MAZEAUD** ; Dans le même sens, voir Cass., Civ. 3ème, 11 mai 2011**,** n° 10-12.875, *D*. 2011, p. 1457, obs. **D. MAZEAUD** *; D*. 2011, p. 1460, note **D. MAINGUY** ; *RTDCiv*. 2011. 532, obs. **B. FAGES** ; *JCP E* 2011. 1504 note **Y. PACLOT, E. MOREAU**; *JCP N* 2011. 1163, rapport **G. ROUZET**; *Rép. Not. Defrénois* 2011. 1023, note **L. AYNES** ; *CCC* 2011, comm. 186, obs. **L. LEVENEUR** ; *Bull. Joly* 2011. 652, note **D. MAZEAUD** ;
Pour un arrêt en sens contraire semant le trouble mais de faible portée (publié F+D) : voir Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n° 10-19.526 (F-D), *D*. 2011, p.2649, obs. **F. ROME** ; *D*. 2012, p. 130, obs. **A. GAUDEMET** ; *RTD Com*. 2012 p. 788, obs. **B. BOULOC** ; *Rev. Sociétés* 2012. 22, note **B. FAGES** ; *RTDCiv*. 2011. 758 ; *JPC* 2011. 1353, note **J. HEYMANN**, ; *JCP E* 2011. 1849, étude **S. SCHILLER** ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 211, obs. **R. MORTIER** ; *Bull. Joly* 2012. 10, note **F. DANOS**
Pour une analyse générale de la jurisprudence de la Cour de cassation voir notamment : **J.-P. BUS** Le fléchissement du consentement dans les promesses unilatérales de vente : analyse critique, *AJDI* 2012 p. 249.

[1234] **P. PUIG**, *Contrats spéciaux*, Dalloz, HyperCours, 5ème éd. 2013, spéc. n°181 et 184 ; **A. BÉNABENT**, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien,9ème éd. 2010, spéc. n°144 ; Voir dans ce sens, Cass. Civ. 3ème, 8 juil. 1975, *Bull. Civ*. III, n°49 ; Cass. Civ. 3ème, 20 févr. 1979, *JCP G* 1980, II, 19376, note **M. DAGOT** ; Cass. Civ. 3ème, 10 nov. 1982, *Bull. Civ*. III, n°221 – la jurisprudence oscille entre la nullité ou l'opposabilité.

[1235] Certaines questions techniques relatives à la satisfaction du créancier attributaire sont identiques en matière de droit de préemption et sont traitées dans les développements y afférant

promesse doit provoquer une exécution forcée de la promesse. Les projets de réforme de droit des obligations vont dans ce sens[1236].

378. **Le pacte de préférence, les droits de préemption et la réalisation des sûretés réelles**. Ensuite, le pacte de préférence se différencie du droit de préemption[1237] car ce dernier, est d'origine légale et d'ordre public. Il n'intervient que dans des contrats translatifs de propriété à titre onéreux[1238] et produit un effet *a posteriori* de substitution de contractant[1239]. En revanche, le pacte de préférence est conventionnel[1240], convenu en vue de la conclusion éventuelle d'un autre contrat. Il intervient *a priori*. [1241]

La pratique nomme parfois indistinctement les pactes de préférence, clauses de préférences, ou clauses de préemption, ou pactes de préemption[1242]. Toutefois, au plan théorique, tant du point de vue de l'origine du droit que du moment de sa mise en œuvre, il paraît nécessaire d'effectuer cette distinction. Les droits de préemption légaux n'empêchent pas vraiment la réalisation de la sûreté

[1236] Avant projet de réforme du droit des obligation sous la dir de P. Catala, article 1106 , p.77 http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf . « *La promesse unilatérale de contrat est la convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais* ***pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire****.*
La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis*.*
Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la promesse, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi. »
; Projet de réforme Terré, art 29 ; l'article 34 du projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie; Pour des travaux doctrinaux voir notamment **D. MAINGUY,** L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, *RTDCiv*. 2004, 1 ; **D. MESSAÏ-BAHRI**, La sanction de l'inexécution des avant-contrats au lendemain de l'avant projet de la réforme du droit des obligations, *LPA* 2006, n°146, p.12

[1237] Voir notamment, **L. ROZÈS**, Pacte de préférence et notions voisines, in Dossier Pacte de préférence : Liberté ou contrainte, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p. 38. Pour une présentation des trois critères de distinction du pacte de préférence et du droit de préemption voir : **A. GAUDEMET**, La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société, *Revue des sociétés*, 2011, p. 139, spéc. n°2

[1238] Voir : **M. DAGOT**, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988 ; spéc. n^{os} 9 et s. ; **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. p. 495. L'auteur précise que la distinction entre un pacte de préférence et un droit de préemption est que le droit de préemption n'est mis en œuvre que pour un contrat de vente alors que le pacte de préférence peut porter sur tout type de contrat. Toutefois au regard des textes applicables en matière de droit de préemption légal et de la liberté contractuelle étendue qui est laissée aux parties pour la création de droit conventionnel de préemption, cette affirmation semble erronée. Ce critère doit être rejeté.

[1239] Contra : Chapuisat, Réflexions sur le droit de préemption, *RDI*, 1981, p. 449 ; **F. COLLART-DUTILLEUL, P., DELEBECQUE**, *Les contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 9ème éd. 2011, spéc. p.78
Pour de plus amples développements, voir § n^{os} 562 et s.

[1240] Pour certains auteurs c'est l'origine du droit qui constitue le critère de différenciation des deux mécanismes.

[1241] Le moment de l'exercice du droit est un second critère de distinction du pacte de préférence et du droit de préemption. Dans ce sens voir notamment **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Le droit de préemption*, Préf. **P. Raynaud**, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CLXIV, LGDJ, 1979 ; **Y. CHARTIER**, Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers, in La stabilité du pouvoir dans les sociétés, *RJCom*. 1990, n spécial, p. 77

[1242] Voir dans ce sens, **A. GAUDEMET**, La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société, *Revue des sociétés*, 2011, p. 139, spéc. n°2

réelle ; ils seront donc traités au stade de la satisfaction du créancier[1243]. En revanche, le pacte de préférence intervient au stade de l'option en bloquant ou en ralentissant son exercice.

2. Le respect variable du pacte de préférence par le créancier poursuivant ou attributaire

Quand un bien grevé d'une sûreté réelle fait l'objet d'un pacte de préférence, lorsque le transfert de propriété intervient, soit à la constitution, soit à la réalisation, les droits créés par ces deux mécanismes entrent en conflit.

379. **L'existence du conflit entre le créancier garanti et le bénéficiaire du pacte, l'influence du contenu du pacte**. Avant de régler le conflit opposant le créancier garanti et le bénéficiaire du pacte de préférence, il faut préalablement que le conflit existe. En effet, comme pour l'agrément, le respect ou non du pacte de préférence dépend d'abord de sa rédaction. Les stipulations peuvent viser très largement la transmission ou l'aliénation du bien ou de manière plus restrictive, une opération particulière telle qu'une vente, un échange ou une donation[1244]. Le conflit n'opère que lorsque les opérations envisagées sont couvertes à la fois par le pacte de préférence et la réalisation de la sûreté.

380. **Les techniques de résolution des conflits**. Deux techniques de résolution des conflits sont concevables : la transposition des règles applicables aux droits de préemption ou l'application des règles d'opposabilité et de règlement des conflits d'actes du droit commun des obligations.

381. **Le rejet de l'extension par analogie des solutions dégagées en matière de droit de préemption**. Il est d'abord envisageable de raisonner par analogie avec le droit de préemption. C'est la solution retenue par Monsieur P. Puig au sujet de la fiducie-sûreté[1245]. La jurisprudence a déjà opté pour cette méthode notamment pour sanctionner la violation du pacte par un acquéreur de mauvaise foi[1246] par la nullité de l'acte passé en violation et par la substitution de l'acquéreur par le bénéficiaire du pacte.

[1243] Voir n^{os} 562 et s.

[1244] Voir **A. GAUDEMET**, La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société, *Revue des sociétés*, 2011, p. 139, spéc. n°9 ; A rapprocher de **C. GUILLAUNE DIT TAUNIÈRE, T. CHERIF**, Variations sur la notion de cession et termes voisins, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p.712, §145

[1245] **P. PUIG,** Le fiducie et les contrats nommés, in Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007, *Dr. et Patr*. juin 2008, n°171, p. 68, spéc. I.A.1

[1246] Cass. Mixte, 16 mai 2006, n° 03-19.376 ; *Bull Mixte*, n°4« *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à*

Néanmoins, le raisonnement analogique de la Cour de cassation n'est que partiel. La sanction de principe de la violation du pacte est l'allocation de dommages et intérêts. De plus, la nature des droits conférés au bénéficiaire du pacte et au titulaire du droit de préemption et la hiérarchie des normes s'opposent à l'utilisation de l'analogie. En effet, le pacte confère à son bénéficiaire un droit de créance personnel et conventionnel alors que le titulaire du droit de préemption bénéficie d'un droit légal. Le respect de ce droit constitue une règle d'ordre public[1247]. Le conflit opposant le titulaire de la sûreté réelle et le bénéficiaire du pacte de préférence ne peut donc recevoir les mêmes solutions que celui opposant ce même titulaire au bénéficiaire d'un droit de préemption. Il convient alors de se tourner vers le droit commun des obligations pour déterminer l'influence des pactes de préférence sur l'option du créancier garanti.

382. **La position jurisprudentielle en matière de procédures collectives**. En principe, le pacte de préférence est respecté par le droit des procédures collectives, particulièrement en cas de liquidation judiciaire. Le liquidateur « *ne peut pas passer outre […] un pacte de préférence* »[1248]. Le pacte doit donc être respecté par le liquidateur en cas de cession isolée d'un bien ou en cas de cession d'une branche d'activité, ou de plan de cession. Concernant le plan de cession, il convient d'apporter une atténuation au principe. En effet, il faut reconnaître au liquidateur le droit d'ignorer les pactes de préférence portant sur des éléments essentiels au sauvetage de l'entreprise car le respect de ces derniers empêcherait l'adoption du plan de cession et le sauvetage de l'entreprise[1249].

383. En dehors des hypothèses des procédures collectives, il semble que le respect des droits de préférence soit soumis à l'application des règles du droit commun des obligations.

384. **L'utilisation des règles du droit commun des obligations**. La question du respect des pactes de préférence par le créancier titulaire d'une sûreté réelle impose que les premiers soient

---

l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » ; *D.* 2006, 1861, obs. **P.-Y. GAUTIER**, *D.* 2006, p. 1861, obs. **D. MAINGUY (**critique de la décision dans son opportunité) ; *JCP* 2006, I, 176, n°1, obs. **F. LA BARTHE** ; *Revue des sociétés* 2007, p. 808, obs. **J.-F. BARBIERI** ; *Contrat Concurrence Consommation*, 2006, n°153, note L. **LEVENEUR** ; *Revue des contrats*. 2006, p. 1080, obs. **D. MAZEAUD** ; *Revue des contrats*, 2006, p. 1131, obs. **E. SAVAUX** ; *Rép. Not. Defrénois*, 2006, p. 1206, obs. **E. SAVAUX** ; *RTDCiv.* 2006, p. 550, os. **J. MESTRE, B. FAGES** ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1072, § 218, note **H. LE NABASQUE** ; *LPA* 18 sept. 2006, n° 186, p. 12, note **H. HOUBRON** ; *RJDA* 2006, p. 815, n° 883, et p. 796, Chron. **P. CHAUVIN**, Quelle sanction en cas de violation d'un pacte de préférence ? ; *Dr. et Patr*. oct. 2006, obs. **P. STOFFEL-MUNCK.**

[1247] Voir n^{os} 593 et s.

[1248] **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1152 ; Voir aussi Cass. Com., 13 févr. 2007, n°06-11.289 et n°05-17.296; Bull. Civ. IV, n°34 et n°38 ; *JCP E* 2007, 1322, obs. **LE BARS** ; *JCP E* 2007, 1450, n°3 et n°4, obs **P. PÉTEL** ; **A. LIÉNHARD**, Le pacte de préférence résiste aux procédures collective, *D.* 2007, p. 648

[1249] Voir dans ce sens : **A. LIÉNHARD**, Le pacte de préférence résiste aux procédures collective, *D.* 2007, p. 648 ; **P. PÉTEL**, obs sous Cass. Com. 3 févr. 2007, n°06-11.289, Bull. Civ. IV, n°34 ; *JCP E* 2007, 1450, n°4

opposables au second. Pour ce faire, il est nécessaire de déterminer les règles d'opposabilité des pactes de préférence, les sûretés réelles faisant, depuis 2006, à l'exception des privilèges généraux, spéciaux mobiliers et du privilège du syndic de copropriété l'objet d'une mesure de publicité aux fins d'opposabilité[1250]. En principe, en vertu de l'article 1165 du Code civil, « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, […]* ». L'opposabilité aux tiers peut prendre plusieurs formes, publication, dépossession, signification ou notification ou même l'information du tiers[1251] dans la mesure où l'information donnée lui donne connaissance de l'acte et peut constituer le tiers de mauvaise foi[1252]. Cette solution est toutefois exclue en matière de publicité foncière car la jurisprudence retient désormais le critère objectif de la publicité de l'acte[1253].

Le pacte de préférence ne fait pas toujours l'objet d'une publicité à des fins d'opposabilité. Le pacte statutaire d'actionnaire est publié en annexe du registre du commerce et des sociétés et cette publicité rend les statuts opposables aux tiers. Le pacte d'actionnaire extra statutaire n'est en principe pas publié et son opposabilité est soumise au droit commun des conventions. Le pacte de préférence portant sur un immeuble peut être publié à des fins d'opposabilité.

Il est nécessaire d'envisager différentes hypothèses de rencontre.

385. **Le pacte de préférence publié face à une sûreté réelle publiée**. Lorsque le pacte de préférence s'oppose à une sûreté réelle publiée, par exemple un nantissement de parts ou d'actions ou une hypothèque, si le pacte est publié antérieurement à la sûreté, le pacte doit être respecté. Toutefois, les modalités de mise en œuvre de ce respect ne sont pas déterminées par la loi. Il convient d'analyser la rencontre entre le pacte de préférence et chacun des modes de réalisation.

Face à une vente forcée, le respect du pacte de préférence s'impose pendant la phase amiable de la procédure. En matière immobilière, cette phase est cependant facultative. Deux solutions sont

---

[1250] Voir n[os] 202 et s.

[1251] Voir une présentation générale des moyens d'opposabilité, de publicité et des méthodes de résolution des conflits d'actes voir : **B DE BERTIER-LESTRADE**, *Les conflits d'acte juridiques en droit privé*, préf. **L. Rozès**, PUAM, 2003

[1252] **B DE BERTIER-LESTRADE,** Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes, *D*. 2011 p. 2954

[1253]Cass. Civ. 3[ème], 12 janv. 2011, n° 10-10.667, *D.* 2011 p. 851, note **L. AYNES** ; *D.* 2006 p. 1861, note **P.-Y. GAUTIER** ; *RTD Civ*. 2011 p. 158, obs. **P. CROCQ** ; *RTDCiv*. 2011. 369, obs. **T. REVET**; Rép. Not. Defrénois 2011, art. 39211, note **C. GRIMALDI**; Rép. Not. Defrénois art. 40020, note **J.-J. BARBIERI** ; Voir aussi **B DE BERTIER-LESTRADE,** Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes**,** *D*. 2011 p. 2954 ; **P. CROCQ**, Vers un abandon de la conception subjective en matière de publicité foncière ?, *RTD Civ*. 2011 p. 158 ; **L. AYNES,** Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire, *D.* 2011 p. 851. Pour des positions antérieures mais allant dans le même sens : **M. GOBERT**, La publicité foncière, cette mal aimée, *Etudes J. Flour*, 1979, p. 207; **M. DAGOT,** La publicité foncière, PUF, Thémis Droit, 1981, pp.136 et 192 ; P. Thery, Sûretés et publicité foncière, PUF, 1998, n° 387 ; **G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 1987, n° 767. Ces auteurs critiquent la jurisprudence alors en vigueur.

envisageables, soit considérer que la procédure est d'ordre public et que la décision du juge s'impose au bénéficiaire du pacte[1254], rendant ainsi le pacte caduc, soit considérer que l'existence du pacte impose le passage par la phase amiable.

Face à une attribution judiciaire en propriété, le pacte étant opposable au créancier, il doit proposer la transaction au titulaire du pacte. En cas d'acceptation, le créancier est privé de sa faculté de demander l'attribution judiciaire en propriété, le bien est vendu. Toutefois, son droit peut s'exercer sur le prix de vente du bien. Les modalités d'exercice du droit du créancier sur ce prix sont incertaines. Cette question se pose dans des mêmes termes similaires pour le droit de préemption, il est donc renvoyé aux développements s'y afférant[1255]. En matière d'attribution conventionnelle en propriété, la question se pose dans des termes identiques. La présence du pacte de préférence peut priver le créancier de sa faculté de demander l'attribution en propriété.

Pour des raisons de sécurité juridique et parce que le pacte de préférence est l'engagement de formuler une offre de contrat, lorsque ce dernier est opposable au créancier garanti, il est opportun de le purger préalablement au transfert de propriété[1256].

386. **Le pacte de préférence non publié face à une sûreté réelle publiée**. En revanche, si le pacte n'est pas publié ou s'il est publié postérieurement à la sûreté, il n'est pas opposable au créancier[1257] et il n'est pas nécessaire de le respecter.

Toutefois, si le bien grevé est vendu pendant la phase amiable de la vente forcée, la loi répute cette vente, vente de gré à gré, et le débiteur est le vendeur. En tant que partie au pacte de préférence, il doit le respecter et proposer la vente au bénéficiaire du pacte[1258]. Il est important de noter que le pacte peut alors constituer un avantage car il est nécessaire de trouver un acquéreur rapidement et que le bénéficiaire du pacte constitue un acquéreur potentiel.

Dans les hypothèses où le pacte de préférence doit être respecté, la violation de cette obligation n'est pas très contraignante à l'encontre du créancier poursuivant ou attributaire de bonne foi. La sanction se résout en dommages et intérêts. En effet, la portée de la publicité est discutée, notamment concernant la publicité foncière. Elle permet seulement de créer une présomption de

---

[1254] **J. GHESTIN, B. DESCHÉ**, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, spéc. p.198.

[1255] Voir n^{os} 593 et s.

[1256] Dans ce sens, voir : **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, suppl. n°20, I, 8 ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010, spéc. n°1087

[1257] Sauf à pour le bénéficiaire du pacte à démontrer que le créancier avait connaissance du pacte et de sa volonté de s'en prévaloir.

[1258] Toutefois, parce que la jurisprudence impose la preuve de l'intention de contracter par le bénéficiaire du pacte, la violation de l'obligation, sauf à rapporter cette preuve, se résout en dommages et intérêts

connaissance du pacte par le tiers[1259], mais elle est insuffisante à le constituer de mauvaise foi et à provoquer la substitution d'acquéreur. Il est nécessaire de rapporter la preuve de l'intention du bénéficiaire du pacte de s'en prévaloir.

387. **Le pacte de préférence face à une sûreté non soumise à publicité.** Le pacte de préférence peut être opposé à une sûreté n'ayant pas fait l'objet de mesures de publicité, comme les privilèges généraux, les privilèges spéciaux mobiliers ou la fiducie-sûreté mobilière. Si le pacte est publié, le créancier titulaire de la sûreté non publiée doit le respecter. En revanche, si le pacte n'est pas publié, le créancier garanti n'est pas tenu de respecter le pacte sauf s'il en a connaissance.

Le créancier souhaitant réaliser une sûreté portant sur un bien grevé d'un pacte de préférence ou soumis à un agrément social peut se trouver dans l'impossibilité d'exercer son option par protection du droit des tiers bénéficiaires. Il en va de même en matière de cumul de sûretés, lorsque le créancier est titulaire d'une sûreté réelle et d'un cautionnement. La loi et la jurisprudence prévoient des mécanismes de protection de la caution.

§2. La protection des intérêts de la caution

La liberté de réaliser est grande mais l'option est considérablement élargie en cas de cumul de sûretés. L'obligation est garantie par plusieurs sûretés, lors de la défaillance du débiteur, le créancier peut choisir de réaliser la sûreté qui lui paraît la plus appropriée. Le créancier peut cumuler des sûretés réelles ou combiner des sûretés réelles et des sûretés personnelles. L'intérêt de combiner sûreté réelle et sûreté personnelle est de bénéficier, au moment de la défaillance du débiteur, d'une double protection reposant sur des mécanismes complémentaires, l'ajout d'un droit réel sur un bien et celui du gage général d'un tiers pour le cautionnement. La sécurité pour le créancier est plus grande. En cas de défaillance de la caution, il peut utiliser son droit réel. De manière réciproque, en cas d'insuffisance de la valeur du bien à payer la créance garantie, il peut agir contre la caution.
Dans ces hypothèses, se pose la question de la préservation des droits du tiers garant.

[1259] **P.-Y. GAUTIER**, Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica*, *D.* 2006 p. 1861, spéc. n^{os} 5 et s ; **L. AYNÈS,** Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire, *D.* 2011 p. 851

388. **L'exclusion de la préservation des droits du garant autonome et de l'auteur de la lettre d'intention**. Aucune difficulté n'est rencontrée à propos de la garantie à première demande dans la mesure où le garant est débiteur d'une obligation de payer une somme d'argent qui lui est propre et autonome par rapport à l'obligation garantie. Sauf fraude, le garant ne peut arguer que le choix du créancier de réaliser une sûreté plutôt qu'une autre lui nuit. Aucune difficulté n'est envisagée en matière de lettre d'intention dans la mesure où le constituant s'engage à soutenir le débiteur dans l'exécution de son obligation. Sous réserve de l'hypothèse de la fraude, la présence de la lettre d'intention ne devrait pas influer sur l'option du créancier quant à la sûreté à réaliser. En outre, les règles visant à protéger le garant en cas de cumul de sûretés et qui sont exposées ci-après, ne concernent que la caution.

389. **L'hypothèse développée, la protection de la caution**. Contrairement aux lettres d'intention et aux garanties autonomes, lorsque le créancier cumule un cautionnement et une sûreté réelle, les droits de la caution viennent limiter la liberté d'option du créancier. Le cautionnement est une sûreté fondée sur un lien d'accessoire fort entre l'obligation garantie et l'engagement de garantie. L'engagement étant subsidiaire, l'appel en garantie est conditionné à la défaillance du débiteur garanti et la caution peut, en principe[1260], se prévaloir d'un bénéfice de discussion. En outre, la caution n'a pas vocation à supporter le poids définitif de la dette garantie. Une fois le paiement effectué, elle se trouve subrogée dans les droits du créancier. Pour maintenir l'efficacité de son recours subrogatoire, le législateur a prévu des mécanismes de protection, notamment en présence de cumul de sûretés. Ainsi, le bénéfice de discussion (A) ou le droit à la subrogation d'action (B) imposent le recours à certains modes de réalisation ou commandent une hiérarchie dans les poursuites à mener.

A. Le bénéfice de discussion de la caution simple, instrument d'orientation des poursuites

390. **Le bénéfice de discussion de la caution simple**. Dans l'hypothèse d'un cautionnement simple[1261], la caution dispose d'un droit appelé bénéfice de discussion qui puise son origine dans le caractère accessoire et subsidiaire du cautionnement. Il constitue une faveur faite à la caution simple[1262] à laquelle elle peut renoncer. La caution est appelée en paiement si le débiteur défaille.

[1260] Sauf les cas où le cautionnement est solidaire.
[1261] Les cautions solidaires et judiciaires sont exclues de ce dispositif.
[1262] En effet, la caution solidaire ou judiciaire ne peut pas s'en prévaloir. Voir dans ce sens **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *T**raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. n°791

La caution peut donc demander au créancier de poursuivre préalablement le débiteur[1263]. En ce sens, la présence de la caution oriente le choix du créancier quant à la réalisation de la sûreté.

Le créancier dispose en principe du droit de réaliser sa sûreté. Il ressort des termes de l'article 2299 du Code civil, que le créancier n'est contraint de discuter les biens du débiteur que lorsque la caution le requiert. Ainsi, lorsque le créancier actionne la caution, il n'a pas à faire la preuve de l'insolvabilité de son débiteur[1264]. De plus, la discussion devrait être exclue lorsque le débiteur est insolvable, même si la preuve de l'insolvabilité est extrêmement difficile à rapporter[1265]. Il nous semble toutefois, qu'une présomption d'insolvabilité devrait être reconnue lorsque le débiteur est placé en liquidation judiciaire, en rétablissement personnel ou en rétablissement professionnel.
Pour exercer son droit, la caution simple doit, en principe, se prévaloir de celui-ci dès les premières poursuites dirigées contre elle[1266]. Cette exception[1267] dilatoire[1268] doit, conformément aux règles de procédure civile[1269], être invoquée *in limine litis*[1270] à peine d'irrecevabilité[1271]. La caution doit ensuite indiquer au créancier poursuivant tous les biens susceptibles d'être discutés[1272]. Ces derniers doivent permettre de recouvrer une part importante de la dette. L'objectif ici est d'éviter que le créancier ne pâtisse de la discussion qui doit donc être simple et peu longue. Ces objectifs semblent exclure de la discussion les biens qui ne sont plus en la possession du débiteur[1273].

[1263] Article 2298 du Code civil. Pour une présentation des règles voir notamment : **D. LEGEAIS,** *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013, spéc. n°272 et s.
[1264] Déjà dans ce sens, **A. DUPIN,** Œuvres de ***POTHIER,*** *Dissertation sur Pothier, Traité des, Obligations*, éd. Mise en œuvre par **A. DUPIN**, Tome 1, Paris, Béchet, 1824-1825, spéc. n°411 ; Voir aussi **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF,** ***T****raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. n°788
[1265] **PONT**, *Explication théorique et pratique du Code civil, traité des petits contrats*, Tome 9, 2ème éd. Delamotte, 1877-1878, spéc. n°157 ; **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF,** ***T****raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. n°796 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6ème éd., 2012, spéc. n°184
[1266] Article 2299 du Code civil
[1267] Article 2299 du Code civil « *Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les poursuites exercées contre elle* ».
[1268] Au sens de l'article108 du code de procédure civile, c'est une exception qui permet de suspendre l'instance en cours lorsque le demandeur dispose notamment d'un bénéfice de discussion ou de division.
[1269] Article 74 du code de procédure civile prévoit que les exceptions dilatoires doivent, en toute logique, être invoquées avant toute défense au fond
[1270]. Voir aussi **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6ème éd., 2012, n°186 ; Cass. Civ. 1ère, 15 juil. 1999, n° 97-10.882 ;*Bull. Civ.* I, n°236 ; *D.* 1999, IR, p.224. Dans cet arrêt la Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel qui avait refusé d'accueillir la demande en discussion, pour la première fois, en appel.
[1271] Cass. Civ. 1ere, 15 juil. 1999, *Bull. Civ. I*, n°236 ; n° 97-10.882 ; *D.* 1999, IR, p.224
[1272] Les biens doivent être désignés dans un même temps et non de façon échelonnée.
[1273] **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF,** ***T****raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. n°796

De plus, la caution doit faire l'avance des frais de discussion[1274]. Cette disposition est marquée par l'équilibre recherché entre la protection des droits de la caution et la recherche de la satisfaction par le créancier. Il ne peut pas être imposé de frais supplémentaires au créancier poursuivant.
Il ressort de ces dispositions que la caution est protégée mais que cette protection n'empêche pas le créancier de recouvrer sa créance ni d'augmenter les frais de poursuites.

391. **Les effets du droit à discussion, le retard de la réalisation et l'orientation des poursuites**. L'exercice du bénéfice de discussion par la caution provoque deux effets. Premièrement, la réalisation est retardée car l'action en paiement intentée contre la caution est suspendue. Elle n'est reprise que lorsque la réalisation des biens s'est avérée insuffisante au recouvrement de la dette.
Deuxièmement, dans l'hypothèse d'un cumul de sûretés, l'existence du bénéfice de discussion impose indirectement au créancier un ordre dans les poursuites[1275]. Le créancier doit d'abord réaliser sa sûreté réelle avant d'intenter une action en paiement contre la caution. Cette disposition concerne toutes les sûretés réelles, sûretés fondées sur un droit de préférence mais également sûreté fondée sur un droit de propriété. Ainsi, le créancier peut cumuler, pour garantir le financement d'une opération, un cautionnement et un privilège du prêteur de deniers, un cautionnement et un gage ou une hypothèque, un cautionnement et une réserve de propriété. Mais si la caution simple invoque le bénéfice de discussion, le créancier doit d'abord réaliser sa sûreté réelle.

392. **La sanction du non respect du bénéfice de discussion, la décharge de la caution**. Si malgré la recevabilité de l'exception de discussion, le créancier demeure passif et ne discute pas les biens du débiteur, la caution est déchargée à hauteur de la valeur des biens qu'elle avait indiqués[1276]. Pour ce faire, la caution a la tâche de démontrer le lien de causalité entre la passivité du créancier et le non recouvrement de sa créance subrogatoire[1277].

Il est important de remarquer que cette règle est supplétive de la volonté des parties qui peuvent y déroger conventionnellement. La caution peut ainsi renoncer au bénéfice de discussion. Toutefois, lorsqu'elle ne renonce pas à son droit, l'exercice du droit à discussion retarde l'exercice de l'option

[1274] Il ne peut pas être invoqué pour la première fois en appel. Voir dans ce sens, Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, Bull. Civ. II, n°224
[1275] **M. MIGNOT**, *Droit des sûretés*, Montchrestien, LMD, coll. dir. B. Beigner, 2010, spéc. n°137
[1276] Article 2301 du Code civil.
[1277] **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF,** ***T****raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. n°799

et impose un ordre dans l'exercice de l'option. Un autre mécanisme de protection de la caution produit cet effet d'orientation, le bénéfice de subrogation prévu à l'article 2314 du Code civil.

B. Le bénéfice de subrogation de la caution, instrument d'orientation des poursuites

393. **La protection du recours subrogatoire de la caution par la déchéance**. L'article 2314 du Code civil prévoit que la caution est subrogée dans les droits, hypothèques et privilèges des créanciers qu'elle a payés. Si par le fait du créancier, la subrogation ne peut plus opérer, la caution est déchargée de son obligation[1278].

Une disposition comparable existe en matière d'indemnité d'assurance[1279]. Lors d'un sinistre, l'assureur est en principe subrogé dans les actions de l'assuré lorsqu'il dédommage le tiers lésé. Toutefois, l'assureur peut être déchu de son obligation envers l'assuré si la subrogation ne peut plus avoir lieu du fait de l'assuré. Si la caution et l'indemnité d'assurance sont des mécanismes différents, ils se rapprochent néanmoins car ils constituent des opérations à trois personnes dans lesquelles une première personne paye une seconde en lieu et place d'une troisième, ce paiement offrant au solvens un recours à l'encontre de la troisième personne. Si la subrogation réelle n'est pas maintenue, le solvens est déchargé de son obligation de payer.

394. **Les objectifs poursuivis, coercition et dissuasion**. Ces règles d'ordre public[1280] poursuivent plusieurs objectifs[1281].
Le premier objectif est un but coercitif. Il s'agit de protéger le recours subrogatoire de la caution car si elle est obligée à la dette, elle n'y contribue pas. Le recours subrogatoire a vocation à permettre à la caution de se retourner contre le débiteur et obtenir paiement de sa créance. La priver d'un tel recours c'est la transformer en un codébiteur. Or, le créancier est « *juridiquement le seul maître des sûretés jusqu'au paiement* »[1282]. Cependant, le manque de diligence du créancier fragilise le cautionnement car il aboutit à transformer la caution en un créancier « *chirographaire forcé* »[1283].

[1278] Article 2314 du Code civil « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.* »
[1279] Pour les assurances terrestres voir article L.121-12 du code des assurances et pour les assurances maritimes, voir article L.172-23 du même code
[1280] Elle ne peut faire l'objet d'une dérogation conventionnelle.
[1281] Voir notamment, **E. CORDELIER**, A propos de l'article 2037 du Code civil, Observation sur le droit préférentiel, *RTDCom*. 2004, p. 667
[1282] **L. AYNÈS** et **P. CROCQ,** *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, sept. 2004, spéc. n°280
[1283] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU,** *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 1996, spéc. n°421

Le second objectif a pour but de dissuader les créanciers d'effectuer des actes nuisant aux droits de la caution. La règle est inspirée par la protection de la caution contre l'abus de droit.

La protection du recours subrogatoire de la caution peut se situer à divers niveaux. La Cour de cassation a établi les cas dans lesquels la caution est déchargée, c'est-à-dire les cas dans lesquels la caution se trouve privée, du fait du créancier, d'un avantage préférentiel. Il en va ainsi notamment lorsque le créancier omet de déclarer sa créance à la procédure collective[1284] ou ne renouvelle pas l'inscription d'une hypothèque ou n'effectue pas l'inscription définitive ou encore lorsqu'il ne demande pas l'attribution judiciaire du gage dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Est seulement étudiée ici cette dernière hypothèse car c'est, à notre connaissance, la seule qui articule réalisation des sûretés réelles et cautionnement.
Il est revenu à la jurisprudence, au fil des décisions (1) d'interpréter l'article 2314 du Code civil afin de déterminer les conditions et les effets exacts de la déchéance (2).

1. L'évolution jurisprudentielle

395. **La caution, l'absence de demande d'attribution judiciaire du gage et la liquidation**. Le juge a été saisi de la question de l'articulation de la réalisation des sûretés réelles et du cautionnement dans différentes espèces. Les faits sont les suivants. Le créancier est titulaire à la fois d'un cautionnement et d'une sûreté réelle. Une procédure de liquidation judiciaire est ouverte, le créancier ne demande pas l'attribution judiciaire du bien et poursuit en paiement la caution.

La réponse à apporter a suscité une longue opposition entre la 1ère chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation. La 1ère chambre civile considérait que l'exercice de l'attribution judiciaire était une faculté et que le non exercice d'une faculté ne pouvait être constitutif d'une faute[1285]. Elle validait ainsi l'attitude du créancier qui avait préféré poursuivre la caution plutôt que de demander l'attribution judiciaire. Au contraire, la chambre commerciale considérait le non exercice de cette faculté comme constitutif d'une faute quand l'abstention privait la caution d'un droit dont elle aurait pu se prévaloir[1286].

[1284] L'absence de déclaration de créance empêche le créancier de participer aux répartitions et distributions. La Cour de cassation impose que la caution perde réellement un avantage mais la preuve de l'absence d'avantage reste à la charge du créancier. Voir notamment : Cass. Civ. 1ere, 3 juil. 2013, n°12-21.126, Publié au bulletin

[1285] Cass. Civ. 1ère, 22 mai 2002, n° 99-13.085, *Bull. Civ*. I, n° 133, *D.*, 2002, somm., 3336, obs. **L. AYNÈS**

[1286] Cass. Com., 13 mai 2003, n°00-15.404 ; *Bull. Civ.*, IV, n°73 ; *D.* 2003, AJ, 1696, obs. **V. AVENAT-ROBARDET** ; *Actu. Proc. Coll*. 2003, n°173, obs. **D. LEGEAIS**; *RDBF*, 2003, 192, obs. **F.-X. LUCAS**; *D.* 2004, Somm. 52, obs. **P.-M. LE CORRE** ; *Rép. Not. Defrénois* 2004, p. 884, obs. **J. HONORAT** ; Voir aussi : Cass. Com., 17 févr. 2009, n° 07-20.458,

La Cour de cassation réunissant une chambre mixte a mis fin à la querelle[1287]. Au visa des articles 2314 du Code civil, L. 621-40, L. 621-83, alinéa 4, et L. 622-21 du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la Cour a précisé que « *la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par le fait du créancier ; que la valeur de ces droits s'apprécie à la date d'exigibilité de l'obligation de la caution, c'est-à-dire à la date de la défaillance du débiteur principal, sauf si, à cette date, le créancier était empêché de mettre en œuvre la sûreté* ». Ainsi, la Cour de cassation s'est rangée à l'opinion de la chambre commerciale en reconnaissant que le créancier titulaire d'une sûreté réelle et d'un cautionnement commet une faute s'il ne demande pas l'attribution judiciaire et que cette abstention nuit à la caution ou lui cause un préjudice[1288], la privant de la subrogation des privilèges et hypothèques et de ses chances d'obtenir paiement.

396. **Les fondements de la solution – débat**. Bien que cette protection soit connue depuis le droit romain sous la forme du « *mandatum pecuniae credendae* » et communes à de nombreux systèmes juridiques étrangers[1289], les auteurs peinent à en dégager les fondements. De nombreuses explications ont été avancées par la doctrine, si bien que Monsieur P. Simler[1290], en ironisant, affirme qu'il existe autant d'explications que d'auteurs[1291]. Cette difficulté à établir le fondement juridique de cette déchéance en révèle la spécificité. Aucun mécanisme, aucune institution ne lui est semblable dans notre droit, sous réserve du parallèle qu'il est possible de faire en matière d'assurance[1292].

Bull. Civ. IV, n°22 obs **E. LE CORRE-BROLY** – Chronique mensuelle de droit des Entreprises en difficulté , Lexbase éd. Privée générale, N8944BI4, Mars 2009,n°342.

[1287] Cass., Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296, *Bull Civ.*, n°5 ; *JCP* 2005, II, 10130, note **P. SIMLER** ; *D.* 2005, AJ, 1773, obs. **X. DELPECH** ; *D.* 2005, 2020 obs. **S. PIÉDELIÈVRE** ; *RTDCom* 2005, p. 844, obs. **A. MARTIN-SERF** ; RDC. 2005, 1136, obs. **D. HOUTCIEFF**; solution confirmée par Cass. Com., 17 févr. 2009, n° 07-20.458, Chronique mensuelle de droit des Entreprises en difficulté , Lexbase éd. Privée générale, N8944BI4, Mars 2009,n°342, obs **E. LE CORRE-BROLY**

[1288] Cass. Com. 9 juil. 2013 n°12-19.949, *Inédit* ; *L'essentiel du Droit bancaire*, 1er oct. 2013 n° 9, p. 4, obs. **M. MIGNOT.** Dans cette affaire la chambre commerciale de la Cour de cassation indique que l'absence de demande d'attribution judiciaire n'a pas occasionné de préjudice à la caution car les stocks étaient déjà anciens et que l'abstention de la banque n'avait pas contribué à une dégradation de leur valeur.

[1289] **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *T**raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. nos1132 et s ; **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010, spéc. n°299

[1290] **P. SIMLER**, La renonciation de la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil, *JCP* 1975, 1, 2711, n° 9

[1291] Pour une présentation générale et critique des différentes analyses voir : **P. SIMLER**, La renonciation de la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil, *JCP* 1975, 1, 2711, nos 10 et s. ; **C. MOULY**, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec 1979, nos 418 et s. ; **D. HOUTCIEFF**, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, *RTDCiv*. 2006, p. 191, spéc. nos20-27 ; **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *T**raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. nos1119 et s.

[1292] Voir § précédent

Schématiquement, plusieurs courants doctrinaux s'affrontent. Pour Trolong, la règle reposait sur le bénéfice de discussion[1293]. Cette théorie a peu convaincu le reste de la doctrine[1294] qui s'accorde unanimement sur la protection de la subrogation.

Toutefois, les opinions des auteurs diffèrent sur le fondement de la sanction du défaut de subrogation. Pour certains auteurs, il s'agit d'une responsabilité délictuelle[1295], quasi délictuelle[1296] ou contractuelle[1297] particulière[1298] pour faute présumée. D'autres y préfèrent la théorie de la cause[1299] ou encore de la condition[1300] de l'engagement de la caution. D'autres encore plaident pour un cas de déchéance légale fondée sur la violation des principes généraux du contrat et notamment le caractère accessoire[1301] de l'engagement, la bonne foi[1302] et l'équité[1303]. Ces différentes explications peinent à offrir une explication éclairante. En effet, la responsabilité contractuelle se heurte au caractère unilatéral de l'engagement de la caution et peut s'avérer incompatible avec la causalité et les effets de la subrogation réelle. La faute dont il est question ici dépend, contrairement à la faute de la responsabilité civile, des circonstances dans lesquelles l'inaction du créancier a

---

[1293] **R. TROLONG**, *Droit civil expliqué*, t.17, *Du cautionnement et des transactions*, Paris, Hingary, 1846, n°538, in fine, p. 479

[1294] Pour une vive critique voir **F. LAURENT**, *Principes du droit civil français*, 4ème éd. t. 28, 1887, n°304 et 305 . L'auteur indique que cette analyse « *combattue et réfutée si souvent que l'on peut affirmer qu'elle est ruinée dans ses fondements.* » ; **C. MOULY**, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. **M. Cabrillac**, Litec 1979, n° 420

[1295] Voir notamment : **B. VIGNERON**, note sous Dijon, 22 mars 1974, *D.* 1974, J, p. 387, spéc. p. 388, dernière colonne

[1296] Voir notamment **G. BAUDRY-LACANTINERIE**, et **A. WAHL**, t. 4, n°1174, p. 611 ; J. Flour, Cours de droit civil, Licence 3ème année, 165-1966, Paris : Cours de droit, p. 139 ; Voir aussi Req. 4 nov. 1896, DP. 1897, 1, 529, note **G. GUÉNÉE** ; Cass. Civ. 5 oct. 1964, D. 1965, 42 ; JCP G 1965, II, 13979.

[1297] L'obligation contractuelle serait plus mois formulée mais résiderait dans « *l'engagement pour le créancier de conserver les droits préférentiels qu'il détient contre le débiteur, et qui est alors tacite, et qui constitue une obligation accessoire de moyen* ». **C. MOULY**, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec 1979, n° 425

[1298] Dans ce sens, voir notamment, **R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**, , *Cours de droit civil français, t. 13, Les sûretés personnelles et réelles*, par **VOIRIN,** Rousseau, 1948, n°102 ; **J. MESTRE**, *La subrogation personnelle*, préf. **P. Kayser**, LGDJ, 1979, nos 630 et s ; **M. GRIMALDI**, *D.* 2000, p. 665, obs. sous Cass. Com. 26 avril 2000 n°96-21.942 et Cass. Com. 14 mars 2000 n°96-22.780 ;

[1299] Se fondant sur la cause objective voir : **A. COLIN, H. CAPITANT,** par **JULLIOT DE LA MORANDINIÈRE**, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, Dalloz, 10ème éd. 1948, n°1419, p ; 904 ; **L. JOSSERAND**, *Cours de droit positif français*, t. II, Paris, Sirey, 2ème éd. 1933, n°1490. L'auteur en conclue que le cautionnement n'est pas un engagement unilatéral mais un engagement synallagmatique. Cette position revient à admettre que la sanction se fonde sur l'exception d'inexécution ;

Se fondant sur une cause subjective voir **P.-A. SIGALAS**, *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, th. Aix en Provence, 1959, spéc. n°97. Auteur cité par **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *T*raité de droit civil, *Les sûretés personnelles*,** dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. nos1127 ; **P. SIMLER**, La renonciation par la caution au bénéfice de l'article2037du Code civil, *JCP G* 1975, I, 2711, spéc. n°12

[1300] **P. SIMLER**, La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil, *JCP G* 1975, I, 2711, spéc. nos18 et s ;

[1301] Voir notamment, **AUBRY ET RAU,** *Cours de droit civil français*, T. 6, par **BARTIN**, 5ème. éd. 1920, spéc. §429, note 11 ter ; **H., L., J. MAZEAUD, PAR V. RANOUIL ET F. CHABAS,** *Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, Leçons de droit civil, 6ème éd. 1988, spéc. n°24

[1302] Voir notamment **B. VIGNERON**, note sous CA Dijon, 22 mars 1974, *D.* 1974, J, p. 387, spéc. p. 388, dernière col. 1 et 2 ; **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz,. Nouvelle biblio. des thèses, 2009, spéc. n°481

[1303] Voir notamment **P. PONT**, *Explication théorique et pratique du Code civil, Traité des petits contrats*, Tome 9, vol. 2, éd. Delamotte, 1867, n°374 ; **C. MOULY**, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec 1979, nos 442 et s. Pour cet auteur, « *le bénéfice de subrogation est l'application de la technique plus générale de la déchéance qui se fonde sur la bonne foi et l'équité* ». Il s'agit donc d'un cumul.

lieu[1304]. La jurisprudence ne l'admet pas toujours. Il n'est pas non plus certain que le maintien des sûretés soit la condition ou la cause réelle de l'engagement de la caution[1305]. Enfin, la déchéance légale apparaît plus comme un constat que comme une explication[1306].

Enfin de manière plus éclairante, Monsieur D. Houtcieff[1307] démontre que la déchéance est une sanction du mauvais comportement du créancier et que la règle se fonde sur la bonne foi et l'équité. Le créancier est titulaire d'un droit potestatif, un droit que lui seul, selon sa volonté, peut mettre en œuvre ou abandonner[1308]. Les droits de la caution dépendent de son attitude. Il doit donc agir de bonne foi. La déchéance viendrait alors sanctionner l'abus de droit.

397. **Vers la consécration d'un principe général étendu à l'ensemble des sûretés personnelles**. La recherche des fondements du bénéfice de subrogation de la caution aux droits du créancier peut sembler illusoire. La diversité des explications semble démontrer la singularité du mécanisme.

Au-delà de ces fondements, la règle apparaît comme la transposition d'un principe général[1309]. Elle a pour objet la protection de l'effectivité du recours subrogatoire de la caution. Or l'ensemble des sûretés personnelles offre au garant un recours subrogatoire à l'encontre du débiteur principal. Pour Monsieur N. Borga[1310], la protection de la subrogation de la caution a vocation à être étendue *de lege ferenda* à l'ensemble des garanties personnelles. Une telle extension conduirait à augmenter le domaine de l'orientation des poursuites et de l'éventuel abus de droit.

2. Le régime du bénéfice de subrogation et l'ordre de réalisation des sûretés

Les conditions requises (a) et les effets produits (b) par l'application de l'article 2314 du Code civil imposent au créancier un ordre dans la réalisation de ses sûretés. Il ne peut exercer son option indifféremment sur l'une ou l'autre de ses sûretés.

[1304] **D. HOUTCIEFF**, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, *RTDCiv*. 2006, p. 191 ; **A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *T**raité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010, spéc. n^os^1130

[1305] **P. SIMLER**, La renonciation par la caution au bénéfice de l'article2037du Code civil, *JCP G* 1975, I, 2711, spéc. n^os^12-13

[1306] **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, n°281

[1307] **D. HOUTCIEFF**, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, *RTDCiv*. 2006, p. 191, spéc. n^os^20-27 ; Voir aussi **A. MARTIN-SERF,** obs. sous Cass., Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296 , *RTDCom* 2005, p. 844 ; **Contra M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010

[1308] Voir notamment **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2011, sous le mot « potestatif ». Le droit est potestatif mais pas discrétionnaire et dans son exercice, le créancier doit prendre en considération les intérêts de tiers ou du débiteur.

[1309] **J. HONNORAT**, obs. sous Cass. Com., 13 mai 2003, *Bull. Civ*., IV, n°7 ;*Rép. Not. Defrénois* 2004, p. 884, spéc ; p.886

[1310] **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz, Nouvelle biblio. des thèses, 2009, spéc. n°481

a) Les conditions

Toutes les cautions peuvent invoquer la déchéance de l'article 2314 du Code civil. Toutefois, certaines conditions sont requises pour que la déchéance soit prononcée.

398. **Un moyen de défense au fond**. La caution ne peut invoquer la déchéance que comme un moyen de défense au fond[1311]. Elle doit donc être préalablement poursuivie par le créancier. C'est pour cette raison, parce qu'elle intervient avant que le créancier soit satisfait, qu'elle constitue un obstacle à l'exercice de son option et non un obstacle à sa satisfaction.

399. **Un fait privant la caution de la subrogation de droits privilégiés**. Le créancier doit commettre « *un fait* » dont la caractérisation pèse sur la caution et qui la prive de la subrogation de droits privilégiés. Ce fait peut-être une action ou une abstention, par exemple lorsque le créancier omet de demander l'attribution judiciaire du gage alors que le débiteur est placé sous le coup d'une liquidation judiciaire et actionne ultérieurement la caution. De même, si le créancier également titulaire d'une clause de réserve de propriété[1312] s'abstient de revendiquer les biens ou la créance de prix et actionne postérieurement la caution. La même solution est retenue lorsque la passivité du créancier prive la caution d'un droit de rétention sur le bien[1313].

400. **Une perte matérielle ou en valeur causée par le fait du créancier**. Le seul fait du créancier ne suffit pas à la déchéance du cautionnement. La jurisprudence exige que le fait du créancier ait causé la perte matérielle ou en valeur[1314] de tout ou partie du droit préférentiel de la caution. Cette perte, dont la preuve appartient à la caution, réside souvent dans le caractère illusoire de son recours subrogatoire. L'appréciation de cette valeur a lieu à la date de l'exigibilité de l'obligation de la caution, donc, en principe, à la date de la défaillance du débiteur principal, sauf si, à cette date, le créancier était empêché de mettre en œuvre la sûreté. Cette évaluation ne peut pas

---

[1311] **M. GRIMALDI**, *D.* 2000, p. 665, obs. sous Cass. Com. 26 avril 2000 n°96-21.942 et Cass. Com. 14 mars 2000 n°96-22.780

[1312] Voir notamment Cass. Com., 11 juil. 1998, *Bull. Civ*. IV, n°237 ; Cass. Com., 27 févr. 1996, *Bull. Civ*. IV, n°68; *D.* 1996, Somm. 269, obs. **L. AYNÈS ;** Voir aussi **A. MARTIN-SERF,** obs. sous Cass., Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296 , *RTDCom* 2005, p. 844

[1313] Voir notamment Cass. Com., 25 nov. 1997 ; *Bull. Civ*. IV, n°301; *RTDCom.* 1997, p.192, obs. **A. MARTIN-SERF** ; *D.* 1998, p.232, note **J. FRANÇOIS**

[1314] **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6ème éd., 2012, spéc. n° 265 ; Cass. Civ. 1ere, 24 février 1987, n° 85-12.406 ; Bull. Civ. I, n° 64, *D.*, 1987, somm., p. 451, obs. **L. AYNÈS** ; Cass. com., 5 juil. 2005, n° 04-12.770, *Bull. Civ*. IV, n° 150 ; Cass. Com. 9 juil. 2013 n°12-19.949, *Inédit* ; *L'essentiel du Droit bancaire*, 1er oct. 2013 n° 9, p. 4, obs. **M. MIGNOT**

avoir lieu antérieurement. « *A défaut, le créancier [serait] pénalisé de n'avoir pas exercé un droit qu'il ne pouvait exercer...* » [1315].

Dans les espèces évoquées précédemment, la caution, par l'abstention du créancier perd soit un droit au paiement préférentiel, soit un droit exclusif.

b) La déchéance, instrument d'orientation des poursuites

401. **La dispense proportionnelle de la caution à la perte subie, une diminution corrélative de la somme à verser**. Lorsque les conditions sont remplies, le créancier est déchu du cautionnement. Cette déchéance ne réside plus aujourd'hui dans l'attribution de dommages et intérêts à la caution ; ces derniers se compensant ensuite avec la créance du créancier. La jurisprudence décharge, c'est-à-dire dispense, la caution de procéder au paiement. Toutefois, cette décharge est proportionnelle à la perte subie[1316]. Elle peut donc n'être que partielle.

La proportionnalité de la décharge apporte un équilibre au mécanisme. Le droit du créancier à réaliser ou poursuivre est seulement cantonné à ce qui est nécessaire à la protection de la caution.

402. **L'orientation de l'option conséquence de la dispense**. La déchéance du créancier poursuit deux fonctions. Elle constitue un moyen de protéger la caution contre la négligence du débiteur à son égard mais elle est corrélativement un moyen coercitif à l'encontre du créancier. Elle constitue une sanction du mauvais comportement du créancier, d'un abus de son droit de réaliser. Néanmoins, depuis un arrêt de la Cour de cassation réunie en chambre mixte[1317], suivi d'un arrêt de la première chambre civile[1318], sont sanctionnés le défaut d'inscription définitive d'une sûreté provisoire et l'absence d'inscription d'un privilège de préteur de deniers du fait de la passivité du créancier. La jurisprudence semble mettre à la charge du créancier une obligation de maintien des droits de la caution sur les sûretés réelles. Monsieur D. Houtcieff explique qu'est sanctionné un manquement à l'obligation de coopération mise à la charge du créancier.

[1315] Cass. Com., 17 févr. 2009, n° 07-20.458, obs **E. LE CORRE-BROLY** – Chronique mensuelle de droit des Entreprises en difficulté , Lexbase éd. Privée générale, N8944BI4, Mars 2009, n°342

[1316] Voir notamment **S. PIEDELIÈVRE**, obs. Sous Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, *D.* 2005, p.52 ; Voir aussi **P. PONT**, *Explication théorique et pratique du Code civil, Traité des petits contrats*, Tome 9, vol. 2, éd. Delamotte, 1867, spéc. n°374. L'auteur cite une très ancienne décision de la Cour d'appel de Toulouse. CA Toulouse, 2 janv. 1823, S. V., 23, 2, 118

[1317] Cass. Ch. Mixte, 17 nov. 2006 ; *RTDCom.* 2007, p.215, obs. **D. LEGEAIS**; *JCP G* 2005, II, 10130, obs. **P. SIMLER**; *RTDCiv.* 2006, p. 196, obs. **D. HOUTCIEFF**

[1318] Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531 ; *Bull. Civ. I*, n°138 ; *RTDCiv.* 2007, p. 595, obs**. P. CROCQ ;** *D.* 2007, p. 1136, obs**. V. AVERAT ROBARDET ;** *RLDCiv.* mai 2007, p.35, obs. **G. MARRAUD DES GROTTES ;** *JCP G* 2007, I, 158, spéc. n°13, obs. **P. SIMLER ;** *RLDAff*, févr. 2008, n°24, p. 116, obs. **G. PIETTE ;** *Banque et Droit* mai-juin 2007, p. 60 , obs**. N. RONTCHEVSKY** ; *Dr. et Pat*r. janv. 2008, n°166, pp.82 et s. obs. **L. AYNÈS, P. DUPICHOT** ; *JCP E* 2007, n°23, p. 13, obs. **D. LEGEAIS** ; *Rev. des Contrats*, juil. 2007, n°3 p. 648, obs. **D. HOUTCIEFF** ; *LPA* 6 août 2007, n°156, pp. 4 et s obs. **D. HOUTCIEFF** ; *Banque et Droit*, mai juin 2008, p ; 40, note **J.-L. GUILLOT**

La chambre commerciale[1319] semble toutefois plus rétive que la première chambre civile car elle a refusé de prononcer la déchéance de la caution sur le fondement de l'absence d'inscription d'un gage sur un véhicule automobile. Toutefois, la situation qui lui était soumise, n'était pas identique dans la mesure où la sûreté n'existait pas encore au jour de la constitution du cautionnement.

Parce qu'elle constitue une menace et une sanction du créancier, la déchéance de la caution impose au créancier un ordre de poursuite[1320]. Elle impose au créancier d' « *agir avec méthode et sans précipitation : d'abord réaliser le gage, puis actionner la caution* ». En cas de cumul avec une sûreté réelle, le cautionnement apparaît alors comme « *une sûreté subsidiaire* »[1321].

C'est en ce sens que la règle de la décharge de la caution constitue une mesure d'orientation des poursuites et de la réalisation. Elle ne prive pas le créancier de son droit de réaliser sa sûreté mais elle le limite en lui imposant l'ordre dans lequel les sûretés doivent être réalisées, d'abord la sûreté réelle puis le cautionnement.

***

Conclusion du Chapitre 1

403. La protection des intérêts économiques du débiteur, spécialement du « débiteur entreprise » par les procédures collectives, tend à paralyser le droit d'option du créancier au profit du sauvetage de l'entreprise en difficulté dans la procédure de sauvegarde et celle de redressement, voire d'un nouveau départ offert au débiteur. *De lege lata*, le traitement des créanciers titulaires de sûretés réelles par le droit des procédures collectives est hétérogène et va de la paralysie totale à l'absence d'influence. *De lege ferenda*, il est proposé de soumettre l'ensemble des créanciers, y compris les titulaires de propriétés-sûretés et les sûretés réelles assorties de droits de rétention, à l'interdiction de la réalisation pendant la période d'observation des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ainsi que pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement. La paralysie toucherait également les sûretés réelles en cas de continuation de l'activité suite à l'ouverture d'une liquidation judiciaire. En revanche, les sûretés retrouveraient leur efficacité si le bien objet de la sûreté n'était pas indispensable à la procédure ou au sauvetage de l'entreprise ou bien si ce sauvetage était impossible.

[1319] Cass. Com., 19 déc. 2006, n°04-19.643, *Bull. Civ. IV*, n°267; *D.* 2007, p.369, obs. **V. AVERAT ROBARDET** ; *RTDCom*. 2007, p ; 590, obs. **B. BOULOC**.
[1320] **A. MARTIN-SERF,** obs. sous Cass., Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296 , *RTDCom* 2005, p. 844
[1321] **X. DELPECH**, note sous Cass., Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296 , *D.* 2005, AJ, 1773

Parallèlement à la protection de ces intérêts économiques du débiteur, doivent également être respectés les droits nés de contrats opposables au créancier. Ainsi, le créancier titulaire d'une sûreté réelle doit respecter, quel que soit le mode de réalisation choisi, l'agrément ou les pactes de préférence. S'imposent également au créancier, les droits de la caution en cas de cumul de sûretés. En effet, le créancier doit respecter le bénéfice de subrogation de la caution prévu à l'article 2314 du Code civil. Au-delà, en cas de cumul de sûretés, s'il peut en principe réaliser la sûreté de son choix, il ne peut exercer son droit avec la volonté de nuire aux constituants des autres sûretés qu'il choisit de ne pas réaliser.

Ces protections visent le constituant en toutes hypothèses et en toutes ses qualités. Par ailleurs, la loi prévoit d'autres règles de protection spécifiques à la personne physique.

Chapitre 2. La protection spéciale du constituant personne physique

404. **De la contrainte physique à la protection du débiteur**. Historiquement, le débiteur n'a pas toujours été physiquement protégé. Sous l'empire du droit romain, par le biais de la « *manu injicere* » il pouvait, au terme de la procédure, devenir la propriété de son créancier et être vendu comme esclave par delà le Tibre ou être mis à mort[1322]. Sous l'empire de l'ancien droit, l'emprisonnement privé a été interdit mais l'emprisonnement pour dettes et l'excommunication constituaient des sanctions de la défaillance du débiteur[1323].

Désormais depuis l'abolition de la contrainte par corps par la loi du 22 juillet 1867[1324], puis sa consécration en droit fondamental par le droit européen[1325], l'exécution ne peut s'opérer que sur ses biens et il en va de même de la réalisation des sûretés réelles.

La protection du débiteur a encore été renforcée par la redécouverte, à partir la seconde guerre mondiale du concept juridique de dignité humaine. Mais ce dernier ne prend réellement son essor qu'à partir du milieu des années 1990. La protection de ce qui fait l'humain impose aussi certaines limites à l'attitude du créancier du débiteur personne physique.

405. **Le concept de dignité humaine**. Le concept juridique de dignité de la personne humaine renvoie aux concepts philosophiques et religieux[1326] de dignité humaine qui puisent leurs

[1322] Voir notamment : **J. GAUDEMET**, *Les institutions de l'Antiquité :* Domat, 7ème éd. 2002, pp. 249 et s. ; Schématiquement, la *manu injectio* était prévue par la Loi des douze tables. Elle se déroulait en plusieurs phases. Le juge accordait la manu *injectio* au créancier ce qui lui donnait le droit d'emprisonner son débiteur dans sa prison privée, puis de le présenter à trois marchés successifs dans l'espoir que l'un de ses proches paie la dette. A défaut, il pouvait le vendre comme esclave par delà le Tibre ou l'exécuter. La vie du débiteur était alors le prix de la dette.

[1323] Pour une présentation historique de l'évolution du droit de l'exécution forcée, voir : **F. VINCKEL,** *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 120, Droit de l'exécution, - Présentation générale, spéc. n°3

[1324] L. 22 juil. 1867 : D. 1867, 4, p. 75.

[1325] Voir notamment art 1er du Protocole 4 du 16 sept. 1963 à la CEDH : « *Nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle* »

[1326] Dans la religion chrétienne, la dignité humaine peut être illustrée par l'épisode de Jésus Christ et de la femme adultère, *Evangile de Saint Jean*, Chapitre 8, Versé 7. Voir encore *Catéchisme de l'église catholique*, Partie 3, Section 1, spéc. art. 1 et 2. Dans cette perspective, Dieu crée l'Homme à son image et sa dignité repose sur sa liberté individuelle. Cette perception s'inscrit dans la réflexion sur la notion « d'homme » que menèrent les théologiens, le définissant de manière intrinsèque, par son essence. Voir **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. **J. Ghestin**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, 2004, t. 411 spéc. nos 427 et s.

Plus largement voir le philosophe, **BUBER**, *Le Je et le Tu*, Paris, Aubier/Bibliothèque philosophique, 2002, p.114-115 ; **E. LEVINAS**, *Humanisme de l'Autre Homme*, Paris, Biblio/Essais, 1996, p. 62 ; Thèses citées, présentées, expliquées et confrontées par **S. TZITZIS**, *Droit et valeur humaine, L'autre dans la philosophie du droit, de la Grèce antique à l'époque moderne*, Buenos Books International, 2010 spéc. p 90 et s.

fondements dans l'humanisme[1327] plaçant l'individu au centre de la société et à la notion d'Homme en tant que personne.

Deux conceptions philosophiques de la dignité semblent s'opposer. Pic de la Mirandole fusionne l'idée de dignité avec celle de liberté[1328]. En revanche, selon Kant, la dignité humaine correspond « *au principe moral énonçant que la personne humaine ne doit jamais être traitée seulement comme un moyen mais comme une fin en soi ; autrement dit que l'homme ne doit jamais être employé comme un moyen sans tenir compte de ce qu'il est en même temps une fin en soi* »[1329]. Sans en donner une définition précise[1330], c'est dans cette dernière perspective que le droit appréhende ce concept comme « *l'essence de l'humanité* »[1331], désignant « *la qualité de l'humain dans l'homme* » comme la « *la désignation juridique de l'humanité de l'homme* »[1332]. Le concept de dignité comprend intrinsèquement l'idée de respect, de contrainte, elle « *consiste pour toute personne, à être reconnue et traitée comme un homme dans la communauté des humains […]* »[1333].Tout ce qui tend à déshumaniser, à réifier l'homme doit être interdit et sanctionné[1334]. Elle apparaît comme un droit matriciel, naturel et fondamental « *dont chacun ressent intuitivement la réalité de la force* »[1335].

[1327] L'humanisme est un courant philosophique universaliste né au XV siècle qui place l'être humain au cœur de son système et qui doit rechercher son épanouissement dans la raison et le libre arbitre. Cette idée de l'Homme au cœur du système est particulièrement bien illustrée par « L'Homme de Vitruve » de Léonard de Vinci. Pour une étude globale de l'évolution de la valeur humaine dans le droit voir **S. TZITZIS**, *Droit et valeur humaine, L'autre dans la philosophie du droit, de la Grèce antique à l'époque moderne*, Buenos Books International, 2010

[1328] **J. PIC DE LA MIRANDOLE**, *De la dignité de l'Homme*, 1496 ; Cette idée se retrouve également dans *Catéchisme de l'église catholique*, Partie 3, Section 1, spéc. art. 1 et 2. . Dans cette perspective, Dieu crée l'Homme à son image et sa dignité repose sur sa liberté individuelle

[1329] **A. LALANDE**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Puf Quadrige, 2006 ; Voir dans ce sens, **KANT**, *Fondamentaux de la métaphysique des mœurs*, Hachette Paris 1915, spéc. 2ème section « *Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans tout autre, toujours en même temps comme une fin et jamais comme un moyen* »

[1330] **C. SOURZAT**, *La renonciation en procédure pénale*, préf. **B. de Lamy**, LGDJ, Biblio sciences crim. T. 56, 2013, spéc. n°127

[1331] **B. EDELMAN**, note sous TGI Paris, 1er févr. 1995, *D.* 39ème cahier, p.572 ; **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[1332] **B. EDELMAN**, note sous TGI Paris, 1er févr. 1995, *D.* 39ème cahier, p.572 ; Voir aussi **M.-L. PAVIA**, La découverte de la dignité de la personne humaine, in *La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.4, spéc. p.5

[1333] **B. EDELMAN**, note sous TGI Paris, 1er févr. 1995, *D.* 39ème cahier, p.572 ; Voir aussi **M.-L. PAVIA**, La découverte de la dignité de la personne humaine, in *La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.4, spéc. p.5

[1334] Voir aussi **M.-L. PAVIA**, La découverte de la dignité de la personne humaine, in *La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.4, spéc. p.5 ; **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22, spéc. n°1344

[1335] **B. MATHIEU**, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire, *D.* 1996 Chron. p.282 , spéc. p.282 et 285 ; Voir aussi **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. **J. Ghestin**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, 2004, t. 411 spéc. p. 285, n°423; **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22 ;

D'abord entendue dans le sens d'une protection physique et psychique de l'homme, elle a ensuite été étendue à la protection sociale de ce dernier sans toutefois que les deux acceptions soient détachées l'une de l'autre.

406. **La redécouverte par le droit du concept de dignité de la personne humaine et la nécessité de son respect**. Toutefois au plan juridique et sociétal, la notion de dignité humaine est une notion redécouverte à partir de la fin des années 1980. Si elle sous-tend l'abolition de l'esclavage, elle faisait, à la fin du XIX° siècle, figure d'une belle endormie. Pourtant certaines voies, comme celle d'Henri Dunant[1336], s'élevaient pour la désigner et dénoncer les atteintes qui lui étaient portées par les atrocités des guerres napoléoniennes.

C'est surtout les deux conflits mondiaux qui lui ont asséné un réveil brutal. Spécialement, recherchant un homme « *parfait* », l'idéologie nazie a abouti à une déshumanisation industrialisée des hommes à deux égards, en animalisant ou en « *chosifiant* » les hommes n'entrant pas dans les critères prédéfinis[1337] et en utilisant les hommes comme des outils au service de cette idéologie. S'en suit une consécration directe dans la déclaration Universelle des Droit de l'Homme de 1948[1338] et un développement des tribunaux internationaux comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme en 1950. Depuis, le droit n'a cessé de faire émerger ce concept. Mais il ne prend son essor en droit positif qu'à partir de la fin des années 1980[1339].

Au plan interne, la dignité de la personne humaine se retrouve par exemple, dans la protection du corps humain et de la personne humaine édictée à l'article 16 du Code civil[1340], dans l'incrimination des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine[1341]. Elle se manifeste également, dans des

---

[1336] **HENRI DUNANT**, *Le souvenir de Solferino*., Genève, 1863. Décrivant les atrocités de la guerre alors qu'il assiste à la bataille de Solferino, Henri Dunant les dénonce et s'en indigne. Il fonde la Croix Rouge et devient le père du droit humanitaire.

[1337] Voir par exemple, **A. JARDIN**, *Des gens très bien*, Grasset, Le livre de poche, édition revue par l'auteur, 2001, spéc. p. 244, relatant les propos d'un veille dame demeurée fidèle au nazisme, « *C'est déplaisant à dire aujourd'hui mais nous ne voyions pas les Juifs comme des individus. Plutôt comme une masse indistincte à compacter, du fret*. ». D'autres exemple que le shoah sont aisément identifiables. Le nazisme ne reconnaissait pas d'humanité aux tsiganes et une humanité relatives aux slaves.

[1338] Le terme « dignité » y apparaît cinq reprises, deux fois dans le préambule, puis aux articles 1er, 22 et 23. La place prépondérante qui lui est donnée (première ligne du préambule et dans l'article 1er de la Déclaration) montre son importance et sa force.

[1339] Pour une vision d'ensemble de la question voir **E. DREYER**, Dignité (Droits fondamentaux et), in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, dir. **D. Chagnollaud, G. Drago**, Dalloz,2010, spéc. pp.249 et s.

[1340] « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Cet article est issu de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 ; Voir aussi **T. HASSLER, V. LAPP**, Droit à la dignité : le retour !, *LPA* 31 janv. 1997, n°14, spéc. p. 13 et 14

[1341] Voir Livre II – Titre Ier – Sous Titre Ier du code pénal. Voir par exemple, loi n°2001-434 du 21 mai 2001 définissant l'esclavage comme un crime contre l'humanité.

décisions politiques symboliques, telle que la restitution du corps disséqué de la « Venus hottentote » à l'Afrique du Sud en 2002[1342].

Le Conseil constitutionnel a conféré à ce principe une valeur constitutionnelle en 1994 à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité des lois de bioéthique en le rattachant au préambule de 1946[1343]. Les Cours européennes lui ont également reconnue une valeur supérieure[1344]. La consécration de ce principe comme une norme supérieure lui a permis de rayonner et d'être appliqué par l'ensemble des juridictions. Le Conseil d'Etat l'a, par ailleurs, incluse dans les composantes de l'ordre public aux côté de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité[1345]. Le respect de la dignité de la personne humaine est donc un principe d'ordre public. Le débiteur d'une créance, même garantie doit être traité dignement. Il ne peut être contraint par corps de s'exécuter, seuls ses biens peuvent être saisis, il a également droit au respect de sa vie privée. L'exécution ne peut avoir lieu dans des conditions vexatoires, humiliantes ou infamantes.

407. **La dignité de la personne humaine, la dignité sociale**. Au-delà de la protection du corps et de l'âme de la personne humaine, le droit a opéré un virage notionnel, « *un passage de la notion comprise comme l'être humain dans sa chair à la notion extensive comprenant l'existence matérielle* »[1346] de l'homme, conférant à la dignité humaine deux dimensions distinctes mais liées, une dimension physique et psychique et une dimension sociale[1347]. Cette imbrication des dimensions s'exprime tout particulièrement en matière de logement.

[1342] La Venus Hottentote, Saartjie Baartman, était une sud-africaine noire, aux attributs génitaux surdéveloppées. D'abord esclave, puis bête de foire, elle finit sa vie dans des bordels comme prostituée. Mais une fois morte, le baron Cuvier, anatomiste français qui voulait « l'examiner », rachète sa dépouille, la dissèque et l'exhibe au musée de l'Homme à Paris. Elle y fut exposée jusqu'en 1974. Cette femme fût un objet toute sa vie et même après sa mort. En 2002, les parlementaires français décidèrent de restituer sa dépouille à l'Afrique du sud. Elle y trouvera presque 200 ans après sa mort, une sépulture digne de son humanité. Voir : http://www.ina.fr/art-et-culture/musees-et-expositions/video/1932274001030/restitution-de-la-venus-hottentote-a-l-afrique-du-sud-par-la-france.fr.html

[1343] Préambule de 1946 premièrement et douzièmement.

[1344] CEDH, 22 nov. 1995, SW c/ Royaume Uni Série A 335B§44. La Cour décrit l'essence de la CEDH comme « *le respect de la dignité et des libertés humaines* »; CJCE 14 oct. 1994, Oméga, Aff. C_36/02, AJ 2005, 152, note Von Walter « *L'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit* »

[1345] CE, 27 oct. 1995, Commune de Morsan sur Orge, RFDA 1995, 1204, cc. Frydman ; **M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ,** *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 2009, 17ème éd. n°98, p. 701. Le Conseil d'Etat valide la décision d'un maire interdisant le spectacle de lancer de nain, même si la personne en question y a consenti. ; Voir aussi **M. CANEDO-PARIS**, La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé, *RFDA* 2008 p. 979

[1346] Voir notamment dans ce sens : **N. MOLFESSIS**, La dignité de la personne humaine en droit civil, in *La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.110, spéc. p.117 ; Voir aussi **X. BIOY**, La dignité justifie-t-elle le refus du concours de la force publique pour expulser un locataire ?, *AJDA* 2010, p. 448 ; **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22 , spéc. n°20

[1347] **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22, spéc. n°612 ; voir aussi **C. SOURZAT**, *La renonciation en procédure pénale*, préf. **B. de Lamy**, LGDJ, Biblio sciences crim. T. 56, 2013, spéc. note 11 p. 138.

Ainsi, par souci d'humanité[1348], le législateur a légiféré en matière de protection du logement en consacrant d'abord un droit au logement décent dont le Conseil Constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle[1349], puis un droit au logement opposable. Il a également imposé des règles relatives à l'insaisissabilité des biens servant aux personnes handicapées, des biens nécessaires à l'existence[1350]. Le législateur tente d'éviter que le constituant ne soit plongé dans une situation de grande pauvreté ou de grande précarité qui aboutirait à son exclusion sociale.

Conscient de cette double dimension de la dignité, principe d'ordre public, il convient de le confronter à la réalisation des sûretés réelles. Sur ce point, le droit des sûretés est purement silencieux. En revanche, le droit des voies d'exécution est imprégné de cette protection, instituant notamment des insaisissabilités. En outre, il sanctionne, par le biais de l'abus de droit, les procédures d'exécution forcée qui auraient lieu dans des conditions vexatoires ou humiliantes pour la personne saisie. Or si le droit des voies d'exécution était, avant l'ordonnance du 23 mars 2006, quasiment la seule voie pour la réalisation des sûretés réelles, la modernisation opérée par l'ordonnance impose de se questionner à nouveau sur la prise en compte, par les nouveaux modes de réalisation des sûretés de la dignité de la personne humaine. Le droit des procédures civiles d'exécution protège deux types de biens. Il préserve d'abord les biens qui sont nécessaires à une vie décente garantissant au débiteur le maintien d'un confort minimum (section 1). Il protège ensuite le lieu où vit le constituant, son logement (section 2). Enfin, la procédure de surendettement et la protection des personnes physiques à l'encontre du crédit à la consommation sont autant de garde-fous au profit de la dignité du débiteur car la procédure de surendettement constitue le dernier rempart contre l'exclusion (section3).

Section 1. La protection du cadre de vie
Section 2. La protection du logement
Section 3. La protection contre la marginalisation

Section 1. La protection du cadre de vie

[1348] **C. BRENNER**, *Voies d'exécution*, Dalloz, Cours, 6ème éd. 2011, spéc. n°70
[1349] Cconst., 19 janv. 1995 n°94-359 DC, LPA 1995, n°68, p. 9 ; Pour une critique négative de la décision au plan du droit constitutionnel voir **B. MATHIEU**, La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ?, *D.* 1996 Chron. p.282 , spéc. p.282, spéc. p. 286 ; Pour une critique positive et un bilan voir **A. DUPÉRÉ,** Contribution au principe de dignité humaine à l'objectif à valeur constitutionnelle de logement décent, VII ème Congrès français de droit constitutionnel – Congrès de Paris- Association Française de droit constitutionnel. Contribution mise en ligne sur le site de l'association : ww.droitconstitutionnel.org/congresparis/comC8/DupereTEXT.pdf
[1350] **F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligation*s, Dalloz, Précis, 11ème éd., 2013, spéc. n°1100

408. La dignité de la personne humaine[1351] implique la protection d'un minimum de ressources contre les actions des créanciers car « *elle vise l'être humain dans sa substance et dans sa subsistance* »[1352].

Les textes relatifs aux sûretés réelles ne semblent pas tenir compte de cette préoccupation. En revanche, cette problématique est traitée par le droit des procédures civiles d'exécution. En effet, le code des voies d'exécution répute insaisissables un certain nombre de biens corporels, nécessaires à la vie quotidienne ou aux soins du débiteur. Comme précédemment, rapporté au droit des sûretés, le débiteur désigne ici le constituant.

Avant les réformes touchant le droit des sûretés, le domaine d'application de ces insaisissabilités ne faisait pas débat. Elles étaient cantonnées aux voies d'exécution car les attributions en propriété étaient résiduelles et les propriétés-sûretés n'étaient pas considérées comme des sûretés par les textes législatifs. Depuis la réforme du droit des sûretés, la consécration de nouveaux modes de réalisation conduit à poser la question du domaine d'application des insaisissabilités.

De plus, eu égard à la valeur fondamentale de la dignité humaine, composante de l'ordre public, il peut être opportun de faire de l'insaisissabilité une règle plus large s'appliquant à tous les moyens d'exécution forcée directs ou indirects. Il conviendrait de donner à cette règle un caractère d'ordre public. Elle s'imposerait alors à la fois aux contractants et au juge[1353]. Tout acte, conventionnel ou non, contraire à cette règle serait frappé par une nullité absolue et le juge serait dans l'obligation de la soulever d'office.

Il convient donc de s'intéresser, d'abord, au domaine d'application de l'interdiction de réaliser les suretés préférentielles par le biais des procédures civiles d'exécution (§1), puis d'envisager la généralisation de cette interdiction à l'ensemble des sûretés réelles et à l'ensemble des modes de réalisation employés (§2).

§1. De lege lata, l'insaisissabilité de certains biens du débiteur personne physique

[1351] **O. SALATI**, *Biens insaisissables – Biens insaisissables dans la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992, J.-Cl. Voix d'exécution*, Fasc. 485, spéc. n°14 ; **F. ANDRIEUX, A.-D. PANSARD**, Table ronde – Le mythe du droit de gage général : les biens insaisissables, in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, dir. **A. Leborgne, E. Putman**, Coll. Droit et Procédure, 2009, p.17 , spéc. n^{os}44 et s. Ces auteurs et praticiens relèvent le caractère humanitaire des insaisissabilités de l'article 14 de la loi de 1991 devenus les articles L.112-2 et L. 112-3 du CPCE

[1352] **N. MOLFESSIS**, La dignité de la personne humaine en droit civil, in *La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.110, spéc. p.114

[1353] La règle d'ordre public s'impose au juge et aux cocontractants alors que la règle impérative ne s'impose qu'aux parties au contrat.

409. La loi 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992[1354] sont venus protéger le débiteur personne physique en lui garantissant « *un minimum vital* »[1355]. Cette règle bénéficie au constituant personne physique de la sûreté réelle réalisée.

La combinaison des articles L. 112-1 et suivants et des articles R. 112-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution offre une liste disparate de biens insaisissables. Ils peuvent toutefois être regroupés en trois catégories, les créances à caractère alimentaire, les meubles nécessaires à la vie quotidienne et au travail du saisi et de sa famille, les biens indispensables aux personnes handicapés et aux soins des malades[1356]. L'insaisissabilité n'a toutefois pas la même portée selon les cas. Certaines insaisissabilités sont absolues, empêchant toute poursuite, d'autres sont relatives, dépendant des circonstances.

[1354] Article L. 14-4 de la loi du 9 juillet 1991 devenu l'article L. 112-2 et l'article 39 du décret du 31 juillet 1992 devenu l'article R. 112-2 de Code des procédures civiles d'exécution.

[1355] **C. BRENNER**, *Voies d'exécution*, Dalloz, Cours, 6ème éd. 2011, spéc. n°70

[1356] Article L. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution : « *Ne peuvent être saisis :*
1° Les biens que la loi déclare insaisissables ;
2° Les biens que la loi rend incessibles à moins qu'il n'en soit disposé autrement ;
3° Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ;
4° Les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, sauf autorisation du juge, et, pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ;
5° Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat et sous réserve des dispositions du 6°. Ils deviennent cependant saisissables s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, s'ils sont des biens de valeur, en raison notamment de leur importance, de leur matière, de leur rareté, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux, s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ;
6° Les biens mobiliers mentionnés au 5°, même pour paiement de leur prix, lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de prestations d'aide sociale à l'enfance prévues aux articles L. 222-1 à L. 222-7 du code de l'action sociale et des familles ;
7° Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades. »
Article R. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution : « *Pour l'application du 5° de l'article L. 112-2, sont insaisissables comme étant nécessaires à la vie et au travail du débiteur saisi et de sa famille :*
1° Les vêtements ;
2° La literie ;
3° Le linge de maison ;
4° Les objets et produits nécessaires aux soins corporels et à l'entretien des lieux ;
5° Les denrées alimentaires ;
6° Les objets de ménage nécessaires à la conservation, à la préparation et à la consommation des aliments ;
7° Les appareils nécessaires au chauffage ;
8° La table et les chaises permettant de prendre les repas en commun ;
9° Un meuble pour ranger le linge et les vêtements et un autre pour ranger les objets ménagers ;
10° Une machine à laver le linge ;
11° Les livres et autres objets nécessaires à la poursuite des études ou à la formation professionnelle ;
12° Les objets d'enfants ;
13° Les souvenirs à caractère personnel ou familial ;
14° Les animaux d'appartement ou de garde ;
15° Les animaux destinés à la subsistance du saisi ainsi que les denrées nécessaires à leur élevage ;
16° Les instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle ;
17° Un poste téléphonique permettant l'accès au service téléphonique fixe ou mobile. »

410. **Les insaisissabilités humanitaires du droit des procédures civiles d'exécution.** La loi répute insaisissables les biens nécessaires à une vie décente. Dès lors, elle garantit le maintien d'un minium de revenus et de confort au constituant qui est saisi et à sa famille.
Les articles L. 112-2 et R. 112-2 du code des voies d'exécution réputent insaisissables les biens meubles « *nécessaires à la vie et au travail du débiteur saisi et de sa famille », « contenus dans la résidence du débiteur »*. Toutefois, l'insaisissabilité cesse dans certaines circonstances. C'est en cela que l'insaisissabilité est dite relative[1357]. Elle cède devant l'exceptionnelle valeur du bien et elle est inopposable au créancier ayant financé l'achat ou la fabrication du bien[1358]. Ainsi, les créanciers titulaires du privilège du vendeur et du prêteur de denier peuvent saisir ces biens et l'efficacité de leur sûreté s'en trouve accrue. Néanmoins, les autres créanciers titulaires de sûretés préférentielles se voient dans l'impossibilité d'utiliser les voies d'exécution comme mode de réalisation.

Il est à noter que les biens nécessaires au travail du constituant qui est saisi ne sont pas couverts par l'insaisissabilité lorsqu'ils composent un fonds de commerce. Ainsi, les créanciers peuvent toujours procéder à une exécution forcée de leur créance sur ces biens, même s'ils n'en ont pas financé l'achat. Toutefois, le sort des biens composant un fonds artisanal ou agricole n'est pas envisagé[1359]. Comme le remarque Monsieur M. Sénéchal, si l'application stricte du texte conduit à considérer comme insaisissables les biens meubles composant le fonds agricole ou artisanal, la logique de la constitution du fonds, le modèle que constitue le fonds de commerce, amène à réputer les éléments composant ces fonds saisissables[1360].

D'autres biens, tels que les biens indispensables aux personnes handicapées ou aux soins des malades, sont toujours insaisissables quels que soient leur valeur, le créancier auteur de l'action et les biens des personnes bénéficiaires[1361]. Ils sont protégés par une insaisissabilité absolue. Il en va de même des biens des personnes bénéficiant de prestations de l'aide sociale à l'enfance[1362]

[1357] Sur la distinction entre insaisissabilité relative et insaisissabilité absolue voir notamment : **R. PERROT, P. THERY,** *Procédures civiles d'exécution* , Dalloz, 2000, spéc. n°144
S. PIEDELIEVRE, *Droit de l'exécution*, Puf, Thémis droit, 2009, spéc. n°74
[1358] Article R112-3 du Code des procédures civiles d'exécution.
[1359] En outre, à notre connaissance il n'existe aucune décision de jurisprudence publiée ou rapportée traitant de cette question.
[1360] **M. SÉNÉCHAL**, *L'effet réel de la procédure collective, Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. **M.-H. Monsérie-Bon**, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002, spéc. n°361
[1361] La fortune personnelle de la personne handicapée n'est pas prise en compte pour déterminer le caractère insaisissable du bien en question.
[1362] Voir article L. 112-2 6° du Code des procédures civiles d'exécution.

A côté des biens corporels nécessaires à une vie décente, le législateur frappe d'insaisissabilité certaines créances. Il en est ainsi des créances alimentaires (sauf pour le créancier d'aliment)[1363] telles que la part insaisissable des créances de salaire[1364], d'allocation de chômage, de pensions de retraite, les créances de RSA[1365], les créances de remboursement de sécurité sociale[1366] et de certaines allocations comme l'aide sociale à l'enfance[1367], l'allocation adulte handicapé[1368] ou les allocations familiales[1369] mais également les pensions alimentaires et les prestations compensatoires[1370]. Cette insaisissabilité se reporte sur les comptes bancaires du débiteur[1371] si les sommes n'ont pas perdu leur caractère alimentaire[1372]. L'insaisissabilité de ces créances a pour but de garantir au débiteur un minimum vital de revenus.

411. **La distinction entre insaisissabilité et indisponibilité et la réalisation des sûretés réelles.** Ces règles qui édictent des insaisissabilités ou des indisponibilités influent sur le droit de demander l'exécution forcée, droit inhérent à la qualité de créancier. Toutefois, elles agissent aussi sur le

[1363] Voir article L.112-2 3° du Code des procédures civiles d'exécution

[1364] Voir article R. 3252-2 du code du travail. La réforme des procédures de surendettement du 26 juillet 2013 a prévu un aménagement de la règle de la part insaisissables des salaires. Afin que le débiteur qui est propriétaire de sa résidence principale puisse la conserver et éviter sa cession ,l'article L. 331-2 du Code de la consommation applicable au 1er janvier 2004 prévoit que les sommes versées en vue du remboursement des dettes peuvent, avec accord du débiteur et dans une limite raisonnable excéder la quotité insaisissable du salaire. Le législateur a opéré ici un arbitrage entre le droit au logement et l'insaisissabilité d'une part des rémunérations au profit du sauvetage du logement du débiteur.

[1365] Revenu de Solidarité Active.

[1366] Sauf pour le recouvrement du trop perçu (Voir article L.322-7 du code de la sécurité sociale.). Il en va ainsi des remboursements de frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques ou d'hospitalisation mais également des indemnités journalières.

[1367] Voir article L.222-4 du code de l'action sociale et des familles qui répute insaisissables et incessibles les allocations mensuelles perçues au titre de l'aide sociale à l'enfance.

[1368] Sauf pour les frais engagés pour l'entretien de la personne handicapée. Voir article L. 821-5 du code de la sécurité sociale

[1369] Pour des explications voir notamment **P. JULIEN, G. TAORMINA**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010, spéc. n°169

[1370] L'insaisissabilité des prestations compensatoires a fait débat. Rapportant les débats voir notamment **O. SALATI**, *Biens insaisissables – Biens insaisissables dans la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992, J.-Cl. Voix d'exécution*, Fasc. 485, spéc. n°17 et s ; **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, spéc. n°614 Sur l'insaisissabilité totale des prestations compensatoires, voir notamment Cass. Civ. 2ème, 10 mars 2005, Bull. Civ. II, n°66, ; *D*. 2005, Somm. p. 1604, obs. **G TAORMINA** ;. Dans cet arrêt la Cour n'applique pas aux prestations compensatoire le seuil de la part insaisissable des rémunérations et les répute totalement insaisissables sans tenir de leur véritable caractère alimentaire ou non. Les procédures collectives reconnaissent également le caractère alimentaire des prestations compensatoires. Dan ce sens voir notamment : Cass. Com. 8 oct. 2003, n°99-21682, et n°00-14.760 *; Bull Civ. IV*. n°151 et 152, *RTDCom*. 2004, p. 368, obs. **A. MARTIN SERF.**

[1371] Voir article R112-5 du Code des procédures civiles d'exécution. Pour une explication détaillée voir **P. JULIEN, G. TAORMINA,** *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010, spéc. n°174. **G. TAORMINA**, La protection des sommes insaisissables et les apports du décret n°2002-115 du 11 septembre 2002, *D.* 2002, Chron. p. 1848, spéc. pp 1852 et s ; **D. COURTILLAT, J. PANSIER**, La naissance du « RMI bancaire », *Gaz. Pal*., 12 déc. 2002, n°346, p. 2 ; **O. SALATI**, *Biens insaisissables – Biens insaisissables dans la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992, J.-Cl. Voix d'exécution*, Fasc. 485, spéc. n°22 ;

[1372] Par exemple, la CA Montpellier a pu juger qu'un débiteur dont les seuls revenus étaient constitués par le versement de RMI ne pouvait pas se prévaloir de l'insaisissabilité des sommes qu'il avait épargnées et qui provenaient de ce revenu, les sommes ayant perdu leur caractère alimentaire. CA Montpellier, 10 janv. 2005, n°04-00118, *Jurisdata* 2005-276834.

régime des sûretés réelles. Si elles s'appliquent en principe au débiteur saisi, dans le cadre des sûretés réelles, il s'agit du constituant.

Certains auteurs analysent les biens insaisissables et inaliénables comme ne pouvant pas constituer l'objet d'une sûreté réelle[1373]. Ils accordent à l'insaisissabilité et à l'inaliénabilité les mêmes effets qu'à l'indisponibilité. Cette proposition ne semble pas satisfaisante car le bien marqué d'une insaisissabilité même absolue n'est pas indisponible. En effet, « *l'insaisissabilité, au sens strict du terme, s'entend de l'état d'un bien qui, tout en appartenant au débiteur qui est libre d'en disposer, est exceptionnellement soustrait aux poursuites* »[1374] alors que l'indisponibilité est « *la qualité d'un bien qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition (aliénation ou constitution d'hypothèque, etc.)* »[1375]. Si l'indisponibilité entraîne l'insaisissabilité du bien, la réciproque n'est pas vraie. A notre sens, l'insaisissabilité (comme l'inaliénabilité conventionnelle) empêche seulement la liquidation forcée du bien, mais ne le rend pas indisponible. C'est cette analyse qu'a retenu la Cour de cassation dans un arrêt en date du 11 juin 2014[1376]. L'insaisissabilité ne paralyse donc pas la constitution d'une sûreté réelle, y compris d'une sûreté judiciaire conservatoire, mais elle en bloque la réalisation tant qu'elle perdure. Le propriétaire d'un bien seulement insaisissable peut alors en disposer et donc le grever d'une sûreté. Par exemple, il est parfaitement envisageable de constituer une sûreté sur des biens indispensables aux personnes handicapées ou nécessaires aux soins d'une personne malade. La réalisation de la sûreté par le biais des procédures civiles d'exécution est suspendue à la réalisation de la condition, c'est-à-dire à la perte du caractère indispensable du bien à la personne.

Ces insaisissabilités et indisponibilités sont respectées par le droit des procédures collectives.

412. **Les insaisissabilités humanitaires opposables aux procédures collectives.** Cette préoccupation humanitaire est également présente dans le droit des procédures collectives.

[1373] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, spéc. n°320 ; **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°79 et s.

[1374] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n° 205 ; **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n° 205 ajouter **R. PERROT, P. THÉRY,** *Procédures civiles d'exécution ,* Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°216. Dans le même sens, voir **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, sous le mot : l'insaisissabilité est une « *protection spéciale découlant de la loi (ou sous certaines restrictions de la loi d'une convention ou d'un testament) qui met en tout ou partie certains bien d'une personne hors d'atteinte de ses créanciers, en interdisant que ces biens soient l'objet d'une saisie, dans les limites et sous les exceptions déterminées par la loi* ».

[1375] **G. CORNU,** *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, sous le mot, spéc. sens 2

[1376] Cass. com. 11 juin 2014, n°13-13.643, *Bull. Civ* IV, n°136 ; *D.* p. 1610, obs. **P. CROCQ** ; *D*. 2014, p. 1326, *Gaz. Pal.* 13 juil. 2014, p. 10 obs. **M. MIGNOT** ; *JCP E* 2014, n°28, p. 62, obs. **C. LEBEL** ; *Lexbase Hebdo Aff*., n°388, 3 juil. 2014, **B. BRIGNON** ; *RTD I*, 2014, n°3, p. 24, obs. **C. ALBIGES** ; « *[…] l'article L. 526-1 du code de commerce, d'interprétation stricte, interdit la saisie du bien objet de la déclaration d'insaisissabilité, mais non l'inscription d'une hypothèque judiciaire à titre conservatoire sur ce bien […]* »

Ce dernier respecte les insaisissabilités prévues par le Code des procédures civiles d'exécution et la saisie collective opérée par l'ouverture de la procédure ne comprend pas les biens insaisissables[1377]. Deux nuances sont toutefois à apporter.

Le droit des procédures collectives n'est pas tenu par l'insaisissabilité des biens nécessaires au travail du débiteur constituant, car l'objet même des procédures est d'organiser le sauvetage de l'entreprise et cette insaisissabilité ne concerne pas les biens inclus dans le fonds de commerce, propriété du débiteur personne physique. Pour Monsieur M. Sénéchal, la procédure collective appréhende ces biens ainsi que les biens inclus dans un fonds artisanal ou agricole[1378] et désormais dans un fonds libéral[1379].

L'insaisissabilité des créances d'aliment doit semble-t-il s'imposer. Notons qu'à côté de ces insaisissabilités de droit commun, le droit des procédures collectives tient compte du même souci de maintien d'un minimum de revenus du débiteur. Ainsi, le juge commissaire peut allouer des subsides ou une rémunération au débiteur (ou au dirigeant si le débiteur est une personne morale) au regard des fonctions qu'il occupe dans l'entreprise[1380]. Une disposition analogue figure à l'article L. 331-2 du Code de la consommation et bénéficie au débiteur surendetté.

L'insaisissabilité empêche l'exercice d'une saisie selon les procédures civiles d'exécution ou une saisie par l'effet réel des procédures collectives. Au regard du droit des sûretés, l'insaisissabilité empêche le créancier d'utiliser les voies d'exécution comme mode de réalisation. Il nous semble impossible de ne pas étendre la paralysie de la réalisation à l'ensemble des modes de réalisation des sûretés préférentielles. A défaut, le rôle protecteur de l'insaisissabilité serait sans effet.

§2. De lege ferenda, l'interdiction de toute forme de réalisation sur les biens insaisissables

[1377] **M. SÉNÉCHAL**, *L'effet réel de la procédure collective, Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. **M.-H. Monsérie-Bon**, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002, spéc. n^{os}355 et s.

[1378] **M. SÉNÉCHAL**, *L'effet réel de la procédure collective, Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. **M.-H. Monsérie-Bon**, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002, spéc. n^{os}360 et 361

[1379] La loi de Sauvegarde du 26 juillet 2005 a étendu le domaine des procédures collectives aux professionnels libéraux. Voir article : L. 620-2 du de commerce

[1380] Articles L. 631-11du Code de commerce : « *Le juge-commissaire fixe la rémunération afférente aux fonctions exercées par le débiteur s'il est une personne physique ou les dirigeants de la personne morale.*
En l'absence de rémunération, les personnes mentionnées à l'alinéa précédent peuvent obtenir sur l'actif, pour eux et leur famille, des subsides fixés par le juge-commissaire. Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, le juge-commissaire tient compte des revenus éventuellement perçus au titre des patrimoines non visés par la procédure. » et article R.631-15 du Code de commerce : « *Les rémunérations ou subsides prévus à l'article L. 631-11 sont fixés par le juge-commissaire par décision spécialement motivée, l'administrateur, le mandataire judiciaire et le débiteur personne physique ou le dirigeant entendus ou dûment appelés.* »

413. Entendue strictement, l'insaisissabilité empêche l'exécution forcée d'une créance sur certains biens du débiteur. Sont donc seulement visées les voies d'exécution au sens du Code des procédures civiles d'exécution.

Néanmoins, au regard des objectifs poursuivis, du caractère d'ordre public de la règle, une extension à l'ensemble des modes de réalisation des sûretés préférentielles et à la réalisation des propriétés-sûretés doit être envisagée. L'élargissement aux modes alternatifs de réalisation des sûretés préférentielles semble s'imposer pour deux raisons. La première raison est téléologique, ces insaisissabilités sont fondées sur des raisons humanitaires et tendent à assurer à la personne saisie une vie décente. La seconde raison est technique. Le législateur de 2006 a maintenu la prohibition de la clause de voie parée tout en développant les modes alternatifs de réalisation. Le maintien de la prohibition de la clause de voie parée marque la volonté du législateur d'éviter que les modes alternatifs de réalisation soient utilisés aux fins de détournement des procédures civiles d'exécution[1381].

La question de l'extension du respect des insaisissabilités aux modes alternatifs de réalisation semble s'imposer de manière assez naturelle (A). En revanche, la question de l'extension du respect des insaisissabilités aux propriétés-sûretés s'avère plus délicate (B).

A. La généralisation naturelle de l'interdiction de la réalisation des biens insaisissables aux modes de réalisation alternatifs des sûretés préférentielles

L'extension de l'interdiction de la réalisation des biens insaisissables aux modes alternatifs de réalisation des sûretés préférentielles apparaît comme naturelle au regard des objectifs poursuivis par les règles d'insaisissabilité mais également en raison de la prohibition de la clause de voie parée et du caractère alternatif des modes de réalisation.

414. **La prohibition de la clause de voie parée, fondement de l'extension des insaisissabilités**. Lors de la réforme des sûretés, le législateur, concomitamment à la généralisation des modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles préférentielles, a renouvelé, par deux fois, son attachement à la prohibition de la clause de voie parée[1382].

[1381] **P. CROCQ**, Sûretés et proportionnalité, in *Etudes offertes au doyen P. Simler*, Litec –Dalloz, 2006, p. 291, spéc. n°42

[1382] Art 2458 du Code civil : « *La convention d'hypothèque ne peut en effet déroger aux modalités de vente du bien hypothéqué prévus par les lois sur les procédures civiles d'exécution*. » ; Art L. 311-3 du Code des procédures civiles d'exécution: *« Est nulle, toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier*

Cette position n'est pas la position retenue par tous les Etats. Par exemple, les Etats-Unis ont opté pour la position inverse. La clause de voie parée est admise. A la condition que la vente soit « commercialement raisonnable », la liquidation du bien est encouragée[1383]. En revanche, l'attribution conventionnelle en propriété demeure prohibée, sauf si l'accord des parties intervient après la défaillance du débiteur[1384] et à certaines conditions[1385]. D'autres Etats, comme la Belgique, ont choisi la même position que la France et ont maintenu l'interdiction de cette clause[1386].

La clause de voie parée est une voie d'exécution préparée[1387] et « *consiste pour le créancier muni d'une sûreté réelle à convenir avec son débiteur que faute de remboursement à l'échéance, il pourra faire vendre le bien gagé ou hypothéqué sans respecter les formalités requises par la loi* »[1388], c'est-à-dire à échapper aux règles des procédures civiles d'exécution, aux règles posées par les articles L.521-3 et suivants du Code de commerce, et aux règles particulières des ventes effectuées par le crédit municipal[1389].

Sous l'empire de la loi antérieure à 2006, la clause de voie parée n'était prohibée que lorsqu'elle était concomitante à la constitution de la sûreté. Lorsqu'elle était stipulée postérieurement, elle demeurait valable[1390]. Le texte de l'article 2458 du Code civil incite à l'interprétation *a contrario*, dans la mesure où il vise seulement « *la convention d'hypothèque* ». Le constituant peut renoncer à la protection qui lui est offerte. La violation de la clause est couverte par la nullité relative et est susceptible de confirmation[1391]. La jurisprudence antérieure devrait donc être maintenue[1392].

---

aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites par la saisie immobilière. »

[1383] Article 9 UCC, section 9-507 ; **J.-F. RIFFARD**, *Le Security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du droit français*, préf. **J. Stoufflet**, Avant propos **G. Rouhette**, PUFDCF, LGDJ, 1996, spéc. n^{os}974 et s

[1384] Section 9-505 UCC ; **J.-F. RIFFARD**, *Le Security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du droit français*, préf. **J. Stoufflet**, Avant propos **G. Rouhette**, PUFDCF, LGDJ, 1996, spéc. n^{os}988 et s.

[1385] L'attribution conventionnelle ne peut avoir lieu que le débiteur et les créanciers ayant un droit sur le bien ne s'y opposent pas. Le créancier devra à cette effet respecter un délai raisonnable. L'attribution en paiement ne peut s'exercer si le débiteur a versé plus de 60% du prix d'achat du bien au vendeur ou a remboursé plus de 60% du prêt de consommation ayant servi à financer l'achat. **.-F. RIFFARD**, *Le Security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du droit français*, préf. **J. Stoufflet**, Avant propos **G. Rouhette**, PUFDCF, LGDJ, 1996, spéc. n^{os}989 à 991

[1386] Article 2078 du Code civil belge.

[1387] **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°323

[1388] **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. pp. 739

[1389] Article D. 514-16 et s. du Code monétaire et financier

[1390] Cass. Civ. 25 mars 1903, *DP* 1904, I, 273, note **G. GUÉNÉE**

[1391] Cass. Com. 5 oct. 2004, n°01-00.863 ; *Bull. Civ*. IV, n°176 ; *D.* 2005, p. 2078, obs. **P. CROCQ**; *JCPG* 2004, I, n°17, **P. DELEBECQUE**; *JCP G* 2004, II, n°10191, **S. PIEDELIÈVRE** ; *Banque et droit* 2005, n° 99, p. 61, obs. **F. JACOB** ; *RDBF*. 2005, p. 20, obs. **D. LEGEAIS ;** *Dr des sociétés*, mars 2005, n°3, p. 25, obs. **T. BONNEAU** ; *BMIS.* janv. 2005, n°1, p. 63, note **A. CONSTANTIN ;** *RTDCom*. 2005, p. 408, obs. **B. BOULOC**;

[1392] **P. DUPICHOT**, La réforme du régime hypothécaire, in La réforme des sûretés, *D.* 2006 p. 1291

La prohibition de la clause de voie parée se justifie par la protection du patrimoine du débiteur[1393] (ou du constituant). Comme en matière d'usure, « *le besoin de crédit qu'éprouve le constituant ne doit pas le mettre à la merci d'un prêteur de deniers.* »[1394]. En effet, l'utilisation des voies d'exécution permet de soumettre la vente et son prix au contrôle d'un officier ministériel et du juge de l'exécution. Cependant, la prohibition de la clause de voie parée a perdu aujourd'hui de sa force et, à l'image de l'évolution connue par le pacte commissoire, son interdiction pourrait être levée. Par exemple, une évaluation par expert de la valeur du bien pourrait être imposée et cette valeur retenue comme prix plancher avec une possibilité de pondération de 5%. L'excédent de valeur devrait être remis au débiteur et en présence d'autres créanciers, la somme serait consignée[1395].

Toutefois, la prohibition de la clause avait aussi pour but, dans l'esprit des lois napoléoniennes, de promouvoir les procédures civiles d'exécution et la saisie immobilière[1396]. Cet objectif ancien demeure important. L'instauration, à côté du régime dérogatoire du gage commercial, de procédures amiables de vente, permet de réaliser un bien avec une certaine facilité et une certaine rapidité. L'existence de ces procédures justifie à elle seule le maintien de la prohibition de la clause de voie parée[1397].

415. **Le caractère alternatif des attributions en propriété, fondement de l'extension des insaisissabilités**. Il a été démontré que les attributions en propriété sont des modes de réalisation alternatifs aux voies d'exécution. Cependant, si l'arbitrage est un mode alternatif de règlement des litiges qui exclut le recours au juge, il n'en demeure pas moins que les arbitres sont soumis, comme le juge étatique, au respect de certaines règles et principes tel que le principe du contradictoire. Soumettre un litige à l'arbitrage ne permet donc pas d'éluder toutes les règles du procès. Ces principes s'imposent comme des principes généraux au règlement des litiges.

Il semble qu'il faille ici raisonner par analogie. Les modes alternatifs de réalisation ne sont pas des voies d'exécution mais ils tendent au même résultat, l'exécution forcée de l'obligation. Toutes les règles des procédures civiles d'exécution ne peuvent donc pas être écartées. Comme il existe des principes généraux au règlement des litiges, il existe des principes généraux à l'exécution forcée.

[1393] Voir notamment Cass. Com. 5 oct 2004, n°01-00.863 ; Bull. Civ. IV, n°176, *D.* 2005, p. 2078, obs. **P. Crocq**; *JCPG* 2004, I, n°17, **P. Delebecque**; *JCP G* 2004, II, n°10191, **S. Piedelièvre** ; *Banque et droit* 2005, n° 99, p. 61, obs. **F. Jacob** ; *RDBF*. 2005, p. 20, obs. **D. Legeais ;** *Dr des sociétés*, mars 2005, n°3, p. 25, obs. **T. Bonneau** ; *BMIS.* janv. 2005, n°1, p. 63, note **A. Constantin ;** *RTDCom*. 2005, p. 408, obs. **B. Bouloc**; « *les formalités prévues par l'article 2078 du Code civil, ayant pour finalité la protection du débiteur […]* »

[1394] **M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010, spéc. n°1087

[1395] Voir n^{os} 66 et s.

[1396] **P. Besnard**, *De la clause de voie parée*, Thèse Paris, 1907, spéc. p. 79 présente la rénovation des procédures d'expropriation et la volonté personnelle de Napoléon comme l'une des causes de la prohibition

[1397] **N. Borga**, L'ordre *public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°102

Dans ce cadre, il paraît impossible de permettre l'exécution forcée selon des modes alternatifs sur des biens qui ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée selon les procédures civiles d'exécution. Ainsi, les insaisissabilités font, à notre sens, obstacle à l'utilisation des modes alternatifs de réalisation comme elles s'opposent à la réalisation par les voies d'exécution.

Violer cette règle reviendrait à frauder la loi. L'attribution en propriété serait alors sanctionnée par une nullité absolue.

L'ensemble des sûretés préférentielles est donc soumise au respect des insaisissabilités. Tant que l'insaisissabilité dure, la réalisation de la sûreté demeure impossible. L'extension de ces règles aux propriétés-sûretés s'avère cependant plus délicate.

B. L'extension délicate de l'interdiction de la réalisation des biens insaisissables aux propriétés-sûretés

En sus du fondement téléologique invoqué précédemment, la généralisation de l'interdiction de réalisation aux propriétés-sûretés nécessite d'analyser plus précisément plusieurs cas dans lesquels l'extension peut susciter un débat. L'extension peut s'avérer délicate.

416. **L'interdiction de la réalisation des sûretés portant sur des prothèses**. Les prothèses, même vendues sous réserve de propriété, une fois incorporées, ne pourraient pas faire l'objet d'une action en restitution car la prothèse devient, selon les analyses doctrinales, une personne par destination[1398], une personne par accessoire ou une personne par incorporation[1399]. La Cour de cassation a également exclu l'application du droit de rétention portant sur une prothèse dentaire non encore incorporée (qui avait été déposée chez le dentiste pour retouche) sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. Elle a indiqué qu'en matière de prothèses dentaires, le dentiste ne peut exercer de droit de rétention en vue du paiement car il est lié à son patient pour la pose de la prothèse et ne peut invoquer le droit de rétention avant d'avoir exécuté son obligation.
En outre, il est également possible de fonder ces décisions sur la protection due à la personne humaine.

[1398] **R. PERROT**, note sous Cass. civ. 1ère , 9 oct. 1985, *Bull. Civ*., I, n° 348 ; *RTD Civ*. 1986, p. 427
[1399] **M. PICQ**, La prothèse et le droit, *LPA* 7 oct. 1996, n° 121, p. 8 ; Cass. Civ. 1 ère, 9 oct. 1985, *Gaz. Pal*. 1986. J. p. 150; *Bull. Civ*. 1985, I, n° 348 ; *RTD Civ*. 1986, p. 427, obs. **R. PERROT ; P. BERTIN**, Ne touche pas à mon dentier, Gaz. Pal. 12 nov. 1985, Doctr. p. 626

417. **L'interdiction de la réalisation du matériel indispensable à la personne handicapée ou aux soins du malade.** Il paraît difficile de retirer à un personne handicapée le matériel qui lui est indispensable ou à une personne malade, le matériel nécessaire à ses soins, même si ces derniers étaient l'objet d'une propriété-sûreté. La cause humanitaire est palpable, tant il paraît inhumain de retirer à une personne souffrant d'une insuffisance respiratoire ses bouteilles d'oxygène, ou à la personne handicapée son fauteuil roulant, quand bien même ces derniers eurent été vendus sous réserve de propriété.

418. **Remarques spécifiques au sujet de la fiducie-sûreté**. La fiducie-sûreté constituée sur des biens meubles nécessaires aux soins ou à la vie des handicapés doit recevoir le même traitement. La fiducie-sûreté se réalise, en principe, par une attribution légale en propriété[1400]. Lorsqu'il y a une convention de mise à disposition du bien, il nous paraît difficile d'admettre que l'attribution légale et les attributions conventionnelles et judiciaires reçoivent des traitements différents. Cette hypothèse est toutefois une hypothèse d'école car les fiducies constituées jusqu'à présent ne concernent pas « *les petites affaires mobilières* ». Elles touchent plutôt à des montages financiers où le mécanisme est utilisé pour ses deux facettes, gestion et sûreté[1401].

Toutefois, si la réalisation était admise en matière de réserve de propriété ou de fiducie-sûreté, en cas de refus du constituant de restituer le matériel – ce qui, en l'espèce, sera certainement le cas – le créancier ne peut pas recourir à des voies d'exécution pour obtenir cette restitution car l'insaisissabilité s'applique à toutes les saisies, y compris aux saisies attributions.

419. **L'interdiction de la réalisation sur les biens mobiliers nécessaires à la vie du ménage**. Certains biens nécessaires à la vie du ménage listés à l'article L. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution sont réputés par la loi insaisissables. La question de la généralisation de l'interdiction de la réalisation sur ces biens nécessite de distinguer deux hypothèses.
Lorsque le détenteur du bien se trouve dans une situation de précarité importante, qu'il est bénéficiaire de l'aide sociale à l'enfance, les biens nécessaires à la vie de la famille font l'objet d'une insaisissabilité absolue. C'est la qualité du détenteur du bien, sa situation de précarité qui justifie le caractère absolu de l'insaisissabilité. Il semble qu'elle doive être respectée par tous les

[1400] Voir n[os] 42 et s.
[1401] Pour des exemples voir notamment http://asso-aff.org/ ; Voir aussi : *La fiducie en action*, Actes de colloque, 18 janv. 2012, Comité de droit financier, Paris Europlace. Ces actes recensent différentes pratiques et notamment l'utilisation de la fiducie comme outil des procédures collectives, comme outil de restructuration sociale ou encore comme outil d'aménagement du territoire et de sauvegarde de la biodiversité.

créanciers, y compris les créanciers titulaires de propriétés-sûretés. Ces derniers se trouvent donc soumis au droit commun et voient, sur ces biens, leur droit de réaliser paralysé.
En revanche, lorsque le détenteur du bien n'est pas titulaire de l'aide sociale à l'enfance, l'insaisissabilité devient relative. Le créancier qui a financé l'acquisition du bien ou le vendeur de celui-ci peuvent procéder à une saisie de ce bien. Les actions du vendeur et prêteur sont préservées. Le droit de réaliser la sûreté l'est également. Cette situation intéresse le créancier titulaire d'un privilège du vendeur ou du prêteur de denier mais également le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété qui peut exiger la restitution, même judiciaire, du bien. De même, le créancier bénéficiaire de la fiducie qui a financé l'acquisition du bien objet de la fiducie peut réaliser sa sûreté par une attribution en propriété ou par la vente.

Outre la protection d'un cadre de vie du constituant personne physique en offrant un certain confort et un seuil minimum de revenus nécessaire à son maintien en bonne santé, la dignité humaine dans ses dimensions physique, psychique et sociale commande de protéger également son logement.

Section 2. La protection du logement

L'immeuble fait traditionnellement l'objet d'une protection particulière. Cette dernière se manifeste notamment par la règle de subsidiarité des poursuites des biens immeubles en matière de privilèges généraux[1402]. Néanmoins, à cause de son importance sociologique, le logement fait l'objet de mesures protectrices particulières.

420. **La protection particulière justifiée du logement**. Juridiquement, le logement est « un immeuble bâti servant à l'habitation principale (ou secondaire) d'une personne ou d'une famille qui l'occupe à titre de propriétaire, de locataire ou d'occupant. »[1403]. Sociologiquement, il apparaît, dans une société sédentarisée, comme essentiel car il constitue l'habitat, le chez-soi, lui-même défini comme « l'ensemble des liens noués autour du logement, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du logis. ». « L'habitat, le chez-soi est doté de caractéristiques particulières symboliques et identitaires : il affirme une position sociale, un rôle à tenir, un statut[1404] »[1405]. A l'inverse, l'absence

[1402] Voir n[os] 180 et s.
[1403] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009
[1404] Pour une illustration de ce phénomène voir par exemple**, ZOLA**, *L'Assommoir*, 1876. Gervaise, héroïne tragique de ce roman, blanchisseuse entame à partir du milieu du roman une longue descente aux enfers illustrée par les divers logements qu'elle occupe. De propriétaire d'une boutique, elle « *monte les étages* » jusqu'aux combles insalubres d'un immeuble miteux. Elle est retrouvée morte dans ce que Zola appelle « *sa niche* ».
[1405] **Y. FIJALKOW**, *Sociologie du logement*, La découverte, Repères, 2011, spéc. pp. 3, 9 à15

de logement est un facteur d'exclusion sociale et de stigmatisation[1406] qui porte atteinte à la dignité[1407]. Les diverses politiques du logement montrent l'importance de l'enjeu. C'est en donc tant que « socle patrimonial autour duquel tourne la vie privée quotidienne »[1408] et vecteur de socialisation que le logement mérite une protection juridique particulière.

Le logement décent, parce qu'il est une partie intégrante de la dignité humaine[1409], s'est vu octroyer une protection particulière. L'Union Européenne l'a consacré dans la Charte des droits fondamentaux[1410]. Le Conseil constitutionnel a intégré le droit à un logement décent dans le bloc de constitutionnalité[1411]. Quant au législateur français[1412], il a reconnu à chaque citoyen un droit au logement opposable.

Néanmoins, les règles de protection du logement n'ont pas des domaines uniformes. Sont tour à tour visés, la résidence, la résidence principale, le logement ou le domicile.

Au stade de la réalisation des sûretés réelles, la protection du logement du constituant ou du tiers non constituant détenant le bien à réaliser intervient de différentes manières selon les circonstances et avec une force variable. La majorité des règles de protection sont prévues par le droit des voies d'exécution. En effet, ce dernier dresse des barrières à l'exécution forcée et à la réalisation qui emprunte les procédures civiles (§1). Toutefois, ces protections sont de nature à limiter le droit d'option du créancier titulaire d'une sûreté réelle. En outre, le droit des sûretés paralyse parfois certains modes de réalisation afin de mieux protéger le logement du débiteur. Néanmoins, cette protection spéciale s'avère disparate et mérite d'être reconsidérée au regard des modes alternatifs de réalisation ; le droit des procédures civiles d'exécution pouvant alors constituer un modèle (§2).

[1406] Voir notamment : **Y. FIJALKOW**, *Sociologie du logement*, La découverte, Repères, 2011

[1407] **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22, spéc. n°1344

[1408] **J. VALLANSAN**, **J. LEPROVAUX**, Le sort de la résidence de la famille, Personne physique et procédures collectives, Colloque de l'AJDE Toulouse 12 oct. 2012

[1409] Le logement illustre particulièrement bien les deux dimensions de la dignité humaine, physique et sociale. Le logement est indispensable à une bonne santé de l'homme (ce qui relève de la dignité physique) mais il est l'un des éléments essentiels de la socialisation (ce qui relève de la dimension sociale). **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22, spéc. n°612

[1410] Notamment : voir : Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, article 34 al.3 reconnaissant un droit à l'aide sociale et une aide au logement ; Reconnaissance par l'ONU d'un droit au logement pour des catégories de population fragiles, telles que les femmes, les enfants, les peuples indigènes. Pour un large panorama, voir : **E.-P. GUISELIN**, Droit au logement, in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, dir. **D. Chagnollaud, G. Drago**, Dalloz,2010, spéc. pp ;538-537

[1411] Cconst., 19 janv. 1995, Diversité de l'habitat, n°94-359, Rec., p. 176

[1412] Voir article 25-1 du Préambule de la Constitution de 1948 ; Le pacte du 19 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

§1. La protection du logement par le droit des voies d'exécution

421. La protection accordée au logement par les voies d'exécution est générale. Elle concerne l'ensemble des créanciers, titulaires de sûretés ou non, ainsi que tout logement grevé ou non d'une sûreté réelle. Ainsi, les dispositions légales applicables visent « *le débiteur* ». Il s'agit du débiteur saisi, celui qui fait l'objet de la mesure d'exécution. En matière de réalisation des sûretés réelles, ce débiteur saisi est nécessairement le constituant.

Ces mesures générales influencent particulièrement la réalisation des sûretés réelles grevant ces biens parce que les procédures civiles d'exécution sont un mode de réalisation des sûretés réelles et parce que certaines règles ont vocation à s'appliquer aux autres modes de réalisation.

Différentes mesures de protection sont envisagées par le droit des procédures civiles d'exécution. Elles sont parfois influencées par la situation particulière du débiteur. Le logement fait, par exemple, l'objet d'une protection renforcée par rapport au droit commun lorsque l'occupant du logement est un incapable (A). La loi protège également le logement du débiteur entrepreneur individuel en édictant des règles d'orientation des poursuites (B). D'autres fois, c'est la volonté du précédent propriétaire ou du débiteur lui-même de protéger son logement qui doit être respectée. Ainsi, les hypothèses d'insaisissabilité du logement s'imposent au créancier titulaire d'une sûreté réelle (C). D'autres règles telles que les mesures d'expulsion comportent des éléments de protection du logement du débiteur ou du constituant, mais elles influencent peu ou pas le régime de l'option. Elles sont davantage relatives à la satisfaction du créancier. Elles sont donc traitées dans le second titre de cette partie[1413].

A. La protection renforcée du logement de l'incapable

422. **Le principe non contraignant de maintien de l'incapable dans son logement**. L'article 426 du Code civil[1414] dispose que « le logement de la personne protégée et les meubles dont il est garni, qu'il s'agisse d'une résidence principale ou secondaire sont conservés à la disposition de celle-ci le plus longtemps possible ». Le maintien de la personne protégée dans son milieu familier est donc une priorité de la loi.

[1413] Voir n[os] 583 et s.

[1414] Ancien article 490-2 du Code civil. La lettre du texte a légèrement été modernisée mais le texte demeure identique en substance.

Toutefois, ce texte ne fait obstacle ni à la saisie immobilière[1415], ni à la liquidation de l'actif dans le cadre d'une procédure collective des entreprises[1416], ni, par extension, à une procédure de rétablissement personnel ou de rétablissement professionnel. L'incapacité du débiteur n'empêche donc jamais le créancier de poursuivre l'exécution forcée de sa créance sur les biens de ce dernier, y compris sur l'immeuble de celui-ci[1417]. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle sur le logement d'un constituant incapable peut donc la réaliser en utilisant la procédure saisie immobilière. Quid des modes alternatifs de réalisation ? Ne faisant pas obstacle à l'exécution forcée au sens des procédures civiles d'exécution, l'article 426 du Code civil ne bloque pas le recours aux modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles. Cependant, un bémol est à apporter concernant le pacte commissoire. L'attribution en propriété ne peut avoir lieu que sous condition de validité de la convention, validité qui peut se trouver soumise à des règles plus restrictives compte tenu du régime de protection du constituant.

423. **Le principe de discussion des meubles de l'incapable, mesure de protection à respecter**. Un autre mode protection du patrimoine immobilier et du cadre de vie de l'incapable a été prévu par le législateur. Depuis 1804, la loi (désormais à l'article L. 311-8 du Code des procédures civiles d'exécution[1418]) contient un principe de discussion obligatoire et préalable sur les meubles de l'incapable.

Cette règle se fonde sur deux éléments. D'un point de vue économique, elle se base sur la protection générale accordée aux biens immeubles. D'un point de vue psychologique, elle permet d'éviter un traumatisme inutile à une personne dont le discernement est altéré. Ainsi, si l'appréhension de revenus mobiliers, des sommes détenues sur des comptes bancaires ou la vente de meubles de

[1415] Dans ce sens voir : Cass. Civ. 2ème, 21 mars 2013, n°11-25.462 ; *AJ famille* 2013, p. 246, obs **V. AVENA-ROBARDET** ; *D.* 2013, p.832, obs. **V. AVENA-ROBARDET.** Dans cette décision, la Cour de cassation approuve la décision de la cour d'appel qui homologue une recommandation de la commission de surendettement préconisant la vente du logement d'un majeur surendetté pour apurer les deux tiers de sa dette ; Voir aussi **M. BOURASSIN**, Les sûretés sur le logement du majeur protégé, *RTDCiv*. 2011, p. 433 ; Voir encore : **P. MALAURIE**, *Les personnes, La protection des majeurs et des mineurs*, Defrénois, Lextenso, 7ème éd. 2014, spéc. n°721 ; **R. PERROT, P. THERY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°156 ; **R. PERROT, P. THERY,** *Procédures civiles d'exécution* , Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°259 et s.

[1416] Voir notamment CA Versailles, 20 juin 1996, RJDA 10/96, n°1267

[1417] Voir notamment **A. LEBORGNE**, Saisie immobilière et logement familial, *AJ Famille* 2008, p. 380

[1418] Ancien 2197 du Code civil, lui-même ancien article 2206 du Code civil, l'article L. 311-8 du Code des procédures civiles d'exécution énonce que « *L'immeuble d'un mineur, même émancipé, ou d'un majeur en curatelle ou en tutelle ne peut être saisis avant la discussion de leurs meubles*. » Même si la lettre du texte a été légèrement modernisée par l'ordonnance de 2006, le contenu du texte demeure ancien. En effet, il n'a pas été modifié en substance au fil des réformes des voies d'exécution et de la protection des personnes incapables.

valeur suffisent à recouvrer la créance et permettent d'éviter la perte du logement et/ou l'ouverture forcée des portes, le créancier doit y recourir[1419].

424. **Les bénéficiaires de la protection : un domaine d'application contestable**. L'exégèse de l'article L. 311-8 du Code des procédures civiles d'exécution amène à en critiquer le domaine d'application. La protection bénéficie aux mineurs (émancipés ou non) et aux majeurs sous tutelle ou curatelle.

Pour les mineurs émancipés, cette disposition apparaît comme une réminiscence de leur enfance, soulignant le caractère hybride de la situation[1420]. En effet, à compter de la décision d'émancipation, le mineur émancipé n'est plus un incapable. Il est soumis au même régime que les personnes majeures sous réserve de l'interdiction qui lui est faite d'exercer des actes de commerce[1421]. Or l'article L. 311-8 du Code des procédures civiles d'exécution place le mineur émancipé sur le même plan que le mineur et les majeurs sous tutelle ou curatelle. La minorité du mineur émancipé semble le rattraper. Cette disposition pose problème au niveau notionnel car le mineur émancipé n'est plus un incapable et une telle disposition revient à le traiter comme un incapable.

Cette inclusion est d'autant plus contestable que les personnes réputées capables mais dont les facultés mentales sont diminuées - les majeurs bénéficiant d'une mesure de sauvegarde de justice et d'un mandat de protection future[1422] - en sont exclus.

L'exclusion de la personne placée sous sauvegarde de justice se justifie dans la mesure où la personne n'est pas encore incapable. N'est seulement exercé qu'un contrôle *a posteriori* des actes accomplis[1423]. L'exclusion de la personne placée sous mandat de protection future est plus critiquable. Le mandant demeure capable mais l'altération de ses facultés mentales est médicalement reconnue[1424]. De plus, les dispositions de la convention peuvent avoir à son encontre les effets d'une véritable mesure d'incapacité.

[1419] Dans ce sens **F. VINCKEL**, *J.-Cl. Procédure civile*, spéc. n°21

[1420] **B. TEYSSIÉ**, *Droit civil, les personnes*, Lexis Nexis, manuel, 15ème éd. 2013, spéc. n°610

[1421] Il peut cependant recouvrir la qualité de commerçant sur autorisation du juge des tutelles (article L.121-2 du Code de commerce). Une incohérence est donc à constater dans les textes. Le Code civil ôte toute faculté au mineur émancipé d'effectuer des actes de commerce alors que le Code de commerce lui permet de recouvrir la qualité de commerçant, statut qui se définit précisément comme l'exercice à titre de profession habituelle d'actes de commerce (article L. 121-1 du Code de commerce). Il semble qu'il faille toutefois trancher et dire qu'en principe, le mineur émancipé ne peut pas effectuer des actes de commerce, sauf, si par autorisation du juge des tutelles, il a été autorisé à endosser la qualité de commerçant.

[1422] **M. BOURASSIN**, Les sûretés sur le logement du majeur protégé, *RTDCiv*. 2011, p. 433, spéc. n°32

[1423] Les régimes d'incapacités prévoient un contrôle *a priori*.

[1424] **P. MALAURIE**, *Les personnes, La protection des majeurs et des mineurs*, Defrénois, Lextenso, 7ème éd. 2014, spéc. n°737. L'auteur critique le mandat de protection future tel qu'il a été conçu par le législateur. En réputant le mandant capable, ce dernier se trouve mal protégé, les actes qu'il conclut postérieurement à l'altération de ses facultés mentales ne sont annulables que si l'insanité d'esprit est démontrée et il se trouve « coincé » dans le carcan des stipulations conventionnelles. Le problème pourrait être réglé par la publication du certificat médical d'inaptitude. Pour une critique

En outre, lors du toilettage du texte à l'occasion de la réforme de la saisie immobilière par l'ordonnance du 21 avril 2006[1425], le rapport au Président de la République exprime la volonté de maintenir cette protection en des termes plus larges que le texte de l'ancien article 2206 du Code civil. Le rapport précise que « *les immeubles d'un mineur ou d'un majeur sous mesure de protection continueront à ne pouvoir faire l'objet d'une saisie immobilière qu'après discussion des meubles c'est-à-dire après la poursuite des biens mobiliers du mineur* ». Si la sauvegarde de justice et le mandat de protection future ne sont pas des mesures d'incapacité, elles sont néanmoins des mesures de protection du majeur dont le discernement est altéré. Il serait opportun que le législateur étende le domaine de cette protection aux personnes sous sauvegarde de justice ou mandat de protection future.

Le principe de discussion des meubles de l'incapable comporte une exception. Elle ne s'applique pas lorsque l'un des propriétaires de l'immeuble indivis saisi est incapable ou qu'il devient incapable au cours de la procédure de saisie[1426]. L'immeuble indivis demeure saisissable selon les règles qui le régissent sans que l'incapacité de l'un des coindivisaires n'ait d'influence.

425. **Les créanciers concernés : un domaine d'application flou**. Le principe de discussion des meubles de l'incapable s'applique aussi bien au créancier chirographaire qu'au créancier muni de sûreté qui souhaite la réaliser par le biais d'une saisie immobilière.
Le texte est ancien et il n'a pas pris acte de l'évolution des modes de réalisation des sûretés.
Or au regard du principe de prohibition de la clause de voie parée, de la nature des modes alternatifs à la saisie immobilière, et de la protection d'une personne dont le discernement est altéré, l'extension de ce texte à l'ensemble des modes de réalisation des sûretés réelles immobilières fondées sur un droit de préférence semble devoir s'imposer. Le créancier, même titulaire d'une sûreté réelle immobilière, devrait préalablement saisir les meubles de son débiteur. La réalisation de la sûreté immobilière serait alors subsidiaire. La liberté de réaliser du créancier se trouverait paralysée, au moins temporairement.
Il est possible d'envisager une extension aux propriétés-sûretés portant sur les immeubles, notamment pour la fiducie-sûreté. L'objectif serait ici de recouvrer la créance sur les meubles du

---

de ce mécanisme voir : **H. FULCHIRON,** Le notaire et l'exécution du mandat de protection future, *Rép. Not. Defrénois* 2009, p. 178 ; **D. FENOUILLET**, Le mandat de protection future ou la double illusion, *Rép. Not. Defrénois* 2009, p. 142
[1425] Ord. N°2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière
[1426] Article L. 311-8 alinéa 2 du Code des procédures civiles d'exécution **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°156 ; **R. PERROT, P. THÉRY,** *Procédures civiles d'exécution ,* Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°259

constituant avant de demander l'attribution conventionnelle du bien. Cette solution ne semble toutefois pas pertinente en matière de réserve de propriété car le créancier demeure propriétaire. Ce dernier mécanisme s'illustre encore par sa singularité.

426. **La mise en œuvre discutée du bénéfice de discussion**. Les textes, ni dans leur version actuelle, ni dans leur version antérieure à la réforme de 2006[1427], ne font pas référence aux modalités de mise en œuvre du bénéfice de discussion accordé aux incapables. La discussion est toutefois obligatoire. La doctrine s'est emparée de la question. Madame A. Leborgne suggère de se référer au régime de la discussion bénéficiant au tiers détenteur. Le créancier doit sommer, selon les cas, le tuteur ou le majeur et son curateur, qui doivent déclarer les meubles susceptibles de discussion. Ce n'est qu'à défaut de réponse de leur part ou d'insuffisance de l'actif mobilier à le désintéresser que le créancier peut saisir les immeubles du débiteur et notamment, l'immeuble grevé[1428].

Si la saisie immobilière a lieu en violation de l'obligation de discussion, la majorité de la doctrine semble considérer que ce dernier est nul[1429]. Il s'agit d'une nullité de fond. Cette sanction est lourde de conséquences car la nullité de la saisie oblige le créancier à reprendre au début toute la procédure, c'est-à-dire depuis la notification du commandement de payer. En outre, si la nullité de la saisie intervient après la vente irrévocable de l'immeuble, l'incapable, son assistant ou son représentant, comme tout débiteur saisi se trouvant dans cette situation, peut revendiquer le bien afin qu'il réintègre son patrimoine[1430].

A côté de la protection d'ordre public de l'incapable, le législateur a créé d'autres mécanismes de protection du logement de la personne physique constituant ou du débiteur non constituant, notamment au profit des entrepreneurs individuels.

B. Le respect des règles d'orientation des poursuites sur les biens professionnels de l'entrepreneur individuel

427. **Le droit à discussion sur les biens professionnels**. L'article L. 313-21 du Code monétaire et financier offre un bénéfice de discussion au débiteur d'une créance professionnelle. Elle s'inscrit

[1427] Article L. 311-8 du Code des procédures civiles d'exécution
[1428] **A. LEBORGNE**, *J.-Cl. Procédures civiles d'exécution, Fasc. 1125 Saisie immobilière*, spéc. n°54
[1429] Voir **A. LEBORGNE**, *J.-Cl. Procédures civiles d'exécution, Fasc. 1125 Saisie immobilière*, spéc. n°56
[1430] Cette faculté est offerte à tout débiteur saisi lorsque la saisie est annulée. Voir Cass. Civ. 3ème, 6 juin 2007, n° 06-12.795 ; Bull. Civ. III, n°100 *; D.* 2007, AJ, p. 1794 ; Voir aussi **M. DONNIER, J.-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2008, spéc. n°1502

dans les lois prévoyant certaines protections des biens de l'entrepreneur individuel et a participé à l'évolution de la législation aboutissant à la création de l'EIRL.

Selon ce texte, « *lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut (…) s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers*. ». En l'occurrence, il offre au constituant un véritable bénéfice de discussion[1431] dont l'objectif est de protéger les biens « *personnels* » de l'entrepreneur individuel, les biens non affectés ou utilisés à des fins professionnelles[1432]. Cette règle constitue une protection indirecte du logement du constituant de la sûreté réelle[1433] car, lorsqu'elle est invoquée, elle oblige le créancier à poursuivre prioritairement les biens affectés à l'exercice professionnel.

L'entrepreneur individuel ne bénéficie pas de plein de droit de la discussion. Il lui appartient de se prévaloir de cette règle et de démontrer le caractère suffisant de ses biens professionnels. Toutefois, contrairement à la règle de la subsidiarité des privilèges généraux ou au bénéfice de discussion de la caution, il n'est pas nécessaire que le bénéfice de discussion soit demandé dès les premières poursuites[1434]. Le créancier peut s'opposer au bénéfice de discussion si ce dernier met en péril le recouvrement de sa créance. En cas de refus du bénéfice de discussion, la responsabilité du créancier ne peut être recherchée que s'il agit avec l'intention de nuire[1435].

428. **L'extension de la règle à toutes les hypothèses de réalisation des sûretés réelles**. La règle d'orientation des poursuites posée par l'article L. 313-21 du Code est une règle appartenant au droit commun des voies d'exécution. Elle s'applique donc chaque fois que le créancier poursuit le recouvrement de sa créance sur les biens personnels de l'entrepreneur individuel.

Pris à la lettre, au regard de la référence faite au « *titre exécutoire* » et à « *l'exécution forcée* », le texte n'envisage que la subsidiarité des voies d'exécution. Or le texte est bien antérieur à la rénovation du droit des sûretés. Quid des nouveaux modes de réalisation ? Ce texte appartient aux

---

[1431] Dans ce sens : **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, spéc. n°482 ; **F. VINCKEL,** *J.-Cl. Voies d'exécution, Fasc. 430, Opération d'exécution*, spéc. n°20 ; **Contra** Voir **X. DAVERAT**, Saisie immobilière, protection du débiteur, in *Répertoire procédure civile*, Dalloz, spéc. n°2 qui qualifie la mesure de règle de subsidiarité.

[1432] Voir notamment : **F. VINCKEL**, *J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 430, Opération d'exécution*, spéc. n°20

[1433] **F. VINCKEL,** *J.-Cl. Voies d'exécution, Fasc. 430, Opération d'exécution*, spéc. n°20

[1434] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°444

[1435] **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, n°444

dispositions générales des procédures civiles d'exécution. De plus, comme démontré précédemment, les modes de réalisation hors procédures civiles d'exécution sont des modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles.

Cette règle semble devoir s'imposer comme règle d'orientation de la réalisation des sûretés réelles mais la gêne qu'elle occasion au créancier varie. Ainsi, lorsque le créancier dispose de plusieurs sûretés réelles, le débiteur peut lui demander de réaliser d'abord les sûretés réelles dont l'assiette porte sur des biens professionnels avant de réaliser les sûretés portant sur des biens personnels. En revanche, lorsque le créancier ne dispose que d'une sûreté réelle, la question est plus délicate. Il semble néanmoins possible que le débiteur lui oppose le principe de discussion sur les biens professionnels.

Quant aux propriétés-sûretés, la réserve de propriété semble devoir être exclue parce que le créancier demeure propriétaire. Cependant, il est possible, à l'image des solutions retenues au sujet des personnes protégées, d'imposer au bénéficiaire de la fiducie le respect du droit à discussion.

Ces règles d'orientation des poursuites limitent l'option du créancier car elles imposent un ordre dans la réalisation ou une paralysie temporaire de la liberté de réaliser, dans un objectif de protéger le patrimoine immobilier ou personnel du débiteur.

La paralysie de l'option est toutefois plus importante en présence d'insaisissabilités.

C. La question du respect des insaisissabilités volontaires

429. Le logement du constituant personne physique est protégé par les règles d'orientation des poursuites du droit commun[1436]. Il peut cependant être préservé de façon plus précise par l'insaisissabilité. Cette dernière peut résulter de l'indisponibilité légale du bien ou d'aménagements conventionnels qui sont fréquents en matière de logement et peuvent être l'œuvre d'un tiers et prendre la forme d'une inaliénabilité (1) ou avoir pour origine la volonté du débiteur et prendre corps dans la déclaration d'insaisissabilité (2).

Rendant le bien insaisissable, elles s'appliquent nécessairement lorsque le bien fait l'objet d'une procédure civile d'exécution. Mais encore ici, la modernisation des modes de réalisation des sûretés réelles n'a pas été envisagée. La question du respect des insaisissabilités par le créancier qui réalise sa sûreté par ces modes doit être posée.

[1436] Voir n[os] 408 et s.

1. L'insaisissabilité du logement fondée sur les inaliénabilités conventionnelles

430. **L'inaliénabilité, présentation**. L'insaisissabilité peut avoir pour origine une inaliénabilité. Il ne s'agit pas ici de traiter des inaliénabilités légales[1437] portant le bien hors commerce car aucune sûreté ne peut être constituée sur ces biens[1438]. En revanche, l'inaliénabilité conventionnelle, suscite plus d'interrogations. C'est la volonté d'un tiers qui répute inaliénable un bien légué, donné[1439], cédé[1440], ou offert en contrepartie d'un apport[1441]. La clause n'est valable que si elle est temporaire et justifiée par la protection d'intérêts légitimes. En outre, elle est opposable à tous les créanciers du gratifié sans distinguer si ces créanciers sont antérieurs ou postérieurs au legs[1442]. La jurisprudence a étendu son interprétation de l'article 900-1 du Code civil aux inaliénabilités à titre onéreux[1443]. Il s'agit par exemple de l'insertion dans un contrat de vente d'une clause stipulant que la cession du bien est interdite dans les dix ans suivant la vente.

L'inaliénabilité déploie ses effets dans deux directions.
In rem, l'inaliénabilité provoque l'insaisissabilité du bien pour le temps que dure l'inaliénabilité[1444]. Une fois le délai écoulé, lorsque l'inaliénabilité cesse, les créanciers recouvrent leur droit de poursuite sur ce bien[1445].

[1437] Par exemple, le droit moral de l'auteur.
[1438] Voir notamment : **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996, spéc. n°320 ; **N. BORGA**, *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°79 et s.
Nous ne partageons pas cet avis (voir n^{os} 431 et s.)
[1439] Article. 900-1 du Code civil et article 14 de la loi du 9 juil. 1991
[1440] La jurisprudence a étendue son raisonnement à propos de l'article 900-1 du Code civil à l'inaliénabilité à titre onéreux. Par exemple : Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull Civ*. I, p. 337. L'arrêt de Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.133 est relatif à une clause d'inaliénabilité de dix ans, stipulée dans un contrat de vente liant une commune et une société de construction vente. Ce genre de clause est fréquemment utilisé par les collectivités territoriales comme un mécanisme anti spéculation.
[1441] Voir les articles L. 227-3 et s. du Code de commerce à propos des actions de la SAS et les articles L. 229-11 et s. du Code de commerce à propos de la société européenne. L' inaliénabilité est limitée à 10 ans. Ces clauses d'inaliénabilité sont statutaires. Les clauses d'inaliénabilités des actions peuvent être extra statutaires. Elles ne sont en revanche jamais admises lorsque la société est cotée en bourse. Voir : **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. pp.303 et s.
[1442]Cass. Civ. 27 juil. 1863, *D.* 1864.1.465 ; Cass. Civ. 8 oct. 1997, *Rev. Des Huissiers de justice*, 1998.252
[1443] Voir par exemple : Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull Civ*. I, p. 337
[1444] La saisie est tenue en échec (le commandement est nul) même si l'inscription de l'hypothèque judiciaire est admise. Voir aussi **A. LEBORGNE** La clause d'inaliénabilité d'une donation entre vifs : intérêts sérieux et légitime et impossibilité de procéder à une saisie du bien, objet de la donation, obs. sur Cass. Civ. 1ère 15 juin 1994, n°92-12.139, *Bull. Civ*. I, n°211 ; *D.* 1995 p. 342 ; Pour une critique voir **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. p. 310. Le Conseil d'Etat arbore une solution contraire à la Cour de cassation en reconnaissant la faculté de saisie d'un bien réputé insaisissable dans une donation, du département pour la récupération des aides sociales. CE, 17 mai 1999, n°18870 ; *D* ; 1999, IR. p. 167 Cette solution se fonde sur la solvabilité apparente.
[1445] **R. PERROT, P. THERY**, *Procédures civiles d'exécution* , Dalloz, 2000, spéc. n°147

In personam, elle réduit les pouvoirs du propriétaire. L'étendue de la restriction dépend de la rédaction de la clause. Elle peut aller de l'indisponibilité du bien[1446], empêchant tout acte de disposition, y compris la constitution d'hypothèque[1447], à une simple incessibilité ou intransmissibilité[1448]. Toutefois, seuls sont limités les droits du propriétaire et non les droits des tiers. En toute logique, un créancier titulaire d'une hypothèque légale ou judiciaire peut inscrire ces sûretés et les réaliser. La jurisprudence a cependant statué en sens inverse au sujet d'une hypothèque conventionnelle.

431. **La jurisprudence récente : l'inaliénabilité obstacle à la constitution d'une sûreté réelle**. La jurisprudence semble étendre les effets de l'inaliénabilité à la constitution des sûretés réelles.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 juin 1983, avait décidé que l'hypothèque constituée sur un bien inaliénable était nulle. Or, dans cette espèce, l'inaliénabilité était certes temporaire, mais issue de la législation locale de Nouvelle Calédonie. Cet arrêt apparaissait aux yeux de la doctrine comme une décision particulière, créant une exception du fait de l'origine légale de l'inaliénabilité.

Cette position n'avait d'ailleurs pas été reprise par la suite. Par un arrêt du 9 octobre 1985[1449], la première chambre civile de la Cour de cassation avait admis la constitution d'une hypothèque judiciaire sur un immeuble indisponible. La chambre commerciale, le 30 septembre 2009, avait reconnu la validité d'un nantissement pris sur des valeurs mobilières indisponibles. La doctrine majoritaire pensait que l'inaliénabilité conventionnelle ne faisait pas obstacle à la constitution de la

---

[1446] Cass. Civ. 1ère , 23 février 2012, n° 09-13113, *Bull. Civ* I, n° 39 « *que les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du Code civil* »; *AJDI* 2012. 460, obs. **N. Le Rudulier**; *Gaz. Pal.* 28-29 mars 2012. 21, obs. **C. Albigès** ; *JCP G 2012.* II. 626, n° 16, obs. **P. Delebecque** *; CCC* 2012. 116, obs. **L. Leveneur** *; RLDCiv* mai 2012. 32, obs. **G. Marraud des Grottes** ; *Banque et droit*, mars-avr. 2012,n° 142, p. 41, obs. **N. Rontchevsky** ; *Dr. et Patr*. 2012, n°216, obs. **L. Aynès ;** *L'essentiel du droit bancaire*, 1er avril 2012, n°4, p. 4, obs. **M. Mignot** ; *RDBF*, mai 2012, comm. 87, **D. Legeais** ; *LPA*, 5 juil. 2012, n°134, p. 15, note **S. Milleville ;** RTDCiv. 2012, p. 346, obs. **P. Crocq**

[1447] Dans ce sens voir : Cass. Civ. 1ère , 23 février 2012, n° 09-13113, *Bull. Civ* I, n° 39 ; *AJDI* 2012. 460, obs. **N. Le Rudulier**; *Gaz. Pal.* 28-29 mars 2012. 21, obs. **C. Albigès** ; *JCP G 2012.* II. 626, n° 16, obs. **P. Delebecque** *; CCC* 2012. 116, obs. **L. Leveneur** *; RLDCiv* mai 2012. 32, obs. **G. Marraud des Grottes** ; *Banque et droit*, mars-avr. 2012,n° 142, p. 41, obs. **N. Rontchevsky** ; *Dr. et Patr*. 2012, n°216, obs. **L. Aynès**; *Dr. et Patr*. 2012, n°216, obs. **L. Aynès ;** *L'essentiel du droit bancaire*, 1er avril 2012, n°4, p. 4, obs. **M. Mignot** ; *RDBF*, mai 2012, comm. 87, **D. Legeais** ; *LPA*, 5 juil. 2012, n°134, p. 15, note **S. Milleville ;** RTDCiv. 2012, p. 346, obs. **P. Crocq.** Pour une critique voir, à propos des inaliénabilités légales mais pouvant être transposé en matière d'inaliénabilité conventionnelle, **W. Dross**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. pp. 309-310

[1448] La distinction entre l'indisponibilité, l'inaliénabilité, l'incessibilité et l'intransmissibilité est ténue. L'indisponibilité prive le propriétaire d'exercer tout acte de disposition sur son bien, y compris la constitution de droits réel. L'inaliénabilité et l'incessibilité empêchent l'aliénation pour les biens corporels et la cession pour les biens incorporels, l'intransmissibilité bloque toute aliénation ou toute transmission entre vifs ou à cause de mort. Voir **G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009. Les notions se recoupent mais elles se différencient dans les atteintes qu'elles portent aux pouvoirs du propriétaire. Voir **G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[1449] Cass. Civ. 1ère, 9 oct. 1985, n°84-13.306, *Bull. Civ.* I, n°252

sûreté mais qu'elle empêchait sa réalisation tant que durait l'inaliénabilité. Cependant, de manière inattendue, le 23 février 2012[1450], la première chambre civile de la Cour de cassation, après consultation de la troisième chambre et de la chambre commerciale, a relevé que « *les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du Code civil* ». Loin de la décision d'exception de 1985, la portée de l'arrêt est grande[1451]. Une hypothèque conventionnelle ne peut pas, à peine de nullité absolue, être constituée sur un immeuble inaliénable, même temporairement. La solution ne résulte pas seulement de l'instrumentalisation du droit des sûretés afin d'éviter un engagement de sa responsabilité du notaire et de sanctionner la mauvaise foi évidente des parties au contrat de prêt. Les fondements de la dissimulation et la faute de la banque suffisaient. Au contraire, elle apparaît comme une solution de principe, ce qui est regrettable. Elle semble être en contradiction avec la position de la chambre commerciale et se trouve en opposition avec la doctrine majoritaire qui a unanimement critiqué et condamné cette décision. En effet, les juges ne considèrent comme élément déterminant du domaine de l'inaliénabilité ni la volonté des parties, ni le caractère temporaire de cette inaliénabilité[1452]. Au-delà, ils semblent faire un amalgame entre l'indisponibilité du bien et son inaliénabilité, tout en assimilant les choses extra commerciales et les biens inaliénables[1453].

Au regard de cette décision, il convient alors de distinguer plusieurs hypothèses. Si l'inaliénabilité frappe un immeuble avant la constitution de l'hypothèque conventionnelle, alors la question de la suspension de la réalisation ne se pose pas. Le bien est hors commerce, l'hypothèque est nulle, son inscription est impossible et sa réalisation aussi.

La solution retenue en matière d'hypothèque conventionnelle doit-elle être étendue aux hypothèques légales et judiciaires, et aux sûretés réelles mobilières ?

Plusieurs solutions sont envisageables. La Cour de cassation ne visant que « *l'hypothèse conventionnelle* », il est possible d'en déduire que cette interprétation ne s'applique qu'à l'hypothèque conventionnelles. Les autres sûretés réelles immobilières, mobilières, légales,

---

[1450] Cass. Civ. 1ère , 23 février 2012, n° 09-13113, *Bull. Civ* I, n° 39 ; *AJDI* 2012. 460, obs. **N. Le Rudulier**; *Gaz. Pal.* 28-29 mars 2012. 21, obs. **C. Albiges** ; *JCP G 2012.* II. 626, n° 16, obs. **P. Delebecque** *; CCC* 2012. 116, obs. **L. Leveneur** *; RLDCiv* mai 2012. 32, obs. **G. Marraud des Grottes** ; *Banque et droit,* mars-avr. 2012,n° 142, p. 41, obs. **N. Rontchevsky** ; *Dr. et Patr*. 2012, n°216, obs. **L. Aynès**; *Dr. et Patr*. 2012, n°216, obs. **L. Aynès ;** *L'essentiel du droit bancaire*, 1er avril 2012, n°4, p. 4, obs. **M. Mignot** ; *RDBF*, mai 2012, comm. 87, **D. Legeais** ; *LPA*, 5 juil. 2012, n°134, p. 15, note **S. Milleville ;** *RTDCiv.* 2012, p. 346, obs. **P. Crocq**

[1451] Cet arrêt a fait l'objet d'une diffusion la plus large possible : F+P+B+R+I

[1452] Voir notamment **M. Mignot**, obs. sous Cass. Civ. 1ère , 23 février 2012, n° 09-13.113, *Bull. Civ*. I, n°39,*L'essentiel du droit bancaire*, 1er avril 2012, n°4, p. 4 ; **P. Crocq**, Le curieux refus de distinguer inaliénabilité temporaire et inaliénabilité définitive en matière de constitution d'hypothèque, note sous Cass. Civ. 1ère , 23 février 2012, n° 09-13113, *Bull. Civ*. I, n°39, *RTDCiv*. 2012, p. 346 ;

[1453] Voir notamment **S. Milleville**, Inaliénabilité, sûreté et extra commercialité : alliance ou mésalliance , *LPA* 5 juil. 2012, n°134, p. 15

judiciaires ou conventionnelles continuent à être régies par l'interprétation traditionnelle selon laquelle l'inaliénabilité constitue seulement un obstacle à la réalisation de la sûreté réelle et non à sa constitution. Cependant, il est possible que la Cour de cassation étende sa jurisprudence au-delà des frontières de l'hypothèque conventionnelle. En effet, la décision de la Cour se fonde sur la définition et la portée de l'inaliénabilité. Si la Cour de cassation considère qu'un bien inaliénable est indisponible, il n'entre dans l'assiette d'aucune sûreté réelle quelle que soit son origine légale, conventionnelle ou judiciaire. Ces distinctions, imposées par la nouvelle jurisprudence manquent de cohérence et de simplicité. L'abandon du traitement unitaire passé est regrettable et nous appelons le juge à revenir à sa position antérieure.

432. **Vers l'interdiction générale de la réalisation du logement inaliénable ?** Lorsque l'assiette d'une sûreté réelle est frappée d'inaliénabilité, cette dernière vient limiter la réalisation de la garantie si le mode de réalisation implique un transfert de propriété ou une saisie.

Semble exclue la restitution issue de la réserve de propriété en ce qu'elle ne constitue pas une aliénation. Cette question se pose, par exemple, en cas de vente d'un immeuble d'habitation sous réserve de propriété. Pour cette sûreté, comme pour la fiducie-sûreté, l'inaliénabilité du bien empêche la constitution de la sûreté.

La mesure concerne, en revanche, toutes les autres sûretés réelles. L'inaliénabilité empêche leur réalisation. En effet, l'inaliénabilité entraînant l'insaisissabilité du bien grevé, la réalisation de la sûreté ne peut pas avoir lieu par le biais des procédures civiles d'exécution. De même, les attributions en propriété provoquant un transfert de propriété, la présence d'une clause d'inaliénabilité prive, en principe, le créancier garanti de ces modes de réalisation. Il a cependant été noté précédemment que l'inaliénabilité conventionnelle peut recouvrir divers degrés selon la rédaction des clauses et l'intention des parties. Par exemple, si la clause interdit la vente du bien, la réalisation ne peut pas avoir lieu par le biais d'une vente forcée. En revanche, les attributions en propriété, parce qu'elles ne constituent pas des ventes, sont admises.

Sur un plan temporel, l'inaliénabilité constitue un obstacle à la réalisation de la sûreté tant qu'elle demeure[1454].

Il est important de noter qu'une clause d'inaliénabilité peut porter sur tout type de bien, et donc sur un meuble. Les règles énoncées au sujet du logement du débiteur ont vocation à s'appliquer aux biens meubles.

[1454] **D. LEGEAIS**, Comm. Sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, *RDBF* mai 2012, comm. 87

Si l'insaisissabilité peut être fondée sur l'indisponibilité ou l'inaliénabilité du bien, elle peut aussi trouver sa source dans une insaisissabilité conventionnelle.

2. L'insaisissabilité volontaire du logement : la déclaration notariée d'insaisissabilité

433. **La déclaration notariée d'insaisissabilité**. L'insaisissabilité du logement du constituant personne physique résulte principalement de la déclaration notariée d'insaisissabilité prévue à l'article L. 526-1 du Code de commerce. Cette législation est inspirée du statut des biens de famille de la loi du 12 juillet 1909. Ce statut, aujourd'hui abrogé[1455], n'a jamais été usité[1456] car peu d'immeubles et de biens de valeur y sont éligibles, le bien ne pouvant être d'une valeur supérieure à 7622.45 euros[1457]. Pour cette raison ce statut ne sera pas étudié.

Des biens de famille, le législateur a conservé le caractère volontariste de la déclaration et c'est ici que se trouve l'originalité de l'insaisissabilité qu'elle provoque. Malheureusement, il n'a prévu qu'une seule mesure d'articulation avec le droit des procédures collectives[1458] alors qu'il existait une bonne coordination entre les règles applicables aux biens de famille et celles relatives aux procédures collectives.

En déclarant partiellement insaisissables certains de ses immeubles[1459], le propriétaire personne physique et entrepreneur individuel, par sa seule volonté, empêche l'utilisation des voies d'exécution comme mode de réalisation de la sûreté réelle portant sur les immeubles objets de la déclaration. La loi développe trop peu la question des effets de l'insaisissabilité. Elle ne contient aucune disposition quant au respect des effets de la déclaration d'insaisissabilité sur les nouveaux modes de réalisation. La question de l'extension de l'insaisissabilité aux nouveaux modes de réalisation des sûretés réelles mérite d'être posée (a) ainsi que celle de son opposabilité à la procédure collective (b)

[1455] Article 12 de la loi du 13 déc. 2011, n° 2011-1862, relative à la répartition des contentieux et à l'allégement de certaines procédures juridictionnelles

[1456] **M. DAGOT**, *J.-Cl. Commercial, Fasc. 51 Déclaration d'insaisissabilité*, spéc. n°1. Cet auteur plaide pour la suppression de ce régime car il est inutilisé. Voir aussi **F. VAUVILLÉ**, La déclaration notariée d'insaisissabilité, Rép. Not. Defrénois 2003, art 37813, p. 1197, spéc. n°6. L'auteur cite le rapport Vautrin.

[1457] Pour une vision d'ensemble de la législation sur les biens de famille voir **M. BOUDOT**, Biens de famille, *Rép Civil*, Dalloz

[1458] L'article L. 632-1 12° du Code de commerce prévoit une nullité de plein droit de la déclaration notariée d'insaisissabilité effectuée postérieurement à la date de cessation des paiements. Il est important de noter que cette disposition est récente ; elle a été mise en place par l'ordonnance du 12 mars 2014. Antérieurement, il n'existait aucune disposition d'harmonisation entre la déclaration notariée d'insaissabilité et les règles des procédures collectives.

[1459] En effet, la déclaration d'insaisissabilité n'est opposable qu'aux créanciers postérieurs à la déclaration pour des dettes professionnelles.

a)L'extension des effets de la déclaration d'insaisissabilité

434. **L'insaisissabilité par déclaration notariée et les sûretés réelles**. Depuis loi du 1er août 2003[1460], conventionnellement et unilatéralement, par le biais d'une déclaration notariée enregistrée au registre de la publicité foncière et une mention dans un registre de publicité légale professionnel[1461], l'entrepreneur individuel peut rendre insaisissables certains de ses biens non affectés à un usage professionnel[1462].

D'abord conçu comme un outil de protection de la résidence principale[1463], elle constitue, depuis la loi du 4 août 2008, un outil de protection du patrimoine immobilier non professionnel de l'entrepreneur personne physique car elle peut porter sur « *tout bien bâti ou non bâti* ».

Cette déclaration d'insaisissabilité a pour effet d'empêcher l'ensemble des créanciers professionnels[1464] – titulaire d'une sûreté réelle ou non – dont la créance est née postérieurement à la déclaration, de saisir les immeubles du débiteur, sauf renonciation. La déclaration est inopposable aux créanciers antérieurs à celle-ci et aux créanciers non professionnels. L'immeuble est donc soumis à une « *insaisissabilité relative* »[1465].

Ramenée à la réalisation des sûretés réelles, il convient de déterminer si l'insaisissabilité n'entraîne pas *ipso facto* l'impossibilité de réaliser toute sûreté réelle dont l'assiette repose sur un immeuble objet de la déclaration et appartenant au constituant.

Néanmoins, les propriétés-sûretés sont, en principe, exclues de l'étude. Dans le cadre d'une réserve de propriété, le créancier reste propriétaire de l'immeuble grevé. Il ne peut donc y avoir de déclaration d'insaisissabilité de la part de l'acquéreur du bien puisqu'il n'en est pas encore propriétaire. Quant à la fiducie-sûreté, elle impose lors de la constitution d'un transfert de la propriété du bien au fiduciaire. Or, même si le constituant a pris soin de procéder à une déclaration d'insaisissabilité, cette dernière ne se transmet pas[1466]. Cette déclaration est un acte de volonté du propriétaire de l'immeuble. Si ce dernier décide de transférer la propriété de ce bien, il renonce au

[1460] Loi n°2003-721 du 1er août 2003

[1461] Pour les professions non assujetties à immatriculation, pour lesquelles il n'existe pas de registre professionnel particulier, la mention se fait dans un journal d'annonce légale du département dans lequel la personne exerce son activité.

[1462] Voir article L. 526-1 du Code de commerce

[1463] De 2003 à 2008, la déclaration notarié d'insaisissabilité avait exclusivement pour objet la résidence principale du déclarant.

[1464] Y compris l'Urssaf pour les cotisations sociales et le Trésor. Dans ce soir voir **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf, Thémis, Droit privé, 2009, spéc. n°76

[1465] **D. AUTEM**, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Rép. Not. Defrénois*, 2004, art. n°37890, spéc. n°34

[1466] Article L. 526-3 du Code de commerce

bénéfice de l'insaisissabilité. La constitution de la fiducie-sûreté enlève donc tout effet à la déclaration d'insaisissabilité faite par le constituant.

La déclaration notariée d'insaisissabilité rend les biens visés insaisissables par certains créanciers. L'utilisation de la saisie immobilière comme mode de réalisation de l'immeuble est logiquement impossible. La déclaration bloque donc la réalisation des sûretés réelles préférentielles par saisie immobilière. En revanche, elle n'empêche pas la constitution d'une sûreté, y compris d'une sûreté judiciaire conservatoire[1467].

435. **De l'insaisissabilité à l'interdiction de la réalisation**. Entre 2003 et 2006, la question de l'extension du domaine de l'insaisissabilité aux modes alternatifs de réalisation ne se posait pas car les sûretés réelles immobilières préférentielles ne se réalisaient que par la saisie immobilière. Mais l'ordonnance du 23 mars 2006 est venue consacrer les attributions en propriété comme modes de réalisation de droit commun des sûretés réelles immobilières fondées sur un droit de préférence. Depuis lors, la question de l'extension de l'insaisissabilité à l'ensemble des modes de réalisation se pose.

Le texte distinguant la résidence principale des autres immeubles du déclarant, ces deux hypothèses doivent être reprises. Le cas de la *résidence principale* est scellé car la loi, aux articles 2458 et 2459 du Code civil, interdisant spécialement les attributions en propriété en la matière[1468]. Lorsque l'entrepreneur individuel procède à une déclaration d'insaisissabilité, l'immeuble servant de résidence principale n'est donc plus réalisable sauf pour une créance antérieure à la déclaration. Il est à noter que les textes poursuivent ici le même objectif de protection du logement du constituant de la sûreté réelle et de sa famille. Tant sur le plan téléologique que technique, la réalisation de la sûreté se trouve paralysée.

En l'absence de texte et de jurisprudence, le cas des *autres immeubles* du déclarant est plus délicat. Deux thèses peuvent être soutenues.

Il est d'abord possible de considérer que l'opposabilité des effets de l'insaisissabilité doit être étendue aux modes alternatifs de réalisation. La nature alternative des attributions en propriété et l'absence de protection institutionnalisée du constituant militent en faveur d'une extension de l'insaisissabilité aux modes alternatifs de réalisation.

[1467] Cass. com, 11 juin 2014, n°13-13.643, *Bull. Civ*. IV, n°136; *D.* 2014, p. 1326 ; *D.* p. 1610, obs. **P. CROCQ** ; *D.* 2014, p. 1326, *Gaz. Pal.* 13 juil. 2014, p. 10 obs. **M. MIGNOT** ; *JCP E* 2014, n°28, p. 62, obs. **C. LEBEL** ; *Lexbase Hebdo Aff*., n°388, 3 juil. 2014, **B. BRIGNON** ; *RTD I*, 2014, n°3, p. 24, obs. **C. ALBIGES**

[1468] Voir n^{os} 442 et s.

Toutefois, la position inverse est soutenable. Aucun texte spécial ne vise l'ensemble des immeubles et il est possible d'avancer que si en 2008, la modification de l'article L.526-1 du Code de commerce n'a pas été suivie d'une modification des textes spéciaux, c'est que l'insaisissabilité conventionnelle n'entraîne pas la paralysie de toute réalisation. De plus, l'objet même d'une sûreté réelle est de soustraire son titulaire au droit commun. L'analyse téléologique et technique conduit à un cantonnement de l'insaisissabilité des immeubles autres que la résidence principale au domaine des procédures civiles d'exécution. La réalisation par attribution en propriété est, à notre sens, permise.

Néanmoins, la position adoptée par la Cour de cassation sur la question de l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité amène à penser que l'insaisissabilité pourrait être entendue largement comme faisant obstacle à tout mode de réalisation.

b) La question de l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux procédures collectives

L'hypothèse est la suivante. Un débiteur personne physique qui a déclaré un immeuble non affecté à l'activité professionnelle insaisissable par déclaration notariée d'insaisissabilité, est placé en procédure collective.

436. **Le débat doctrinal**. La question de l'opposabilité aux procédures collectives de la déclaration notariée d'insaisissabilité était controversée. Pour certains auteurs[1469], la déclaration était inopposable à la procédure dès lors qu'elle était inopposable à l'un des créanciers. Le liquidateur pouvait cependant agir au nom de l'intérêt collectif des créanciers. D'autres auteurs[1470], par fidélité à l'objectif de protection de la déclaration d'insaisissabilité, considéraient que la déclaration devait être opposable à la procédure.

[1469] Voir notamment : **F. VAUVILLÉ**, La déclaration notariée d'insaisissabilité Defrénois 2003, art 37813, p. 1197, spéc. n°14 ; **J. VALLANSAN**, Obs. sous CA Orléans, 15 mai 2008, *Act. Proc. Coll*. 2008, comm. 239 ; **F. PÉROCHON, R. BONHOMME**, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement,* LGDJ, 8ème éd. 2009, spéc. n° 423 ; **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 2012, 9°éd, spéc. n°1125 ; **F. PÉROCHON,** Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence, *Mélanges Saint-Alary*, Editions Législatives et PU Toulouse, p. 409., spéc. p. 411, n° 5 ; L'auteur note cependant que cette position fait perdre tout intérêt à la déclaration. **M. SÉNÉCHAL,** L'effet *réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, coll. Bibl. dr. entr., t. 59, 2002, spéc. n° 365;

[1470] Voir par exemple : **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Domat, Droit privé, Montchrestien, 8ème éd.. 2013, spéc. n°1307; **D. VOINOT**, *Droit économique des entreprises en difficulté ;* LGDJ 2007, spéc. n° 640 *;* **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 6e éd., 2012/2013, n° 582.13 ; CA Orléans, 15 mai 2008, *JCP E* 2009, 1008, obs. **M. CABRILLAC**, **P. PÉTEL**, n°9 ; CA Douai, 23 sept. 2010 ; *JCP E* 2010, 2076, note **C. LEBEL**

437. **La position jurisprudentielle favorable à l'opposabilité**. La jurisprudence récente est favorable à l'opposabilité. Par plusieurs arrêts, la Cour de cassation est venue clore le débat en rendant la déclaration d'insaisissabilité opposable à la procédure. Le liquidateur ne peut pas vendre l'immeuble objet de la déclaration d'insaisissabilité, même après autorisation du juge-commissaire qui commet alors un excès de pouvoir. En outre, dans la mesure où il doit agir dans l'intérêt collectif des créanciers, il ne peut pas agir en inopposabilité de la déclaration à la procédure collective tant que cette déclaration est inopposable à certains créanciers[1471].

438. **Nouvelles interrogations**. La question rebondit et se déplace[1472]. Si le liquidateur ne peut pas vendre l'immeuble, qui peut le vendre ? Plus précisément, le créancier antérieur à la déclaration notariée d'insaisissabilité peut-il vendre l'immeuble ayant fait l'objet de la déclaration alors qu'une procédure collective a été ouverte ? Et dans l'affirmative, quel est le sort du produit de cette vente ?

439. **Le débat sur la portée pratique**. Une portée pratique débattue. L'interprétation à donner à cette jurisprudence a fait naître deux courants doctrinaux qui s'affrontent[1473].
Le premier courant doctrinal[1474] critique aprement ces décisions sur le fondement de l'effet personnel de la procédure. L'argument est que l'ouverture d'une procédure collective emporte interdiction des poursuites à l'encontre du débiteur. Cette interdiction générale empêcherait le

---

[1471] Voir Cass. Com. 28 juin 2011 n°10-15.482. ; *Bull. Civ* IV, n°109 ; « *le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée en application du deuxième de ces textes, avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du dessaisissement prévue par le premier* » […] « le juge-commissaire ne pouvait autoriser, sous peine de commettre un excès de pouvoir, le liquidateur à procéder à la vente aux enchères publiques de cet immeuble dont l'insaisissabilité lui était opposable » *JCP E* 2011, 1551, note **F. PÉROCHON** ; *JCP E* 2011, Act. 375, **C. LEBEL** ; *D.* 2011, p. 1751, obs. **A. LIENHARD** ; *D.* 2012. Pan. 2201, obs. **P.-M. LE CORRE** ; *Rev. sociétés* 2011. 526, obs. **P. ROUSSEL GALLE** ; LEDEN juil. 2011. 1, obs. **F.-X. LUCAS** ; **L. FIN-LANGER**, L'efficacité retrouvée de la déclaration notariée d'insaisissabilité dans les procédures collectives ou l'occasion saisie par la Cour de cassation de prendre position, *Rev. Proc. Coll*. 2011, comm. 23
Voir aussi Cass. Com. 13 mars 2012 n°10-27087 (non publié) « *l'immeuble concerné par une déclaration notarié d'insaisissabilité n'entre pas dans le périmètre de saisie des biens appartenant au débiteur* » ; *Bull Joly Société*, 1er juin 2012 n° 6, p. 495, note **M. MONSÉRIÉ-BON ; *D.* 2012, p. 1573, obs. **P. CROCQ** ; **M. MENJUCQ**, De l'effet utile de la déclaration d'insaisissabilité, *Rev. Proc. Coll*. 2011, repère 5 ; **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°582-13 ; **J. THÉRON**, Obstacles à contourner et modalités de la cession isolée en liquidation judiciaire, *BJE* juil. Août 2012, Doctr, n°128, p. 253
Cette position a été réaffirmée par deux arrêts : Voir Cass. Com. 18 juin 2013, n°11-237.16, *Inédit* et Cass. com. 23 avril2013, n°12-160.35 à paraître au bulletin.°
Voir aussi antérieurement : Cass. Com. 3 févr. 2009, n°08-10.333, *D*. 2009, p. 494, obs. **A. LIENHARD** ; *Bull. Joly Société*, mars 2009, p. 226, obs. **M. SÉNÉCHAL**. La Cour avait indiqué que le liquidateur ne pouvait demander l'inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité par manque d'intérêt à agir.

[1472] **M. SÉNÉCHAL**, Réalisation de la résidence principale d'un entrepreneur déclarée insaisissable, note sous Cass. Com. 3 févr. 2009, *Bull. Joly Société*, mars 2009, p. 226 ; **J. THÉRON**, Obstacles à contourner et modalités de la cession isolée en liquidation judiciaire, *BJE* juil. Août 2012, Doctr., n°128, p. 253, spéc. p. 254

[1473] Pour une présentation d'un dialogue entre les deux courants doctrinaux voir **J. VALLANSAN**, **J. EPROVAUX**, Le sort de la résidence de la famille, Personne physique et procédures collectives, Colloque de l'AJDE Toulouse 12 oct. 2012 ;

[1474] **J. VALLANSAN**, **J. LEPROVAUX**, Le sort de la résidence de la famille, Personne physique et procédures collectives, Colloque de l'AJDE Toulouse 12 oct. 2012

créancier antérieur à la déclaration d'insaisissabilité et à l'ouverture de la procédure de poursuivre le recouvrement de sa créance sur le bien pendant la procédure et après la clôture de la procédure.

Le second courant doctrinal[1475] est en accord avec la jurisprudence de la Cour de casation. Il admet que le créancier antérieur à l'ouverture de la procédure auquel la déclaration n'est pas opposable, c'est-à-dire le créancier antérieur à la déclaration notariée ou le créancier domestique, puisse exercer son droit de poursuite sur le bien, car ce dernier se trouve hors procédure, hors du champ d'application de l'effet réel de la procédure et hors du gage général des créanciers. Pour les tenants de cette position, la déclaration aurait un « *effet absolu* » car elle permettrait à ces créanciers, y compris au créancier titulaire d'une sûreté sur le bien, d'échapper totalement aux effets de la procédure. Ils pourraient poursuivre le recouvrement de sa créance sur l'immeuble grevé alors que le constituant débiteur dispose des fonds nécessaires pour le payer mais que, par l'effet de l'ouverture de la procédure, il ne le peut pas[1476]. Il pourrait intenter une saisie immobilière s'il est titulaire d'un titre exécutoire[1477].

Ainsi, au regard de cette position, le créancier antérieur à la DNI ou le créancier domestique, antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective se trouve dans une situation particulièrement confortable, s'il est titulaire d'une sûreté réelle sur l'immeuble. Il en va de même du créancier hypothécaire postérieur à la déclaration et antérieur à l'ouverture de la procédure collective qui bénéficie d'une renonciation à l'insaissabilité à son profit[1478]. Tirons toutes les conséquences des arrêts du 28 juin 2011 et du 13 mars 2012. Si le bien « *n'entre pas dans le périmètre de la procédure* », il est hors procédure, le créancier peut non seulement poursuivre l'exécution forcée mais également utiliser les modes alternatifs de réalisation. Ainsi, l'interdiction du pacte commissoire ou de l'attribution en propriété ne devrait pas pouvoir lui être opposée.

En cas de vente du bien, ce bien n'appartenant plus au gage commun des créanciers[1479], la distribution du prix devrait avoir lieu selon l'ordre du droit civil entre les créanciers auxquels la

---

[1475] **J. VALLANSAN**, **J. LEPROVAUX**, Le sort de la résidence de la famille, Personne physique et procédures collectives, Colloque de l'AJDE Toulouse 12 oct. 2012; **C. LISANTI**, Retour sur l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité au liquidateur judiciaire : de la protection du patrimoine du débiteur au « privilège » des créanciers antérieurs à la déclaration, *Rev. Proc. Coll*. n° 3, Mai 2012, comm. 111 ; **F. PÉROCHON**, obs. sous Cass. Com. 28 juin 2011, n°10-15.482, *Bull. Civ* IV, n°109 ; *JCP E* 2011, 1551, spéc. n^{os} 17 et s. ; **L. FIN-LANGER**, L'efficacité retrouvée de la déclaration notariée d'insaisissabilité dans les procédures collectives ou l'occasion saisie par la Cour de cassation de prendre position, *Rev. Proc. Coll*. 2001, comm. 23, spéc. n°6

[1476] **J. VALLANSAN**, **J. LEPROVAUX**, Le sort de la résidence de la famille, Personne physique et procédures collectives, Colloque de l'AJDE Toulouse 12 oct. 2012

[1477] **P.-M. LE CORRE**, obs sous Cass. Com. 28 juin 2011 n°10-15.482, *Bull. Civ* IV, n°109 et sous Cass. Com. 13 mars 2012 n°10-27087 *D.* 2012. Pan. 2201

[1478] Voir sur la question : **F. PÉROCHON,** Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence, *Mélanges Saint-Alary*, Editions Législatives et PU Toulouse, p. 409 s ; Cass. Com. 13 mars 2012 n°10-27087 *Inédit*; *D.* 2012, p. 1573, obs. **P. CROCQ**

[1479] Le choix législatif est critiquable. Il peut paraître injuste car la DNI est initialement une règle humanitaire qui tend à éviter de l'entrepreneur individuel perde son logement. Or, une fois le bien vendu, la protection perd tout intérêt et les créanciers postérieurs à la DNI auraient pu être admis aux répartitions. Voir **F. PÉROCHON,** Le créancier et la

déclaration est inopposable[1480]. De même, en cas d'attribution en propriété, la soulte doit être distribuée selon les règles du droit civil. En revanche, l'éventuel excédent post distribution est remis au débiteur constituant ou consigné. Au regard de l'article L. 526-3 du Code de commerce, le débiteur ne peut conserver le bénéfice de l'insaisissabilité sur les sommes que si elles constituent le produit d'une vente et si elles sont remployées, dans le délai d'un an, à l'achat d'un nouvel immeuble. Eu égard au dessaisissement du débiteur, il ne peut pas utiliser ces sommes en remploi (si tant est qu'elles soient suffisantes au rachat d'un immeuble). Ne bénéficiant plus de la protection de l'insaisissabilité, elles réintègrent, à notre sens, le gage commun des créanciers[1481]. Toutefois, le liquidateur n'attendra peut-être pas l'expiration du délai d'un an pour clôturer la procédure.

440. **L'expansion probable de la DNI**. Une dernière remarque s'impose. Au regard de cette nouvelle jurisprudence et de l'interprétation retenue, le créancier titulaire d'une hypothèque a intérêt à exiger de son débiteur qu'il déclare insaisissable l'immeuble hypothéqué ou qu'il renonce à l'insaisissabilité à son profit. Il se trouve alors dans une position très favorable et a même intérêt à ce que l'auteur de la déclaration fasse l'objet d'une liquidation judiciaire,car cette réalisation a lieu à son profit et non au profit de l'ensemble des créanciers[1482].
La déclaration d'insaisissabilité pourrait devenir une garantie redoutable voire absolue lorsqu'elle est combinée avec une hypothèque ou un gage immobilier.

Il a pu être constaté que le droit des voies d'exécution protège le logement du constituant de diverses manières et à des degrés divers. Il serait d'ailleurs opportun de modifier certaines règles de protection et de généraliser les effets de l'insaisissabilité des déclarations notariées à tous les modes de réalisation. Mais au-delà de cette protection de droit commun, le droit des sûretés met également en place des mécanismes protecteurs du logement du débiteur constituant.

§2. La protection du logement par le droit des sûretés

renonciation à l'insaisissabilité de la résidence, *Mélanges Saint-Alary*, Editions Législatives et PU Toulouse, p. 409 s., spéc. p 413

[1480] **F. PÉROCHON**, obs. sous Cass. Com. 28 juin 2011, n°10-15.482, *Bull. Civ* IV, n°109 *JCP E* 2011, 1551, spéc. n^{os} 19 et s.

[1481] Contra O. Staes, Entretiens, sept. 2013. L'auteur indique que le bien étant hors procédure, les sommes tirées de sa vente sont hors procédure. Le débiteur en est le seul bénéficiaire.

[1482] Dans ce sens, voir **F. PÉROCHON**, obs. sous Cass. Com. 28 juin 2011, n°10-15.482, *Bull. Civ* IV, n°109 *JCP E* 2011, 1551, spéc. n^{os}19 et s.

441. Le droit des sûretés réelles protège également, par des règles spéciales, le logement du débiteur. Est interdite toute attribution en propriété d'une sûreté réelle préférentielle de la résidence principale du débiteur.
Cette règle est spécifique aux sûretés immobilières préférentielles (A). Néanmoins, l'opportunité de son extension aux propriétés-sûretés mérite d'être envisagée. (B).

A. La paralysie de l'attribution en propriété de la résidence principale du débiteur

Les articles 2458 et 2459 du Code civil excluent le recours à l'attribution judiciaire et au pacte commissoire comme modes de réalisation lorsque l'immeuble « *constitue la résidence principale du débiteur* ». La clause est réputée « *sans effet* ».
Ces textes imposent deux séries de remarques relatives au domaine de l'interdiction et sa sanction.

442. **L'interdiction de l'attribution en propriété de la résidence principale du débiteur**. Le domaine d'application de la protection de la résidence principale par le droit des sûretés impose de noter deux éléments. Premièrement, selon la lettre des textes, la protection ne bénéficie qu'au « *débiteur* ». La résidence du constituant tiers n'est pas protégée par le texte. Nous peinons à comprendre le sens et l'opportunité de ce traitement différencié. Le constituant d'une sûreté immobilière pour autrui mérite-t-il moins de protection que le constituant débiteur ? La réponse ne peut être que négative. Le texte instaurant une protection de la résidence principale, la qualité de tiers ou de débiteur du constituant ne devrait pas constituer un critère du bénéfice de cette protection. Cette dernière devrait bénéficier au constituant débiteur ou tiers.

Deuxièmement, la protection ne porte que sur « *la résidence principale* ». Lors de sa rédaction, en 2006, le texte était aligné sur la protection de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par déclaration d'insaisissabilité. Monsieur P. Delebecque[1483] a pointé que d'autres immeubles du débiteur pouvaient mériter cette protection. C'est le pas que le droit commercial a franchi en étendant la déclaration d'insaisissabilité à « *tout bien foncier bâti ou non bâti* », mais pas le droit des sûretés qui se cantonne à la protection de la résidence principale. Le droit d'option du créancier est seulement limité lorsque le bien grevé constitue la résidence principale du débiteur. Son droit est

[1483] **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCP E* 2006, suppl. n°20, I, 8 « *La résidence secondaire ne mériterait-elle aucune protection ? Quid également de la maison de famille ? Quid aussi de la terre patiemment cultivée et transmise de génération en génération ? Va-t-elle entrer dans le patrimoine des établissements bancaires agricoles ? A-t-on mesuré tous les ressentiments que la mise en œuvre de l'attribution en pleine propriété d'un bien immobilier au détriment du débiteur peut susciter ?* »

en revanche intact lorsque le bien est la résidence principale du tiers constituant ou une résidence secondaire ou tout autre immeuble appartenant au débiteur[1484].

Le texte ne précise pas le moment d'appréciation de la qualité de résidence principale. Est-ce au jour de la constitution du pacte commissoire ou au jour de la réalisation ?

Pour l'attribution judiciaire en propriété, il est évident que l'appréciation a lieu au jour de la demande. En revanche, pour le pacte commissoire, la question est plus discutée. Le texte prévoit que la clause est « *sans effet* ». Cette absence d'efficacité pousse à penser que l'appréciation de la qualité de résidence principale a lieu lors de la réalisation[1485].

443. **La sanction de la violation de l'interdiction**. L'article 2359 du code civil prévoit que la stipulation contractuelle qui contreviendrait à l'interdiction de l'attribution en propriété de la résidence principale du débiteur est « *sans effet* ». La formule paraît maladroite et la détermination de la nature de la sanction ardue. Il semble que la nullité soit à exclure[1486] car elle sanctionne un défaut de constitution et a un effet rétroactif. De même, doit être écartée la caducité[1487] en ce qu'elle sanctionne la disparition d'un élément essentiel de constitution. Or l'affectation des biens qui composent l'assiette de la sûreté n'est pas une condition de validité de celle-ci. Madame S. Hébert, par un raisonnement analogique avec la sanction du cautionnement disproportionné, suggère de recourir à une déchéance. Mais la déchéance fait perdre définitivement le droit. Il ne nous semble pas que derrière « *sans effet* », le droit d'option du créancier disparaisse. Il nous apparaît plutôt que l'expression du droit se trouve paralysée, que le droit ne peut pas être exercé. Cette situation rappelle la clause attributive de compétence matérielle stipulée dans les actes mixtes. Lorsque la personne civile est défendeur, le Cour de cassation ne répute pas la clause nulle mais seulement inopposable en ce qu'elle ne peut pas produire ses effets à l'encontre de la personne civile[1488]. Il paraît donc que la situation du créancier soit ici comparable à celle du commerçant demandeur. Il ne peut invoquer le bénéfice de la clause eu égard aux circonstances qui entourent la réalisation. La sanction édictée par le texte nous semble donc être l'inopposabilité de la clause. Si la circonstance causant l'inopposabilité, c'est-à-dire la qualité de résidence principale du débiteur, cesse, alors le créancier retrouve son droit à demander l'attribution en propriété du bien.

[1484] **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, in La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA*, 2007/7, n°852, p. 85 ; **S. PIEDELIÈVRE**, Premier aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, *Rép. Not. Defrénois*, 2006, art 38393, p.791 ; **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, Perspectives, *RLDA* mars 2007, p.96

[1485] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010, n°1088 ;

[1486] Dans ce sens, voir : **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052; **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCP E* 2006, suppl. n°20, I, 8

[1487] Dans ce sens voir : **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052

[1488] Cass. Com. 10 juin 1997, n° 94-12.316 ; *Bull. Civ.* IV n° 185 ; *D.* 1998. 2, note **F. LABARTHE, F. JAULT-SESEKE**

Le droit d'option du créancier titulaire d'une sûreté réelle conventionnelle se trouve limité par cette règle car il ne peut réaliser sa sûreté grevant la résidence principale du débiteur qu'en utilisant le biais de la saisie immobilière. Les attributions en propriété lui sont fermées. Les dispositions afférentes aux propriétés-sûretés ne comportent aucune disposition spécifique visant à protéger le logement du constituant. La question est pourtant intéressante.

B. La question délicate de l'application de la règle aux propriétés-sûretés

Au regard des textes, les propriétés-sûretés ne protègent pas spécifiquement le logement du constituant. La différence de traitement avec les sûretés préférentielles interpelle et la question de l'extension de cette protection aux constituants de propriétés-sûretés se pose. Les réponses sont toutefois variables.

444. **L'exclusion de l'efficacité des règles protectrices du logement à la réserve de propriété**. La propriété retenue à titre de garantie se caractérise encore ici par sa singularité. D'abord, la réserve de propriété, parce que le créancier demeure propriétaire du bien, se réalise par une restitution du bien grevé. L'objectif qui anime les règles applicables en matière d'attribution en propriété est de protéger le débiteur constituant contre la perte de la propriété de son logement. Cet objectif est difficilement transposable à la réserve de propriété, car le débiteur constituant n'en est pas encore propriétaire. Son logement ne fait pas l'objet de dispositions particulières. Il bénéficie seulement des garanties de droit commun, notamment des dispositions relatives aux expulsions[1489].

445. **L'application souhaitable de règles protectrice du logement à la fiducie-sûreté à trois personnes**. Il convient d'abord de noter que la protection du logement du constituant ne peut concerner que l'hypothèse dans laquelle la fiducie-sûreté est assortie d'une convention de mise à disposition. En cas de fiducie-sûreté avec dépossession, le débiteur ne peut occuper le bien puisqu'il l'a remis au fiduciaire.

La fiducie-sûreté sans dépossession ne constitue pas un cadre favorable à l'application de règles protectrices de la propriété du logement du constituant à la réalisation car la constitution de cette sûreté implique que la propriété du bien soit transférée au propriétaire. De plus, pendant la durée de la fiducie, les droits du constituant sont préservés par la convention de mise à disposition.

[1489] Voir n[os] 446 et s.

Néanmoins, cette dernière ne protège pas, en principe, le constituant au-delà de la durée de la fiducie. Ainsi, en principe, l'extension des règles protectrices du logement du constituant lors de la réalisation ne sont pas applicables à la fiducie-sûreté. Comme en matière de réserve de propriété, le constituant ne bénéficie que des protections de droit commun.

Il convient toutefois de réserver le cas de la fiducie-sûreté à trois personnes. Certes, le constituant n'est plus propriétaire du bien mais la réalisation d'une fiducie à trois personnes s'opère, en principe, par une attribution légale en propriété du bien grevé. De plus, lorsque le constituant – qui a vocation à redevenir propriétaire du bien – établit, grâce à la convention de mise à disposition, sa résidence principale dans l'immeuble grevé, sa situation est très proche de celle du débiteur d'une hypothèque. Il réside à titre principal dans l'immeuble grevé qui doit être réalisé par attribution en propriété.
Pour ces différentes raisons, il apparaît que la différence de régime entre les attributions en propriété ne se justifie pas et que l'interdiction de l'attribution en propriété de la résidence principale devrait être étendue à l'attribution légale attachée à la fiducie-sûreté. Si tel était le cas, dans cette hypothèse, la fiducie-sûreté ne se réaliserait que par la vente de l'immeuble.

A côté de la protection du logement et d'un « *minimum vital* » du débiteur, le droit des sûretés tend à protéger la personne physique contre la marginalisation.

Section 3. La protection contre la marginalisation

446. La dignité de la personne humaine a une triple dimension, physique, psychologique et sociale. Les procédures de surendettement et de rétablissement personnel sont des remparts contre l'extrême pauvreté, la marginalisation et l'exclusion[1490] qui portent atteinte à la dignité[1491]. En ce sens, les procédures de surendettement sont « *une traduction concrète de la dignité* »[1492] imposant

[1490] Sur cette dimension, voir notamment : **J.-B. RACINE**, Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers, in Faut-il encore payer ses dettes ?, *LPA.* 19 mars 2006, n°63, pp. 37 et s. ; **D. MAZEAUD**, Avant propos démodés sur le droit du surendettement, *Dr. et Patr.* oct. 1998, p. 50, spéc. p. 51 ; **D. MAZEAUD**, Le consommateur de crédit immobilier surendetté, LPA 29 juin 1999, n°128, p. 21 ; **P. ANCEL**, Le traitement des situations de surendettement de 1989 à 1998 : du redressement à la liquidation civile, *Dr et Patr*. oct. 1998, p.53 spéc. p. 59. ; **M.-J. CAMPANA,** L'effacement des dettes, *Gaz. Pal*. 27 févr. 2003, p. 317

[1491] **X. BIOY**, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22, spéc. n^{os} 616 et s.

[1492] **J.-B. RACINE**, Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers, in Faut-il encore payer ses dettes ?, *LPA.* 19 mars 2006, n°63, p. 37, spéc. p. 41 .

au créancier « *un devoir de solidarité* »[1493] envers le débiteur. Deux niveaux de protection sont observés.

Le premier niveau de protection se situe en amont du surendettement. Diverses dispositions protègent le patrimoine du constituant face au dispensateur de crédit. L'idée est d'éviter que la réalisation d'une sûreté à l'encontre du constituant provoque son surendettement. De manière globale, sans interdire les crédits à la consommation, la législation française les soumet à un régime plus strict que le crédit entre professionnels car ils constituent l'une des causes principale du surendettement. La protection contre la marginalisation a donc lieu, en amont, au stade de la constitution du crédit. Dans cette optique, le législateur de 2006 a interdit le pacte commissoire contenu dans une sûreté garantissant un crédit à la consommation. Bien que cette interdiction soit contenue dans un texte spécial qui en cantonne le domaine, il est possible, au regard d'autres textes, de lui donner un écho plus large et de venir protéger la partie faible qu'elle soit consommateur ou professionnel (§1).

D'autres règles protectrices du constituant personne physique résident dans les procédures de surendettement et de rétablissement personnel elles-mêmes, en ce que leur ouverture provoque un blocage de la réalisation des sûretés réelles (§2).

§1. La protection de la partie faible par l'interdiction du pacte commissoire

447. L'article L. 311-21 du Code de la consommation sanctionne le pacte commissoire stipulé dans une sûreté garantissant un crédit à la consommation. L'objectif d'une telle prohibition est de protéger le constituant, partie faible, contre l'usure et de cantonner les effets néfastes du crédit à la consommation. La lutte contre la marginalisation a ici lieu en amont, au stade de l'octroi du crédit à la consommation, ce dernier constituant l'une des causes principales du surendettement.

Exception au principe général de validité du pacte commissoire, l'interdiction de la stipulation d'un pacte commissoire dans une sûreté réelle garantissant un prêt à la consommation se fonde sur la protection de la partie faible au contrat. L'article L. 311-21 du Code de la consommation cantonne l'exception à l'hypothèse du crédit à la consommation. Pourtant, cette prohibition pourrait trouver

[1493] **J.-B. RACINE**, Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers, in Faut-il encore payer ses dettes ?, *LPA*. 19 mars 2006, n°63, p. 37, spéc. p. 40. L'auteur indique que les mesures de faveur accordées au débiteur surendetté relèvent de l'idée de solidarisme (sur ce point voir notamment : **C. JAMIN**, Plaidoyer pour un solidarisme contractuel, in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI*^{ème} *siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 ; ou encore **D. MAZEAUD**, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *Mélanges en l'hommage de F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur éditions, 1999, p. 603)

un domaine d'application plus large. En effet, l'article L. 311-21 ne semble pas exclure la qualification du pacte commissoire en clause abusive. L'interdiction toucherait alors l'ensemble des contrats de consommation. Au-delà, il est permis de se demander si l'interdiction n'a pas vocation à concerner toutes les hypothèses dans lesquelles le constituant est la partie faible au contrat, y compris lorsque le contrat est conclu entre deux professionnels.

La prohibition du pacte commissoire dans le cadre du crédit à la consommation (A), parce qu'elle a pour objet de protéger la partie faible au contrat fait poindre la possibilité d'un élargissement non souhaitable à d'autres situations dans lesquelles l'un des cocontractants est en situation de faiblesse. Cette extension pourrait avoir lieu au travers de la qualification du pacte commissoire de clause abusive et de clause créant un déséquilibre significatif (B).

A. La protection du consommateur contre l'usure : la prohibition du pacte commissoire en matière de crédit à la consommation.

448. **Le cantonnement de la prohibition au crédit à la consommation**. L'article L.311-23 alinéa 3 du Code de la consommation précise qu' « *en cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du Code civil sont ouverts au créancier gagiste, à l'exclusion du pacte commissoire prévu à l'article 2348 qui est réputé non écrit* ». Cette formule ne laisse aucune place à l'interprétation, toute attribution conventionnelle est prohibée lorsque la créance garantie est un prêt à la consommation.

Cependant, le caractère spécial du texte impose d'en respecter strictement la lettre. La disposition n'est donc applicable qu'aux crédits à la consommation[1494], ce qui exclut les crédits non listés à l'article L. 311-3 du Code de la consommation qui constituent des « *intervalles* »[1495] dans lesquels le pacte commissoire peut être librement et valablement stipulé. En ce sens, les attributions conventionnelles en propriété sont notamment possibles en matière de prêt d'un montant inférieur à 200 euros et supérieur à 75 000 euros, dans les opérations de crédit dont le délai de remboursement n'excède pas trois mois, ou encore les crédits consécutifs aux cartes à débit différé ne dépassant pas quarante jours et sans cotisation.

449. **La sanction, le caractère non écrit de la clause**. Du temps de la prohibition générale du pacte commissoire, l'article 2078 du Code civil prévoyait la nullité du pacte. Classiquement, la

[1494] Elle inclut désormais les prêts consentis par les caisses de crédit municipal. Voir notamment : **D. BAZIN-BEUST**, Une analyse du pacte commissoire…ou la prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? *LPA* 13 mai 2001, n°99, p. 50, spéc. n°13

[1495] **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, in La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA* 2007/7, n°852, p. 85

jurisprudence ne retenait pas la nullité partielle du contrat, sauf si la clause avait constitué une cause impulsive et déterminante dans la conclusion du contrat[1496]. Toutefois, la loi ne précisait pas si cette nullité était relative ou absolue. La jurisprudence sanctionnait la stipulation d'un pacte commissoire par une nullité relative arguant que « *les formalités prévues par l'article 2078 du Code civil, avaient pour finalité la protection du débiteur* »[1497]. Certains auteurs retenaient, en revanche, une nullité absolue[1498].

Désormais, le Code civil prévoit la validité de principe du pacte commissoire. Le texte spécial du Code de la consommation indique que le pacte conclu en violation de l'interdiction est, comme une clause abusive[1499], réputé non écrit. L'ancien débat sur la nature de la nullité semble ici clos.

Néanmoins, il pourrait être donné une portée beaucoup plus large à la prohibition du pacte commissoire.

B. L'extension inopportune de la prohibition

Au regard des objectifs de protection de la partie faible au contrat, l'interdiction du pacte commissoire pourrait voir son domaine d'application étendu sur deux fondements, celui des clauses abusives, d'une part, et celui des pratiques commerciale restrictives de concurrence, d'autre part. Une telle extension conduirait à généraliser la prohibition du pacte commissoire ce qui n'est pas souhaitable.

450. **La qualification non souhaitable du pacte commissoire de clause abusive**. Madame F. Macorig-Venier note que la prohibition du pacte commissoire dans les prêts à la consommation aurait pu être assurée par l'interdiction des clauses abusives[1500]. En effet, au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, « *dans les contrats conclus entre professionnels et non*

[1496] Cass. Civ. 1ère , 16 mars 1983, nº 82-10.334, *Bull. Civ*. I, nº 100; *D.* 1983, I.R. p. 282; Rép. Not. Defrénois 1984, art. 33251, p. 373, obs. **J.-L. AUBERT**

[1497] Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863*; Bull. Civ., IV*, n°176 ; *D.* 2005, p.2083, **P. CROCQ**; *JCPG* 2004, I, n°17, **P. DELEBECQUE**; *JCP G* 2004, II, n°10191, **S. PIEDELIÈVRE** ; *Banque et droit* 2005, n° 99, p. 61, obs. **F. JACOB** ; *RDBF.* 2005, p. 20, obs. **D. LEGEAIS ;** *Dr des sociétés*, mars 2005, n°3, p. 25, obs. **T. BONNEAU** ; *BMIS.* janv. 2005, n°1, p. 63, note **A. CONSTANTIN ;** *RTDCom*. 2005, p. 408, obs. **B. BOULOC.** Cette affaire porte sur la vente d'un bien gagé effectuée sans recours aux procédures civiles d'exécution. Toutefois, la Cour vise l'article 2078 dans son ensemble ce qui a pour effet d'indiquer que la sanction d'un pacte commissoire illégal est la nullité relative.

[1498] Dans ce sens, voir : **L. AYNÈS**, P**. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 2004, n°516 ; **L. JOSSERAND**, *Cours de droit positif français*, t. II, Paris, Sirey, 2ème éd. 1933, spéc. n°1540

[1499] Voir article L. 132-1 du Code de la consommation

[1500] Dans ce sens voir **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, in La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA* 2007/7, n°852, p. 85 ; **Contr**a voir **P. DELEBECQUE** , Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, suppl. n°20, I, 8. Pour cet auteur, dans la mesure où le droit civil permet d'introduction d'une telle clause, elle ne saurait être prohibée au titre des clauses abusives.

professionnels ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». Un décret[1501] codifié aux articles R.132-1 et 2 est venu poser des présomptions du caractère abusif de certaines clauses. Même si le pacte commissoire ne figure, ni dans la liste grise, ni dans la liste noire des présomptions[1502], il peut être néanmoins qualifié de clause abusive par le juge[1503], par application de la définition générale. Le pacte a pour effet de priver le débiteur de la jouissance de son bien, parfois automatiquement[1504], et ce, quel que soit le montant de la créance garantie restant dû[1505] .

Démontrer que le pacte commissoire peut être qualifié de clause abusive confère un domaine plus large à l'interdiction. Les clauses abusives sont contenues « *dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs* ». Leur domaine est plus étendu que celui du crédit à la consommation. Une telle qualification en clause abusive du pacte commissoire conduirait ainsi à interdire le pacte commissoire figurant dans tous les contrats liant un professionnel à un non professionnel.

En outre, si l'analyse est poussée un peu plus loin, le pacte commissoire pourrait être qualifié de pratique commerciale restrictive de concurrence, sur le fondement de la protection de la partie faible contre le déséquilibre significatif des droits et obligations des parties. La prohibition déborderait alors du champ d'application du Code de la consommation.

451. **L'extension non souhaitable aux contrats conclus entre professionnels**. Au-delà des dispositions du Code de la consommation, le pacte commissoire pourrait également être paralysé s'il est stipulé dans une sûreté garantissant un contrat conclu entre professionnels. En effet, depuis la loi du 1er août 2008, dite de Modernisation de l'Economie, l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce condamne le déséquilibre significatif pouvant figurer dans les contrats entre professionnels au titre des pratiques commerciales restrictives de concurrence. L'objectif est de protéger la partie faible au contrat.

[1501] D. n°2009-302 du 18 mars 2009

[1502] **D. BAZIN-BEUST**, Une analyse du pacte commissoire…ou la prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? *LPA* 13 mai 2001, n°99, p. 50

[1503] **D. BAZIN-BEUST**, Une analyse du pacte commissoire…ou la prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? *LPA* 13 mai 2001, n°99, p. 50, spéc. n°33

[1504] En cas de stipulation contractuelle en ce sens.

[1505] Voir **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, in La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA* 2007/7, n°852, p. 85; **D. BAZIN-BEUST**, Une analyse du pacte commissoire…ou la prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? *LPA* 13 mai 2001, n°99, p. 50, spéc. n°33

Le Conseil Constitutionnel, par une décision du 13 janvier 2011[1506], a reconnu la constitutionnalité de ce contrôle et la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juillet 2011[1507] a indiqué que le déséquilibre significatif en matière de contrat entre professionnels s'appréciait à l'instar du droit de la consommation. Si le pacte commissoire peut être qualifié de clause abusive parce qu'il provoque un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au regard du Code de la consommation, il peut également subir la qualification de pratique restrictive de concurrence dans les rapports entre professionnels.

Une telle qualification conduirait à étendre considérablement le domaine de l'interdiction ce qui contrevient à la volonté législative de rénovation des modes de réalisation. Elle n'est donc pas souhaitable. Cela étant, sur un plan pratique, les incertitudes jurisprudentielles quant aux modalités de contrôle du déséquilibre significatif[1508] semblent déjà suffisantes à freiner l'inclusion des pactes commissoires dans des contrats-types[1509].

En protégeant la partie faible au crédit à la consommation par la prohibition du pacte commissoire, le législateur souhaitait probablement cantonner l'application de cette protection au crédit à la consommation. Toutefois, au regard de la personne protégée, la partie faible, il semble possible d'élargir le domaine de l'interdiction en ayant recours aux qualifications de clause abusive ou de pratique restrictive de concurrence. Or, ces extensions paraissent inopportunes au regard de la *ratio legis*. L'interdiction est contenue dans un texte spécial. Il faut, à notre sens, en faire une application stricte et en limiter le domaine au crédit à la consommation. En outre, l'élargissement du domaine de la prohibition priverait la généralisation du pacte commissoire de tout effet.

L'interdiction du pacte commissoire a *de lege lata* pour objectif de protéger le constituant consommateur contre l'usure. Comme toute règlementation du crédit à la consommation, l'interdiction du pacte a pour but de lutter contre le crédit à la consommation car il constitue l'une des causes principales du surendettement. Lutter contre le crédit à la consommation amène à lutter contre le surendettement et à construire des barrières contre la marginalisation.

[1506] CConst. 13 janvier 2011, **n°2010-85 QPC** ; *LPA* 31 juil. 2012, n°152, p.5, obs **L. BAGHESTAN, JAN (P.),** *LPA* 12 déc. 2011, n°246, p.6, obs. **J. BOURDOISEAU;** *JCP G* 2007, 27, 1844, obs. **B. MATHIEU, M. VERPEAUX, A. MACAYA**

[1507] Cass. Com., 12 juillet 2011**n°10-21551** ;*Contrats concurrence consommation*, n°11 nov. 2011 com. n°237obs.**N. MATHEY**

[1508] Pour une présentation générale de la question voir notamment : **T. TITONE, F.COULON**, Première définition jurisprudentielle de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels, *RLDA* 2012,p. 70

[1508] Voir notamment : Tcom Lille, 7 sept. 2011n° 2009/05105, Min économie c/ SAS Eurauchan 200s

[1508] Voir notamment : T. com. Meaux, 6 déc. 2011, n° 2009/02295, ministre de l'Économie c/ Provera France .

[1509] **D. BAZIN-BEUST**, Une analyse du pacte commissoire…ou la prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? *LPA* 13 mai 2001, n°99, p. 50, spéc. n°35

§2. Le surendettement des particuliers et le rétablissement personnel, remparts contre la marginalisation

452. « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles ou à échoir […] »[1510]. Ainsi, la procédure de surendettement a pour objectif d'apurer le passif du débiteur particulier. Dans la perspective de l'étude qui est menée, le terme « débiteur » doit ici se comprendre comme « constituant ». Au regard de l'ampleur de ce passif, le législateur a mis en place, au plan théorique, une procédure collective majoritairement conventionnelle[1511]. Le juge n'intervient que lorsque cela est nécessaire ou lorsque la situation du constituant est « irrémédiablement compromise »[1512]. Dans cette dernière hypothèses, une procédure de rétablissement personnel est ouverte. Cette procédure a seulement un but liquidatif.

Néanmoins, les procédures de surendettement et de rétablissement personnel, ont un caractère collectif moins marqué que les procédures collectives du livre VI du Code de commerce[1513]. En effet, les textes prévoient seulement la suspension et l'interdiction « *des procédures d'exécution* » pendant la procédure de surendettement et de rétablissement personnel. Les modifications apportées par le droit des sûretés réelles semblent avoir été ignorées par le droit surendettement. Il en ressort que *de lege lata*, le caractère collectif de la procédure est limité (A). La question du traitement des nouveaux modes de réalisation n'a pas été envisagée par le législateur, ni lors des réformes de 2010, de 2012, de 2013 ou de 2014. Mais, *de lege ferenda*, comme en matière de procédures collectives, le caractère collectif des procédures de surendettement et de rétablissement personnel devrait s'imposer à tous les créanciers (B).

A. De lege lata, le caractère limité de la paralysie de la réalisation des sûretés réelles

[1510] Article L. 330-1 du Code de la consommation

[1511] Il convient de noter qu'en pratique, l'aboutissement à un plan de surendettement conventionnel n'est pas très fréquent et la commission de surendettement est amenée souvent à formuler des recommandations.

[1512] Article L. 330-1 al. 3 du Code de la consommation

[1513] Voir notamment **P. PÉTEL**, *La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce*, Contrats, conc. Consom. Oct. 2005, dossier 15, p. 29, spéc. pp.29-30. L'auteur souligne la communauté de structure générale entre les deux procédures mais il observe également que le caractère collectif est moins marqué notamment en ce qui concerne l'interdiction des paiement et la suspension des poursuites. Par exemple, les poursuites fondées sur des dettes professionnelles continuent à prospérer. Notons toutefois que ce caractère collectif a été écorné par l'adoption de la procédure de sauvegarde accélérée.

453. La lettre des textes relatifs aux procédures de surendettement ne paralyse que partiellement la réalisation des sûretés réelles pendant la procédure de surendettement et pendant l'exécution du plan[1514]. Ainsi, la recevabilité de la demande provoque seulement l'interdiction et la suspension des procédures d'exécution mais cette interdiction peut être anticipée au jour du dépôt de la demande de surendettement[1515]. En outre, elle se prolonge par l'adoption de mesures de traitement du passif. De prime abord, la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution n'ont pas pour effet général de suspendre et d'interdire tous les modes de réalisation des sûretés réelles.

454. **La suspension anticipée des procédures d'exécution**. En amont de la décision déclarant la recevabilité de la demande, le débiteur constituant[1516] peut demander une suspension judiciaire spéciale des procédures d'exécution, au juge de l'exécution, s'il craint que les créanciers, informés du dépôt de la demande, diligentent des procédures civiles d'exécution avant que la commission ne statue[1517]. Le prononcé de cette suspension est laissé à l'apppréciation souveraine du juge de l'exécution et elle produit les même effets que la suspension automatique. Elle permet au juge de garantir le travail de la commission et de préserver le bénéfice pour le débiteur de la procédure de traitement collectif du passif.

455. **Le principe de suspension et l'interdiction des procédures d'exécution, effet de la recevabilité de la demande**. L'ouverture d'une procédure de surendettement[1518], depuis 2010, ou l'ouverture de procédure de rétablissement personnel[1519] avec ou sans liquidation, entraîne, en principe, la suspension automatique des procédures d'exécution diligentées contre les biens du débiteur constituant et l'interdiction du paiement des créances antérieures à l'ouverture[1520] pendant deux ans maximum pour la procédure de surendettement[1521]et définitivement en matière de rétablissement. En effet, le rétablissement personnel étant une procédure liquidative, le créancier ne

[1514] Article L. 331-3-1 du Code de la consommation
[1515] Article L. 311-5 du Code de la consommation
[1516] En cas d'urgence, le JEX peut être saisi par le Président de la commission de surendettement.
[1517] Voir article L.331-5 du Code de la consommation ; Voir **S. GJIDARA-DECAIX**, *JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 1140 : Surendettement des particuliers*, spéc. n°68 ; Voir aussi **V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI**, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, Droit&Professionnels, 2ème éd. 2012, spéc. n°318 et s. et 333 et s.
[1518] C'est une innovation de la loi de 2010, auparavant, le débiteur devait demander la suspension des procédures d'exécution. Cette situation pouvait constituer des difficultés car un minimum de discipline collective est nécessaire à l'adoption du plan.
[1519] Avant la réforme de 2010, la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution était automatique dès l'ouverture d'un rétablissement personnel. Pour approfondir, voir **F. FERRIÈRE, V. AVÉNA-ROBARDET**, *Surendettement des particuliers*, Dalloz-Action, 2012-2013, spéc. n^{os}232.11 et s. ; **V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI**, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, Droit&Professionnels, 2ème éd. 2012, spéc. n°317
[1520] Pour la procédure de surendettement des particuliers, voir Article L. 331-3-1 et R. 331-11 du Code de la consommation ; Pour le rétablissement personnel, voir Article L. 332-6 alinéa 2 du Code de la consommation
[1521] Article L. 331-3-1 du Code de la consommation. La loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 dite Loi de séparation et de régulation des activités bancaires a allongé le délai de suspension des poursuites à deux ans maximum à compter du 1er janvier 2014. Antérieurement, elle était d'un an.»

retrouve jamais son droit de mener des procédures d'exécution mais est théoriquement[1522] payé sur le produit de liquidation.

La suspension d'exécution comprend, en principe, la suspension des procédures civiles d'exécution, c'est-à-dire la suspension du jugement d'adjudication et l'interdiction d'opérer des cessions de rémunération. Ce principe fait l'objet d'adaptations.
La saisie immobilière antérieure à la décision déclarant la demande de surendettement recevable reçoit un sort particulier si la vente forcée a été ordonnée. La suspension de la procédure de saisie n'est alors pas automatique. Dans ce cas, la commission de surendettement doit saisir le juge de l'exécution pour obtenir un report de l'audience d'adjudication que le juge n'accorde que pour « *des causes graves et justifiées* »[1523]. Cette exception au principe de suspension automatique des procédures d'exécution a été adoptée pour éviter une instrumentalisation des procédures de surendettement par le débiteur qui aurait pu être tenté d'utiliser la procédure de surendettement comme moyen de faire échec à la saisie immobilière[1524].
De même, la commission de surendettement n'a pas le pouvoir de suspendre les effets de la décision judiciaire d'expulsion. Elle doit donc saisir le juge de l'exécution à cette fin[1525]. Ce dernier peut accorder, au regard de la situation du débiteur, une suspension de la procédure pouvant aller jusqu'à un an. Cette suspension de la procédure d'expulsion est impossible dans certains cas notamment lorsque l'adjudication de l'immeuble a été prononcée. Quant au rétablissement personnel avec liquidation, il suspend automatiquement la procédure d'expulsion[1526].

Une autre exception à la suspension automatique des procédures d'exécution concerne le crédit municipal pour les prêts sur gage dont il est titulaire[1527]. Cette exception confère un avantage au Crédit municipal que nous peinons à expliquer.

Au regard de ces textes, seules les procédures d'exécution semblent suspendues et interdites. Toutes les sûretés ne sont donc pas paralysées. Les titulaires propriétés-sûretés ont la faculté d'intenter des

[1522] Le paiement est théorique car la procédure de rétablissement personnel se solde souvent par un effacement total ou partiel des dettes. Le prêteur qui a financé l'acquisition du logement du débiteur et qui a inscrit son droit en est l'une des victimes. Voir article L. 332-5 du Code de la consommation
[1523] Voir article L. 331-3-2 du Code de la consommation
[1524] Voir notamment **S. PIEDELIÈVRE**, Surendettement, *Rép. Procédure civile*, Dalloz, spéc. n°100
[1525] Voir article L. 331-3-2 du Code de la consommation
[1526] Toutefois, la procédure d'expulsion est continuée si elle est subséquente à une adjudication judiciaire après saisie ou si un séquestre a été constitué selon l'article 2138 alinéa 3 du Code civil. Voir article L. 332-6 alinéa 2 du Code de la consommation
[1527] Article L. 333-1-2 du Code de la consommation ; **S. PIEDELIÈVRE**, Surendettement, *Rép. Procédure civile*, Dalloz, spéc. n°100

actions en revendication[1528], les créanciers préférentiels peuvent demander l'attribution en propriété du bien. Le traitement est donc variable.

456. **La suspension et l'interdiction des mesures d'exécution prolongées par l'adoption du plan**. L'adoption du plan de redressement gèle également les procédures d'exécution du créancier pendant la durée du plan (maximum sept ans). Les dispositions du plan s'imposent aux créanciers, soit parce qu'ils ont consenti au plan conventionnel de redressement, soit parce que la commission leur a imposé, par recommandation, des rééchelonnements et des remises de dette en capital et/ou en intérêts[1529]. La jurisprudence retient toutefois une vision plus large du traitement égalitaire des créanciers dans le plan, en incluant des créanciers qui étaient exclus de la procédure. Elle soumet à la suspension des procédures d'exécution « *les créanciers dont la créance, à la suite de la vérification de validité, a été écartée de la procédure de surendettement, et auxquels les mesures recommandées en application de l'article L. 331-7 1^er^ alinéa, de l'article L. 331-7-1 et rendues exécutoires par l'application de l'article L. 331-1 ou de l'article L. 332-2 du Code de la consommation, sont opposables, ne peuvent exercer des procédures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur pendant la durée de l'exécution de ces mesures*. »[1530]

457. **L'efficacité des sûretés réelles pour autrui**. Les textes relatifs à la suspension et à l'interdiction des procédures d'exécution dans le surendettement et le rétablissement personnel ne visent que « *le débiteur* ». Les protections prévues par ces procédures ne bénéficient pas au constituant tiers. Il en ressort que contrairement aux procédures collectives des entreprises, le constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne bénéficie pas de protection particulière. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle pour autrui n'a donc pas de raison de craindre l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité des particuliers.

Les procédures de surendettement et de rétablissement personnel ont des effets sur les droits du créancier qui souhaite réaliser sa sûreté. Les procédures suspendent ou interdisent, parfois de manière anticipée, « *les procédures d'exécution* ». S'il est certain que cette expression désigne les procédures civiles d'exécution, elle pourrait permettre d'élargir l'interdiction et la suspension à l'ensemble des modes de réalisation.

[1528] CA Colmar, 2 juin 2008 cité par : **M. BOURASSIN**, Sûreté et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, n°203, p.4. Voir contra CA Paris, 28 avril 2009, jurisdata 2009-007169. La Cour a refusé la restitution d'un véhicule au créancier gagiste.

[1529] **M. BOURASSIN**, Sûreté et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, n°203, p.4, spéc. n°114 ; **F. FERRIRÈRE, V. AVÉNA-ROBARDET,** *Surendettement des particuliers*, Dalloz-Action, 2012-2013, spéc. n^os^252.11 et s.

[1530] Cass. Civ. 2^ème^, 8 juil. 2004, n°02-18.949, Bull. Civ. II, n°371 ; *RTDCom*. 2004, p. 821, note **PAISANT.** Voir aussi **S. PIEDELIÈVRE**, Surendettement, *Rép. Procédure civile*, Dalloz,

B. De lege ferenda, l'interdiction de la réalisation des sûretés réelles

458. **Débat jurisprudentiel et doctrinal**. La question de l'étendue de la suspension et de l'interdiction « des procédures d'exécution » suscite débat quant à son application générale à tous les modes de réalisation. Faute de saisine sur la question, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée. En revanche, les juridictions du fond et la doctrine s'opposent sur la solution à retenir.

459. **Première opinion, l'interdiction limitée aux voies d'exécution.** Pour une partie de la doctrine et des juridictions du fond[1531], l'ouverture d'une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel provoque seulement une suspension et une interdiction des procédures civiles d'exécution. Plusieurs arguments sont avancés.

Premièrement, la suspension des poursuites est contraire à la force obligatoire des contrats et au droit de poursuite général des créanciers. Constituant une exception, elle doit faire l'objet d'une interprétation stricte. L'expression « *procédures d'exécution* » s'entend donc *stricto sensu*[1532] comme un synonyme de procédures civiles d'exécution. Le texte ne peut pas être étendu aux autres modes de réalisation des sûretés réelles. Deuxièmement, l'ouverture d'une procédure de surendettement et de rétablissement personnel ne provoque pas une suspension générale des poursuites à l'ensemble des créanciers comme les procédures collectives des entreprises du livre VI du Code de commerce. Troisièmement, le droit des procédures collectives, malgré le principe général de suspension des poursuites, admet la réalisation de certaines sûretés réelles, comme la réserve de propriété[1533]. A cet argument, il peut également être ajouté que le droit du surendettement a fait l'objet de deux réformes en juillet 2013 et mars 2014 et il peut être observé que le législateur n'a pas profité de l'occasion pour modifier les textes[1534]. Suivant cette opinion, la cour d'appel de Colmar[1535] a pu admettre l'exercice de l'action en revendication intentée par un créancier réservataire.

Une telle position permet de maintenir une certaine efficacité aux sûretés réelles. Si la sûreté ne peut pas être réalisée par les voies d'exécution, elle peut l'être, selon les cas, par une attribution en propriété, la restitution du bien ou sa revendication.

[1531] **S. GJIDARA-DECAIX**, *JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 1140 : Surendettement des particuliers*, spéc n°69 ; CA Colmar, 2 juin 2008 cité par : **M. BOURASSIN**, Sûreté et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, n°203, p.4

[1532] **S. GJIDARA-DECAIX**, *JCl. Concurrence-Consommation, Fasc. 1140 : Surendettement des particuliers*, spéc. n°69,

[1533] Pour un exposé des arguments voir : **M. BOURASSIN**, Sûreté et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, n°203, p.4, spéc. n°119

[1534] Loi n°2013-672 du 26 juil. 2013. Loi de séparation et de régulation des activité bancaires.

[1535] CA Colmar, 2 juin 2008 cité par : **M. BOURASSIN**, Sûreté et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, n°203, p.4,

Toutefois, cette position crée une fracture entre les sûretés réelles. La réalisation des sûretés légales est paralysée, les sûretés réelles préférentielles conventionnelles voient leur droit d'option réduit et les propriétés-sûretés ne subissent aucune influence du fait de l'ouverture du surendettement. Ceci amène à conclure à la paralysie de certaines sûretés et de certains modes de réalisation. De plus, l'argument relatif aux procédures collectives semble critiquable au regard du droit positif et de la variété des traitements proposés[1536].

460. **Seconde opinion, l'interdiction de réaliser les sûretés réelles**. L'interdiction des procédures d'exécution peut être interprétée différemment, ce qui permettrait d'aboutir à l'interdiction de tous les modes de réalisation, y compris des attributions en propriété et des actions en restitution, pendant une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel.
Plusieurs arguments étayent cette position. D'abord, une critique peut être formulée à l'encontre de l'interprétation précédente. Admettre l'exercice des modes alternatifs de réalisation pendant les procédures de surendettement et de rétablissement personnel provoque une fuite des actifs, ce qui peut compromettre le redressement du débiteur surendetté. De plus, les modes alternatifs de réalisation tendent à l'exécution forcée indirecte de l'obligation garantie[1537]. Or le texte vise « *les procédures d'exécution* » sans indiquer précisément « *les procédures civiles d'exécution* ». La lettre du texte ouvre la porte à une extension du domaine d'application de la suspension des procédures d'exécution à l'ensemble des modes de réalisation des sûretés réelles. Enfin, le texte prévoit une interdiction des paiements. Cette position législative révèle une volonté de geler l'actif du débiteur. Or, la réalisation de la sûreté poursuit l'objectif de paiement du créancier. Si elle ne provoque pas un paiement au sens d'exécution de la prestation attendue, elle tend à un paiement par équivalent, en provoquant parfois la dation en paiement.
C'est cette position que la Cour d'appel de Paris a retenu[1538] en refusant la restitution d'un véhicule au créancier gagiste.

Ces arguments nous paraissent suffisants pour retenir le principe de l'interdiction de la réalisation des sûretés réelles par la soumission du débiteur à une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel. Néanmoins, comme en matière de procédures collectives, il paraît difficile de traiter de façon identique les propriétés-sûretés et les sûretés préférentielles, tout au moins dans la phase liquidative.

[1536] Voir n[os] 453 et s.
[1537] Voir n[os] 77 et s.
[1538] CA Paris, 28 avril 2009, jurisdata 2009-007169

Une autre solution pourrait être envisagée. Elle résulte d'un rapprochement du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement.

461. **Le rapprochement entre les procédures collectives et les procédures de surendettement des particuliers**. Madame M. Bourassin[1539] suggère d'étendre le traitement différencié des procédures collectives aux procédures de surendettement et de rétablissement personnel. Elle propose de paralyser les modes alternatifs de réalisation des sûretés réelles préférentielles (attribution en propriété) mais de maintenir l'efficacité des propriétés-sûretés en raison de la nature absolue du droit de propriété.

Cette proposition appelle une autre interrogation, celle de la fusion des dispositions relatives aux entreprises en difficulté et au surendettement des particuliers sous une même appellation, « droit de l'insolvabilité ». C'est la position qu'ont adoptée certaines législations et notamment le droit américain des faillites qui, à l'intérieur du « *Uniform Commercial Code* », a regroupé à la fois des dispositions applicables aux entreprises comme le Chapitre 11, mais aussi des dispositions relatives aux particuliers, le chapitre 7 et le chapitre 13. Certaines procédures s'avèrent communes, comme les procédures de liquidation prévues au chapitre 7. Notons cependant que si, sur le plan technique, une telle construction pourrait être adoptée en France, sur le plan téléologique et philosophique, les législations française et américaine sont assez éloignées. La procédure de surendettement française poursuit un but humanitaire, elle tend à éviter que l'endettement du débiteur personne physique ne provoque sa marginalisation sociale. En revanche, le droit américain est animé par une conception consumériste sur le modèle qui veut que « *l'endetté d'aujourd'hui est souvent le client de demain* »[1540]. Il se fonde également sur le 13ème amendement de la Constitution des Etats Unis qui interdit la servitude ou du travail forcé[1541].

En outre, le Livre VI du Code de commerce contient déjà des dispositions applicables au débiteur personne physique non professionnel. Le Titre VII de ce livre consacré à la faillite civile en vigueur en Alsace et en Moselle, ne concerne que des personnes physiques qui « *ne sont ni agriculteurs, ni des personnes exerçants une activité commerciale, artisanale ou toute autre activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou règlementaire* ». Son objectif est donc bien de résoudre les difficultés financières des particuliers.

[1539] **M. BOURASSIN**, Sûreté et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, n°203, p.4, spéc. n°1198

[1540] Voir : **A. BOUJEKA**, Perspectives communautaires et comparées de la procédure de rétablissement personnel, in Dossier, Analyse prospective et comparatiste de la loi sur le rétablissement personnel, *RDBF* sept-oct. 2006, p. 61

[1541] Ce dernier fondement explique l'introduction dès 1936, dans le droit américain de l'idée de « Fresh start » et de l'effacement des dettes car sur la base de cet amendement, les parlementaires américains se méfient des plans qui soumettent le débiteur pendant plusieurs années au paiement de ses dettes. Voir **A. STEFF,** La philosophie des procédures de surendettement des particuliers : l'exemple américain, *RDBF* mai 2012, dossier n°25

La question a déjà été soulevée en droit français[1542]. Avant 2003, la doctrine notait des rapprochements entre les procédures collectives et les procédures de surendettement, mais elle excluait une fusion de ces procédures pour trois raisons : la différence de domaine d'application des procédures collectives et du surendettement des particuliers, les conditions de déclenchement des procédures et enfin, au plan procédural, l'absence de procédure liquidative en matière de surendettement. La loi du 1er août 2003[1543] en créant le rétablissement personnel, procédure liquidative réservée aux particuliers, a rapproché encore les différentes procédures. Un auteur remarquait que les procédures collectives et de surendettement comportaient une « *charpente analogue* »[1544]. Depuis cette date, le rapprochement s'est accentué au fil des réformes.

Au gré de son évolution, le domaine d'application *ratione personae* des procédures collectives s'est ouvert à l'ensemble des entrepreneurs individuels commerçants, artisans, agriculteurs, professionnels libéraux. Le critère de choix entre les deux procédures s'est décalé vers l'opposition entre les dettes professionnelles et les dettes non professionnelles. Cette extension du domaine des procédures collectives a ouvert le bénéfice d'une procédure d'insolvabilité à toute personne physique ou morale quelle que soit son activité.

Les objectifs des procédures collectives des entreprises et des procédures de surendettement poursuivent globalement les mêmes fins. Les premières dont le caractère de sanction a presque disparu, visent prioritairement le sauvetage de l'entreprise. Les secondes ont un objet social et tendent à sauver le débiteur d'une marginalisation certaine.

Au plan procédural, durant la dernière décennie, les procédures se sont rapprochées. A la procédure de surendettement a été ajoutée une procédure de liquidation pouvant aboutir à l'effacement des dettes qui se rapproche de la clôture pour insuffisance d'actif[1545]. Une procédure de rétablissement professionnel dont le régime est inspiré du rétablissement personnel[1546] a été ajoutée aux procédures du Livre VI du Code de commerce. L'ouverture d'une procédure de surendettement produit désormais des effets semblables à ceux d'une procédure collective, la suspension et l'interdiction

---

[1542] Est-il légitime de traiter distinctement les particuliers surendettés et les entreprises en difficulté ? Journée du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique dédiée à Monique Contamine-Raynaud, Nanterre, 2 février 2002, *Gaz. Pal*. 27 févr. 2003, Doctr, pp. 279 et s. Voir aussi **A. BOUJEKA**, Perspectives communautaires et comparée de la procédure de rétablissement personnel, in Dossier, Analyse prospective et comparatiste de la loi sur le rétablissement personnel, *RDBF* sept-oct. 2006, p. 61 ; **J.-P. SORTAIS**, « Faillite » et surendettement : quelques éléments pour une comparaison, in *Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'A. Honorat*, Ed. Frison-Roche, 2000, p. 226 ; **P. PÉTEL**, Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, Brève étude de droit comparé, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p.835

[1543] Loi n°2003-710 du 1er août 2003

[1544] **P. PÉTEL**, Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, Brève étude de droit comparé, in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p.835, spéc. p.837

[1545] Comme cela a été indiqué précédemment, la clôture pour insuffisance d'actif cristallise, en principe, définitivement le droit de poursuite des créanciers. Ne pouvant exercer leur droit, ils ne peuvent obtenir paiement. En revanche, les procédures de surendettement effacent la dette.

[1546] Comme le rétablissement personnel, le rétablissement professionnel aboutit à un effacement des dettes.

des procédures d'exécution, l'interdiction des paiements de la part du débiteur. Le développement des procédures amiables dans le droit des entreprises en difficulté a aussi provoqué un rapprochement de ces procédures. Quant aux procédures judiciaires d'apurement du passif, elles répondent à une architecture générale identique, la saisine de l'organe compétent, la déclaration des créances, suivie d'une procédure de vérification et d'admission, puis la préparation du plan ou la conversion en procédure de liquidation.

Est peut-être venu le temps de dégager des principes communs à ces procédures. Sur le plan de la réalisation des sûretés réelles, il est possible d'imaginer que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité soumette l'ensemble des créanciers à une discipline collective. L'ouverture entraînerait une interdiction générale de la réalisation pendant la procédure et l'exécution du plan. Les procédures civiles d'exécution seraient paralysées ainsi que les attributions en propriété. Quant aux propriétés-sûretés, leur réalisation devrait être suspendue si le bien est nécessaire au sauvetage du débiteur. En dehors de ces cas, il conviendrait de maintenir l'efficacité des sûretés réelles.

***

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 1

462. Certains intérêts du constituant et des tiers ou l'intérêt général sont protégés. Ils peuvent être rassemblés en trois groupes : les intérêts économiques du débiteur constituant, les intérêts liés à la qualité de personne physique du constituant et les intérêts de tiers titulaires de droits opposables au créancier, comme les droits d'agrément, les pactes de préférence ou le cautionnement en cas de cumul de sûretés. Le respect de ces derniers s'impose pour des raisons de sécurité juridique.
La protection des intérêts économiques s'exprime particulièrement en matière de procédures collectives. La protection du constituant personne physique est assurée par les procédures civiles d'exécution et les procédures de surendettement et de rétablissement personnel. Elles tendent à lui assurer un logement décent, un cadre de vie minimal et à le préserver contre le surendettement.

Ces règles, qui protègent tantôt le constituant débiteur[1547], tantôt le constituant personne physique, sont souvent animées par l'intérêt général et instaurent, à certains égards, des limites ou des tempéraments à l'exercice de l'option par le créancier. Elles se caractérisent par leur hétérogénéité et par leur complexité.
Cette disparité et cette complexité pourraient être atténuées par l'adoption de règles communes.

[1547] Ou seulement le débiteur lorsque la sûreté réelle n'est pas conventionnelle.

Parce qu'elle poursuit des objectifs humanitaires, il est donc suggéré de transformer l'insaisissabilité en obstacle à toute réalisation. Si cette extension ne semble poser de trop grandes difficultés en matière de sûretés réelles préférentielles, elle est plus délicate et débattue en matière de propriété-sûretés.

A l'image de ce qui a été proposé en matière de procédures collectives et au regard des nombreux rapprochements opérés entre les procédures du Livre VI du Code de commerce et les procédures de surendettement et de rétablissement personnel tant sur les plans techniques que théoriques, il est proposé d'appliquer à ces deux dernières procédures le principe de l'égalité tempérée. Ainsi, tous les créanciers, y compris les créanciers titulaires de propriétés-sûretés ou de droits exclusifs comme le droit de rétention, verraient leur droit de réalisation paralysé lorsque le bien grevé n'est pas indispensable au déroulement de la procédure et au redressement du débiteur constituant.

En plus de porter atteinte à l'option, ces intérêts protégés peuvent faire obstacle à la satisfaction du créancier.

Titre 2. Le constituant et les tiers face à la satisfaction

La protection des intérêts du constituant, des tiers et parfois de l'intérêt général intervient au stade de la satisfaction du créancier.
Elle fonde deux types de règles.

463. **Les intérêts protégés par des règles spéciales**. Au stade la satisfaction, diverses règles viennent protéger les intérêts du constituant et des tiers. Elles tendent à préserver les intérêts économiques du constituant, la personne humaine ou encore la sécurité juridique et portent parfois atteinte à la satisfaction du créancier.
Ainsi, le droit des procédures collectives, pour poursuivre l'objectif de sauvetage du débiteur impose des modifications de classement lourdes de conséquences pour les créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles et au profit des créanciers privilégiés par les procédures. En outre, l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté, justifie que l'ouverture d'une procédure collective puisse remettre en cause la satisfaction du créancier intervenue antérieurement au jugement d'ouverture. Cette situation se présente dans l'hypothèse de la nullité des sûretés prononcée au titre d'une sanction du soutien abusif et de celle de la procédure de distribution n'ayant pas produit son effet attributif au jour du jugement d'ouverture.
La protection due au débiteur en tant qu'être humain se manifeste, au stade de la satisfaction, à deux égards. Si elle fait l'objet de dispositions ponctuelles en matière de procédures collectives, elle imprègne également les procédures d'expulsion, procédures de droit commun auxquelles l'ensemble des créanciers titulaires de sûretés réelles est susceptible d'avoir recours.
En outre, les droits des tiers et l'intérêt général imposent le respect des droits de préemption.

Ces différentes dispositions particulières de protection des intérêts du constituant et des tiers affectent, en principe, l'ensemble des créanciers. Cependant, la diversification des modes de réalisation des sûretés réelles amène à s'interroger sur leur application aux nouveaux modes de réalisation.

464. **Les intérêts protégés par un principe général**. A côté de ces règles spéciales, il est possible de dégager un principe général de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté, bénéficiant au constituant et aux tiers non constituants et s'imposant à tous les créanciers titulaires de sûretés réelles. Parce que ce principe dépend du caractère accessoire des sûretés réelles et qu'il

repose sur le principe de l'interdiction de l'enrichissement injuste, il constitue un principe général de la réalisation, au même titre que l'exercice volontaire de l'option à la défaillance du débiteur et sur l'assiette de la sûreté. Il assure au constituant et aux tiers non constituants de ne pas être spoliés de leurs droits et corrélativement, il constitue un plafond à la satisfaction du créancier.
Induit par des textes épars, comme le droit de rétention avant l'ordonnance du 23 mars 2006[1548], le principe de non enrichissement se révèle être un principe général d'ordre public n'admettant aucune dérogation contractuelle. En revanche, eu égard à la diversité des modes de réalisation, l'application du principe de non enrichissement prend des formes variées.

Ainsi, la protection des intérêts du constituant, des tiers et de l'intérêt général fonde un principe général de non enrichissement (Chapitre 1). La protection de ces intérêts fonde également des règles particulières (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le principe de non enrichissement, règle générale de protection
Chapitre 2. Les règles particulières de protection du constituant et des tiers

[1548] Sur l'évolution voir notamment : **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005, spéc. n°4 ; **F. PÉROCHON**, Le droit de rétention, accessoire de la créance, *Mélange Michel. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 379 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 4ème éd. 2004, spéc. n°566

Chapitre 1. Le principe de non enrichissement, règle générale de protection

Selon Carbonnier : « *Il arrive souvent qu'un principe soit latent sous des dispositions fragmentaires* »[1549]. C'est le cas du principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté.

465. Ce principe protège d'abord le patrimoine du constituant contre la spoliation. Il protège ensuite les intérêts des tiers créanciers en ce qu'il maintient leurs chances d'obtenir le paiement de leur créance. Plus largement il participe à la sanction de l'enrichissement injuste.

466. **L'approche historique**. L'idée d'enrichissement injuste du créancier du fait de sa sûreté et le risque de spoliation du constituant justifiaient la prohibition du pacte commissoire par le droit romain, par le droit canonique et par les coutumes. Le pacte commissoire était alors entendu comme une clause qui permet au créancier de devenir propriétaire du bien gagé à l'échéance, y compris lorsque la valeur du bien est supérieure au montant de la créance garantie. En revanche, étaient reconnus comme valables les pactes d'attribution du gage dont le mécanisme est le suivant. « *Le prix de la chose est estimé à l'échéance par un bonus vis et permet au créancier de conserver la chose tout en rendant au débiteur ce que la chose pouvait valoir de plus*. »[1550] La validité de cette clause a d'abord été admise par le droit romain, puis par certaines coutumes, notamment celles du Midi Toulousain. Cette solution était également préconisée par Pufendorf[1551]. La prohibition du pacte commissoire s'est ensuite étendue au pacte d'attribution.

Ce principe de non enrichissement se retrouve au plan international dans les travaux des organisations internationales ou régionales comme la CNUDCI, la BERD ou l'OHADA, sans toutefois que le principe ne fasse l'objet d'une formulation expresse.

467. **L'absence de consécration formelle**. En droit français, malgré les propositions de la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi, le principe de non enrichissement du créancier n'est pas formellement consacré par la loi. Il apparaît à la lecture des textes relatifs aux voies d'exécution, aux attributions en propriété, à certaines sûretés et des décisions de jurisprudence rendues en matière d'attribution en propriété. Ces sources éparses semblent toutefois unies par ce principe sous-jacent de non enrichissement, lui-même lié au caractère accessoire des sûretés réelles.

[1549] **J. CARBONNIER**, *Droit civil, Introduction*, t.1, Themis, PUF, 1990, n° 188, p. 838
[1550] **D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2ème éd. 2012, spéc. pp. 288 et 289
[1551] *Ibidinem*

L'existence du principe, peut, à l'image de la consécration et de la construction du régime juridique du droit de rétention, être constatée grâce à un raisonnement inductif, à partir de textes épars. En effet, c'est à partir de ces textes que la jurisprudence et la doctrine ont généralisé le recours au droit de rétention[1552] et ont bâti sa théorie générale[1553]. L'ordonnance du 23 mars 2006 est venue consacrer cette évolution en codifiant à l'article 2286 du Code civil les hypothèses générales de recours au droit de rétention[1554]

L'existence du principe peut également être démontrée sur la base d'un raisonnement déductif car ce principe se fonde à la fois, sur le principe général de sanction de l'enrichissement injuste et sur le caractère accessoire de la sûreté réelle. Dans cette acception, il appartient, au même titre que l'exercice volontaire de l'option sur l'assiette de la sûreté, au cadre général de la réalisation des sûretés réelles. Toutefois, il ne concerne pas l'exercice de l'option mais la satisfaction du créancier, dont il est le plafond (section 1).

Au regard de la diversité des modes de réalisation et de l'éparpillement des textes, la mise en œuvre du principe a lieu de façon hétérogène. Néanmoins, quelques lignes directrices communes peuvent être observées (section 2).

Section 1. Le principe général d'ordre public de non enrichissement du créancier

Section 2. La mise en œuvre variée du principe de non enrichissement du créancier

Section 1. Le principe général d'ordre public de non enrichissement du créancier

468. **L'existence du principe, démonstration par induction et déduction**. Démontrer l'existence d'un principe de non enrichissement s'impose. Le principe peut être démontré par induction et par déduction.

Au regard des textes divers et éparpillés se rattachant directement à l'idée de non enrichissement du créancier, il est possible de conclure à l'existence d'un véritable principe général « *sous-jacent* » ou « *latent* »de non enrichissement, s'appliquant à l'ensemble des sûretés réelles et des modes de réalisation.

[1552] Cass. Com. 19 févr. 1958, Bull. Civ. IV, n°82; Cass. Civ.1ère 17 juin 1969, JCP 1970, II, 16162, note N. Catala-Franjou

[1553] Sur l'évolution voir notamment : **A. AYNÈS**, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005, spéc. n°4 ; **F. PÉROCHON**, Le droit de rétention, accessoire de la créance, *Mélange Michel. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 379 ; **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 4ème éd. 2004, spéc. n°566

[1554] **A. AYNÈS**, La consécration légale du droit de rétention, *D.* 2006, p. 1301

L'étude des textes a conduit à s'intéresser aux fondements de ce principe et aux intérêts qu'il protège. Elle révèle que le principe de non enrichissement prend sa source dans d'autres principes et règles, l'accessoire, la sanction de l'enrichissement injuste. Ces fondements témoignent que l'existence du principe de non enrichissement peut être démontrée par déduction. Ainsi, le non enrichissement du créancier du fait de la réalisation de sa sûreté apparaît comme un principe général (§1).

Ce principe ayant pour objectif de protéger le constituant de toute spoliation de son droit de propriété, il préserve donc le crédit et le patrimoine du débiteur. Il bénéficie également aux autres créanciers car l'absence de gaspillage du crédit du débiteur leur permet de maintenir leurs chances de paiement et sécurise leurs engagements. Favorisant le crédit du constituant, ce principe profite plus largement à l'ensemble de ses partenaires économiques. L'étude de ces textes et intérêts protégés amène à conclure au caractère d'ordre public de ce principe (§2).

§1. Le principe général de non enrichissement du créancier

469. **Un principe général à deux égards**. Les textes épars relatifs aux sûretés réelles et à leur réalisation révèlent que la loi n'admet jamais qu'une sûreté réelle puisse procurer au créancier un enrichissement. Une partie de la doctrine[1555] y voit l'existence d'un principe général de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté.

Le caractère général du principe nécessite d'être démontré par une double démarche. La démarche est d'abord inductive. Le caractère général du principe est démontré à partir des textes qui y font référence. La démarche est ensuite déductive. La mise en perspective des textes épars, du principe général de sanction de l'enrichissement injuste et du caractère accessoire des sûretés réelles permet de déduire que le principe de non enrichissement découle de ces deux éléments réunis et qu'il en constitue une combinaison et une transposition au stade de la réalisation des sûretés réelles.

L'étude des textes dévoile donc le caractère général du principe eu égard à son domaine d'application. Ce caractère est conforté par l'analyse des fondements de ce principe. Il semble assis sur le caractère accessoire des sûretés réelles et sur le principe général d'équité qui se manifeste dans la sanction de l'enrichissement injuste.

[1555] **L. AYNES, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 2°éd., 2006, n°761 à propos de la réserve de propriété; **L. AYNES, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°515 à propos de l'attribution conventionnelle du gage.

Malgré les propositions de la doctrine, le principe de non enrichissement du créancier du fait de la réalisation de sa sûreté n'a pas fait l'objet d'une consécration légale directe. Pourtant, son domaine d'application (A) et ses fondements juridiques (B) révèlent son caractère général.

A. Un principe général révélé par son domaine d'application

470. Les textes relatifs à la réalisation des sûretés réelles peuvent être classés en trois grands groupes, les ventes, les attributions en propriété et les restitutions inhérentes aux propriétés-sûretés[1556].

Leur étude globale montre que la loi française, comme les travaux des organisations internationales et régionales comme la CNUDCI ou l'OHADA, n'interdisent jamais directement l'enrichissement du créancier du fait de sa sûreté. Ils prévoient des mécanismes permettant d'éviter cet enrichissement mais concernent l'ensemble des modes de réalisation des sûretés réelles. A partir des textes épars, il est possible de conclure à l'existence d'un principe général non écrit de non enrichissement du créancier du fait de la réalisation de sa sûreté (1). Cependant, s'il ressort des textes que le principe de non enrichissement est un principe général du droit des sûretés, ce dernier se cantonne à la réalisation. Il ne joue pas au-delà de cette dernière lorsque le créancier devient propriétaire des biens ou sommes (2).

1. Un principe général non écrit

L'étude successive des trois groupes de modes de réalisation admis par le droit français, à savoir, les ventes, les attributions en propriété et les restitutions, dévoile l'existence du principe de non enrichissement et la généralité de son application.

471. **Le non enrichissement et la réalisation par la vente.** Les voies d'exécution même utilisées comme modes de réalisation tendent à l'exécution de l'obligation garantie. Le principe de non enrichissement y connaît diverses manifestations. Deux exemples sont significatifs.

En cas de vente aux enchères publiques de biens meubles corporels suivant une saisie-vente, l'agent chargé de la vente stoppe celle-ci lorsque les prix des objets vendus suffisent à recouvrer la dette[1557]. Les auteurs indiquent traditionnellement que ce texte est une application du principe de

[1556] Voir n^{os} 23 et s.

[1557] Article L. 221-4 du Code des procédures civiles d'exécution. Voir aussi Cass. Civ. 2ème,3 juil. 1953, Bull. Civ. III, n°228

proportionnalité de la mesure à la créance due[1558]. Toutefois, il apparaît que la règle selon laquelle l'exécution « *ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation* »[1559] appartient davantage au principe de non enrichissement du créancier du fait de l'exécution forcée qu'au principe de proportionnalité. La voie d'exécution ayant pour but de satisfaire le créancier à hauteur de ce qui lui est dû, elle ne peut, par sa seule mise en œuvre l'enrichir. Une fois la créance éteinte, le créancier ne peut pas poursuivre la vente des biens meubles saisis.

En outre, dans toutes les hypothèses de vente forcée, lorsque le prix du bien vendu excède le montant des dettes, le surplus est remis au débiteur saisi en tant que propriétaire du bien. Dans l'hypothèse d'une sûreté réelle, l'excédent est restitué au constituant. En revanche, s'il existe plusieurs créanciers, le prix est partagé entre eux par contribution, ou en présence de sûretés réelles selon leur rang. Le versement au débiteur ne figure pas toujours explicitement dans les textes. Il fait l'objet d'une mention expresse dans l'article R. 334-2 du Code des procédures civiles d'exécution relatif à la distribution du prix de l'immeuble[1560].

Notons que lorsque la réalisation de la fiducie-sûreté a lieu par le biais d'une vente de gré à gré par le fiduciaire, les textes applicables sont les mêmes qu'en matière d'attribution légale en propriété[1561]. Il doit donc être fait application du principe de non enrichissement.

472. **Le non enrichissement et les attributions en propriété**. En matière d'attribution en propriété, que l'attribution soit conventionnelle[1562], judiciaire[1563] ou légale[1564], le Code civil prévoit

---

[1558] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°585 ; **R. PERROT, P. THÉRY,** *Procédures civiles d'exécution ,* Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°239 ; **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, spéc. n°1448 ; **P. JULIEN, G. TAORMINA,** *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010, spéc. n°323

[1559] Article L.111-7 du Code des procédures civiles d'exécution.

[1560] « *Le séquestre ou la Caisse des dépôts et consignations procède au paiement des créanciers et le cas échéant du débiteur, dans le mois de la notification qui lui est faite, selon le cas, du projet de distribution homologué ou du procès-verbal d'accord revêtu de la formule exécutoire ou d'une copie revêtue de la formule exécutoire de la décision arrêtant l'état de répartition*. »

[1561] Voir n^{os} 484 et s.

[1562] Pour le pacte commissoire voir les articles 2348 du Code civil pour le gage de meubles corporels et le nantissement de doit de commun et les articles 2459 et 2460 du Code civil pour l'hypothèque conventionnelle et le gage immobilier. Voir aussi **P. CROCQ**, La future réforme du droit français des sûretés réelles, *RLDC*, Chron., Oct. 2005, p.27 ; **L. AYNÈS**, le nouveau droit du gage, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, dossier sûretés mobilières du nouveau, p.48 ; **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, *in* La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA*, 2007/7, n°852, p. 85 ; **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, D. 2007, Chron., p. 2052 ; **D. LEGEAIS**, Le gage des meubles corporels, Commentaire de l'ordonnance du 23 mai 2006 relative aux sûretés, *JCPG*, suppl.,10 mai 2006, p.12 ; **C. CARBONNEL**, le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E* 2007, n°. 2536 ; **G. FLORA**, la réalisation de l'hypothèque, *RLDA*, mars 2007, p.96

[1563] Voir l'article 2347 du Code civil pour le gage de meubles corporels et le nantissement de droit commun et les articles 2458 et 2460 du Code civil pour l'hypothèque conventionnelle et le gage immobilier. Voir notamment : **P.-M.**

que le bien est évalué. Cette valeur est comparée au montant de la créance garantie. Le créancier attributaire doit, en cas de différence de valeur entre la valeur du bien et le montant de la créance due, restituer au constituant la somme correspondant à l'excédent de valeur ou la consigner en présence d'autres créanciers titulaires de sûretés réelles[1565]. Le créancier ne reçoit donc que ce qui lui est dû.

De même, ce principe se retrouve dans certains textes régissant des sûretés réelles spéciales. Par exemple, en matière de nantissement de compte titre, l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier renvoie aux dispositions de l'article L. 521-3 du Code de commerce qui renvoie lui-même aux dispositions des articles 2347 et 2348 du Code civil. Ainsi, le créancier qui par réalisation de son nantissement se voit attribuer des titres financiers doit restituer l'excédent de valeur au constituant ou éventuellement le consigner au profit d'autres créanciers titulaires de sûretés.

473. **Le non enrichissement et les restitutions**. Un système analogue de restitution par équivalent est prévu en matière de restitution faisant suite à la réalisation d'une réserve de propriété, par l'article 2357 du Code civil. Lorsque les biens sont restitués au propriétaire cédant, si la valeur des biens excède la valeur restant due, la soulte est versée au débiteur.

Le créancier, au regard de la loi ne peut s'enrichir par le jeu de la sûreté[1566].

Ces dispositions s'appliquent aussi lorsque le fiduciaire est également bénéficiaire.

474. **Le non enrichissement consacré par les guides législatifs et les droits voisins**. Le principe de non enrichissement semble empreint d'une certaine universalité et se manifeste dans certains textes internationaux et régionaux. Le Guide législatif de la CNUCI, dans sa recommandation 152, prévoit que tout excédent de valeur subséquent à la satisfaction du créancier doit être remis au débiteur.

De même, ce principe se trouve consacré en droit japonais[1567] et en droit suisse[1568] au sujet de la fiducie-sûreté, mais encore en droit suédois ou luxembourgeois au sujet du pacte commissoire[1569].

LE CORRE, E. LE CORRE BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des Entreprises en difficulté* , Sirey, 2°éd., 2006, n°330

[1564] Voir articles 2372-3 et 2372-4 du Code civil pour la fiducie-sûreté mobilière et les articles 2488-3 et 2488-4 du Code civil pour la fiducie-sûreté immobilière. Voir notamment, **P. DUPICHOT**, La fiducie-sûreté en pleine lumière, à propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, *JCP G* 2009, I, 132

[1565] Voir n^{os} 497 et s.

[1566] Voir **D. R. MARTIN,** note sous Cass. 2^{e} civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ*. II, n°59 *D.* 2014, p. 1081, spéc. n^{os}9 et 10

[1567] **A. YAMANOME**, Rapport japonais, Les nouvelles fonctions de la propriété, *in La propriété, Travaux de l'association **H. CAPITANT**, Journées Vietnamiennes*, t. LIII/2003, Société de législation comparée, sept. 2006, p. 439, spé. p. 446 ;

[1568] **B. FOEX**, Rapport suisse, *in La propriété, Travaux de l'association **H. CAPITANT**, Journées Vietnamiennes*, t. LIII/2003, Société de législation comparée, sept. 2006, p. 461, spé. p. 475

Ces deux dernières législations sanctionnent la clause dérogatoire à la restitution de l'excédent de la valeur par la nullité. Il est donc possible d'en déduire la reconnaissance du principe de non enrichissement

La présence du principe dans les textes internationaux et étrangers tend à en démontrer l'importance et la généralité. Il est donc peu étonnant de le retrouver en droit français. Il y est omniprésent même s'il se situe dans des textes divers et épars. Le principe existe, il est non écrit et général.

L'étude de ces différents textes permet également de circonscrire le domaine d'application du principe. Ce dernier se cantonne à « la vie » et à la réalisation de la sûreté.

2. Un principe général circonscrit à la réalisation

475. **Une application résiduelle à l'affectation des fruits**. Le principe de non enrichissement pourrait paraître se manifester avant l'échéance de la sûreté notamment lorsque l'affectation des fruits et des produits est stipulée dans l'acte constitutif. Toutefois cette technique d'affectation s'apparente plus à une modalité de paiement qu'à un mode de réalisation[1570].

476. **Une application cantonnée à la réalisation.** Le domaine d'intervention majeur du principe de non enrichissement se situe au stade de la réalisation. Le principe pourrait être formulé de la manière suivante : le créancier ne saurait s'enrichir du fait de sa sûreté. Cela signifie que l'entrée d'un bien ou d'une somme d'argent dans son patrimoine ne vient que remplacer une valeur équivalente sortie de son patrimoine au profit du débiteur. Mais l'application du principe est circonscrite à la réalisation. Une fois la sûreté et la créance garantie éteintes, une fois l'excédent de valeur consigné ou reversé au constituant, le principe de non enrichissement a épuisé ses effets.

477. **L'exclusion de la plus-value postérieure**. Aucun texte ne prévoit le cas dans lequel le créancier devenu propriétaire de biens s'enrichit. Plusieurs hypothèses sont envisageables. Il peut s'agir du créancier attributaire, du créancier fiduciaire qui acquiert la libre disposition du bien grevé ou encore du créancier réservataire auquel le bien vendu est restitué. Ces créanciers, une fois la propriété acquise ou la restitution du bien opérée peuvent le revendre en effectuant une plus-value. Le principe de non enrichissement ne s'applique pas à cette plus-value car l'enrichissement du

---

[1569] **P. Crocq**, Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de propriétés-sûretés, *in* « Le monde du droit », Ecrits rédigés en l'honneur de **J. Foyer**, Economica, 2008, p.583, spé. n°12 et s ; voir n[os] 497 et s.

[1570] Toutefois certaines législations telles que le droit japonais, le droit américain ou encore le projet de réforme du droit belge permettent au créancier, en cas de défaillance de son débiteur d'appréhender le bien grevé, de le louer, d'encaisser les loyers jusqu'à l'apurement de la dette. La solution est ingénieuse car elle permet au constituant de perdre seulement la jouissance du bien.

créancier résulte d'une augmentation de la valeur du bien postérieure à son acquisition et à la réalisation de la sûreté.

Néanmoins, une question demeure. Si la différence de valeur était très importante, est-il possible de recourir à la lésion ? Cela nous semble exclu car le contrat qui fonde le premier transfert de propriété n'est ni une vente ni un partage, et les hypothèses de lésion, d'interprétation stricte, sont limitativement énumérées par la loi, qui ne vise pas cette situation.

478. Au regard des textes applicables, le non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté est cantonné à la réalisation de cette dernière. Il apparaît comme un principe général non écrit s'appliquant à tous les modes de réalisation de toutes les sûretés réelles. Le caractère général du principe peut aussi se déduire des caractères généraux des sûretés réelles et de principes généraux applicables au contrat.

B. Un principe général révélé par ses fondements théoriques, l'accessoire et l'équité

479. Par l'effet du caractère indivisible de la sûreté réelle, la réalisation pourrait amener à remettre l'intégralité du prix de vente du bien grevé au créancier poursuivant ou à transmettre le bien par attribution ou à restituer le bien sans que le montant de la créance restant dû soit prix en considération. L'indivisibilité pourrait avoir pour effet d'enrichir le créancier du fait de la réalisation de sa sûreté. Toutefois, cette éventualité est immédiatement bloquée par le principe général de non enrichissement du créancier du fait de la sûreté.

480. **L'exclusion du droit de préférence comme source du principe de non enrichissement**. La recherche des fondements théoriques du principe de non enrichissement amène à exclure le droit de préférence comme origine du principe[1571]. Au regard des textes, le domaine d'application du principe dépasse largement celui du droit de préférence car il se retrouve tant dans les sûretés préférentielles que dans les propriétés-sûretés[1572].

[1571] **J. Mestre, E. Putman, M. Billiau**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 1996, spéc. n°499, p. 455 ; **F. Bicheron**, *La dation en paiement*, préf. **M. Grimaldi**, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 2006, spéc. n°382

[1572] Voir 469 et s. et 497 et s.

Au-delà des textes, ce principe est ancré dans deux fondements théoriques, l'un est spécifique aux sûretés réelles, le caractère accessoire (1), l'autre est un principe général du droit, la sanction de l'enrichissement injuste (2).

1. Un principe fondé sur le caractère accessoire de la sûreté réelle

481. **La sûreté réelle, l'accessoire et le paiement**[1573]. Les sûretés réelles résultent de l'affectation d'un bien ou d'un droit à la garantie d'une créance. Le bien et la créance sont, en application du principe de spécialité, déterminés ou déterminables dans l'acte constitutif.
L'objet des sûretés est de pallier l'inexécution du débiteur. En cas de défaillance, le bien grevé ou la somme d'argent qui le représente est remis en paiement au créancier garanti. Les sûretés réelles tendent donc indirectement à l'exécution et l'extinction des créances garanties[1574].

Or, au regard du droit commun des obligations, le paiement et son effet extinctif se cantonnent à l'obligation. Le paiement ne peut ni être en deçà, ni au-delà de ce qui est attendu et dû au créancier. En deçà, la créance n'est que partiellement éteinte, le débiteur demeure tenu du reliquat. Au-delà, le paiement est indu ou sans cause car le paiement complet provoque l'extinction de l'obligation et le reliquat doit être reversé au solvens. A défaut, les rôles de créancier et de débiteur s'inversent. Le créancier initial devient débiteur du débiteur initial et réciproquement.
Le droit des sûretés offre lui-même une application particulière des règles du paiement. En effet, en matière de gage avec dépossession, le créancier détenteur « *perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou à défaut le capital* »[1575]. Cette affectation, bien qu'elle contribue à l'efficacité du montage à cause du droit exclusif qu'elle confère au créancier, ne constitue qu'une modalité particulière de paiement de la créance garantie. Toutefois, comme la sûreté, l'affectation cesse lorsque la créance garantie est entièrement payée. L'imputation des paiements a d'ailleurs lieu selon les règles du droit commun.

[1573] **P. CROCQ**, *Propriété et garantie*, Th. Préf. **M. Gobert**, Bibliothèque de Droit privé, tome 248, LGDJ, 1995, spéc. n[os]270-271. L'auteur site **J.-L. RIVES-LANGE**, obs. sous Cass. Com. 15 mars 1988, *Banque*, juin 1988, n°484, p. 699, spéc. p. 704, note 23
[1574] Voir notamment sur le lien qu'entretiennent les sûretés et les créances garanties : **A. AYNÈS**, Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances, *in* Dossier n°12, Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, *Procédures* 2008, n°8, spéc. n[os] 1 et 2
[1575] Article 2345 du Code civil

Ainsi, tout comme le paiement ou l'exécution forcée de l'obligation, la réalisation des sûretés réelles, à cause de son rôle, constitue une forme de paiement et se voit appliquer les règles qui le régissent. Le créancier ne peut donc obtenir un enrichissement du fait de la sûreté.

2. Un principe fondé sur l'interdiction de l'enrichissement injuste

482. **Le rapprochement avec d'autres hypothèses d'interdiction de l'enrichissement**. Le principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté peut être rapproché d'autres hypothèses d'interdiction d'un enrichissement comme l'enrichissement sans cause, le paiement indu[1576], les impenses[1577], l'accession[1578] ou le principe de réparation du préjudice par la responsabilité civile[1579].

483. **Point commun, l'interdiction de l'enrichissement injuste fondé sur l'équité**. Sous l'influence de la doctrine du XIX[ème] siècle et particulièrement de la théorie de l'équivalence des patrimoines d'Aubry et Rau[1580], la Cour de cassation a consacré, en marge des textes légaux, un principe général selon lequel « *nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui* »[1581]. Malgré la formule

---

[1576] **E. VON CAEMMEBERG**, Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause, *RIDC*, 1966, n°3, pp. 573, spéc. p. 578 ; **H. ROLLAND, L. BOYER**, *Adages du droit français*, Litec, 4[ème] éd. 1999, spéc. n°193, p. 371

[1577] *Ibidinem*

[1578] **H. ROLLAND, L. BOYER**, *Adages du droit français*, Litec, 4[ème] éd. 1999, spéc. n°193, p. 371

[1579] La victime ne peut pas s'enrichir par la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur. L'action en responsabilité civile est une action indemnitaire qui n'a pour but que de compenser (au sens commun du terme), en nature ou par équivalent, le préjudice subi. .

[1580] Pour certains auteurs, la sanction de l'enrichissement sans cause se fondait sur la gestion d'affaire anormale. Dans ce sens : **M. PLANIOL, G. RIPERT** par **ESMEIN**, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, vol. 2 *Les obligations*, 1952, spéc. n°752. D'autres auteurs la fondaient sur la responsabilité civile ; Pour une présentation des théories de Demolonbe et de Pothier, voir notamment **G. RIPERT, R. TEISSEIRE**, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause, *RTDCiv.* 1904, p. 727, spéc. pp. 731-732, pp. 741 et s. ; Pour d'autres, sur la responsabilité civile : **G. RIPERT, R. TEISSEIRE**, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause, *RTDCiv.* 1904, p. 727, spéc. pp. 754 et s ; **J. MAURY**, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, Paris, 1920 , vol 2, spéc. n[os] 8 et s.; **A. ROUAST,** L'enrichissement sans cause, *RTDCiv*. 1922, pp. 35 et s.

[1581] La formulation de ce principe général est attribuée à Pomponius et se trouvait dans le Digeste sous la formule « *Jure naturae aequum est reminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorium*. » Même si les hypothèses d'utilisation de cet adage n'était pas les mêmes qu'aujourd'hui, l'idée d'un enrichissement indu est présent dans cet adage (**J. GAGNÉ,** Enrichissement sans cause et service rendu, *Les cahiers du droit*, vol. 1, n°1, 1954, pp.22 et s., spéc. p. 22 ; **H. ROLLAND, L. BOYER**, *Adages du droit français*, Litec, 4[ème] éd. 1999, spéc. n°193, p. 371).
Sur la notion d'enrichissement sans cause, voir notamment : **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009. Sur la notion voir notamment : **X. PIN**, *J.-Cl. Civil , Fasc. 10, Les quasi contrats*, sépc. art. 1370 à 1381 ; **A.-M. ROMANI**, Enrichissement sans cause, in *Rép. Civ.*, Dalloz ; Voir encore : **J. CARBONNIER**, *Droit civil, t.2, Les biens, Les obligations*, PUF, Quadriges manuels, 2004, spéc. n[os] 1223 et s **; A. BÉNABANT**, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 12[ème] éd. 2010 n[os] 485 et s. ; **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 16[ème] éd. 2014, spéc. n[os] 59 et s. ; **P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCH**, *Les obligations*, Defrénois, 6[ème] éd. 2013, spéc. n[os] 1056 et s. ; **J. JULIEN**, *Droit des obligations*, Larcier, Métiers du droit, 2012, spéc. n[os] 262 et s ; aussi;

générale de l'arrêt de la chambre des requêtes du 15 juin 1892[1582], la jurisprudence a, par la suite, « *enchâssé* »[1583] l'action *de in rem verso* dans des conditions techniques précises : un appauvrissement du demandeur corrélatif à l'enrichissement, l'absence de cause qui caractérise l'injuste, l'absence de faute de l'appauvri et la subsidiarité de l'action. L'action est *de jure* fermée pour le créancier de la soulte.[1584]

Néanmoins, les fondements théoriques et philosophiques de cette action font apparaître qu'elle s'ancre sur le principe plus large d'interdiction de l'enrichissement injuste[1585]. Depuis 2001, la Cour de cassation a, tout en qualifiant le principe de « *principe général du droit*»[1586], adopté une formule plus générique du principe indiquant que « *Nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui* »[1587]. Sans modifier en substance le principe et l'exercice de l'action[1588], ce changement terminologique en souligne les fondements et montre davantage que l'objet de la sanction n'est pas l'enrichissement mais son caractère injuste[1589]. La référence à l'enrichissement injuste met en évidence le fait que ce principe constitue une règle de droit naturel de justice morale[1590] et sociale[1591] ou plus largement d'équité[1592].

[1582] Cass. Req., 15 juin 1892, *S.* 1898, 1 , 281 note **LABBÉ** ; *DP*. 1892, 1, 596 ; *S.* 93.I.281, note **LABBÉ** ; *GAJC*, t.2, 12°éd. 2008, n°239

[1583] Voir **C. ALBIGÈS**, L'équité, *Rép. Civ*. Dalloz, spéc. n°18

[1584] Voir n^{os} 497 et s.

[1585] **E. VON CAEMMEBERG**, Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause, *RIDC*, 1966, n°3, pp. 573 et s. L'auteur expose que les droits allemand, suisse, américain, anglais et français condamnent l'enrichissement injuste mais que toutes les législations n'ont pas consacré un principe abstrait de non enrichissement comme en droit français.

[1586] En sus de l'arrêt en question voir **J.-P. GRIDEL**, La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, *D.* 2002, p. 228.

[1587] Cass. Civ. 1ère, 4 avril 2001, n° 98-13.285, *Bull. Civ*. I., n°105 ; *D.* 2001, p. 1614, note **M. BILLIAU** ; *RTD Civ.* 2001 p. 699, note **N. MOLFESSIS** ; Rép. Not. Defrénois 2001, p. 721, note **J.-L. AUBERT** ; *Gaz. Pal*., 8 déc. 2001, n° 342, p. 7, obs. **A. FAVRE ROCHEX** ; *LPA* , 2 avr. 2002 n° 66, p.9, note **A. GOSSELIN-GORAND** ; Cass. Civ. 1ère, 14 janv. 2003, n° 01-01.304, *Bull. Civ*. I, n°11 ; *RTDCiv*. 2003, p. 197, obs. **J. MESTRE, B. FAGES** ; Cass. Civ. 2ème, 10 juil. 2008, n° 07-15870, inédit ; Cass. Civ. 2ème, 9 avril 2009, n° 08-15617, inédit.

[1588] Certains auteurs plaident en faveur d'un élargissement de la sanction de l'enrichissement sans cause aux dépends d'autrui, à des conditions déterminées. Voir **J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX**, *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 16ème éd. 2014, spéc. n°59

[1589] Déjà dans ce sens, voir **MARTY, RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les obligations*, Sirey, Droit civil, t. 1, 1988, n°390 ces auteurs qualifient la sanction du caractère injuste d' « *âme de la théorie* ».

[1590] **G. RIPERT**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 3ème éd. 1935, n°134 ; **G. RIPERT, R. TEISSEIRE**, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause, *RTDCiv.* 1904, p. 727 , spéc. p. 730 ; voir aussi **MARTY, RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les obligations*, Sirey, Droit civil, t. 1, 1988, n°360 ; Ces auteurs ne font reposer le principe de la sanction de l'enrichissement sans cause en partie sur l'idée de justice morale. Toutefois, ils considèrent cela n'est que l'un de ses fondements; **A.-M. ROMANI**, Enrichissement sans cause, *Rép. Civ.*, Dalloz, spéc. n^{o}23; **J. CARBONNIER**, *Droit civil, t.2, Les biens, Les obligations*, PUF, Quadriges manuels, 2004, spéc. n^{o} 1225 ; **P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCH**, *Les obligations*, Defrénois, 6ème éd. 2013, spéc. n^{o} 1056 ; **J. JULIEN**, *Droit des obligations*, Larcier, Métiers du droit, 2012, spéc. n°262.

[1591] **H., L., J., MAZEAUD,** par **F. CHABAS**, *Obligations théorie générale*, t. II, vol.1, Montchrestien, Leçons de droit civil 9ème éd. 1998, spéc. 697

[1592] **M. PLANIOL**, *Traité élémentaire de droit civil, t. II, Les preuves, Théorie générale des obligations, contrats, Privilèges et hypothèques*, LGDJ, 5ème éd.1909, spéc. n°933. L'auteur fonde l'enrichissement sans cause sur « *une règle nécessaire d'équité* » « *Il en est de la restitution comme de la répression du dol : c'est une des rares règes de droit naturel, qui domine toutes les lois, alors même que le législateur n'a pas pris spécialement le soin de les formuler* ». **G. RIPERT, R. TEISSEIRE**, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause, *RTDCiv.* 1904, p. 727 , spéc. p. 730 **ROUAST,** L'enrichissement sans cause, *RTDCiv*. 1922, p. 35 spéc. p. 39 ; **MARTY, RAYNAUD, P. JESTAZ**, *Les*

Ce principe de sanction de l'enrichissement injuste, commun à de nombreux Etats et parfois légalement consacré, n'est pas un principe prétorien. Il a été dégagé par la jurisprudence au sujet de l'enrichissement sans cause mais il existait préalablement dans notre droit. Il fonde toutes les hypothèses de sanction de l'enrichissement injuste qu'elles soient légales ou jurisprudentielles. Ainsi, il engobe et fonde le principe de non enrichissement du fait de la sûreté qui constitue une application du principe général de la sanction de l'enrichissement injuste en droit des sûretés[1593].

S'il ne fait désormais nul doute que le non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté est un principe général du droit des sûretés, il convient de s'interroger sur sa force et sur son éventuel caractère d'ordre public.

§2. Un principe général d'ordre public

484. Reconnaître le caractère général du principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté implique immédiatement de poser la question de sa force obligatoire et donc de son caractère supplétif, impératif ou d'ordre public. Il convient alors de déterminer si le principe peut faire l'objet de dérogations contractuelles, s'il s'applique, faute de stipulation contraire, ou s'il s'impose aux parties et/ou au juge.

Pour certains auteurs[1594], l'obligation de restitution est seulement supplétive de volonté notamment en matière de pacte commissoire. Ils envisagent ainsi l'insertion de clauses dérogeant à l'obligation

---

obligations, Sirey, Droit civil, t. 1, 1988, n°390; **J. GHESTIN, G. GOUBEAUX**, avec le concours de **M. FABRE-MAGNAN**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd. 1994, spéc. n°751. Les auteurs indiquent que ce principe crée une « *obligation naturelle de restitution qui pèse sur celui qui profite de la situation* ». ; **H. ROLLAND, L. BOYER**, *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999, spéc. n°193, p. 371; **X. PIN**, J.-Cl. Civil, Fasc. 10 Les quasi contrats, art. 1370 à 1381, spéc. n°5 ; **C. ALBIGÈS**, L'équité, *Rép. Civ*. Dalloz, spéc. n°18; Il est à noter que la notion d'équité est extrêmement difficile à définir. Il n'existe pas une mais plusieurs définitions cumulatives de l'équité. Voir sur cette question : **C. ALBIGÈS**, *De l'équité en droit privé*, préf. **R. Cabrillac**, LGDJ 2000, **C. ALBIGÈS**, L'équité, *Rép. Civ*. Dalloz, spéc. n°18 ; **C. JARROSSON, F.-X. TESTU**, Equité, *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. **D. Alland**, **S. Rials**, Puf quadriges, 2010, pp. 635 et s., spéc. p.637 « *Dans ses manifestations objectives, l'équité se présente comme un instrument destiné à mieux assurer l'égalité, ou plus exactement l'idée fondamentale d'équilibre ; on veut assurer les chances de chacun dans le procès, on souhaite assurer un équilibre élémentaire au contrat […], on rééquilibre deux patrimoines par la théorie de l'enrichissement sans cause ou celle des impenses.etc. L'équité se présente comme un instrument de justice commutative, variété importante mais particulière de justice – ce qui ramène à l'idée aristotélicienne ou thomiste selon laquelle l'équité est une espèce de justice, sans pouvoir être totalement confondue avec la justice supérieure*. » ;

[1593] Voir notamment : **J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU**, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 1996, spéc. n°499, p. 455 ; **F. BICHERON**, *La dation en paiement*, préf. **M. Grimaldi**, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 2006, spéc. n°382 ; le non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté est « *moins une conséquence de l'exercice du droit de préférence que de l'application* ***d'une règle d'équité élémentaire*** *qui veut que le créancier ne reçoive pas plus que son dû.* »

[1594] **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, p.48 ; **N. BORGA**, L'ordre *public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th.

de restitution. Ces propositions paraissent toutefois devoir être écartées (A). Malgré ces opinions, il semble nécessaire d'admettre le caractère impératif de la règle et, au-delà, son caractère d'ordre public (B).

A. L'exclusion de toute dérogation contractuelle à l'obligation de restitution

485. **La conventionnalisation de la réalisation**. Les différentes réformes directes ou indirectes du droit des sûretés ont abouti à une large déjudiciairisation des modes de réalisation. Une part belle est faite à la liberté contractuelle spécialement en matière de pacte commissoire et de réalisation de la fiducie-sûreté, hypothèses dans lesquelles les parties sont presque entièrement libres d'organiser la mise en oeuvre de leur garantie[1595].

Mais la confrontation entre cette liberté et le principe général de non enrichissement dégagé ci-dessus souleve immédiatement la question de la force obligatoire de ce principe et la possibilité de dérogation contractuelle.

Certains auteurs[1596] admettent que le principe de non enrichissement peut faire l'objet d'aménagements conventionnels. Ils envisagent de permettre au créancier de conserver l'excédent de valeur (1) sur le fondement d'un complément de rémunération ou d'une clause pénale. Toutefois, ces analyses semblent devoir être rejettées (2)

1. Les propositions doctrinales, les clauses de conservation de l'excédent de valeur

486. **Les clauses de conservation, compléments de rémunération ou clauses pénales**. Certains auteurs refusent de reconnaître un caractère d'ordre public à la consignation ou la restitution de l'excédent de valeur en matière de pacte commissoire.

Le deuxième alinéa de l'article 2348 du Code civil relatif au pacte commissoire attaché au gage de meubles corporels prévoit que l'évaluation du bien à dire d'expert est une règle d'ordre public. L'article répute toute dérogation contractuelle « *non écrite* ». Or le troisième alinéa de cet article relatif à la consignation et restitution de l'excédent de valeur ne comporte pas cette mention.

---

préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°100 ; **P. CROCQ**, Gage, *Rép. civil*, Dalloz, spéc. n°137; Voir encore : **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°515 ;

[1595] Voir n^{os} 21 et s.

[1596] **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, p.48 ; **N. BORGA**, L'ordre *public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°100 ; **P. CROCQ**, Gage, *Rép. civil*, Dalloz, spéc. n°137; Voir encore : **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°515 ;

Messieurs L. Aynès, P. Crocq et N. Borga[1597], dans leurs interprétations, considèrent que cette disposition n'est pas obligatoire, et que la restitution et la consignation peuvent faire l'objet de dérogations contractuelles.

Ainsi, ils envisagent que les parties puissent déroger conventionnellement au principe de non enrichissement en stipulant que l'excédent demeurerait entre les mains du créancier attributaire, à titre de complément de rémunération[1598] ou de clause pénale[1599].

Cependant, ces analyses sont critiquables et la qualification en complément de rémunération ou en clause pénale semble, au regard de la nature et du fonctionnement de ces mécanismes, devoir être exclue.

2. Le rejet des propositions doctrinales

487. Le rejet de l'analyse en complément de rémunération. Admettre l'absence de versement de l'excédent au titre d'un complément de rémunération d'un crédit semble indiquer que le surplus de valeur a pour objet de rémunérer le risque pris par le créancier. Or, au plan économique, le risque ou l'imprévu « *s'exprime traditionnellement par le taux d'intérêt […] Plus l'argent est immobilisé longtemps, plus le taux est élevé ; plus l'emprunteur est jugé solide et fiable, plus le taux d'intérêt est bas.* »[1600]. Le risque n'est donc pas rémunéré par l'enrichissement du créancier du fait de la sûreté, il est rémunéré par le taux d'intérêt contractualisé dans l'obligation garantie.

A cause du caractère accessoire, le fait générateur de l'enrichissement du créancier ne semble pas pouvoir trouver sa cause dans la mise en œuvre de la garantie mais seulement dans l'obligation garantie.

En outre, quand bien même la dérogation serait admise, elle se trouverait considérablement limitée par l'interdiction de l'usure. En effet, le calcul du taux d'usure du crédit consenti au débiteur devrait alors prendre en compte les intérêts versés durant l'exécution de l'obligation garantie et la somme ou l'équivalent en valeur perçu lors de la réalisation.

[1597] **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, p.48 ; **N. BORGA**, L'ordre *public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°100 ; **P. CROCQ**, Gage, *Rép. civil*, Dalloz, spéc. n°137

[1598] **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, p.48

[1599] **N. BORGA**, L'ordre *public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n°100 ; **P. CROCQ**, Gage, *Rép. civil*, Dalloz, spéc. n°137

[1600] Voir notamment : **A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, A.-M. DRAI**, *Dictionnaire de science économique*, Armand Collin, 3ème éd. revue et commentée, 2010, sous le mot « *risque* » et l'expression « *risque de crédit* » ; **P. BEZBAKH, S. GHERARDI**, *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, A présent, 2011, sous le mot « risque »

488. **Le rejet de l'analyse en clause pénale**. L'analyse de la clause de conservation de l'excédent en clause pénale ou en clause d'indemnisation forfaitaire[1601] est également critiquable. La clause pénale est définie par le Code civil comme « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* »[1602]. De façon plus précise la doctrine avertie l'entend comme « *une clause commminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire*[1603] *– en général très supérieure au montant du préjudice subi par le créancier (et appelée peine stipulée)- qui en principe ne peut-être ni modérée ni augmentée par le juge, sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire* »[1604]. Or la clause pénale, sauf si elle est qualifiée de moratoire[1605], s'avère difficilement compatible avec l'exécution forcée de la créance, objectif même de la réalisation des sûretés réelles. En effet, au regard des articles 1228 et 1229 du Code civil[1606], le créancier peut alternativement faire jouer la clause pénale ou demander l'exécution forcée de sa créance[1607].

En outre, un raisonnement analogue à celui mené en matière de complément de rémunération peut être adopté pour les clauses pénales. La clause pénale est une sanction de l'inexécution d'un contrat. L'exécution du contrat de sûreté réside principalement dans la réalisation de celle-ci. La clause

---

[1601] Article 1152 du Code civil « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts* ». La clause pénale au contraire ne vise pas seulement à recouvrer le dommage causé mais a un effet comminatoire.

[1602] Article 1226 du Code civil

[1603] Il s'agit généralement d'une somme d'argent mais la Cour de cassation a jugé que la conservation en cas de résolution par le propriétaire des améliorations faites à l'immeuble vendu constituait une clause pénale. Cass. Civ. 26 janv. 2011, n°10.10-376, RDC 2011/3, 817, obs. Y.-M. Laithier ;

[1604] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; Sur la notion, voir notamment, **J. MESTRE,** De la notion de clause pénale et ses limites, *RTDCiv*. 1985, p.372 ; **D. MAZEAUD,** *La notion de clause pénale*, préf. **F. Chabas**, Th, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992 ; ; **J. MESTRE, J.-C. RODA ET ALII**, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, Les intégrales, 2011, spéc. n^{os} 1351 st s ; **W. DROSS**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. pp. 462 et s ; Voir encore : **J. CARBONNIER**, Les Biens, Les Obligations, Puf, Quadrige Manuels, oct. 2004, spéc. nos 1094 et 1096 ; **A. BÉNABENT**, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 12ème éd. 2010, spéc. n°427 ; **P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCH**, *Les obligations*, Defrénois, 6ème éd. 2013, spéc. n^{os} 990 et s. ; **M. FABRE-MAGNAN**, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t.1, PUF, Thémis Droit, 3ème éd. 2012 pp. 696 et s.

[1605] Stipulée pour un simple retard. Voir par exemple Cass. Soc. 23 janv. 1985, n°82-42.992, *Bull. Civ*. V, n°58 ; **D. MAZEAUD,** *La notion de clause pénale*, préf. **F. Chabas**, Th, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992, spéc. n°161

[1606] Article 1228 du Code civil : « *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale* ». Article 1229 du Code civil : « *La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.*
Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour un simple retard »

[1607] **J. MESTRE, J.-C. RODA ET ALII**, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, Les intégrales, 2011, spéc. n° 1359

pénale qui serait insérée dans le contrat de sûreté ne sanctionnerait que l'inexécution de ce dernier et non l'inexécution de l'obligation garantie. Or lors de la réalisation, le constituant a une attitude majoritairement passive. Il est seulement exigé qu'il agisse de bonne foi et qu'il ne fasse pas obstacle à la réalisation. L'acteur principal est le créancier[1608].

La clause pénale insérée dans le contrat de sûreté ou dans la convention de réalisation ne pourrait venir sanctionner qu'un manque de diligence de la part du constituant ou l'inexécution d'une action attendue de sa part. Par exemple, il est imaginable d'assortir l'attribution conventionnelle en propriété d'une clause pénale sanctionnant le défaut de remise volontaire du bien au créancier par le détenteur. La clause pénale pourrait alors s'imputer sur l'excédent de valeur. Mais une clause pénale, insérée dans le contrat de sûreté ou dans la convention d'attribution en propriété, ne nous semble pas pouvoir sanctionner une inexécution de l'obligation garantie.

En revanche, la réciproque est fausse. La clause pénale stipulée dans le contrat garanti peut intégrer l'assiette de la créance due au même titre que les intérêts ou les frais de recouvrement. Les sommes, produits de la clause pénale, se trouvent alors garanties par la sûreté réelle garantissant cette créance.

A côté de ces justifications liées à la qualification choisie par les auteurs de ces propositions, il semble que tout aménagement conventionnel doive être rejeté et le caractère d'ordre public du principe reconnu.

B. La reconnaissance du caractère d'ordre public du principe de non enrichissement

489. Une règle d'ordre public est « *une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions (C.civ. a. 6) ; directive qui, exprimée ou non dans la loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales […] considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité […], à la marche de l'économie […] ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers*

[1608] Voir n[os] 21 et s.

primordiaux […]. »[1609]. L'ordre public s'apparente donc à une technique législative traduisant l'essence d'une société et permettant d'encadrer naturellement la liberté contratuelle[1610].

Malgré les différentes conceptions de l'ordre public, ses innombrables définitions et les questionnements liés à la délimitation de son contour, il semble possible d'utiliser deux critères afin d'identifier une règle d'ordre public, son caractère impératif et les intérêts protégés, d'une part et, des intérêts supérieurs voire l'intérêt général[1611], d'autre part.

Le caractère impératif de la norme est une conséquence des intérêts qu'elle protège. C'est la technique de protection des intérêts supérieurs. La démonstration du caractère d'ordre public impliquerait donc d'identifier d'abord les intérêts protégés puis d'en déduire leur caractère impératif. Pourtant, la démarche a ici été inversée. La réflexion a eu comme point de départ les textes relatifs à la réalisation, les mécanismes et sûretés en jeu. Leur lecture révèle l'impérativité de certaines normes et leur analyse milite en faveur de la reconnaissance du caractère impératif du principe de non enrichissement (1) sans pour autant indiquer clairement qu'il s'agit d'un principe d'ordre public. Ce constat impose la question de la nature des intérêts protégés, simples intérêts individuels, intérêts individuels ou collectifs supérieurs ou intérêt général. La mise en exergue de la protection d'intérêts économiques, d'intérêts supérieurs et même de l'intérêt général permet de conclure à la nature d'ordre public du principe de non enrichissement (2) et d'exclure définitivement toute dérogation conventionnelle.

Le principe de non enrichissement, principe général quant à son domaine d'application, quant à ses fondements, principe d'ordre public, mais principe non écrit pourrait faire l'objet d'une consécration légale (3).

1. Le principe de non enrichissement, un principe impératif

[1609] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; Voir dans ce sens, **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. **J. Ghestin**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, t. 411, 2004, spéc. n^{os} 289 à 290, 304 à 312. Les définitions de l'ordre public sont nombreuses et presque innombrables. Pour d'autres définitions voir notamment :

[1610] Voir notamment : **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. **J. Ghestin**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, t. 411, 2004, spéc. n^{os} 289 à 290, 304 à 312 ; **N. BORGA**, L'ordre *public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009, spéc. n^{os} 3 à 5 ; Ces auteurs soulignent que si l'ordre public traduit l'essence de la société, il ne constitue pas seulement un obstacle à la liberté contractuelle mais également un guide de comportement et parfois même un gardien de la liberté contractuelle.

[1611] Ces deux caractéristiques sont particulièrement illustrées par la définition donnée par **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; « *une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions (C.civ. a. 6) ; directive qui, exprimée ou non dans la loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales […] considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité […], à la marche de l'économie […] ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux […].* »

Une règle impérative est, en principe, une règle insusceptible de dérogation contractuelle[1612]. Le caractère impératif du principe de non enrichissement se déduit des fondements théoriques sur lesquels ce dernier s'appuie mais aussi de dispositions expresses en matière de pacte commissoire, d'attribution judiciaire de l'immeuble et de fiducie-sûreté.

490. **L'accessoire, obstacle à toute dérogation contractuelle**. Les sûretés réelles sont accessoires à l'obligation garantie. Ce caractère qui relève de la nature des sûretés réelles fonde le principe de non enrichissement[1613]. Le créancier ne peut s'enrichir car la sûreté garantit l'exécution d'une obligation. Stipuler l'inverse reviendrait à dénaturer les sûretés réelles, à renier leur caractère accessoire.[1614]

491. Le principe général de sanction de l'enrichissement injuste, obstacle à toute dérogation contractuelle. Certains auteurs voient dans le principe de l'enrichissement sans cause une obligation naturelle, donc insusceptible d'exécution forcée en dehors des hypothèses légales et jurisprudentielles consacrées[1615]. Dans les autres cas, à savoir ceux consacrés par la loi ou la jurisprudence, il semble impossible d'y déroger[1616].
Par exemple, sauf faute de sa part, un débiteur n'est jamais tenu de payer deux fois ou plus ce qu'il doit, y compris dans des cas de cession de créance ou dans des rapports cambiaires. Toute dérogation contractuelle semble ici exclue. En matière de clauses pénales, le juge contrôle l'enrichissement injuste en ce qu'il a le pouvoir de moduler l'indemnisation stipulée si cette dernière est manifestement excessive ou dérisoire.

Les fondements théoriques du principe de non enrichissement militent en faveur de l'exclusion de toute dérogation contractuelle et de la reconnaissance du caractère impératif du principe.

492. **Un principe impératif en matière de pacte commissoire et de fiducie-sûreté**. L'article 2348 alinéa 2 du Code civil consacre le caractère impératif de l'évaluation du bien à dire d'expert en cas de pacte commissoire inséré dans un gage de droit commun. Toutefois, la mention « *toute clause contraire est réputée non écrite* » ne figure pas à l'aliéna 3 relatif à la consignation et la restitution de l'excédent.

[1612] Article 6 du Code civil.
[1613] Voir n^{os} 479 et s.
[1614] Voir **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009, sous le mot.
[1615] **J. GHESTIN, G. GOUBEAUX**, avec le concours de **M. FABRE-MAGNAN**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd. 1994, spéc. n°751
[1616] Sur cette règle d'interprétation de la loi par le juge, voir notamment : **C. LARROUMET**, *Droit civil, t.1, introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 6ème éd. ,2013, spéc. n°277

Une construction similaire est à pointer en matière de fiducie sûreté. Les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil imposent une évaluation du bien à dire d'expert et réputent non écrite toute clause contraire. En revanche, les articles 2372-4 et 2488-4 du même code ne sanctionnent pas formellement l'absence de consignation ou de restitution de l'excédent de valeur.

La lecture littérale des textes amène à la conclusion que seule l'évaluation à dire d'expert est impérative et qu'il peut être dérogé conventionnellement au principe de consignation et de restitution, en somme au principe de non enrichissement[1617].

Cependant, admettre le caractère impératif de l'évaluation sans reconnaître le caractère impératif de la restitution ou de la consignation semble manquer de logique. L'évaluation est nécessaire pour déterminer l'excédent de valeur. L'évaluation sans la restitution n'a aucun intérêt pratique. Elle est même contre-productive dans la mesure où elle implique des coûts importants, souvent mis à la charge du débiteur, et qu'elle ne garantit au débiteur aucune restitution de l'excédent. Il convient d'admettre que le caractère non écrit sanctionne non seulement la clause dérogatoire à l'évaluation mais également la clause dérogatoire à la consignation et à la restitution[1618].

Cette interprétation a été adoptée par certaines législations voisines et notamment luxembourgeoises, au sujet de la fiducie-sûreté[1619], et suédoises[1620] qui sanctionnent les clauses dérogatoires au principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté par la nullité de la clause. Elles reconnaissent ainsi le caractère impératif du principe de non enrichissement.

Les divers points soulevés tendent vers une reconnaissance du caractère impératif du principe de non enrichissement et de ses règles de mise en œuvre. Au-delà, il semble que le principe soit plus une règle d'ordre public qu'une règle seulement impérative.

2. La protection de l'intérêt général, révélateur du caractère d'ordre public du principe de non enrichissement

493. **Les fondements**. Le caractère d'ordre public du paiement de la soulte est invoqué par certains auteurs, soit en se fondant sur le mécanisme de la sûreté réelle et son caractère

[1617] Voir n[os] 486 et s.

[1618] Dans le même sens, voir **A. FOURNIER**, *Rép. Civ.*, Dalloz, V. Hypothèque, spéc. n°90 (2013) ; **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, *in* La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA*, 2007/7, n°852, p. 85. Ces auteurs concluent même au caractère d'ordre public de ces mesures.

[1619] Article 8 (2) de la loi du 27 juillet 2003. « *Est nulle toute clause ayant pour objet ou pour effet de dispenser le fiduciaire de verser au fiduciant ou au tiers bénéficiaire le solde net résultant de la différence entre la valeur, au jour de la réalisation, des biens constituant la garantie et le montant des créances garanties.* »

[1620] Article 7 de la loi sur les contrats, *avtalslagen*, 1915 cité par **P. CROCQ**, Réformes du droit français et harmonisation des droits européens en matière de propriétés-sûretés, *in* « Le monde du droit », Ecrits rédigés en l'honneur de **J. Foyer**, Economica, 2008, p.583, spé. n°12 et s

accessoire[1621], soit par extension de l'article 2374 du Code civil[1622]. Outre ces interprétations, la règle apparaît comme une règle d'ordre public eu égard aux intérêts qu'elle préserve. Elle protège des intérêts particuliers notamment ceux du constituant et des tiers mais aussi des intérêts supérieurs et notamment la bon fonctionnement du crédit et de l'économie.

494. **La protection d'intérêts particuliers**. Au plan micro économique, le principe de non enrichissement protège d'abord le crédit du constituant[1623] et son droit de propriété en lui évitant d'être spolié par ses créanciers. La certitude du non enrichissement du créancier du fait de la réalisation des sûretés permet de constituer sur un même bien des sûretés successives sans trop altérer la confiance des prêteurs. Permettre des dérogations au principe confèrerait au créancier une exclusivité sur le bien aboutissant au gaspillage du crédit du débiteur.
De plus, c'est ce risque de spoliation qui a bloqué, pendant de nombreuses années la généralisation du pacte commissoire[1624]. Certains auteurs, encore aujourd'hui, critiquent cette position argüant que la spoliation peut provenir d'une sous évaluation du bien.

495. **La protection d'intérêts supérieurs voire de l'intérêt général**. De plus, à côté des intérêts du constituant, la règle protège très largement les intérêts des autres créanciers munis de sûretés réelles, leur assurant l'efficacité de leur garantie.
Il ressort des constats précédents, qu'au plan macro économique, le principe de non enrichissement offre, à l'ensemble des créanciers tiers non constituent et au constituant, la garantie de ne pas être spoliés de leurs droits. Il empêche également le développement de l'usure en ne permettant pas les stipulations de clauses contraires. Il apparaît donc que le principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté est une règle protectrice de la sécurité juridique des transactions et nécessaire à l'équilibre de l'économie du crédit. Or, comme décrit dans l'introduction générale, le crédit constitue un maillon essentiel du financement économique des entreprises et, plus largement, de l'économie. Ce principe relève donc de la protection d'un intérêt supérieur[1625], voire de l'intérêt général, dans le sens où elle est « *à l'avantage de tous* »[1626].

[1621] **P.-F. CUIF**, Privilège et hypothèques, *J.-Cl Civil Code*, spéc. n°46
[1622] **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, *in* La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA*, 2007/7, n°852, p. 85
[1623] Voir notamment **A. FOURNIER**, Hypothèque, *in Rép. Civ*., Dalloz, spéc. n°90 . Certains auteurs considèrent cette protection comme illusoire, notamment, **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCP E* 2006, suppl. n°20, I, 8
[1624] Voir développements historiques dans l'introduction de ce titre et de ce chapitre. Voir aussi n^{os} 465 et s.
[1625] **M. MEKKI**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Préf. **J. Ghestin**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, t. 411, 2004, spéc. n°292, 309
[1626] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

Le caractère impératif du principe et la protection de l'intérêt général permettent de conclure que le principe de non enrichissement est un principe d'ordre public.

A ce caractère d'ordre public s'ajoute le caractère général. Pourtant le principe de non enrichissement demeure un principe non écrit. Au regard de son importance, il pourrait faire l'objet d'une consécration légale.

3. Vers la consécration légale du principe de non enrichissement.

496. **Une consécration suggérée par la doctrine**. Sans pour autant s'interroger sur le caractère d'ordre public du principe, certains auteurs ont proposé l'adoption d'un principe général de non enrichissement. Monsieur P. Crocq à l'occasion de ses travaux de thèse a défini les sûretés et a fait du principe de non enrichissement une composante de leur définition[1627]. Plus tard, la commission présidée par Monsieur M. Grimaldi a suggéré de consacrer ce principe dans les dispositions générales applicables à toutes les sûretés réelles[1628].

Toutefois, ces propositions n'ont pas été reçues par le législateur français. Il est vrai que le principe existe de manière non écrite. Dans un objectif de lisibilité, de simplicité, d'accessibilité du droit, il serait opportun de le codifier. Quant à la forme choisie, elle dépendrait de l'ampleur de la réforme.

Si la réforme n'a pour objet que de codifier ce principe, déjà existant, il trouvera facilement sa place dans les dispositions générales applicables aux sûretés réelles. En revanche, si la réforme est d'ampleur et qu'elle aboutit à une définition des sûretés réelles, le principe de non enrichissement pourrait devenir une composante de cette définition dans la mesure où il se déduit de l'un des caractères des sûretés réelles, le caractère accessoire[1629].

Qu'il figure dans la définition des sûretés réelles ou dans les dispositions générales applicables à l'ensemble d'entre elles, ce principe pourrait être formulé de la manière suivante. « *Les sûretés réelles ne peuvent procurer aucun enrichissement au créancier qui en est titulaire. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

[1627] **P. CROCQ**, *Propriété et garantie*, Th. Préf. **M. Gobert**, Bibliothèque de Droit privé, tome 248, LGDJ, 1995, spéc. n°282

[1628] Voir article 2287 du projet, voir **M. GRIMALDI**, Projet de préforme du droit des sûretés, *Revue des contrats*, 1er juil. 2005, n°3, p. 782 ; **P. CROCQ**, La future réforme du droit français des sûretés réelles, *RLDC*, Chron., Oct. 2005, p.27.

[1629] Cette position est également valable si l'on retient la conception de l'accessoire comme celui de la fonction au sens de « *contribution d'un élément donné à l'accomplissement de sa finalité* ». La fonction de garantie empêche le créancier d'obtenir plus que la créance garantie. **M. COTTET**, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. **J. Rochfeld**, Th. LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, t. 544, 2013, spéc. n°575 pour une présentation synthétique.

Une fois le principe énoncé et sa force obligatoire dégagée, vient le temps de sa mise en œuvre.

Section 2. La mise en œuvre diversifiée du principe de non enrichissement

497. Le principe de non enrichissement s'applique à toutes les sûretés réelles et à tous les modes de réalisation qui diffèrent dans leur mise en œuvre[1630]. Il fait lui-même l'objet de textes divers. Sa mise en œuvre a lieu en deux étapes. Il est d'abord nécessaire de déterminer s'il peut y avoir enrichissement du créancier, en somme si le montant de la créance garantie est inférieur à la valeur du bien objet de la réalisation. Pour ce faire, il convient d'abord de déterminer la valeur de ce bien puis opérer une soutraction entre cette valeur et le montant de créance garantie. Si le résultat de l'opération (valeur du bien – montant de la créance) est positif, un excédent de valeur est dégagé. Celui-ci doit alors, ensuite être restitué.

Le législateur de 2006 a repris ici une solution issue du droit romain et du droit coutumier[1631], puis développée par Pothier[1632]. Les romains distinguaient le pacte commissoire et la clause d'attribution du gage qui répondait au mécanisme suivant : « *le prix de la chose était estimé à l'échéance par* bonus vir *et permettait au créancier de conserver la chose tout en rendant au débiteur ce que la chose pouvait valoir de plus que la dette* »[1633]. La notion de *bonus vir* fait l'objet d'un débat pour savoir s'il s'agit d'une personne agissant en tant qu'arbitre ou un standard de comportement s'apprentant au bon père de famille[1634]. Au-delà, la solution retenue par le législateur de 2006 est identique dans son principe à celle retenue par le droit romain.

Compte tenu de la généralité du principe et de la diversité des textes, les deux étapes nécessaires à sa mise en œuvre, la détermination de la valeur du bien (§1) et la restitution de l'excédent (§2) prennent des formes variées. Certains rapprochements peuvent toutefois être effectués ou suggérés.

§1. La nécessaire détermination de la valeur du bien

[1630] Voir n^{os} 21 et s. et tableau récapitulatif en annexe

[1631] **D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2ème éd. 2012, spéc. pp. 288-289

[1632] **P. DUPICHOT**, *Le pouvoir des volontés individuelles*, th, préf. **M. Grimaldi**, Panthéon Assas, févr. 2005, n°758 citant **R-J. POTHIER** : Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, par M.Bugnet, 2°éd. T. 5, 1861, p. 391 et spéc. n°19 **D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2ème éd. 2012, spéc. pp. 288 et 289

[1633] **D. DEROUSSIN**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2ème éd. 2012, spéc. pp. 288-289

[1634] Sur cette question voir **E. GIANNOZZI**, Uti frui arbitrio boni viri : Standard of behavior or reference to an Arbitrator?, *Krakowski studia z histotii Pantswa i Prawa*, Wydawnictwo universytetu Jagiellonskiego, 4/2011, pp. 13 et s.

498. **Une valeur nécessaire au calcul de l'enrichissement et de la soulte.** En raison de la méthode exposée ci-dessus, l'enrichissement du créancier (et la soulte corrélative) ne peut être constaté qu'à l'issue d'une comparaison de la valeur du bien et du montant de la créance garantie.
Il est donc indispensable, pour mettre en œuvre le principe, de déterminer préalablement la valeur du bien objet de la réalisation.
C'est cette question de la détermination de la valeur qui a bloqué pendant longtemps l'adoption du pacte commissoire. Le législateur et la jurisprudence craignaient alors la spoliation du constituant et une recrudescence de l'usure. Toutefois, la jurisprudence avait atténué considérablement l'interdiction de l'article 2078 du Code civil en admettant la validité du pacte dès que la valeur du bien était immédiatement déterminable. Il en allait ainsi des gages portant sur des sommes d'argent ou des instruments financiers[1635]. La valeur du bien et sa détermination constituent donc une étape clé de la mise en œuvre du principe de non enrichissement et de la protection des intérêts du débiteur et des tiers. Economiquement « *la valeur d'un bien (économique) est ce qui détermine le rapport d'échange de ce bien avec un autre bien* »[1636]. Elle correspond au prix du bien (si le bien est échangé contre une somme d'argent) sur le marché. L'évaluation, est la détermination du prix du bien sur le marché[1637]. Cette valeur est parfois manifeste et l'évaluation peut être inutile (A). Il en va ainsi lorsque le bien est côté ou lorsqu'il a déjà été vendu. D'autres fois, il est nécessaire de recourir aux services d'un expert (B).

A. La valeur manifeste du bien

499. L'évaluation n'a pour objet que de déterminer la valeur du bien. Lorsque la valeur du bien est manifeste ou apparente, l'évaluation devient inutile.
La valeur du bien apparaît comme manifeste dans deux cas lorsque le bien « *porte lui-même sa valeur* »[1638], c'est-à-dire que sa valeur est objectivement déterminable comme en matière de sommes d'argent ou d'une cotation sur un marché (1), et lorsqu'il peut être dégagé un prix de vente (2).

[1635] Voir n^{os} 21 et s.
[1636] **A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, A.-M. DRAI**, *Dictionnaire de science économique*, Armand Collin, 3ème éd. revue et commentée, 2010, sous le mot « *valeur* ».
[1637] Dans le même sens voir Cass. Com. 9 oct. 1985, *Dr. Fisc*. 1986, p. 189, n°225 « *la valeur réelle devrait être fixée compte tenu de tous les éléments permettant, dans leur ensemble de parvenir à un résultat aussi proche que possible de celui qui aurait pu être obtenu, au jour de la mutation de ces titres, par le jeu de l'offre et de la demande* ». Dans le même sens : **P. MALAQUIN**, Expertise immobilière, *RD Immo*, 1999, p. 205, spéc. p. 207
[1638] Expression empruntée à **M.-P. DUMONT-LEFRANT**, Le gage de meubles corporels, *in Evolution du droit des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat*, ss. dir. **S. Cabrillac, Ch. Albigès, C. Lisanti**, colloques, janv. 2008, p. 31

1. Les biens à valeur objectivement déterminable

500. **Les biens côtés**. Le législateur prolongeant la jurisprudence antérieure à 2006 a érigé en exception à l'évaluation à dire d'expert des biens côtés faisant l'objet d'une attribution en propriété. Les conseillers de la Cour de cassation avaient, en matière d'attribution judiciaire, écarté le recours à l'expertise – obligatoire en ce temps – lorsque le gage portait sur valeurs négociables côtées[1639]. Cette jurisprudence, toujours en vigueur faute de disposition législative en matière d'attribution judiciaire d'un bien mobilier, a été étendue par la loi aux attributions conventionnelles. Ainsi, selon l'article 2348 du Code civil, les biens faisant l'objet d'un pacte commissoire sont obligatoirement évalués à dire d'expert « *à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier* ». La même formule a été retenue en matière de fiducie-sûreté[1640].

Il convient d'abord de louer la logique dont est empreinte cette règle[1641]. Pourquoi recourir aux services onéreux d'un expert pour évaluer la valeur d'un bien qui est objectivement évaluable par tout un chacun ?

Plusieurs remarques doivent être apportées. La formule légale « *laisse toutefois perplexe* » Monsieur T. Bonneau[1642], et ce, à trois égards. En premier lieu, l'article 2348 du Code civil se réfère au « *marché organisé au sens du code monétaire et financier* ». Or ce code ne définit pas la notion de marché organisé, il définit uniquement les marchés réglementés[1643]. Outre les marchés règlementés, le Code des marchés financiers se réfère aux marchés étrangers reconnus qui ne sont pas des marchés règlementés[1644] ainsi qu'au marché de l'or[1645]. En second lieu, l'article renvoie à la notion de « *cotation officielle* » que le code des marchés financiers ne définit pas et qui a disparu de la législation française. Si les entreprises de marchés, entreprises de droit privé s'il en est, sont

[1639] Voir par exemple : Cass civ, 1er juillet 1856, 1, 274
[1640] Article 2372-3 al. 3 du Code civil.
[1641] **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052
[1642] **T. BONNEAU**, Réforme des sûretés, *Droit des sociétés*, n°8, août 2006, comm. 129 ; Dans le même sens, voir : **M.-P. DUMONT-LEFRANT**, Le gage de meubles corporels, *in Evolution du droit des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat*, ss. dir. **S. Cabrillac, Ch. Albigès, C. Lisanti**, colloques, janv. 2008, p. 31
[1643] Voir article L. 421-1 I du CMF « *I.-Un marché réglementé d'instruments financiers est un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché, et qui fonctionne régulièrement conformément aux dispositions qui lui sont applicables*. »
[1644] Article L. 423-1 du CMF « *Le public ne peut être sollicité, sous quelque forme que ce soit et par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, en vue d'opérations sur un marché étranger de titres financiers autre qu'un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, de contrats à terme négociables ou de tous produits financiers que lorsque le marché a été reconnu dans des conditions fixées par décret et sous réserve de réciprocité*. »
[1645] **T. BONNEAU**, Réforme des sûretés, *Droit des sociétés*, n°8, août 2006, comm. 129

chargées d'élaborer les règles d'admission à la cotation[1646], il est difficile d'admettre qu'elles soient en charge de la cotation officielle[1647]. En dernier lieu, Monsieur T. Bonneau relève que l'article 2348 du Code civil est une disposition édictée au sujet du gage sur meubles corporels alors que les produits régis par le Code monétaire et financier sont les instruments financiers et les produits d'épargne qui s'analysent généralement comme des créances inscrites en compte. Les dispositions qui leur sont applicables sont alors celles qui régissent le nantissement de créance. La proposition paraît plus pertinente pour la fiducie-sûreté dans la mesure où elle peut porter sur un bien ou un ensemble de bien immeubles ou meubles corporels ou non. Elle peut donc grever des instruments financiers.

Malgré ces critiques, Messieurs L. Aynès et P. Crocq[1648], faisant fi de la mauvaise rédaction du texte, semblent déduire que ce dernier s'applique aux instruments admis sur les marchés règlementés tels que les titres et les devises.

Le domaine d'application du texte paraît néanmoins trop étroit. Dans le sillage de Madame M.-P. Dumont-Lefrant, il semble qu'il faille donner une portée plus large à cette disposition. « *L'ancienne prohibition n'a pas vocation à s'appliquer aux gages portant eux-mêmes leur valeur, même s'il n'existe pas de cotation sur un marché officielle* »[1649]. Dès que la valeur du bien est objectivement déterminable, l'évaluation à dire d'expert devrait être exclue. Cette interprétation permettrait d'inclure dans l'exception, des biens qui ne sont pas des instruments financiers mais qui font l'objet de cotations, tels que certaines denrées alimentaires rares comme les truffes ou les cèpes qui font l'objet d'un cours dans les marchés locaux. Ils sont au regard de ce cours facilement évaluables. Elle permet également inclure des œuvres d'art dont les auteurs font l'objet d'une cotation[1650].

501. **L'argent et les créances**. En ce qui concerne l'argent, la monnaie, les devises, puisqu ils portent eux-mêmes leur valeur, toute évaluation est naturellement exclue.

Il est à noter que cette situation vise l'hypothèse de la revendication du prix de revente par le créancier réservataire. L'objet de l'action est une somme d'argent.

Il en va de même des créances. Il est intéressant de remarquer que si les dispositions relatives au nantissement de créance permettent l'attribution conventionnelle en propriété de la créance nantie, elles ne comportent aucune référence à l'évaluation de la créance. Cette disposition est empreinte de

[1646] Article L. L. 421-3, al. 1du CMF

[1647] **T. BONNEAU**, Réforme des sûretés, *Droit des sociétés*, n°8, août 2006, comm. 129

[1648] **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés La publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8°éd., 2014, n°515

[1649] **M.-P. DUMONT-LEFRANT**, Le gage de meubles corporels, *in* Evolution du droit des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat, ss. dir. **S. Cabrillac, Ch. Albigès, C. Lisanti**, Colloques, janv. 2008, p. 31

[1650] Toutefois l'unicité de l'œuvre nécessite souvent l'intervention d'un expert. La remarque demeure vraie pour les reproductions autorisées telles que les lithographies.

logique et de cohérence car comme les sommes d'argent, les créances portent en elle leur valeur. Toute évaluation s'avère, dès lors, inutile.

A côté des biens dont la valeur est objectivement et facilement déterminable, la valeur du bien transparaît de façon naturelle dans le prix de vente.

2. Le prix de vente, la valeur du bien

502. **Le prix, expression de la valeur**. « *Le prix d'un bien ou d'un service est l'expression monétaire de sa valeur d'échange* ». Le prix de marché correspond « *en tendance au prix naturel déterminé par la valeur d'échange* »[1651]. Lorsqu'un prix est dégagé, à l'occasion d'une vente, toute évaluation à dire d'expert se révèle inutile.

La réalisation des sûretés réelles peut aboutir à la vente du bien dans deux cas : l'utilisation des voies d'exécution - particulièrement d'une saisie-vente ou d'une saisie immobilière - et la vente par le fiduciaire du bien grevé.
Toutefois, bien que le prix soit la valeur vénale exacte du bien, le recours à une expertise n'est pas toujours totalement exclu, il est parfois même nécessaire. Il peut d'abord être nécessaire de recourir à l'évaluation à dire d'expert pour fixer la mise à prix du bien, dans le cadre d'une vente aux enchères publiques. La nécessité du recours à l'expertise peut également apparaître, dans une saisie immobilière, lorsque le débiteur est autorisé à vendre lui-même le bien. Dans ce cas, le JEX fixe un prix plancher, en dessous duquel le débiteur ne peut pas vendre l'immeuble.

En matière de clause de réserve de propriété, un prix apparaît également dans le contrat translatif de propriété et particulièrement lorsqu'il s'agit d'un contrat de vente. Le prix dégagé lors de cette vente correspond à la valeur des biens grevés. Si entre la constitution et la réalisation de la réserve de propriété s'écoule un temps relativement court, que le marché est stable et que bien grevé n'a pas subi de modification notable, une évaluation des biens grevés peut s'avérer inutile ; leur valeur ayant été dégagée par le prix de vente. En revanche, si la réalisation intervient longtemps après la constitution de la réserve de propriété, que le marché est instable et que le bien a reçu des modifications notables, une évaluation à dire d'expert peut s'avérer souhaitable.

[1651] **A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, A.-M. DRAI**, *Dictionnaire de science économique*, Armand Collin, 3ème éd. revue et commentée, 2010, sous le mot « *prix*» et l'expression « *valeur d'échange* ».

En dehors des cas où la valeur du bien est manifeste, il est nécessaire de recourir à une évaluation à dire d'expert. Cette situation vise essentiellement les attributions en propriété.

B. La valeur non apparente du bien, le recours à l'évaluation à dire d'expert

503. L'évaluation du bien est nécessaire lorsque sa valeur n'est pas manifeste. Toutefois, au regard du droit positif, le recours à l'expert est tantôt facultatif, les protagonistes y ayant recours en cas de besoin, tantôt obligatoire et d'ordre public. Lorsque l'évaluation à dire d'expert est d'ordre public, en matière d'attribution conventionnelle ou légale en propriété, la loi demeure silencieuse quant aux modalités de cette évaluation. De même, la loi ne dit mot sur le caractère obligatoire et contraignant de la valeur retenue par l'expert.

Pourtant, déterminer si la valeur dégagée lie les parties et/ou le juge et si l'évaluation constitue une condition de la réalisation ou de la restitution de l'excédent de valeur est un enjeu important car cela permet d'établir le régime de mise en œuvre du principe de non enrichissement.

Notons également que dans les hypothèses où la réalisation de la sûreté réelle provoque une dation en paiement, une sous-évaluation du bien pourrait être sanctionnée par un abus de droit, à l'instar de ce qu'a décidé la Cour de cassation à l'encontre des dations en paiement réalisées à vil prix entre un débiteur et un créancier[1652]. Cette solution semble parfaitement transposable au rapport constituant créancier.

La détermination de la valeur du bien implique tout d'abord d'identifier le domaine d'application de l'évaluation à dire d'expert (1), puis d'en préciser les modalités (2) et enfin d'en établir la force obligatoire (3).

1. Le domaine d'application de l'évaluation à dire d'expert

Souvent nécessaire, le recours à l'expertise ne s'impose pas toujours.

504. **Le recours facultatif à l'expertise en matière de voies d'exécution, de procédures collectives et d'attribution judiciaire d'un meuble**. La question de l'expertise se pose spécialement en matière immobilière car les immeubles sont plus difficiles à évaluer. En matière de voies d'exécution immobilières, en principe, le créancier poursuivant fixe la mise à prix de

[1652] Sur ce point voir **J. MESTRE**, Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance, *in Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Litec, 1985, p. 439, spéc. n°61 ; Voir notamment : Cass. Req., 28 nov. 1855, DP. 1856, I, 319 ; Cass. Civ. 30 janv. 1900, DP. 1900, I, 166 ; Cass. Civ. 9 mai 1910, DP. 1910, I, 462

l'immeuble. Toutefois, le débiteur peut saisir le juge d'une telle mission[1653]. S'il n'est pas capable de déterminer la mise à prix, le juge a recours aux services d'un expert. Ce recours à l'expertise, facultatif, n'intervient qu'en cas de besoin.

Un même besoin apparaît en matière de vente de gré à gré dans le cadre d'une procédure collective. Dans la pratique, le liquidateur a souvent recours à une évaluation à dire d'expert pour déterminer le prix de vente du bien.

En matière d'attribution judiciaire, l'ordonnance du 23 mars 2006 est venue assouplir l'obligation du juge de recourir à l'expertise. Sous l'empire de la loi antérieure, l'expertise était obligatoire au regard de l'article 2078 du Code civil. Toutefois, la Cour de cassation avait admis que le juge restait libre de fixer le prix lorsque ce dernier était objectivement déterminable[1654] et que l'attribution faite après une estimation effectuée par les parties produisait ses effets[1655]. L'évaluation était toutefois possible grâce à des éléments objectifs car il s'agissait de parts de société pour lesquelles les parties avaient retenu la valeur nominale.

Désormais, le recours à l'expertise est seulement obligatoire en matière immobilière, le texte employant le verbe « *devoir* »[1656]. En matière mobilière, dans le silence des textes sur la question[1657], il semble que le recours à l'expertise soit laissé à l'appréciation souveraine du juge selon ses besoins[1658]et les solutions jurisprudentielles passées semblent devoir être maintenues. La solution retenue est pragmatique car elle permet au juge qui dispose de connaissances suffisantes d'évaluer le bien, évitant ainsi des frais inutiles, souvent mis à la charge du débiteur. Néanmoins, afin d'éviter tout enrichissement du créancier du fait de sa sûreté, les hypothèses d'évaluation amiable devraient être cantonnées aux cas dans lesquels le bien est objectivement évaluable.

[1653] Voir : Article L. 322-6 du Code des procédures civiles d'exécution.

[1654]Cass. Civ. 1er juil. 1856, DP. 56.1.274 à propos d'actions de société.

[1655] Cass. Com, 15 nov. 2005, n°03-18.437; *Bull. Civ*. IV. n°228; *JCPE* 2006, 1753, obs. **P. DELEBECQUE** ; *Dr. et Patr*., fév. 2006, p. 125, obs. **P. DUPICHOT** ; *RTDCom.* 2006, p. 655, obs. **B. BOULOC** ; *JCP G 2006*, I, 139, n° 13, obs. **M. CABRILLAC** ; *RDBF*., janv.-févr. 2006, p. 20, obs. **D. LEGEAIS** ; *RLDC*, févr. 2006, p. 29 s., obs. **G. MARRAUD DES GROTTES** « *Qu'après avoir constaté que la banque avait obtenu du juge-commissaire, par une décision devenue irrévocable, l'attribution définitive de son gage sans avoir sollicité son estimation par experts, l'arrêt retient, tant par motifs propres qu'adoptés, qu'il se déduit de la position de la banque que celle-ci a* ***implicitement mais nécessairement admis que la valeur des actions nanties était égale à leur valeur nominale*** *; que par ses seuls motifs faisant ressortir que* ***l'attribution du gage a été ordonnée selon une estimation de sa valeur****, laquelle,* ***admise par les parties, n'avait pas à être déterminée par experts****, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.* »

[1656] Article 2359 al.1 du Code civil « *Dans les cas prévus aux deux articles précédents [il s'agit des dispositions autorisant le recours l'attribution judiciaire et à l'attribution conventionnelle], l'immeuble* ***doit*** *être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement*. »

[1657] Article 2347 du Code civil à propos du gage de meubles corporels : « *Le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement.*
Lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. ».

[1658] **F. PÉROCHON, R. BONHOMME**, *Entreprises en difficulté , instruments de crédit et de paiement*, LGDJ. 2006, 7°éd., n°428 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8ème éd., 2014, spéc. n°515

505. **Le recours à l'expertise, une obligation d'ordre public en matière d'attribution légale ou conventionnelle**. Monsieur P. Marini, dans sa proposition de loi, avait suggéré que le bien soit en principe évalué à l'amiable par les parties et à défaut de stipulation contraire, à dire d'expert[1659]. Cette solution libérale avait l'avantage de la simplicité et de la rapidité. Toutefois, par crainte de la spoliation du constituant, du détournement du principe de non enrichissement[1660], de la fraude fiscale et du blanchiment de capitaux, l'évaluation à dire d'expert a été préférée.

La solution retenue est plus stricte car l'évaluation à dire d'expert est d'ordre public. La loi répute toute clause contraire non écrite[1661] en matière d'attribution conventionnelle de biens meubles ou d'attribution légale de biens meubles ou immeubles.
En matière d'attribution judiciaire ou conventionnelle d'un bien immeuble, le texte ne contient aucune sanction. Il indique seulement que la valeur « *doit* » être déterminée par expert. Même en l'absence de sanction spécifique, l'emploi du présent du verbe devoir au présent de l'indicatif semble suffisant à conclure que le recours à l'expertise est obligatoire. En outre, le recours à l'expertise s'avère en matière immobilière particulièrement recommandé car la valeur de l'immeuble est plus complexe à déterminer que celle des meubles. Cette différence textuelle devrait être assimilée à une erreur ou un oubli de rédaction[1662]. Il convient de généraliser le caractère d'ordre public de l'expertise aux attributions conventionnelles et légales quelle que soit la nature du bien.

Une fois le caractère obligatoire ou non du recours à l'expertise établi, il convient de s'intéresser aux modalités de cette évaluation.

2. Les modalités floues de l'évaluation

506. La loi est laconique au sujet des modalités d'évaluation. Lorsque le recours à l'expertise est obligatoire, elle se contente de développer les modalités de nomination des experts.

[1659] Proposition de loi instituant la fiducie, présentée par **P. MARINI**, art 2065, PV de Séance n°178, 8 février 2005, annexe

[1660] **J.-J. ANSAULT**, Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir, *in* dossier : Quel avenir pour la fiducie ?, *Dr. et Patr*. Mai 2010, p.52, spéc. p. 61

[1661] Pour le pacte commissoire, voir article 2348 du Code civil qui répute toute clause contraire non écrite. Dans ce sens, voir notamment : **F. MACORIG-VENIER**, Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, *in* La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, *RLDA*, 2007/7, n°852, p. 85 ; Pour la fiducie-sûreté, voir articles 2372-3 pour la fiducie-sûreté mobilière et 2488-3 pour la fiducie-sûreté immobilière. Dans les deux cas, les dispositions légales prévoient une expertise. « toute clause contraire est réputée non écrite ».

[1662] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd., 2010, spéc. n°1087 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8ème éd., 2014, spéc. n°687

507. **La nomination amiable ou judiciaire des experts**. Selon les articles 2348, 2359 et 2372-3 alinéa 3 du Code civil, la valeur du bien est déterminée « *par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement* ». Cette modalité peut être étendue aux hypothèses dans lesquelles le recours à l'expertise n'est pas obligatoire. Toutefois, lorsque c'est le juge qui demande l'intervention d'un expert, la nomination est nécessairement judiciaire.

Les textes relatifs aux attributions conventionnelles et légales en propriété ne semblent pas imposer un ordre hiérarchique dans ces modalités de la nomination. L'emploi de la conjonction « *ou* » marque l'attachement du législateur à l'alternative. Il appartient alors aux parties, dans le pacte commissoire ou dans le contrat de fiducie, voire même au moment de la mise en œuvre, de déterminer si la nomination des experts relève de l'amiable ou du judiciaire. Une certitude cependant, en cas de désaccord des parties, la nomination est nécessairement judiciaire et il appartient à la plus diligente des deux de saisir le juge des référés[1663].

A l'heure du choix, lorsqu'il se pose, les mérites de l'une ou l'autre solution doivent être éprouvés. Si le recours à une nomination amiable semble plus en accord avec l'esprit libéral qui anime le pacte commissoire et la fiducie-sûreté, parce qu'elle permet d'agir rapidement et à moindre coût, elle comporte néanmoins certains risques. Le créancier, en position de force au moment de la conclusion de la sûreté mais aussi au moment de la réalisation, pourrait être tenté d'imposer un expert qui lui serait favorable[1664], un expert qui confèrerait au bien une valeur moindre permettant au créancier de s'enrichir.

Quant à l'expertise judiciaire, elle se révèle plus contraignante et plus couteuse. La durée de la procédure judiciaire est estimée à six mois pour les meubles et de deux à trois ans pour les immeubles[1665]. Ceci explique que son coût soit élevé. Pour ces raisons, Monsieur J.-M. Hocquard conseille, en cas d'hypothèque ou de gage immobilier de procéder plutôt à la vente forcée de bien. Il ajoute que, contrairement à leur réputation, les ventes aux enchères publiques d'immeubles permettent généralement de vendre le bien au-dessus de sa valeur vénale[1666].

[1663] **J-M. HOCQUARD**, Le pacte commissoire en matière immobilière : une fasse bonne idée ?, dossier : réformer l'hypothèque, *Dr. et Patr.*, nov 2005, p.80

[1664] Dans ce sens voir notamment : **C. CARBONNEL**, Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E* 2007, 2536 ; **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052 ; **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, JCPE 2006, suppl. n°20, I, 8 ; **J.-F. RICHARD**, Le gage après l'ordonnance du 23 mars 2006, *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 45

[1665] **J-M. HOCQUARD**, Le pacte commissoire en matière immobilière : une fasse bonne idée ?, dossier : réformer l'hypothèque, *Dr. et Patr.*, nov 2005, p.80

[1666] **J-M. HOCQUARD**, Le pacte commissoire en matière immobilière : une fasse bonne idée ?, dossier : réformer l'hypothèque, *Dr. et Patr.*, nov 2005, p.80

508. **Le moment de l'évaluation, le jour du transfert de propriété**. En matière d'attribution en propriété, les textes précisent que l'évaluation a lieu au « *au jour du transfert de propriété* ». Le curseur de l'expertise doit donc se poser au jour du transfert de propriété et non au jour où l'expert statue, même si cela est postérieur au transfert de propriété[1667].

Des dispositions analogues existent en matière de partage[1668] ou de la lésion des 7/12ème en matière de vente immobilière[1669]. Dans le premier cas, la valeur est déterminée au jour du partage. Ce jour n'est pas celui du transfert de propriété du bien – celui-ci ayant lieu au jour du décès – mais plutôt le jour où se cristallise définitivement ce droit. Dans le second cas, l'évaluation a lieu au jour de la vente, même si l'évaluation a lieu avant ou après l'opération en cause. Il ne s'agit donc pas pour l'expert d'évaluer la valeur du bien au jour où il statue.

509. **Les méthodes et critères d'évaluation**. L'évaluation d'un bien peut se révéler particulièrement délicate en matière immobilière ou en matière de titres ou de parts de sociétés non cotées. Dans ce dernier cas, il est nécessaire de déterminer préalablement la valeur de l'entreprise[1670]. L'objectif est de déterminer la valeur vénale de ce bien, c'est-à-dire la valeur qu'il pourrait avoir sur un marché.

Le droit des sûretés ne dit mot quant aux modalités et techniques d'évaluation. Il convient de donc de se référer aux techniques d'évaluation utilisées en matière fiscale, successorale ou encore en matière de rescision pour lésion ou de versement de l'indemnité d'assurance.

Trois méthodes d'évaluation sont employées : la comparaison, les transactions antérieures et les revenus produits par le bien[1671].

[1667] Cass. Com., 9 juil. 2013, n°12-15.873, *Inédit* ; *L'essentiel du droit bancaire*, 1er oct. 2013, obs. **M. MIGNOT.** Cet arrêt qui a été rendu en application de l'ancien article 2078 du Code civil, peut être transposé en droit positif. La Cour de cassation indique que « *l'article 2078, alinéa 1er, du Code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, n'interdit pas que l'estimation de la valeur des biens nantis intervienne postérieurement à l'attribution de ceux-ci dès lors que l'évaluation du bien est déterminée au jour de cette attribution.* »

[1668] Voir article 829 du Code civil. Consacrant la jurisprudence antérieure : Cass. 11 janv. 1937, S. 1938, 1, 377, Batiffol, Aff. Mule) Voir aussi : **J. MAURY**, *Successions et libéralités*, Objectifs droit, Lexis Nexis, 8ème éd.2012, n°201. L'auteur souligne que dans la mesure où la date du partage est parfois difficile à prévoir, les notaires insèrent souvent des clauses de « *jouissance divise* », c'est-à-dire qu'ils fixent arbitrairement le moment où l'indivision prend fin. ; **P. MALAURIE, L. AYNÈS**, *Les successions, Les libéralités*, 5èmeéd. 2012, n°864

[1669] Voir article 1675 al. 1 du Code civil : « *Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente.*»

[1670] Le guide de l'évaluation des entreprises et des titres de société :
http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_4166/fichedescriptive_4166.pdf

[1671] Sur les différentes méthodes d'évaluation des biens immobiliers, voir **J. BERNARD DE SAINT AFRIQUE**, L'évaluation, *in* Le *droit privé français à la fin du XX° s, Etudes offertes à **P. Catala***, p. 315, spéc. pp. 323 et s. ; Fiche d'évaluation des immeubles:
http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_3034/fichedescriptive_3034.pdf ;
Le guide de l'évaluation des entreprises et des titres de société :
http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_4166/fichedescriptive_4166.pdf

En matière d'évaluation d'entreprise, deux méthodes sont exposées par l'administration fiscale, la valeur patrimoniale qui consiste à déterminer la valeur vénale de chaque élément d'actif de l'entreprise (selon les trois méthodes) ou à utiliser la valeur de rentabilité[1672].

En matière immobilière, les trois méthodes sont utilisées.

La méthode comparative consiste à « *se référer aux prix constatés dans des transactions concernant un nombre suffisant d'immeubles similaires* »[1673]. C'est la technique la plus utilisée. Cette méthode consiste dans un premier temps, à « *identifier des ventes de mêmes nature* » (par exemple des ventes de terrains nus, d'appartements ou de pavillons) et à « *sélectionner des termes de références* »[1674] comprenant les caractéristiques physiques de l'immeuble et son environnement économique (par exemple, une augmentation de la population). Si un nombre suffisant de transactions de biens similaires est identifié, la valeur est fixée en fonction. Le plus souvent, il convient de procéder à « *une analyse de prix décalés* »[1675] qui consiste à fixer un prix unitaire – prix au mètre carré – qui permet de dégager une fourchette de prix qui est ensuite modulée en fonction des caractéristiques propres de l'immeuble.

Les deux autres méthodes, à savoir la méthode des revenus produits par le bien et celle des transactions antérieures, sont subsidiaires. Elles ne sont pas toujours admises par la jurisprudence. Quant à l'administration fiscale, elle les emploie lorsque la méthode comparative ne peut pas être utilisée. La méthode des revenus suppose que le bien produise des fruits ou des produits. Elle consiste « *à prendre en considération le prix des loyers auquel il est appliqué un taux de capitalisation approprié*. »[1676]. La méthode marginale des transactions antérieures consiste dans le réajustement de valeurs antérieures[1677]. En matière fiscale le recours à cette dernière méthode est particulièrement encadré.

Afin de déterminer la valeur du bien, différents critères déterminant les caractères propres du bien sont pris en compte. Il s'agit notamment, de « *facteurs physiques* »[1678] résidant dans l'emplacement, la qualité architecturale, la qualité de construction, la vétusté, le confort et la classe de l'immeuble

[1672] Le guide de l'évaluation des entreprises et des titres de société : http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_4166/fichedescriptive_4166.pdf
[1673] *Mémentos pratique F. Lefebvre, Fiscal*, 2013, spéc. n°7823
[1674] Fiche d'évaluation des immeubles bâtis: http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_3035/fichedescriptive_3035.pdf
[1675] Fiche d'évaluation des immeubles bâtis: http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_3035/fichedescriptive_3035.pdf
[1676] Cette méthode n'est pas appréciée par les tribunaux qui la jugent souvent arbitraire. *Mémentos pratique F. Lefebvre, Fiscal*, 2013, spéc. n°7823
[1677] Par exemple, en matière agricole, un arrêté ministériel publié chaque année un barème indicatif de la valeur vénale moyenne des terres agricoles. *Mémentos pratique F. Lefebvre, Fisca*l, 2013, spéc. n°7823
[1678] Fiche d'évaluation des immeubles bâtis: http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_3035/fichedescriptive_3035.pdf

(courant, luxueux, etc.). L'expert doit également prendre en considération « *les facteurs juridiques* » tels que des servitudes, une législation particulière applicable comme celle relative aux parcs naturels, aux monuments historiques, ou encore à la dépollution[1679]. Enfin, influent également sur la valeur du bien « *les facteurs économiques* » telles que les possibilités de vente ou l'augmentation de la population d'une ville[1680].

510. **Le coût de l'évaluation**. Le coût de l'évaluation varie en fonction de la nature du bien, de la complexité de la tâche et de l'expert auquel il est fait appel.
La loi reste silencieuse quant au poids de cette créance. Est-il supporté par le débiteur, par le créancier, ou par les deux ? Le pacte commissoire et la fiducie-sûreté sont des mécanismes où souffle le vent de la liberté contractuelle. A défaut de disposition légale contraire, il faut en conclure que les parties peuvent, à leur gré, déterminer qui supporte le poids de la dette. Toutefois, en pratique, il est fort probable que le coût de l'expertise soit mis à la charge du constituant. Lorsque les parties ne prévoient rien, il semble qu'il faille revenir au droit commun des obligations et d'en conclure que, sous réserve de l'application de la solidarité commerciale, cette dette est en principe conjointe. Chacune des parties n'est alors tenue que pour moitié.

Une fois l'évaluation opérée, reste à en déterminer la force obligatoire et la portée.

3. Le rôle et la portée de l'évaluation

511. L'évaluation à dire d'expert a pour objet de définir la valeur vénale du bien. Toutefois, il convient de déterminer la portée et le rôle de l'évaluation.
Il est important de déterminer si l'évaluation est une simple indication donnée aux parties et au juge, ou bien est-elle contraignante, les parties et le juge étant alors liés par elle. Il convient donc de mesurer la force obligatoire de l'évaluation (a). Quant à son rôle, il semble important d'établir si l'évaluation est une condition de la réalisation (b).

a) L'effet obligatoire variable de l'évaluation

[1679] Voir notamment **J. BERNARD DE SAINT AFRIQUE**, L'évaluation, *in* Le *droit privé français à la fin du XX*°s, *Etudes offertes à **P. Catala***, p. 315, spéc. pp.323 ; Voir aussi **P. MALAQUIN**, Expertise immobilière, *RD Immo*, 1999, p. 205, spéc. p. 207
[1680] Fiche d'évaluation des immeubles bâtis:
http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_3035/fichedescriptive_3035.pdf

512. **L'expertise : un simple avis en matière de vente forcée et d'attribution judiciaire d'un meuble**. En matière de vente forcée par le biais des procédures civiles d'exécution et d'attribution judiciaire d'un meuble, le recours à l'expertise n'est pas obligatoire. Il incombe dans le premier cas, au créancier poursuivant de déterminer la mise à prix et dans le second, au juge d'évaluer le bien. La loi ne confère pas à l'expert un pouvoir décisionnel, celui-ci appartient au juge ou à l'agent chargé de la vente. L'intervention de l'expert ne produit pas d'effet contraignant et l'expertise contitue un simple avis que le juge ou l'agent chargé de la vente est libre de suivre ou non.
En outre, l'article 1592 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer[1681] car l'expert n'est pas saisi pour fixer le prix du bien par les parties à l'acte.

513. **L'exclusion de l'application de l'article 1592 du Code civil aux attributions en propriété**. Certains auteurs[1682] ont soulevé la question de savoir si l'expertise a la même valeur contraignante que le prix de vente fixé par l'arbitrage prévu à l'article 1592 du Code civil[1683]. Certains auteurs plaident pour l'adoption d'un raisonnement analogue[1684] en matière d'attribution en propriété. Il est évident que dans les deux hypothèses, la fixation de la valeur est confiée à un tiers.

Pourtant, l'évaluation à dire d'expert dans les attribution en propriété et l'arbitrage n'interviennent pas dans des circonstances similaires et ne puisent pas leurs fondements dans les mêmes sources. Ces différences s'opposent à la transposition de l'article 1592 aux hypothèses d'évaluation du bien objet de la sûreté réelle à réaliser. Ce texte prévoit la nomination d'un arbitre par les parties, à défaut d'accord sur le prix de vente du bien. Or cet arbitre n'est pas un arbitre au sens des modes alternatifs de règlement des conflits mais le mandataire des parties dont la mission est de fixer le prix de vente du bien.
En matière d'attribution conventionnelle et légale en propriété, le tiers intervient dans des circonstances différentes et l'obligation d'y recourir ne se fonde pas sur la même source. Dans ces hypothèses, le recours à l'expertise est obligatoire et les parties ne peuvent pas fixer par leur volonté la valeur du bien. Le recours à l'expertise ne repose pas sur le mandat, c'est une obligation légale

[1681] **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd. 2010, n°949
[1682] Voir notamment : **C. CARBONNEL**, Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E* 2007, n°. 2536 ; **P. DELEBECQUE,** , Le régime des hypothèques, *JCPG* 10 mai 2006 suppl., études ; **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier Sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, spéc. p.48 ; **G. FLORA**, La réalisation de l'hypothèque, *RLDA*, Perspectives colloques, mars 2007, p.96
[1683] Article 1592 du Code civil : « *Il [le prix] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a cependant pas de vente* ».
[1684] Voir notamment **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052 ; **L. AYNÈS, P. CROCQ**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8ème éd., 2014, spéc. n°515 ; Contra **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier Sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, spéc. p.48.

d'ordre public. Ces différences poussent à exclure l'application analogique de l'article 1592 du Code civil aux attributions conventionnelles et légales en propriété. Il n'en demeure pas moins que l'expertise et son résultat s'imposent aux parties.

514. **Le caractère contraignant de l'expertise en matière d'attribution légale ou conventionnelle en propriété**. Même s'il ne peut pas être fait application de l'article 1592 du Code civil[1685], il faut reconnaître que la valeur dégagée par l'expert dans les attributions légales et conventionnelles en propriété, lie les parties.

L'expert agit en tant que technicien afin de protéger les intérêts du constituant. La disposition est d'ordre public et les parties ne peuvent elles-mêmes fixer la valeur du bien. De plus, aux articles 2348 et 2359 du Code civil, l'emploi des verbes « *déterminer* » ou « *estimer* » au présent de l'indicatif ne laissent planer aucun doute sur le caractère impératif de la décision de l'expert. Aucune alternative n'est possible.

L'expertise liant les parties, il leur est impossible de former un recours à l'encontre du résultat de l'expertise. Le juge n'a que le pouvoir de contrôler le déroulement de la procédure d'expertise sans pouvoir interférer sur son résultat[1686]. Il peut par exemple vérifier l'absence de conflit d'intérêt.

Il ressort de ces éléments que l'expert détermine et fixe la valeur du bien et que cette dernière s'impose aux parties.

La question du caractère impératif de l'évaluation se prolonge dans une question spécifique aux attributions conventionnelles et légales en propriété. L'évaluation à dire d'expert est-elle, dans ces hypothèses, une condition du transfert de propriété ?

b) Le rejet de l'expertise comme condition suspensive du transfert de propriété.

515. De nombreux auteurs ont soulevé la question du caractère suspensif de l'évaluation quant au moment du transfert de propriété. La doctrine majoritaire tend à rejeter cette interprétation[1687] et plusieurs arguments s'y opposent[1688]. Rien dans les textes relatifs aux attributions conventionnelles et légales ne semble indiquer que l'évaluation soit une condition du transfert de propriété.

[1685] **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier Sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, spéc. p.48

[1686] **P. SIMLER, P. DELEBECQUE**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 6ème éd. 2012, spéc. n°632

[1687] Voir sur ce point : **L. AYNÈS, P. MALAURIE**, *Les sûretés, la publicité foncière*, par **L. AYNÈS** et **P. CROCQ,** Defrénois, 8°éd. 2014, n°515 ; **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, Puf, Thémis Droit, 2ème éd. 2011, spéc. n°206

[1688] Dans ce sens voir notamment : **L. AYNÈS**, Le nouveau droit du gage, *in* Dossier sûretés mobilières du nouveau, Dr. et Patr. juil.-août 2007, p.48

Cependant, un parallèle peut être opéré entre ces attribution et les attributions judiciaires, et les attributions en propriété liées à la dévolution successorale.

516. **Un rapprochement possible avec les attributions judiciaires.** Dans un arrêt du 9 juillet 2013[1689], la Cour de cassation a eu à connaître d'une question afférante à l'évaluation dans une attribution judiciaire. Bien que la décision ait été rendue sous l'empire de la loi applicable avant l'ordonnance du 23 mars 2006, la solution dégagée peut être transposé en droit positif. A l'époque, l'attribution judiciaire du bien imposait nécessairement que le juge ait recours à un expert afin d'évaluer le bien objet de l'attribution[1690]. Dans cet arrêt la Cour indique que « *l'article 2078, alinéa 1er, du code civil, dans sa rédaction applicable en la cause, n'interdit pas que l'estimation de la valeur des biens nantis intervienne postérieurement à l'attribution de ceux-ci dès lors que l'évaluation du bien est déterminée au jour de cette attribution* ». Le transfert de propriété qui est provoqué par l'attribution, peut, au regard de cette décision, intervenir avant l'évaluation du bien. Cette dernière ne constitue donc pas une condition du transfert de propriété, mais une étape technique nécessaire à la mise en œuvre du principe de non enrichissement. Une telle solution demeure applicable aujourd'hui à toutes les attributions judiciaires. Cette solution semble transposable aux attributions conventionnelles et légales car le transfert de propriété est provoqué par la volonté du créancier.

517. **Un rapprochement avec les attributions en propriété liées à la dévolution successorale**. Les attributions conventionnelles et légales en propriété du bien grevé d'une sûreté réelle peuvent être rapprochées d'autres hypothèses d'attribution dans lesquelles une évaluation du bien est requise. Il s'agit notamment du transfert de propriété opéré par le décès d'une personne, en somme l'ouverture d'une succession. Dans cette hypothèse, le transfert de propriété a lieu avant l'évaluation, puisqu'il opère au décès du *de cujus*. Par exemple, un *de cujus* dispose de ses droits par testament et attribue l'actif de son patrimoine à différents héritiers. Les héritiers ne deviennent propriétaires des biens qu'au jour du décès du *de cujus*. Postérieurement à ce transfert, les biens sont évalués afin de vérifier le respect des réserves héréditaires et de déterminer d'éventuelles soultes. De même, en matière de partage, le transfert de propriété du bien a lieu au jour du décès. Pourtant l'évaluation des biens est faite entre le décès et l'acte de partage en fixant la valeur au jour du partage.

[1689] Cass. Com. 9 juil. 2013, n° 12-15.873, *Inédit*
[1690] Pour plus de détails et les exceptions voir n^{os} 500 et s.

Dans une succession, l'événement causant le transfert de propriété est le décès. L'évaluation du bien n'est pas une condition du transfert mais une étape technique nécessaire au respect des réserves héréditaires et du principe d'égalité des héritiers (sauf disposition contraire du *de cujus*).

518. **L'évaluation à dire d'expert, une étape technique nécessaire au calcul de la soulte**. Dans l'attribution conventionnelle ou légale en propriété comme mode de réalisation d'une sûreté réelle, la cause du transfert de propriété se trouve dans l'option du créancier (elle-même ouverte par la défaillance du débiteur). C'est la survenance de cet évènement qui provoque le transfert. L'évaluation est, à notre sens, comme en matière de succession ou d'attribution judiciaire, une étape technique. Dans le cas de la réalisation, elle est nécessaire au respect du principe de non enrichissement et au versement d'une éventuelle soulte.

En l'absence de disposition légale, la comparaison opérée avec l'attribution judiciaire et les transferts de propriété dans le cadre d'une succession, amènent à conclure que l'évaluation du bien n'est pas une condition du transfert de sa propriété. Néanmoins, cette évaluation apparaît comme une nécessité imposée par le respect du principe de non enrichissement et le versement d'une éventuelle soulte.

§2. Le sort de l'excédent de valeur

519. Une fois le bien évalué, le résultat de l'évaluation doit être comparé au montant de la créance garantie. Lorsque la valeur du bien est inférieure au montant de la créance garantie, la sûreté est éteinte mais l'obligation garantie ne l'est qu'à hauteur de la valeur du bien. Le reste est toujours dû par le débiteur au créancier qui se trouve, en principe, en position de chirographaire. A l'inverse, lorsque la valeur du bien est supérieure au montant de la créance garantie, il se dégage un excédent de valeur dont il convient de fixer le sort.

Au regard du principe de non enrichissement, le créancier n'a pas vocation à conserver cet excédent de valeur qui provoquerait son enrichissement. La loi règle certaines questions quant au sort de cet excédent, d'autres demeurent en suspens. Ainsi, selon les textes applicables, cet excédent doit être versé sous la forme d'une somme d'argent, d'une soulte, au constituant ou éventuellement être consigné ou distribué. En toutes hypothèses, il doit être restitué (A). Si la loi pose ce principe, elle n'en reste pas moins silencieuse sur ses modalités de paiement (B) et sur la garantie de son paiement (C).

A. Le principe de restitution, la soulte

520. Une fois l'excédent de valeur mis en évidence, le créancier ne peut le conserver sans s'enrichir injustement. Il doit le restituer.
L'étude des textes relatifs à cet excédent de valeur montre que la restitution prend la forme d'une soulte qui est, en principe, versée au constituant[1691] (1). Toutefois, le législateur par souci de protection des tiers créanciers ou de certains d'entre eux a créé des exceptions à ce principe (2). Ces mécanismes de protection dont le degré varie selon les modes de réalisation, reposent sur une combinaison de techniques, consignation, procédures d'ordre et distribution.

1. Le principe, la soulte versée au constituant

521. **Le bénéficiaire de la soulte, le constituant**. L'étude des textes afférant au sort de l'excédent de valeur montre une différence de vocabulaire. Certains textes comme ceux applicables à la fiducie-sûreté visent « *le constituant* »[1692] alors que l'ensemble des autres textes se réfère au « *débiteur* ». Malgré cette différence, il convient d'admettre que l'excédent de valeur doit être remis au constituant, propriétaire initial du bien grevé (sous réserve de la particularité de la réserve de propriété).

Les procédures civiles d'exécution visent le débiteur. Ce terme désigne le débiteur saisi, « *la personne à l'encontre de laquelle le titre exécutoire a été émis* ». Ce débiteur saisi n'est pas toujours le débiteur personnel du saisissant, « *celui qui a contracté l'obligation mise en recouvrement forcé* »[1693]. C'est notamment le cas en matière de sûreté réelle pour autrui. Ainsi, lorsque les textes relatifs aux distributions, répartitions et restitutions de l'excédent de prix se réfèrent au « *débiteur* », il faut parfois entendre le « *constituant* ».
Dans les procédures civiles d'exécution, l'excédent de valeur est donc remis au débiteur et au constituant en cas de sûretés réelle pour autrui, au constituant.

La question est plus problématique en matière d'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien grevé. Les articles 2347, 2348 et 2460 du Code civil visent « *le débiteur* », mais en matière de

[1691] En l'absence de constituant, en matière de sûretés légales, l'excédent doit être remis au débiteur.
[1692] Articles 2372-4, 2488-4 du code : « *le bénéficiaire […] verse au constituant […] une somme égale à la différence, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire* ».
[1693] **P. JULIEN, G. TAORMINA**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010, spéc. n°53

sûretés réelles, « *le débiteur* », même si c'est souvent le cas, ne désigne pas toujours le constituant. Il s'agit du débiteur de l'obligation garantie.

Une interprétation stricte des textes semble devoir être exclue pour deux raisons. La première est que la référence « *au débiteur* » paraît issue d'un emprunt malencontreux aux procédures civiles d'exécution. La seconde est que restituer l'excédent de valeur au débiteur plutôt qu'au constituant heurte la logique globale des textes qui ont été institués pour pallier toute spoliation du débiteur, autrement dit, pour protéger son droit de propriété. Le législateur n'avait certainement pas pour objectif de spolier un tiers constituant. Il convient alors de retenir que dans ces dispositions, « *débiteur* » est un synonyme de constituant et il est nécessaire d'admettre que l'excédent de valeur soit remis au constituant de la sûreté réelle, propriétaire initial du bien grevé.

522. **Le cas particulier de la réserve de propriété**. La réserve de propriété comprend un mécanisme analogue de non enrichissement impliquant le versement d'un excédent de valeur au débiteur[1694]. Lors de la restitution, la valeur des biens restitués s'impute sur le montant de créance garantie, à titre de paiement. Toutefois, lorsque la valeur des biens excède le montant de la créance garantie, « *le créancier doit la différence au débiteur* ».

La particularité est liée à l'originalité du mécanisme dont le support est un contrat translatif de propriété. Il ne peut pas ici y avoir de décalage dans les rôles. Le débiteur de la restitution ne peut pas être le constituant puisqu'il est, dans l'opération « support », l'acquéreur du bien. Il est nécessairement le débiteur de l'obligation de payer, garantie par la réserve de propriété.

De même, le versement de la soulte au débiteur n'admet aucune exception. Le créancier demeurant propriétaire des biens, le débiteur ne peut pas constituer de droits réels sur ces derniers. Il ne peut donc pas, en principe, se trouver en concurrence avec un créancier disposant d'un droit réel sur ces biens. Les seuls créanciers susceptibles d'être titulaires de droits réels sur les biens grevés sont les créanciers du créancier.

523. **Un principe mis en lumière par la formulation des textes**. Il ressort des textes que l'affectation de l'excédent au constituant est le principe. Différentes hypothèses doivent être envisagées.

Selon la première hypothèse, le bien est l'objet d'une vente forcée selon les procédures civiles d'exécution et il n'existe qu'un seul créancier. L'agent chargé de la distribution remet l'excédent de prix au constituant. De même, en présence de plusieurs créanciers, un ordre est établi. Le paiement a lieu selon cet ordre mais l'excédent de valeur est restitué au constituant. Selon la seconde

[1694] Article 2371 du Code civil.

hypothèse, le bien fait l'objet d'une attribution en propriété ou d'une vente dans la fiducie-sûreté. Les textes applicables à ces modes de réalisation positionnement le « *débiteur* » en premier. L'application a lieu sous réserve de l'absence d'autres créanciers titulaires de sûretés sur le bien réalisé. Cette exception est exprimée suite à un point-virgule pour les attributions conventionnelles et judiciaires en propriété[1695], et après une virgule et l'expression *« sous réserve* », pour l'attribution légale et la vente par le fiduciaire[1696].

En effet, certains textes réservent un traitement particulier à l'excédent de valeur en présence d'autres créanciers titulaires de sûretés réelles sur le bien réalisé. La soulte n'est, dans ces cas, pas versée au constituant.

2. Les exceptions liées à la protection de certains créanciers

Si la remise de l'excédent de valeur au constituant est le principe, parfois le législateur a choisi de protéger de manière plus précise les autres créanciers estimant que la restitution de l'excédent de valeur au constituant pourrait leur être préjudiciable. Ces mécanismes de protection particuliers reposent sur une consignation du prix et/ou une procédure d'ordre. Les degrés de protection sont donc différents selon la sûreté ou le mode de réalisation utilisé.

524. **La consignation et la distribution en matière de procédures civiles d'exécution**. Les ventes forcées opérées selon les procédures civiles d'exécution provoquent la purge des inscriptions. L'acquéreur acquiert le bien libre de droits. Le besoin de protection des autres créanciers est donc plus important. A cet effet, le prix de vente est consigné à des fins de distribution selon l'ordre établi, selon les cas, par l'agent chargé de la vente ou le créancier poursuivant, et sous le contrôle des autres créanciers et du juge de l'exécution. Les autres créanciers peuvent s'opposer au projet de répartition en le rejetant ou en ne donnant pas leur accord à la tentative de conciliation[1697]. Aucun privilège du premier saisissant n'est accordé (sous réserve de la saisie attribution). Les créanciers sont placés sur un pied d'égalité et le paiement intervient selon leur rang.

[1695] Les articles 2348 et 2460 du Code civil posent un principe de restitution de l'excédent au débiteur. Les deux premiers articles régissant le pacte commissoire disposent « *si la valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires – d'autres créanciers gagistes -, il la consigne* »

[1696] les articles 2372-4, 2488-4 du Code civil indiquent que « *le bénéficiaire […] verse au constituant […] une somme égale à la différence, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire* ».

[1697] Voir n[os] 538 et s.

525. **La fiducie-sûreté, création d'un nouveau privilège et d'un ordre partiel de paiement**. En revanche, en matière de fiducie-sûreté, que le bien soit vendu ou attribué, l'excédent de valeur n'est pas consigné et les textes ne prévoient pas d'ordre de paiement au sens strict. Toutefois, les articles 2372-4 et 2488-4 du Code civil indiquent que le fiduciaire ou le créancier doit verser leur dû aux créanciers « *de gestion et de conservation* » dont les créances sont nées de la fiducie avant de remettre le restant au constituant .

En principe, le patrimoine fiduciaire répond des dettes de gestion et de conservation qu'il crée. A défaut, ces créanciers peuvent se payer sur le patrimoine du constituant après avoir rapporté la preuve de l'insuffisance du patrimoine fiduciaire[1698]. Le droit commun de la fiducie fait donc peser la charge des dettes de gestion et de conservation sur le constituant. La règle se prolonge en matière de fiducie-sûreté car ces créances sont payées sur la soulte avant que cette dernière ne soit remise au constituant[1699]. Elles s'imputent donc sur l'excédent revenant au constituant. En principe, ces créanciers titulaires de créances « *de conservation et de gestion* » disposent donc de deux patrimoines pour assurer le paiement de leur créance : à titre principal, le patrimoine fiduciaire et, à titre subsidiaire, le patrimoine du constituant. Comment analyser cette situation ? Quelle est la nature de l'avantage conféré à ces créanciers ?

Le créancier titulaire d'une créance « de conservation », en application du droit commun, profite du privilège de conservation. *Quid* du créancier titulaire d'une créance de gestion? Les articles 2372-4 et 2488-4 du Code civil placent sur le même plan les créances de conservation et de gestion sans pour autant consacrer un nouveau privilège spécial au profit du créancier titulaire d'une créance de gestion. Pourtant ce créancier a droit à un paiement prioritaire, c'est-à-dire avant tout autre créancier (hors conservation) du patrimoine fiduciaire. C'est la nature de la créance – créance de gestion des actifs fiduciaires – qui offre à son titulaire le droit d'être payé en priorité. En somme, elle lui confère un droit de préférence. Ceci semble correspondre à la définition du privilège édictée à l'article 2324 du Code civil[1700]. Si la loi ne le consacre pas explicitement comme un privilège[1701], en lui accordant un paiement prioritaire, elle en révèle implicitement la nature.

Cette première réponse amène une seconde interrogation. L'analyse grammaticale et lexicale des textes montre que les créances de conservation et de gestion apparaissent sur le même plan et sont

[1698] Article 2025 du Code civil. Le patrimoine fiduciaire n'est pas totalement étanche. Voir notamment : **F. BARRIÈRE**, Fiducie Généralités, *in Répertoire civil*, Dalloz n°62

[1699] Articles 2372-4 et 2488-4 du Code civil

[1700] Article 2324 du Code civil : « *Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ».

[1701] Cette absence de consécration heurte le principe du numerus clausus des droits réels.

soumises au même régime. Existe-t-il entre elles un classement ? Au contraire, cela signifie-t-il que les deux créanciers sont de même rang ? Dans cette hypothèse, en cas de concours, ils seraient payés par contribution. Cependant, au regard de la logique globale des privilèges spéciaux, des règles de conflits proposées à l'article 2332 du Code civil et des règles plus larges dégagées par la doctrine[1702], le conservateur l'emporte lorsque son action a bénéficié aux autres créanciers. En somme, si la créance de conservation est postérieure à la créance de gestion, cette dernière doit être payée en premier. A défaut, la créance de gestion ne pouvant être assimilée ni à une créance ayant fait entrer dans le patrimoine de la richesse, ni à un gage, les deux créances semblent être de même rang et devoir être payées par contribution.

Les droits des créanciers titulaires de créance d'une conservation sont très biens préservés. Les autres créanciers bénéficient, le cas échéant, de leur droit suite sur le bien transmis.

526. **Le pacte commissoire, la consignation de l'excédent de valeur**. En matière d'attribution conventionnelle, les intérêts des autres créanciers sont moins protégés. L'article 2348 du Code civil précise que « *lorsque la valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur, ou s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée* ». Une disposition similaire est prévue en matière hypothécaire[1703]. Cependant, il est à noter qu'elle a un domaine d'application plus large car elle s'étend à l'attribution judiciaire.

Cet excédent de valeur soulève de nombreuses questions car la loi n'en fixe pas le régime. Outre le caractère contraignant de la consignation[1704], se posent les questions du montant de la somme consignée – la totalité de la valeur du bien ou seulement l'excédent –, de la procédure de classement et du paiement.

Certains auteurs ont suggéré de procéder par analogie avec la vente sur saisie immobilière et de consigner l'intégralité du prix, puis de procéder à un classement et à une distribution[1705]. Cette proposition, bien qu'intéressante, est critiquable car elle fait perdre à l'attribution conventionnelle ses deux intérêts principaux, la rapidité de la réalisation et l'exclusivité du droit du créancier.

Au regard du texte, il apparaît que la somme consignée est le reliquat, le résultat de la soustraction entre la valeur du bien évaluée et le montant de la créance garantie.

[1702] Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre1

[1703] Article 2360 du Code civil

[1704] Voir n^{os} 484 et s. et n^{os} 519 et s.

[1705] Dans ce sens voir notamment : **D. LEPELTIER**, le nouveau droit de l'hypothèque, *in* dossier : le renouveau de l'hypothèque, *Dr. et Patr*. Mai 2007, p. 60**.** Contra, **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, suppl. n°20, I, 8, spéc. n°35 ; *Droit des sûretés*, Lamy, 2014, spéc. n°202-93

Les textes indiquent que la somme est « *consignée* » sans en préciser le lieu. Par application de l'ordonnance du 3 juillet 1816 et de la jurisprudence[1706], lorsque la loi ne précise pas le lieu de consignation du bien ou de la somme, celle-ci a lieu à la Caisse des dépôts et consignations. Toutefois, les modalités de consignation d'une somme à la Caisse des dépôts étant relativement simples[1707], celle-ci ne constitue pas une difficulté.

Les textes précisent encore que les sommes sont consignées en présence « *d'autres créanciers gagistes* » ou « *hypothécaires* »[1708]. La présence de créanciers titulaires de privilèges mêmes immobiliers ne semble pas provoquer la consignation. C'est peut-être parce que ces créanciers ne peuvent pas, en principe, demander l'attribution en propriété du bien que leur sûreté grève[1709].

Une fois la somme consignée, la loi ne fixe pas le sort qui lui est réservé. Il est difficile au regard des textes de déterminer si les sommes consignées sont uniquement affectées au paiement des créanciers dont la présence provoque la consignation ou si les sommes doivent être distribuées selon l'ordre légal[1710]. Dans le premier cas, l'ordre n'est établi qu'entre ces créanciers selon les règles prévues par la loi. Dans le second cas, l'ensemble des créanciers est classé. Dans les deux cas, un ordre doit être établi (en cas de pluralité de créanciers) selon, semble-t-il, les procédures de distribution applicables (mobilières, immobilières, sur les navires, les bateaux, les aéronefs). L'initiateur de la procédure de distribution reste à identifier. Il peut s'agir, par analogie avec les procédures de distribution, soit du créancier attributaire, soit du créancier bénéficiaire de la consignation qui souhaite recevoir paiement de la créance.
L'idée de la consignation est protectrice des intérêts des créanciers autres que le créancier attributaire. La conservation de leur droit provient surtout du droit de suite dont ils pourraient se prévaloir. En outre, la mauvaise rédaction des textes rend leur interprétation hypothétique et apporte peu de sécurité au mécanisme.

La loi ne prévoit pas de protection particulière en matière de réserve de propriété.

[1706] Cass. Civ. 2ème, 6 déc. 2012, n°11-24.443, Publié ; *Procédures*, avril 2013, n°5, p. 11, obs. **A. LEBORGNE** ; *D.* 2012, p.2276, obs. **V. AVENA-ROBARDET**
[1707] http://consignations.caissedesdepots.fr/-vos-questions-.html#art346.
[1708] Les dispositions pouvant être étendues selon les cas à la présence d'autres créanciers nantis ou gagistes immobiliers.
[1709] Sur la question de l'attribution en propriété et des privilèges, voir le tableau annexé et nos 22 et s.
[1710] Certains textes prévoient explicitement l'affectation des sommes consignées au profit d'une personne ou en vue du paiement de certaines créances. Voir notamment article L. 141-19 du Code de commerce à propos de la surenchère du 6ème d'un fonds de commerce.

527. **L'absence logique de protection des tiers dans la réserve de propriété**. Le mécanisme de la réserve de propriété suffit à protéger le créancier et le débiteur constituant. L'incursion de tiers est rare. Il ne peut s'agir que de tiers créanciers dont la sûreté est née du fait du vendeur. En effet, la situation de conflit entre un créancier muni d'une sûreté réelle née de l'acquéreur et la réserve de propriété est rare et se résoud par la nullité de la sûreté née de la volonté de l'acquéreur car le gage sur la chose d'autrui est nul.

Une fois le principe de versement de la soulte établi, il convient de procéder à son paiement.

B. Le paiement de la soulte

528. Au regard des divers textes applicables, la soulte prend nécessairement la forme d'une somme d'argent (1). Ses modalités de paiement sont déterminées selon les cas, par des textes spéciaux, par la convention des parties ou par le droit commun des obligations. Il convient donc d'en expliciter le régime (2).

1. Le paiement d'une somme d'argent

529. **La forme de la soulte, une somme d'argent**. Le paiement de la soulte prend nécessairement la forme d'un versement d'une somme d'argent. En effet, en matière de vente forcée selon les procédures civiles d'exécution, l'agent chargé de la vente ou le tribunal perçoit le prix et le consigne. Le consignataire procède ensuite au paiement. De même, en matière d'attribution en propriété ou de restitution d'un bien dont la propriété est réservée, la loi précise que le créancier « *doit* » ou « *verse* » « *une somme égale à la différence* »[1711]. Cette somme est nécessairement une somme d'argent.

Reste toutefois à déterminer les modalités de ce versement, à savoir le lieu, le moment et le mode de paiement et à fixer le fait générateur de la créance de soulte.

2. Les modalités de paiement

Les modalités de paiement et la détermination du fait générateur de la créance de soulte font parfois l'objet de dispositions légales spéciales, comme en matière de procédures civiles d'exécution.

[1711] Voir les articles 2347, 2348, 2360, 2371, 2372-3, 2372-4,2488-3, 2488-4 du Code civil.

D'autres fois, en l'absence de telles dispositions ou de stipulation contractuelle (lorsque les parties y sont autorisées), il convient de se référer au droit commun des obligations.

530. **Le droit de l'exécution forcée, modalités fixées par la loi**. Dans les procédures civiles d'exécution, le bien est vendu, la créance de soulte naît corrélativement au transfert de propriété et à la créance de versement de prix. Toutefois, le paiement n'est pas immédiat. Le paiement est œuvre du séquestre ou du consignataire de la somme d'argent selon les délais et les conditions prévues par la loi. Par exemple, en matière mobilière, il paye dès l'expiration du délai de contestation[1712]. En matière immobilière, il paye dans le mois suivant la notification du projet de distribution ou du procès verbal d'accord homologué ou d'une copie de la décision arrêtant la distribution revêtue de la formule exécutoire[1713].

531. **Les autres modes de réalisation, modalités fixées par les parties et le droit commun des obligations**. En matière d'attribution conventionnelle en propriété et de réalisation de la fiducie-sûreté, la loi renvoie à la volonté des parties. Dans d'autres cas, comme en matière de réalisation de la clause de réserve de propriété, la loi reste silencieuse. Parfois, ni la loi, ni la convention (lorsque les parties sont autorisées à stipuler) n'apportent de réponse à cette question. Les sûretés étant des contrats spéciaux, les différentes modalités du paiement de la solute doivent alors être déterminées selon le régime général des obligations. Pour cela, il semble important de déterminer le fait générateur de la créance de soulte.

532. **Le fait générateur de la soulte**. La soulte a pour but de compenser, dans le patrimoine du constituant, la perte de valeur du bien qui n'est pas justifiée par l'existence d'une créance. Il convient donc d'identifier le moment de cette perte de valeur, le moment où le bien sort du patrimoine du constituant – pour les attributions en propriété ou la vente de l'objet de la fiducie – ou lorsque le bien, contrepartie du prix de vente partiellement versé est restitué au propriétaire – pour la réserve de propriété. Il apparaît alors que dans les attributions en propriété, ce moment correspond au moment du transfert de propriété, c'est-à-dire soit au jour de la décision de justice, soit au jour où l'option produit ses effets[1714]. Pour la réserve de propriété, il s'agit du jour de restitution des biens. La convention peut toutefois déroger à ces solutions.

[1712] Pour la matière mobilière, voir articles R. 251-2, R. 251-5 et 251-8 du Code des procédures civiles d'exécution
[1713] Voir articles R. 334-1 et R. 334-2 du Code des procédures civiles d'exécution
[1714] **P. DELEBECQUE**, Le régime des hypothèques, *JCPE* 2006, suppl. n°20, I, 8 ; **P.-F. CUIF**, , *J.-Cl Civil Code, Fasc. Privilège et hypothèque,s* spéc. n°47 ; Pour de plus amples explications, voir § n^{os} 54 et s. et n^{os} 469 et s.

533. **L'exigibilité de la soulte**. Le moment du paiement est plus délicat à déterminer. La créance de soulte n'est pas, en principe, une créance à terme. Elle est à exécution instantanée. Elle naît au moment du transfert de propriété, lorsque le bien quitte le patrimoine du constituant. Elle ne peut donc pas constituer une condition de ce transfert[1715]. Toutefois, elle n'est pas immédiatement exigible. Elle est conditionnée, lorsque cela est requis, à l'évaluation du bien car cette dernière a pour objet de faire apparaître l'excédent de valeur. La créance de soulte naît donc au jour du transfert de propriété mais elle n'est exigible qu'une fois l'évaluation effectuée.
La loi n'indique aucun délai de paiement. Il faut donc admettre que la soulte doit être versée au plus vite. Au besoin le créancier de la soulte (le constituant initial) met en demeure le débiteur de la soulte (le créancier initial) de verser la somme d'argent. Cette démarche permet de constituer le débiteur en retard et de faire courir les intérêts moratoires.

534. **Le paiement de la soulte**. Au regard de l'article 1247 alinéa 3 du Code civil, le paiement étant quérable, il a lieu, en principe au domicile du débiteur de la soulte et il peut emprunter toutes les formes ordinaires de paiement d'une somme d'argent tels que la remise d'espèces sonnantes et trébuchantes, les virements bancaires, les chèques, les « *mandats cash* », etc.

Même si le principe du paiement de la soulte est établi et que les modalités de paiement sont connues, le risque de non-paiement est palpable et particulièrement en matière de modes de réalisation amiables. Le pouvoir de coercition du créancier de la soulte semble réduit. Toutefois, certaines protections peuvent être imaginées.

C. La question de la protection du créancier de la soulte contre l'impayé

La situation est la suivante : la sûreté réelle a été réalisée, mais la valeur du bien ou le prix de vente excède la valeur de la créance garantie. L'excédent doit être remis sous la forme d'une soulte au constituant initial qui devient, à son tour, créancier.

535. **L'absence de protection spéciale par le droit des sûretés**. La loi n'attribue aucune protection particulière au créancier de la soulte. La créance de restitution semble nue, sans protection et le créancier réduit au rang de chirographaire. Certains auteurs, raisonnant comme en

[1715] Dans le sens contraire, voir notamment à propos de la fiducie : **F. BARRIÈRE**, Fiducie *in Répertoire civil*, Dalloz, 2008 spéc. n°85; **M.-P. DUMONT-LEFRANC**, Le dénouement de la fiducie, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 févr. 2007, *Dr. et Patr*. Juin 2008, n°171-47.

matière de vente ou de dation en paiement considèrent que le débiteur est l'auteur du transfert de propriété, et bénéficie donc du privilège du vendeur et d'une action résolutoire[1716].
L'application du principe de légalité des privilèges et du *numerus clausus* de ces derniers, conduit à adopter une interprétation stricte. En outre, l'attribution en propriété n'est pas une vente[1717]. L'absence de texte amène inéluctablement à conclure à l'absence de sûreté légale. Les sûretés conventionnelles sont théoriquement possibles mais, à notre sens, dans la pratique, ce recours n'est pas et ne sera pas utilisé. Il demeurera une hypothèse d'école.

Pour autant, le créancier de la soulte n'est pas totalement démuni et ne subit pas l'enrichissement du créancier du fait de sa sûreté sans pouvoir lui opposer aucune résistance. Même en l'absence de sûreté à proprement parler, le créancier de la soulte, parce que la créance de soulte est née de la réalisation de la sûreté réelle, bénéficie de protections (1). Il dispose aussi d'actions de droit commun qui lui permettent de se prémunir contre un impayé ou de recouvrer sa créance (2).

1. La protection liée à l'existence de la sûreté réelle initiale

536. Le paiement de la soulte, même si son titulaire ne dispose d'aucune sûreté réelle, peut être garanti. Une première protection peut provenir de la présence d'un tiers intervenant dans le déroulement de la sûreté réelle initiale ou de sa réalisation. Il peut s'agir d'un fiduciaire, du tiers protecteur, d'un agent de sûreté, de l'agent chargé de la vente du bien grevé ou encore du juge de l'exécution. Le rôle de ce tiers varie selon les cas, mais veiller au versement de la soulte peut entrer dans ses attributions (a). Une seconde protection peut être indirectement procurée par la réalisation de sûreté réelle initiale. En effet, la réalisation d'une sûreté réelle sans dépossession peut créer les circonstances propices à la naissance d'un droit de rétention au profit du créancier de la soulte (b).

a) L'intervention d'un tiers, vecteur de sécurisation de la créance de soulte

En vertu de dispositions conventionnelles ou légales, un tiers peut intervenir dans le processus de réalisation, ce dernier peut être un vecteur de sécurisation du versement de la soulte. Toutefois, en fonction des modes de réalisation et de la qualité du tiers, le degré de protection varie d'un cas à l'autre.

[1716] **M-N. JOBART-BACHELIER, M. BOURASSIN, V. BRÉMOND**, *Droit des sûretés*, Dalloz Sirey, 3ème éd. 2012, spéc. n°1697 ; Voir aussi **M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd. 2010, n°1089 ; **S. HÉBERT**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052

[1717] Voir nos 25 et s.

537. **La protection par les acteurs institutionnels des procédures civiles d'exécution**. La protection du créancier de la soulte est d'abord assurée par le droit des procédures civiles d'exécution, notamment lorsque la saisie est suivie d'une vente. Dans toutes ces hypothèses, le prix de vente est consigné et la distribution, si elle est en principe amiable, a lieu sous le contrôle du juge de l'exécution[1718]. Le paiement, conditionné à ce contrôle, est accompli par le consignataire selon les délais prévus par la loi[1719] et l'ordre établi. L'excédent de la vente est remis au constituant.

Le cumul de la consignation du prix de vente, du contrôle de l'ordre de paiement et le paiement par le consignataire permet au constituant initial d'avoir la certitude de recevoir le paiement de l'excédent de prix qui lui revient. Il se voit ainsi protégé contre le risque de spoliation. De même, ces règles garantissent aux créanciers le paiement de leur part.

Il est à noter que la distribution, parce qu'elle s'opère sous contrôle judiciaire, permet aussi de protéger les intérêts des autres créanciers. L'ordre des paiements est établi, en principe à l'amiable, soit par l'agent chargé de la vente, soit par le créancier poursuivant. Le juge a seulement pour rôle de contrôler l'ordre et ce contrôle est à intensité variable. Ainsi, en matière mobilière, son rôle est résiduel[1720] car il n'est saisi qu'en cas de contestation et d'échec de la procédure de conciliation. En matière immobilière, le juge de l'exécution contrôle l'accord amiable par le biais de l'homologation. En revanche, il joue un rôle subsidiaire[1721] dans son établissement car cette tâche ne lui revient que s'il refuse l'homologation ou en cas de contestation de l'ordre amiable établi[1722]. Une disposition comparable est prévue pour la distribution du prix de vente d'un navire d'un bateau ou d'un aéronef[1723].

538. **La protection par le fiduciaire et le tiers protecteur**. En matière de fiducie-sûreté, la présence du fiduciaire peut se révéler protectrice des intérêts du constituant initial.

[1718] Saisie vente mobilière voir articles R.251-2 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution .

[1719] En matière mobilière, le paiement a lieu dès l'expiration du délai de contestation ou à partir de la conciliation ou de la décision du juge de l'exécution. Voir articles R.251-5, R.251-7 et R. 251-9 du Code des procédures civiles d'exécution.

En matière immobilière, « *Le séquestre ou le consignataire procède au paiement des créanciers et le cas échéant du débiteur, dans le mois de la notification qui lui est faite, selon le cas, du projet de distribution homologué ou du procès-verbal d'accord revêtu de la formule exécutoire ou d'une copie revêtue de la formule exécutoire de la décision arrêtant l'état de répartition* ». Voir articles R.334-2 du Code des procédures civiles d'exécution

[1720] Expression empruntée à **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, spéc. n°1730

[1721] Expression empruntée à **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, spéc. n°2578

[1722] Voir article R. 333-1 du Code des procédures civiles d'exécution

[1723] Le défaut d'accord amiable comprend la contestation formée contre l'accord amiable proposé en matière de distribution du prix de vente d'un navire (article 1829 et s. du Code la navigation), bateau (article 1863 et s. du Code de la navigation) ou aéronef. En matière immobilière cela comprend la contestation formée à l'encontre du projet de distribution et l'échec de la conciliation (articles R333-1 à R. 333-3 du Code des procédures civiles d'exécution).

En effet, le fiduciaire est investi d'une mission de protection qui se déduit à la fois des règles de droit commun de la fiducie et des règles spéciales de la fiducie-sûreté. L'idée de protection ressort d'abord de la définition même de la fiducie-sûreté. Selon l'article 2011 du Code civil « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens […], à un ou plusieurs fiduciaires qui, […], agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Or le constituant est également bénéficiaire de la fiducie-sûreté. Ensuite, le fiduciaire, bénéficiaire ou non, doit « *exercer ses fonctions avec un degré élevé de loyauté à l'image des « fiduciairy duties*[1724]*» du trustee anglo-saxon* ». Cette loyauté se résume dans l'impartialité du fiduciaire et l'oblige « *à ne pas faire primer son intérêt personnel sur celui de la fiducie* »[1725]. Les articles 2372-5 alinéa 2 et 2488-4 alinéa 2 du Code civil, applicables à la fiducie-sûreté, mettent à la charge du fiduciaire qui a vendu le bien, la restitution au constituant de l'excédent de valeur.

La combinaison de ces différents textes conduit à étendre la mission du fiduciaire jusqu'à la réalisation de la fiducie-sûreté et la restitution de l'excédent de valeur. Même si l'obligation légale semble exister, il paraît préférable de la contractualiser dans les missions du fiduciaire.

Le respect de l'obligation du fiduciaire est en outre assuré par la nature coercitive des sanctions encourues, notamment par l'engagement de sa responsabilité pour faute sur son patrimoine personnel, lorsque ce dernier met en péril les intérêts du bénéficiaire[1726]. Cependant, à l'image du droit commun, il est possible d'imaginer l'insertion d'une clause exonératoire de responsabilité dans l'acte de fiducie. Ces clauses sont toutefois soumises au contrôle du juge et ne savent exonérer l'auteur d'une faute intentionnelle, lourde ou qui vide le contrat de ses obligations essentielles[1727]. Lorsque le fiduciaire est avocat, il encourt une sanction disciplinaire[1728].

Dans ce cadre, il est possible d'imposer au créancier le versement de la soulte au constituant ou au fiduciaire (selon que la fiducie est à deux ou trois personnes) avant la remise matérielle du bien grevé au fiduciaire. Il est certain que malgré son obligation de loyauté et d'impartialité, le fiduciaire bénéficiaire est plus enclin à privilégier ses avantages à ceux du constituant.

[1724] Cette expression de droit anglo-saxon désigne les obligations mises à la charge du trustee.

[1725] **F. BARRIÈRE**, *Répertoire civil*, v. Fiducie, Dalloz, spéc. n°73; **C. WITZ**, *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, spéc ; n°19. La proposition de Loi déposée par P. Marini contenait en son article 2070 la consécration d'un tel principe. Ce dernier a cependant été écarté lors des débats et de l'adoption de la loi par les parlementaires.

[1726] Article 2026 du Code civil. Voir sur ce point notamment **C. WITZ**, *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, spéc ; n°22. L'auteur compare la responsabilité du fiduciaire et celle du mandataire.

[1727] Sur ce point voir **C. WITZ**, *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, spéc. n°22 ; Voir aussi sur les obligations essentielles, la jurisprudence Chronopost : Cass. Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997. 121, note **A. SÉRIAUX** ; *JCP G* 1997. II. 22881, note **D. COHEN** ; *Rép. Not. Defrénois*, 1997.p. 333, obs. **D. MAZEAUD**

[1728] Voir **C. WITZ**, *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, spéc. n°22. L'action se fonderait sur l'article 183 du D. n°91-1197 du 27 nov. 1991, o 28 nov. 1991

En outre, la protection des intérêts du constituant est garantie par la possibilité qui lui est faite de demander, au juge, le remplacement du fiduciaire[1729] ou la nomination d'un tiers protecteur[1730]. Ce dernier est une personne juridiquement capable[1731] dont la mission principale est de surveiller les actions du fiduciaire et de lui demander de rendre compte. L'étendue de ses missions est fixée par l'acte de nomination[1732]. La protection est renforcée pour les personnes physiques car elles ne peuvent pas renoncer à la faculté de nomination de cette personne. Toutefois, il est constaté que le juge français est davantage en retrait que le juge anglo-saxon qui assiste et contrôle le trustee et ses actes tout au long du trust. Si bien que, de façon imagée, il est dit que le trust grandit à l'ombre du tribunal[1733]. Le juge français peut être sollicité, mais, contrairement au juge anglo-saxon, il ne contrôle pas de lui-même le déroulement de la fiducie et son dénouement.

539. **La protection par l'agent de sûretés**. L'agent de sûreté pourrait, en tant que mandataire, veiller au versement de la soulte au constituant de la sûreté. Selon l'article 2328-1 du Code civil « *Toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée ou réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation* ». Dans le cadre d'une mission de réalisation, il pourrait être en charge de faire respecter le principe de non enrichissement. Toutefois, cette perspective est à ce jour réduite car l'agent de sûretés est principalement utilisé dans le cadre des *pools* bancaires.

b) La protection par l'octroi d'un droit de rétention

540. **Le droit de rétention, arme de défense du constituant resté en possession**. Les sûretés réelles sans dépossession pourraient offrir un droit de rétention au constituant devenu créancier de la soulte. Ce droit de rétention n'est pas un effet de la sûreté sans dépossession consentie initialement, il est circonstanciel et résulte de l'économie de ce type de garantie. Le droit de rétention du créancier de la soulte naît parce que le constituant est resté en possession et que les

[1729] La faculté de remplacement à titre provisoire questionne car même si elle est provisoire le changement de fiduciaire emporte transfert de la propriété du bien. Un simple administrateur ad hoc aurait peut-être suffi à octroyer au débiteur une protection suffisante tout en évitant des lourdeurs procédurales et administratives. Sur cette question, voir notamment, **C. WITZ**, La fiducie française face aux expériences étrangères et la convention de La Haye relative au trust, *in* Dossier Fiducie, *D.* 2007, p. 1369 ; **C. WITZ**, *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, spéc. n°53 ; Sur la proposition de loi antérieure voir : **F.-X. LUCAS,** *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières,* **Préf. L. Lorvellec**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, t. 283, 1997, spéc. n°640

[1730] Voir article 2017 du Code civil. Voir sur cette question notamment, **C. JAMIN**, L'avocat, le fiduciaire et le tiers, *D.* 2007, p. 1492 ;

[1731] **C. WITZ**, *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, spéc. n°57 ; Voir **X. DE ROUX**, Rapport sur la proposition de loi n°3655, à l'Assemblée Nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3655.asp., spéc. p. 42.

[1732] **C. WITZ**, *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, spéc. n°57

[1733] **C. WITZ**, La fiducie française face aux expériences étrangères et la convention de La Haye relative au trust, *in* Dossier Fiducie, *D.* 2007, p. 1369

rôles entre créancier et constituant se sont inversés au moment de la naissance de la créance de soulte. Le constituant initial et possesseur du bien est devenu créancier de la soulte. Il peut donc se prévaloir d'un droit de rétention et refuser de restituer le bien réalisé jusqu'au complet paiement de sa créance de soulte.

L'une des solutions pour éviter un tel état de blocage est alors de consigner la somme correspondant à l'excédent de valeur, y compris lorsqu'elle doit être versée au constituant. Ce dernier a alors l'assurance que sa créance sera payée et peut remettre le bien au créancier sans crainte.

A côté de ces voies de droit, le créancier de la soulte se voit offrir des actions de droit commun afin de recevoir paiement de sa créance.

2. La protection par les actions civiles de droit commun

Le créancier de la soulte bénéficie, comme tout créancier, des voies de l'exécution forcée et des mesures conservatoires (a). En sus, parce que le principe de non enrichissement du créancier du fait de sa créance appartient au principe général plus large d'interdiction de l'enrichissement injuste, le créancier bénéficie, dans une certaine mesure, des actions sanctionnant les manquements à ce principe (b).

a) Les procédures civiles d'exécution forcée et les mesures conservatoires

541. **Le recours aux procédures civiles d'exécution et aux mesures conservatoires**. Le droit des procédures civiles d'exécution offre au créancier de la soulte toutes ses voies. Ce créancier a la faculté de demander l'exécution forcée du paiement, selon les cas, par le biais d'une saisie sur salaire, d'une saisie attribution ou à titre subsidiaire d'une saisie d'un bien corporel appartenant au débiteur. La difficulté est qu'une telle procédure impose la détention d'un titre exécutoire.

Or seuls certains modes de réalisation alternatifs aux voies d'exécution permettent d'obtenir un tel titre. Cela semble d'abord possible pour l'attribution judiciaire car le transfert de propriété est l'œuvre de la décision d'attribution. Le juge est amené, dans ce cadre, à régler les questions afférentes au paiement de la soulte. La décision comprend alors deux volets. D'une part, le juge prononce l'attribution en propriété du bien grevé au profit du créancier titulaire de la sûreté. D'autre part, il constate l'excédent de valeur et calcule le montant de la soulte qui doit être versée au débiteur initial. Il appose ensuite la formule exécutoire à sa décision[1734]. De même les attributions

[1734] Pour un exemple, voir CA Paris, 3ème Ch., Section A, 16 oct 1990, Jurisdata n°1990-024286

conventionnelles et légales faisant l'objet d'un acte notarié peuvent se voir recouvertes de la fameuse formule au profit du constituant initial, devenu créancier de la soulte.
En revanche, si le mode de réalisation choisi par le créancier initial ne permet au créancier de la soulte d'obtenir un titre exécutoire, il a la faculté d'intenter une action au fond accompagnée d'une demande de mesure conservatoire, s'il craint pour le recouvrement de sa créance.

Parallèlement aux procédures civiles d'exécution, parce que la créance de soulte est une créance née de l'enrichissement injuste d'une personne au détriment d'une autre, le créancier de la soulte va bénéficier d'actions.

b) Les actions de droit commun ouvertes au créancier de la soulte

Les actions sanctionnant l'enrichissement injuste et susceptibles de s'appliquer au principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté sont au nombre de deux. Elles résultent de deux quasi-contrats, l'enrichissement sans cause et la répétition de l'indu. La première action, parce qu'elle répond à des conditions strictes ne semble pas pouvoir s'appliquer. En revanche, l'action en répétition de l'indu paraît ouverte au créancier de la soulte.

542. **L'exclusion de l'enrichissement sans cause**. Dans des développements précédents, il a été noté que l'absence de restitution de l'excédent de valeur au constituant se heurtait au principe général d'interdiction de l'enrichissement injuste. Pour autant, il ne semble pas, dans cette hypothèse, que la théorie prétorienne de l'enrichissement sans cause puisse s'appliquer et que l'action *de in rem verso* soit ouverte au créancier de la soulte.
Pour admettre cette action, la jurisprudence exige que quatre conditions soient remplies, un enrichissement et un appauvrissement corrélatif, un lien de causalité entre les deux et l'absence de cause[1735]. L'exécution contractuelle peut causer l'enrichissement ou l'appauvrissement[1736]. Raisonnons sur la base d'un exemple. Une hypothèque est réalisée par une attribution en propriété. A l'occasion de cette dernière, l'immeuble est évalué à 100 000 €. La créance s'élevait à 80 000 €. En l'absence d'autres créanciers hypothécaires, le créancier attributaire devait remettre l'excédent de valeur, à savoir 20 000 € au constituant. Le constituant s'est appauvri à hauteur de 20 000 €. Le

[1735] Sur les conditions requises pour l'exercice de l'action de *in* rem verso voir notamment : **A.-M. Romani**, Enrichissement sans cause, *Rép. Civ*., Dalloz
[1736] Cette solution a été reprise par l'avant projet de réforme de droit des obligations « Catala ». Article 1337, « *L'enrichissement est sans cause lorsque la perte subie par l'appauvri ne procède ni de son intention libérale en faveur de l'enrichi, ni de l'accomplissement des obligations dont il est tenu envers lui, en vertu de la loi, du jugement ou du contrat, ni de la poursuite d'un intérêt personnel* ».

créancier s'est corrélativement enrichi de 20 000 €. L'enrichissement de l'un a causé l'appauvrissement de l'autre. Cet enrichissement est provoqué par le transfert de propriété qui se fonde sur la convention des parties ou sur une décision judiciaire. L'enrichissement est causé. La théorie de l'enrichissement sans cause et l'action *de in rem verso* sont donc fermées au créancier de la soulte.

De plus, les juges considèrent que l'action *de in rem verso* est une action subsidiaire[1737] qui ne peut donc être intentée qu'en l'absence de toute autre voie de droit.

543. **L'exclusion de la répétition de l'indu**[1738]. Il faut alors envisager les choses sous un autre angle. Lors de la réalisation, le créancier a trop perçu. Or le trop perçu se définit comme « *l'indu […] et donne lieu à reversement* »[1739].

L'action en répétition de l'indu, exige un paiement (au sens d'exécution d'une obligation) et une absence de cause. C'est le point le plus délicat. Pour la jurisprudence, le paiement excédentaire fait perdre toute cause au paiement pour son dépassement[1740]. A s'en tenir à cette considération, le débiteur initial devenu *solvens* pour l'excédent semble pouvoir agir en répétition de l'indu. S'y ajoutent les intérêts moratoires.

Pourtant, le versement de cette valeur excédentaire est lié au mode de réalisation choisi par le créancier et généré par la sûreté réelle. Le trop perçu relève du mécanisme juridique qui le cause, soit le mode de réalisation choisi, soit la sûreté réelle. Ainsi, il semble difficile de considérer que ce paiement excédentaire est injuste et non causé. En revanche, il paraît possible d'invoquer des mécanismes de responsabilité.

544. **La responsabilité du débiteur de la soulte**. L'obligation de restitution de l'excédent de valeur est un effet, soit du contrat de sûreté réelle, soit du mode de réalisation choisi. Ainsi, en

---

[1737] Cette exigence subsiste même si la Cour de cassation a assoupli sa position. Cass. Civ. 1ère, 4 avril 2001, n° 98-13.285, *Bull. Civ*. I., n°105 ; *D.* 2001, p. 1614, note **M. BILLIAU** ; *RTD Civ.* 2001 p. 699, note **N. MOLFESSIS** ; Rép. Not. Defrénois 2001, p. 721, note **J.-L. AUBERT** ; *Gaz. Pal*., 8 déc. 2001, n° 342, p. 7, obs. **A. FAVRE ROCHEX** ; *LPA* , 2 avr. 2002 n° 66, p.9, note **A. GOSSELIN-GORAND** ; Cass. Civ. 1ère, 14 janv. 2003, n° 01-01.304, *Bull. Civ*. I, n°11 ; *RTDCiv*. 2003, p. 197, obs. **J. MESTRE, B. FAGES** ; Cass. Civ. 2ème, 10 juil. 2008, n° 07-15870, inédit ; Cass. Civ. 2ème, 9 avril 2009, n° 08-15617, inédit

[1738] Sur la notion et les conditions de l'action voir notamment: **M. DOUCHY-OUDOT**, Répétition de l'indu, *Répertoire civil*, Dalloz, 2012 ; **P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCH**, *Les obligations*, Defrénois, 6ème éd. 2013, spéc. nos 1040 et s. ; **A. BÉNABANT**, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 11ème éd. 2013 nos 468 et s. ; **J. CARBONNIER**, *Droit civil, t.2, Les biens, Les obligations*, PUF, Quadriges manuels, oct. 2004, spéc. nos1219 ; **M. POUMARÈDE**, *Droit des obligations*, Cours, LMD, Montchrestien, 2014, spéc. nos 1214 et s. ;

[1739] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009 ; Voir article 1235 du Code civil : « *Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition* ». **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[1740] **M. DOUCHY-OUDOT**, Répétition de l'indu, *Répertoire civil*, Dalloz, spéc. n°7. Voir aussi, pour un paiement en argent excédentaire : Cass. Com. 13 janv. 1953, bull. Civ. IV, n°21 ; Cass. Soc. 10 mai 1979, Bull Civ V, n°408 ; Cass. Civ. 1ère, 9 déc. 1986, Bull Civ. I, n°286

l'absence de versement, il y a violation d'une obligation légale et/ou conventionnelle. Il en ressort que le créancier de la soulte peut utiliser les voies du droit commun des obligations pour récupérer son dû. Il peut engager la responsabilité de l'auteur de l'impayé, soit du débiteur de la soulte (le créancier initial).

Il convient de distinguer deux hypothèses, lorsque la somme doit être versée ou consignée au profit d'un tiers et lorsque la somme doit être restituée au constituant.

Lorsque le débiteur de la soulte (le créancier initial) doit la verser au créancier de la soulte (le constituant initial) et qu'il ne s'exécute pas, le créancier peut intenter une action en responsabilité civile contractuelle pour défaut d'exécution des obligations sur le fondement des articles 1134, 1142 et 1146 du Code civil. Seuls sont à démontrer le préjudice et la faute.

En revanche, lorsque le versement et/ou la consignation a lieu au profit d'un tiers au contrat de sûreté et que le débiteur de la soulte ne s'exécute pas, le tiers intente une action en responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil car le tiers n'est pas partie à la convention. La victime et l'auteur n'appartiennent plus à un même rapport contractuel, ce qui ferme l'hypothèse d'un recours en responsabilité contractuelle contre ce débiteur. Dans cette hypothèse, contrairement à la responsabilité contractuelle la victime doit démontrer le triptyque traditionnel, faute, préjudice et lien de causalité. Le préjudice résulte de l'absence de versement et/ou de consignation de la soulte et il s'analyse en une perte de chance de paiement.

***

Conclusion du Chapitre 1

545. La protection des intérêts du constituant et des tiers se manifeste dans le principe de non enrichissement du créancier du fait de la réalisation de sa sûreté. Si le principe est non écrit, il se révèle général, quant à son domaine d'application et ses fondements théoriques, c'est-à-dire le caractère accessoire de la créance et le principe général d'interdiction de l'enrichissement injuste. Le principe de non enrichissement est commun à tous les modes de réalisation de toutes les sûretés réelles. Le principe se révèle être également d'ordre public, car protecteur d'intérêts supérieurs et de l'intérêt général.

Le principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté ne constitue pas une limite des droits du créancier mais plutôt son plafond car il n'empêche pas la satisfaction du créancier, il évite que le créancier reçoive plus que son dû. Sa mise en œuvre implique donc que la valeur du bien objet de la sûreté soit constatée (bien à valeur manifeste) ou dégagée (le recours à l'évaluation), puis que cette valeur soit comparée au montant de la créance restant dû au moment de la réalisation. La présence éventuelle d'un excédent de valeur donne naissance, pour le constituant et dans certains

cas pour des tiers, à une créance de soulte contre le créancier initial dont l'exécution prend la forme du versement d'une somme d'argent. Ces créanciers de soulte peuvent être protégés contre l'absence de versement de la soulte par la présence d'un tiers chargé des opérations de réalisation ou encore par l'octroi d'une action en responsabilité contractuelle.

A côté de ce cadre naturel de la satisfaction du créancier titulaire d'une sûreté réelle, la protection des intérêts du constituant et des tiers peut parfois empêcher ou retarder la satisfaction du créancier.

Chapitre 2. Les règles particulières de protection du constituant et des tiers

546. **Des règles spéciales de protection**. A côté du principe de non enrichissement, certaines règles particulières viennent protéger les intérêts du constituant et des tiers au stade de la satisfaction.

Les intérêts du constituant et des tiers non constituants ainsi que l'intérêt général fondent des règles qui s'imposent au créancier. Comme en matière d'option, au stade de la satisfaction, il est nécessaire de protéger les intérêts économiques du constituant et des tiers, de préserver la personne humaine et de respecter les droits des tiers. Les procédures d'insolvabilité du Code de la consommation ou du Livre VI du Code de commerce préservent les intérêts du constituant car elles se fondent tantôt sur la protection de l'humanité du débiteur[1741], tantôt sur la protection de ses intérêts économiques et le sauvetage de l'entreprise en difficulté. L'humanité du constituant est aussi préservée par le recours indispensable à certaines procédures civiles d'exécution, comme la procédure d'expulsion. Le respect du droit des tiers non constituants impose de ne pas empêcher l'exercice des droits de préemption légaux ; ces derniers servant principalement l'aménagement du territoire.

La majorité de ces règles, à l'exception des règles de classement, ne tient pas compte de l'existence d'une sûreté réelle. Pourtant la rencontre de ces règles de protection et de la satisfaction du créancier titulaire d'une sûreté réelle permet d'appréhender véritablement l'efficacité de sa sûreté et de confronter les règles qui contreviennent à la satisfaction du créancier aux nouveaux modes de réalisation des sûretés réelles. Si ces règles ont pour objectif premier de protéger les intérêts du constituant ou des tiers, leur respect conduit à porter atteinte, à des degrés divers, à la satisfaction du créancier. Elles peuvent apparaître comme une simple gêne ou comme de véritables limites à la satisfaction du créancier. Cependant, l'atteinte que subit le créancier titulaire d'une sûreté réelle est double. Il ne peut obtenir satisfaction ni par l'exécution de sa créance, ni par le mécanisme qu'il avait choisi pour se prémunir contre la défaillance de son débiteur.

Il sera successivement traité de protection des intérêts économiques du débiteur (section 1), de la protection de l'humanité du constituant et de sa dignité (section 2), enfin la protection de l'intérêt général qu'imposent les droits de préemption légaux (section 3).

[1741] Cette dimension a été accentuée par l'ordonnance du 12 mars 2014

Section 1. La protection des intérêts économiques du débiteur

Section 2. La protection de l'humanité du constituant

Section 3. Le respect des droits de préemption légaux

Section 1. La protection des intérêts économiques

547. Le droit des procédures d'insolvabilité impose une certaine discipline collective aux créanciers, particulièrement en matière de procédures collectives[1742]. L'objectif premier des procédures de sauvegarde et de redressement est le sauvetage de l'entreprise[1743]. Celui des procédures de liquidation judiciaire est d'appurer le passif[1744]. A titre secondaire, la liquidation judiciaire tend au « rebond » du débiteur. De façon plus marquée, c'est l'un des objectifs principaux de la procédure de rétablissement professionnel créée par l'ordonannce du 12 mars 2014[1745]. Les règles issues des procédures collectives sont d'ordre public. Ce double objectif, de sauvetage et de nouveau départ, qui se retrouve en droit américain des faillites sous la forme du « *Fresh start* », anime également les procédures de surendettement des particuliers et de rétablissement personnel. Toutefois, l'objectif n'est pas seulement de sauver la personne physique sur le plan financier, c'est aussi de lui éviter d'être socialement marginalisée.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a des conséquences sur la situation du créancier. Il se trouve happé par la procédure, il la subit et sa satisfaction est entièrement soumise à ses effets. Cette soumission a des conséquences plus importantes sur le créancier titulaire d'une sûreté réelle.

Notons, à titre liminaire, que les textes du Code de commerce et du Code de la consommation visent « le débiteur ». Appliqué à la réalisation de la sûreté réelle, le terme « débiteur » doit, lorsque la sûreté est conventionnelle, être compris comme le constituant de la garantie. Dans le cadre d'une sûreté réelle pour autrui, l'ouverture d'une procédure de surendettement, de rétablissement

[1742] Voir n[os] 344 et s.
[1743] Articles L.622-1 et L. 631-1 du Code de commerce
[1744] Article L. 640-1 du Code de commerce
[1745] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonannce n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n°0062, 14 mars 2014 ; **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, spéc. n°40 et s. ; **M. SÉNÉCHAL**, Le rétablissement professionnel par l'effet relatif de certaines créances, *BJE* mai 2014, n°3, p. 196 ; **F. PÉROCHON**, Comment en finir avec un canard sans tête ? *BJE* juil. 2014, n°4, p. 217

personnel ou d'une procédure collective[1746] à l'encontre du débiteur n'a pas d'effet sur les droits du créancier, tout au moins au stade de la satisfaction[1747].

Parce que les procédures poursuivent un objectif de sauvetage de l'entreprise ou le paiement du créancier, l'ordre des paiements se trouve modifié. Le bouleversement est plus important en matière de procédures collectives. Les créances antérieures à l'ouverture de la procédure se trouvent primées par des créances privilégiées par les procédures, soit parce qu'elles participent au sauvetage de l'entreprise comme le privilège de « *new money* » ou le privilège de l'article L. 622-17, soit pour des raisons sociales comme le super privilège des salaires, soit pour des raisons de financement de la justice pour le privilège des frais de justice. De plus, l'ordre de réalisation des biens fait peser de manière inégalitaire le poids de ces privilèges sur les différents créanciers antérieurs.
En outre, l'ouverture d'une procédure collective peut remettre en cause la satisfaction acquise antérieurement au jugement d'ouverture dans deux hypothèses. Dans la première hypothèse, le prix de vente du bien grevé n'a pas encore été distribué ou la distribution n'a pas produit un effet attributif. Dans la seconde hypothèse, les sûretés réelles sont annulées ou réduites à titre de sanction complémentaire d'une condamnation pour soutien abusif.
Ainsi, la protection des intérêts économiques du débiteur provoque une modification des classements (§1). Cette préservation entraîne ou peut aussi entraîner une remise en cause de la satisfaction, effet de la réalisation antérieure au jugement d'ouverture (§2).

§1. La sauvegarde des intérêts économiques du constituant et des tiers, fondement des modifications des classements

548. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne une modification de l'ordre établi pour les besoins du déroulement de la procédure ou pour faciliter le sauvetage du débiteur constituant. Cette ouverture occasionne la création de nouveaux privilèges et corrélativement une rétrogradation des créanciers antérieurs titulaires d'une sûreté préférentielle.

[1746] Bien que la procédure de rétablissement professionnel comporte un caractère collectif très réduit, elle est ici incluse dans cette expression.
[1747] Il en va différemment au stade de l'option car le créancier titulaire d'une sûreté réelle pour autrui voit son traitement calqué sur celui du créancier titulaire d'une caution ou un coobligé. Il subit la suspension des poursuites pendant toute la durée de la période d'observation des procédures de sauvegarde et de redressement. En revanche, il ne subit que les délais du plan de sauvegarde. La réalisation du créancier titulaire d'une sûreté réelle pour autrui est seulement retardée. Voir Titre 1

Le créancier antérieur titulaire d'une sûreté exclusive n'est pas touché par ces dispositions. Il n'entre pas dans une logique de classement réservée aux droits de priorité et sa satisfaction est empêchée, en amont, par la paralysie de son option[1748].

En revanche, le créancier antérieur à l'ouverture de la procédure et titulaire d'une sûreté préférentielle voit, dans la majorité des cas, la satisfaction qu'il pouvait espérer obtenir de sa sûreté diminuer voire s'éteindre. Si, théoriquement, il conserve un rang favorable par rapport aux créanciers chirographaires, sa rétrogradation est telle qu'il perd, sur le plan pratique, toute chance de paiement.

Toutefois, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas avec la même force les créanciers antérieurs selon que le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité des particuliers ou d'une procédure collective du Livre VI du Code de commerce. Dans le premier cas, le droit civil reste très majoritairement applicable. La protection du logement du débiteur et de l'Etat pour le recouvrement des frais de procédure ne provoque que quelques aménagements dans le classement (A). En revanche, l'ouverture d'une procédure collective, eu égard à la pluralité d'objectifs poursuivis, entraîne un véritable bouleversement de l'ordre établi afin de réserver à certains créanciers un sort favorable (B).

A. Le changement de classement par les procédures d'insolvabilité des particuliers

549. Les procédures de surendettement et de rétablissement personnel, principalement régies par le Code de la consommation, perturbent très peu les règles du droit commun des sûretés. Deux points sont cependant à noter.

550. **Le sort favorable des frais de justice et de procédure**. Pour garantir le paiement des frais de justice, les règles relatives au rétablissement personnel modifient le classement en matière mobilière. L'article R. 334-61 du Code de la consommation[1749] pose le principe de la supériorité générale des créances de procédure sans distinguer la matière mobilière ou immobilière. Ce texte ne prévoit pas directement de privilège mais il impose qu'une provision soit imputée sur le produit de chaque vente et affectée aux paiements des frais de la procédure. Une telle disposition revient à consacrer un privilège de procédure. Il en ressort que quels que soient les biens vendus et les

[1748] Voir n[os] 346 et s.

[1749] « *Le produit des ventes est réparti entre les créanciers soustraction faite d'une provision correspondait à la rémunération du liquidateur et des frais afférant à la procédure de rétablissement personnel, [y] compris, s'il y a lieu, les frais de la procédure d'adjudication ainsi que la procédure de distribution.* ».

créanciers privilégiés, ce privilège général s'impose et les frais de procédure sont payés prioritairement.

551. **Le sort favorable du privilège du bailleur**. Les procédures de surendettement octroient au bailleur d'immeuble un rang favorable. Il est payé par préférence au prêteur de deniers[1750] voire, sur décision du JEX, prioritairement à tous les autres créanciers, y compris le Trésor[1751]. Le créancier titulaire du privilège du bailleur voit son droit renforcé. A l'inverse, les autres créanciers titulaires de sûretés réelles sont rétrogradés.
Le rang octroyé au privilège du bailleur répond à des considérations sociales et d'intérêt général. Certes, le privilège permet au débiteur de conserver son logement. Mais, le législateur a souhaité ne pas décourager les propriétaires à consentir des baux d'habitation sur leurs immeubles et a voulu protéger leurs intérêts économiques. En outre, les procédures de surendettement touchant plus facilement des personnes aux revenus très modestes, l'objectif était également de permettre aux offices d'HLM[1752] de recouvrer leurs impayés de loyers et au-delà d'encourager la construction et la location de logements à loyer modéré.
Les autres créanciers voient donc leurs chances de paiement diminuer.

L'atteinte portée aux droits des créanciers antérieurs est encore plus marquée dans les procédures collectives des entreprises.

B. Le bouleversement des classements par les procédures collectives

552. Les plus grands bouleversements dans les classements sont opérés par l'ouverture d'une procédure collective du Livre VI du Code de commerce.
Le législateur a modifié l'ordre des créances en créant de nouveaux privilèges généraux auxquels il a conféré un rang favorable pour des raisons d'intérêt général car ces créances privilégiées sont nées, soit pour les besoins de la procédure, soit du sauvetage de l'entreprise, soit pour des raisons

[1750] Article L. 333-1-1 du Code de la consommation : « *Dans les procédures ouvertes en application du présent titre, les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit et des sociétés de financement et aux crédits visés aux articles L. 311-1 et suivants* ». Notons que cet ordre de paiement n'implique pas nécessairement l'existence d'un privilège ou d'une sûreté préexistant.
[1751] Cass. Civ 2ème, 8 mars 2007 ; n°06-10.836 ; *Bull. Civ.* II., n°62 ; *RLDA* mai 2007, p. 54, obs. **C. ANADON** n°969, *D.* 2007, p. 1012, note **C. RONDEY**, *Procédures* nov. 2007, comm. 260, note **H. CROZE**, *RTDCom*. 2007, p. 615, note **G. PAISANT**, *Contrats, Conc., Consom*. 2007, comm. 140, note **G. RAYMOND** ; *Dr et Patr*. juil 2008, n°172, p. 114, obs. **F. MACORIG-VENIER**. ; *Rev. Proc. Coll*. déc. 2007, n°4, p.217 note **S. GJIDARA-DECAIX** ; *Loyers et copropriété*, mai 2007, n°5, p. 16, obs. **C. COUTANT-LAPALUS** ; *RDBF* juil. 2007, n°4, p. 26, obs. **S. PIEDELIÈVRE** ;
[1752] Les offices d'Habitions à Loyer Modéré sont des organismes publics ou privés dont le but est de développer de l'habitat locatif à loyer modéré.

sociales, notamment la préservation des droits des salariés. Dès lors, la création de ces privilèges dotés d'un rang favorable permet à leurs titulaires d'absorber la majorité de l'actif, ne laissant qu'une peau de chagrin aux créanciers antérieurs qui se trouvent rétrogradés (1). En outre, ce bouleversement entraîne une complexification des classements[1753] (2) qui implique d'adopter différentes techniques de classement.

1. Les créances dotées de rangs préférentiels par la procédure

553. Les articles L. 611-11, L. 622-17 II et L. 641-13 II du Code de commerce modifient l'ordre des créanciers en offrant, pour des raisons d'intérêt général, un rang préférable à certaines créances assorties d'un privilège général. Ces privilèges sont regroupés en quatre catégories (a). La faveur accordée à ces créanciers provoque une rétrogradation des autres créanciers antérieurs et antéropostérieurs (b).

a) Les catégories de créances privilégiées par l'ouverture de la procédure collective

Les créances qui sont dotés par les procédures collectives d'un rang préférable sont regroupées en quatre catégories : le privilège de conciliation, le super privilège des salaires, le privilège des frais de justice postérieurs, le privilège des créances postérieures régulières et utiles.

554. **Le super privilège des salaires**. Le législateur accorde également un rang favorable à certaines créances salariales. Elles sont garanties par le super privilège des salaires[1754]. Ce rang privilégié est une mesure sociale, presque alimentaire, car il a pour but de préserver les salariés contre les impayés de salaire des soixante jours précédant le jugement d'ouverture et de prévenir d'éventuels surendettements. En revanche, sont exclues du domaine du super privilège les cotisations sociales[1755].

[1753] **B. OPPETIT**, La décodification du droit commercial, *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197, spéc. p. 202

[1754] Voir article L.622-17, L.641-13 du Code de commerce et articles L. 3253-2 et s. du code du travail. Le privilège de procédure, ancien privilège de l'article 40, vise « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* » et qui n'ont pas été payées à l'échéance.
Le super privilège des salaires couvre les salaires, commissions et appointements des 60 derniers jours de travail ou d'apprentissage, certaines indemnités accessoires à ces salaires et indemnités de congés payés, dans un certain plafond.

[1755] Voir Cass. Com.18 juil. 2013, n°12-14.493, à paraître « *le privilège garantissant le paiement des cotisations d'assurance sociales, majorations et pénalités de retard édicté à l'article L ; 234-4 du code de la sécurité sociale prend rang concurremment avec celui des gens de service, et celui des salariés établis respectivement à l'article 2331 du Code civil et les articles L. 625-7 et L. 625-8 du Code de commerce et ne confère pas le droit d'être payé par priorité sur les premières rentrées de fonds* »

555. **Les frais de justice utiles à la procédure**. Les frais de justice utiles à la procédure bénéficient également d'un rang très favorable. Ces frais garantissent notamment le paiement des honoraires des professionnels libéraux qui interviennent pour les besoin de la procédure. Il s'agit principalement des mandataires et administrateurs judiciaires. La création de ces privilèges et le rang favorable qui leur est conféré a pour effet de rétrograder les autres créanciers antérieurs.

556. **Le privilège des créanciers postérieurs « utiles »**. En matière de sauvegarde et de redressement judiciaire, le privilège des créanciers postérieurs garantit les créances nées régulièrement et postérieurement à l'ouverture de la procédure, à condition qu'elles soient utiles à son déroulement ou au sauvetage de l'entreprise et qu'elles n'aient pas été payées à l'échéance[1756]. Il comprend aussi les créances nées « *en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur* » pendant la période d'observation. Il peut s'agir, par exemple, de prêts consentis au débiteur après l'ouverture de la procédure ou des créances issues des contrats en cours poursuivis ou des prestations étrangères à l'activité professionnelle. En matière de liquidation judiciaire, le privilège bénéficie en sus au créancier titulaire d'un contrat dont la poursuite a été « décidée » par le liquidateur[1757].

La loi de sauvegarde a modifié les critères d'éligibilité du privilège, en faisant de « l'utilité » ou du caractère « méritant » du créancier l'élément clé de l'obtention du privilège. Ce privilège incite les partenaires économiques de l'entreprise à poursuivre leurs relations d'affaire et à conserver le crédit de l'entreprise en difficulté. L'utilité qui est visée est donc une utilité économique.

En outre, pour des raisons sociales, les créances postérieures privilégiées visent également les salaires non avancés par l'AGS ainsi que les salaires postérieurs, dans la limite de quarante-cinq jours, qui ont été avancés par l'AGS.

De surcroît, pour des raisons humanitaires, en matière de liquidation judiciaire, sont incluses dans les créances postérieures privilégiées, les créances nées pour les besoins de la vie courante du

[1756] Articles L. 622-17. La loi de sauvegarde a explicitement qualifié cette faveur faite au créancier postérieur de « privilège ». Sous l'empire de la loi de 1985, la jurisprudence avait considéré que cette faveur n'était qu'une « *priorité de paiement* » et non un privilège. (Cass. Com. 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ*. IV., n°27 ; *D.* 2002, p. 805, obs. **A. LIÉNHARD** ; *RTDCiv.* 2002, p. 337 ; obs. **P. CROCQ** ; *Act. Proc. Coll.* 10 mai 2002, n°100, obs. **S. PIDELIÈVRE** ; *RTDCom*. 2002, p. 542, note **A. MARTIN-SERF** ; *Rev. Proc. Coll*. 2003, p. 144, obs. **C. SAINT-ALARY-HOUIN** ; *JCP G* 2002, I, 144, spéc. n°15, obs. **M. CABRILLAC, P. PÉTEL** ; *JCP G* 2002, I, 162, p. 1568, obs. **P. DELEBECQUE** ; *JCP G* 2002, II, 10, 186, note **P.-F. CUIF** ; *LPA* 9 oct. 2002, n°202, p. 19, obs. **D. HOUTCIEFF**)

[1757] Le libellé du texte est vague. Il appartiendra à la jurisprudence de donner le sens à « décidé par le liquidateur ». Si l'on interprète strictement le texte, il s'agit seulement des décisions du liquidateur. Si l'on interprère plus largement le texte, cette disposition pourrait inclure les contrats continués, dans une procédure de sauvegarde ou de redressement antérieur,e sur décision de l'administrateur ou du liquidateur en l'absence d'administrateur. **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, spéc.64 ; **G. JAZOTTES**, La protection des droits du créanciers, in Ordonnance du 12 mars 2014 : Une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *Dr. et Patr*. 2014, p. 238

débiteur personne physique[1758]. Cette disposition, issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, a eu pour effet de clarifier la situation des créanciers d'aliment, mais aussi d'étendre le domaine du paiement à l'échéance aux créances nées pour les besoins de la vie courante du débiteur et qui ne sont pas de nature contractuelle, comme le paiement de la taxe d'habitation[1759]. Même si, comme a pu le souligner Monsieur P.-M. Le Corre, cette disposition a pour effet de diluer le critère de l'utilité posé par la loi de sauvegarde[1760], elle ne peut être que saluée car, sur le plan humain, elle permet au débiteur personne physique de maintenir un niveau de vie décent, de ne pas perdre son logement, son abonnement de téléphone ou d'électricité pour des raisons qui ne relèvent pas de sa propre volonté[1761].

Quant à leur régime, elles sont en principe payées à l'échéance et ne sont pas soumise aux délais et remises du plan.

Les créanciers postérieurs privilégiés se classent selon l'ordre suivant. Au premier rang viennent les créances salariales non avancées par l'AGS, au deuxième rang les frais de justice. Au troisième rang se classent « *les prêts consentis par toute personne, créances résultant de la poursuite des contrats en cours dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé, à l'exclusion des indemnités et pénalités résultant du contrat résilié* »[1762]. Au quatrième rang viennent les avances de salaires postérieures à l'ouverture de la procédure et effectuées par l'AGS dans la limite de quarante-cinq jours. Enfin, au cinquième rang se placent les autres créanciers postérieurs utiles[1763].

En l'absence de paiement à l'échéance, le créancier conserve son droit de poursuite à l'encontre du débiteur et peut utiliser toutes les voies de droit ouvertes, notamment les procédures civiles d'exécution.

557. **Le privilège de conciliation**. Le privilège de conciliation[1764] a été créé pour inciter les entreprises à anticiper les difficultés et pour inviter les financeurs à accorder du crédit à l'entreprise

[1758] Article L. 641-13 du Code de commerce

[1759] **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, spéc. n°64 ; **P.-M. LE CORRE**, Les créances postérieures et l'ordonannce du 12 mars 2014, *BJE* mai 2014, n°3, p. 191

[1760] *Ibidinem*

[1761] **F. MACORIG-VENIER, J. VALLANSAN**, Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions, *Rev. Proc. Coll.* 2014, n°4, dossier 32, spéc. n^{os} 12 et 13

[1762] **T. MONTÉRAN, Y.BOURGOUIN**, Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, *Gaz. Pal*. 29 juil. 2008, n°211, p. 3

[1763] **T. MONTÉRAN, Y.BOURGOUIN**, Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, *Gaz. Pal*. 29 juil. 2008, n°211, p. 3

[1764] Voir article L.611-11 du Code de commerce. Le privilège est accordé au créancier qui lors d'une procédure de conciliation a effectué « *un nouvel apport en trésorerie ou […] d'un nouveau bien ou service au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité* », si l'accord de conciliation est homologué et si une

qui rencontre des difficultés. Il comprend les créances constituant des apports en trésorerie, les apports en compte courant d'associés[1765] et celles résidant dans la fourniture d'un bien ou d'un service nécessaire à la poursuite de l'activité.
Le créancier ne bénéficie du privilège de conciliation que si l'accord est homologué et si une procédure collective est ouverte postérieurement à la conciliation.

Antérieurement à l'ordonnance du 12 mars 2014, la question de son traitement par les procédures se posait. Ce créancier était-il soumis aux délais et remises du plan ? La doctrine était divisée[1766]. L'ordonnance est venue mettre un terme à cette discussion. Le créancier qui bénéficie d'un privilège de conciliation ne peut pas être contraint aux délais et remises du plan de sauvegarde ou de redressement. Il doit y consentir[1767]. Pour Monsieur P.-M. Le Corre[1768], la lettre du texte montre qu'en principe, le créancier titulaire d'un privilège de *New Money* est soumis aux délais du plan. A notre sens, s'il doit consentir aux délais et remises, c'est qu'il n'y est pas soumis *ab initio*. Son consentement est une condition de sa soumission. Sur un plan pratique, quelle que soit l'analyse retenue, le résultat est identique. Le créancier titulaire d'un privilège de conciliation est en dehors du plan, comme le créancier titulaire d'un privilège de l'article L. 622-17. Le créancier titulaire du privilège de conciliation doit être payé selon les modalités prévues dans l'accord, à savoir, à l'échéance.

Comme le note Monsieur P.-M. Le Corre[1769], la question de la déclaration de créance reste entière. Pour notre part, dans la mesure où le créancier titulaire d'un privilège de *New Money* est un créancier antérieur à la procédure, il nous semble nécessaire que ce dernier déclare sa créance.

Privilégier certaines créances provoque une rétrogradation des autres créances assorties de sûretés réelles.

---

procédure judiciaire subséquente est ouverte. Voir notamment : **M. FARGE**, **O. GOUT**, L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés, *RLDCiv* mars 2009, n°58, p. 25 et s., spéc. n°40

[1765] L'article L.611-11du Code de commerce exclut les augmentations de capital

[1766] **F.-X. LUCAS, F. PÉROCHON**, Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ?, Controverse, *BJE* oct. 2012, 175 ; Une partie de la doctrine considérait que le créancier titulaire d'un privilège de new money était soumis aux délais du plan. Voir **P.-M. LE CORRE**, Le privilège de conciliation : questions-réponses, *Gaz. Pal.* 14 janv. 2014, n°14, p.44, spéc. n°10 ; **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 2012-2013, spéc. n°144-55. **F.-X. LUCAS**, Traitement de la new money dans le plan, (obs. sous : TC La Roche-sur-Yon, 17 oct. 2012, 2010-2782), *LEDEN* nov. 2012, n°10, 158 ; En revanche, une autre partie de la doctrine considérait que celui-ci était hors du plan et était traité selon les mêmes règles que le créancier titulaire d'un privilège de l'article L. 622-17. Voir : **P. ROUSSEL GALLE**. Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté, in *Entreprise en difficulté*, Droit 360°, Lexisnexis, 2012, p. 375, spéc. n°904 ; **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, LGDJ 9ème éd. 2012, spéc. n°975

[1767] Article L. 626-20 I 3° du Code de commerce

[1768] **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, spéc. n°13

[1769] *Ibidinem*

b) La rétrogradation des autres créanciers.

Par un effet de vases communicants, l'octroi d'un rang favorable à certains créanciers conduit à rétrograder d'autres créanciers.

558. **Des créanciers antérieurs rétrogradés**. De manière schématique, les créanciers antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective sont primés, dans l'ordre de priorité, par le super privilège des salaires, les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure[1770], le privilège de conciliation[1771], le privilège des créanciers postérieurs méritants de la procédure[1772].

Néanmoins, depuis 1994, la liquidation judiciaire réserve un meilleur sort à certains créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles, c'est-à-dire les créanciers titulaires de sûretés immobilières spéciales, les créanciers titulaires de sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ainsi que les créanciers nantis sur le matériel et l'outillage. La loi du 26 juillet 2005[1773] a maintenu cette faveur et l'a étendue à l'ensemble des créanciers titulaires d'une sûreté immobilière, ce qui comprend aussi bien le créancier hypothécaire, que le gagiste immobilier ou le créancier titulaire d'un privilège doublement général ou immobilier spécial. Ces derniers, bien que créanciers antérieurs, remontent dans la hiérarchie et viennent se placer en quatrième position entre le privilège de conciliation et le privilège de la procédure. L'ordonnance du 12 mars 2014 est venue apporter une retouche à l'article L. 641-13 du Code de commerce en sortant du classement les sûretés réelles mobilières assorties d'un droit de rétention fictif ou effectif. La réécriture du texte est louable en ce qu'elle le simplifie et respecte le caractère exclusif du droit de rétention, son titulaire étant satisfait selon les règles applicables à ce droit.

[1770] L'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue modifier le champ d'application du privilège des frais de justice. L'article L. 641-13 II prévoyait le paiement des frais de justice en seconde position et le III prévoyait le paiement des frais de justice intervenant en second rang au sein des créances postérieures privilégiées. La doctrine et la jurisprudence en avaient déduit que les frais de justice antérieurs à la procédure étaient payés après le super privilège des salaires et les frais de justice postérieurs à l'ouverture de la procédure étaient payés en second rang parmi les créances postérieures privilégiées. (Voir notamment : Cass. Com ; 21 sept. 2010, n°09-68.604 ; *Bull. Civ*. IV, n°139 ; *D*. 2011, p. 406 obs. **P. CROCQ** ; *D.* 2010, AJ, p.2232, obs. **A. LIENHARD** ; *Act. Proc. Coll.* 2010 ; Bull. Joly Entreprises en difficulté , mars 2011, p. 22, obs. **F. MACORIG-VENIER** ; *LEDEN* 2010, n°10, p. 1, obs. **F.-X. LUCAS, M. SÉNÉCHAL** ; *Gaz. Pal*. 8 janv. 2011, n°8, p. 22, obs**. L.-C. HENRY**).
Le législateur de 2008 est revenu sur cette répartition prévoyant seulement le paiement des frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture et effectués pour les besoins de la procédure après le super privilège des salaires. Les frais de justice antérieurs à l'ouverture ou postérieurs mais sans lien avec les besoins de la procédure sont payés après toutes les créances visées à l'article L.643-1 du Code de commerce Voir dans ce sens : **P. CROCQ**, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, *Rev. Proc. Coll.* , p. 77, n°13

[1771] Article L. 611-11 du code commerce

[1772] Article L. 622-17 et article L. 641-13 du Code de commerce

[1773] Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005

559. **Le sort incertain des créanciers antéropostérieurs**. Une question se pose dans l'hypothèse suivante : un plan de continuation est résolu et une liquidation judiciaire ouverte. Quel est alors le rang attribué dans la seconde procédure aux créanciers postérieurs privilégiés de la première procédure ? Aucune loi ne vient régler la question.

La doctrine a dégagé deux solutions alternatives. Deux auteurs suggèrent d'intercaler ces créances entre les créances postérieures privilégiées de la seconde procédure et les créanciers antérieurs[1774]. D'autres auteurs considèrent que dans la mesure où ces créanciers postérieurs sont titulaires d'un privilège, en application du droit des sûretés, la résolution du plan et l'ouverture d'une nouvelle procédure ne le leur fait pas perdre. Ils le conservent et maintiennent leur rang[1775]. Ils entrent donc en concours avec les créanciers postérieurs de la seconde procédure et sont payés par contribution[1776]. Cette solution, qui semble devoir être retenue, est appuyée par le maintien du paiement à l'échéance des créanciers de la première procédure[1777].

Dans les deux cas, la présence de ces créanciers n'affecte pas la position des créanciers titulaires de sûretés immobilières ou de sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention et le créancier nanti sur le matériel et l'outillage. En revanche, elles diminuent encore les chances de paiement des autres créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles, à savoir les créanciers titulaires de privilèges mobiliers ou les créanciers nantis sans droit exclusif.

Si la première solution est retenue, c'est-à-dire les créanciers postérieurs de la première procédure s'intercalent entre les créanciers postérieurs de la seconde procédure et les créanciers antérieurs, il y a une rétrogradation des créanciers antérieurs à la première procédure[1778]. La perte de la satisfaction est liée à une perte de rang. Si la seconde solution est retenue, c'est-à-dire si les créanciers postérieurs sont intégrés et que la répartition est faite par contribution, il n'y pas de rétrogradation mais une diminution considérable de l'actif qui aurait pu servir à payer les créanciers antérieurs. La perte de satisfaction a alors lieu par diminution de l'actif.

[1774] **G. JAZOTTES**, Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre?, *in* La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans. Entre bilan et réforme, *RLDAff.* mars 2005, suppl. n°80, p.137 ; **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. nos 1022 à 1024

[1775] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°456-14 ; **M.-C. HENRY**, La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde, *Rev. Proc. Coll*. 2008, n°2, p. 20, spéc. n°29 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Les privilèges de la procédure, *in* Echanges sur la loi de sauvegarde des entreprises : de la Côte-d'Or à la Côte d'Azur, *LPA* 14 juin 2007, n°119, n° spécial, p. 70, spéc. n°32

[1776] *Code des procédures collectives*, dir C. Saint-Alary-Houin, Lexisnexis, 2013, sous article L.641-13 , spéc. n°11

[1777] Voir article L.641-13 I alinéa 2 du Code de commerce. Il est toutefois important de noter que le paiement à l'échéance est un traitement préférentiel mais ne constitue pas un privilège. Les créanciers postérieurs privilégiés bénéficient de la faveur d'un paiement à l'échéance, d'un droit de poursuite et d'un privilège. Ces trois éléments sont liés à la qualité de la créance mais peuvent être séparés les uns des autres. D'ailleurs, ils interviennent successivement.

[1778] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Les privilèges de la procédure, *in* Echanges sur la loi de sauvegarde des entreprises : de la Côte-d'Or à la Côte d'Azur, *LPA* 14 juin 2007, n°119, n° spécial, p. 70, spéc. n°32

A côté de la perte de satisfaction des créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles, le bouleversement des classements s'avère d'une grande complexité.

2. La complexité marquée des classements dans les procédures collectives

Outre l'érosion de la satisfaction du créancier, les changements de rang complexifient considérablement les classements car il convient d'articuler ces règles spéciales avec les règles du droit commun.

560. **Les techniques complexes de classement**. Les textes relatifs aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires sont imprécis. Ils établissent deux ordres différents, un pour les répartitions effectuées au cours des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire[1779] et un autre pour les répartitions effectuées au cours des procédures de liquidation judiciaire[1780]. Mais ces textes ne permettent pas d'effectuer l'intégralité du classement.

Les ordres établis par les procédures collectives doivent être complétés par les règles de classement applicables au débiteur *in bonis*[1781]. Ainsi, la règle de subsidiarité des privilèges généraux sur les immeubles prévue à l'article 2376 du Code civil a vocation à s'appliquer[1782]. L'ordre doit respecter le rang du privilège de la conservation tel qu'il est défini par le Code civil[1783]. En outre, l'ordre peut encore être perturbé et être nié par l'existence d'un droit de rétention sur le bien, le créancier pouvant s'opposer à sa cession faute de paiement intégral[1784].

Il ressort de la combinaison des différentes règles d'ordre que le classement dépend aussi de la nature mobilière ou immobilière du bien vendu[1785].

Les chances de paiement du créancier préférentiel antérieur varient selon deux critères : la nature du bien réalisé et la procédure dans le cadre de laquelle le bien est vendu.

[1779] Voir article L. 622-17 du Code de commerce

[1780] Voir article L. 641-13 du Code de commerce

[1781] Voir n^{os} 22 et s.

[1782]Voir : Les répartitions en matière de procédures collectives, *IFPPC*, Hors série, 1ère compagnie régionale, 2007, p. 41 ; Pour une présentation voir **T. MONTÉRAN, Y. BOURGOUIN**, Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, *Gaz. Pal*. 29 juil. 2008, n°211, pp. 3 et s.
Pour de plus amples explications, Voir § n°179

[1783] Dans ce sens voir : Les répartitions en matière de procédures collectives, *IFPPC*, Hors série, 1ère compagnie régionale, 2007, p.32 ; Pour une présentation voir **T. MONTÉRAN, Y. BOURGOUIN**, Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, *Gaz. Pal*. 29 juil. 2008, n°211, pp. 3 et s

[1784] Voir n^{os} 260 et s.

[1785] Pour des tableaux récapitulatifs des classements, catégorie par catégorie voir, Les répartitions en matière de procédures collectives, *IFPPC*, Hors série, 1ère compagnie régionale, 2007, Pour une présentation voir **T. MONTÉRAN, Y.BOURGOUIN**, Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, *Gaz. Pal*. 29 juil. 2008, n°211, p. 3

561. **Une répartition inégalitaire du poids des créances privilégiées par la procédure**. Les droits des créanciers antérieurs titulaires d'une sûreté réelle se trouvent encore fragilisés par l'ordre dans lequel les biens sont réalisés par le liquidateur. Le poids des créances privilégiées par la procédure ne pèse pas de la même manière sur ces créanciers selon que le bien est réalisé en premier ou en dernier. Plus le bien est réalisé tard, plus les chances de paiement du créancier antérieur sont grandes, car les créances privilégiées par la procédure auront été payées sur les ventes antérieures.
Le créancier le plus fragilisé est celui qui est titulaire d'une sûreté réelle préférentielle spéciale. En effet, si le bien grevé est vendu en premier et que le prix de vente est entièrement absorbé par les créances privilégiées par la procédure, sa sûreté se révèle inutile. Il est admis aux répartitions du prix de liquidation des autres biens du débiteur au titre de créancier chirographaire. Ses chances de paiement sont quasi nulles. En revanche, si le bien grevé est vendu en dernier, il y a plus de chances qu'une part importante des créances privilégiées par la procédure ait été antérieurement payée. Les chances de paiement du créancier titulaire d'une sûreté réelle spéciale sont alors plus grandes.

Ce traitement inégalitaire tend à être gommé par la pratique des liquidateurs judiciaires. En effet, suivant les recommandations de l'IFPPC[1786], ces derniers appliquent une règle de proportionnalité. Ils réalisent l'ensemble de l'actif, puis répartissent proportionnellement la charge des créances privilégiées par les procédures sur les prix des différents biens avant d'effectuer les classements et de payer les créanciers.
Toutefois, le risque de traitement inégalitaire subsiste car, en l'absence de texte législatif, chaque liquidateur procède à sa guise. En outre, le poids des privilèges de la procédure ne repose pas sur les créanciers titulaires de sûretés exclusives.

Les procédures collectives avantagent certains créanciers, notamment les salariés et les créanciers qui ont œuvré au sauvetage de l'entreprise ou au bon déroulement de la procédure. Les actifs de l'entreprise étant souvent insuffisants à permettre le seul recouvrement des créances privilégiées par la procédure, les règles des procédures collectives tentent d'appréhender le prix de vente d'un bien ayant eu lieu antérieurement au jugement d'ouverture et dont la distribution n'a pas produit un effet

[1786] Les répartitions en matière de procédures collectives, *IFPPC*, Hors série, 1ère compagnie régionale, 2007, Pour une présentation voir **T. MONTÉRAN, Y. BOURGOUIN**, Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, *Gaz. Pal*. 29 juil. 2008, n°211, p. 3 ; Voir aussi **V. PEY-HARVEY, D. BOUSQUET**, Répartition des produits des ventes, in *Colloque Lyon 11 octobre 2013, Patrimoine familial et procédures collectives : prévention et réalisation du risque*, à paraître.

attributif. En outre, la satisfaction du créancier peut être remise en cause ou réduite à titre de sanction du soutien abusif.

§2. La sauvegarde des intérêts économiques du constituant, fondement de la remise en cause de la satisfaction du créancier

562. L'ouverture d'une procédure collective peut, dans deux hypothèses, remettre en cause la satisfaction du créancier qui a, antérieurement au jugement d'ouverture, réalisé sa sûreté.
La première est relative à la distribution du prix de vente du bien grevé. Le bien a été vendu mais le prix de distribution n'a pas encore produit un effet attributif. L'ouverture de la procédure provoque la caducité de la procédure de distribution et la remise des fonds aux organes de la procédure aux fins de répartition selon l'ordre établi par le droit des procédures collectives.
La seconde concerne le soutien abusif. Si le créancier est condamné au titre du soutien abusif, le juge peut prononcer, à titre de sanction, la nullité des sûretés garantissant le soutien abusif même si elles ont déjà été réalisées. La nullité entraîne la restitution des sommes perçues par le créancier aux organes de la procédure.
La première hypothèse de remise de fonds, celle liée à la caducité des procédures de distribution n'ayant pas encore produit un effet attributif (A), est plus fréquente que la seconde. En effet, la restitution des sommes déjà perçues par le créancier est une sanction du soutien abusif (B).

A. La remise de fonds, conséquence de la caducité de la procédure de distribution

563. L'ouverture d'une procédure collective des entreprises peut remettre en cause la satisfaction du créancier qui a réalisé sa sûreté par le biais d'une vente forcée.
L'hypothèse traitée est la suivante. Le bien grevé (meuble ou immeuble) a fait l'objet d'une saisie-vente. Il a été vendu mais le prix n'est pas encore distribué ou la procédure de distribution n'est pas encore arrivée à son terme lorsqu'une procédure collective à l'encontre du propriétaire du bien (le constituant de la sûreté) est ouverte. Il convient alors de déterminer le sort des sommes issues de la vente du bien. Sont-elles remises aux créanciers ou bien aux organes de la procédure ? Quel ordre s'applique alors, celui prévu par la sauvegarde et le redressement judiciaire, celui de la liquidation judiciaire ou l'ordre de droit commun ?

Les dispositions applicables ont été modifiées au fil des réformes. Il convient donc de distinguer les solutions antérieures à l'ordonnance du 18 décembre 2008[1787] et les solutions posées par cette ordonnance. Les textes antérieurs à 2008 suscitaient des problèmes d'interprétation auxquels la Cour de cassation a apporté une solution en 2012 (1). Néanmoins, la solution définitive est venue de l'ordonnance du 18 décembre 2008. Cette dernière édicte que les sommes issues d'une vente antérieure à l'ouverture d'une procédure collective doivent être remises aux organes de la procédure, si la procédure de distribution du prix n'a pas produit, au jour du jugement d'ouverture, son effet attributif[1788] (2).

1. Les textes anciens et les difficultés d'interprétations

564. **La loi de 1985, le concours.** Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la Cour de cassation indiquait que les créanciers privilégiés par la procédure collective entraient en concurrence avec les créanciers admis à la procédure d'ordre[1789]. Les créanciers saisissants n'avaient donc pas, en l'absence d'effet attributif des sommes (sauf saisie-attribution), de droit exclusif sur le produit de la vente du bien saisi.
La loi du 25 juillet 2006 a modifié l'esprit du texte afin d'appréhender l'intégralité du prix de vente du bien. A cet effet, le législateur a choisi de déclarer caduques les procédures de distribution n'ayant pas produit un effet attributif au jour du jugement d'ouverture.

565. **La loi du 25 juillet 2006, la caducité**. L'article L. 622-21 II du Code de commerce issu de la loi du 25 juillet 2006 était libellé de la manière suivante. « *Il [le jugement d'ouverture] arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles*. ». En outre, l'alinéa 1er de l'article 94 du décret du 28 décembre 2005 précisait que « *conformément au II de l'article L. 622-21 du Code de commerce, les procédures d'ordre en cours et les procédures de distribution mobilière, en dehors de toutes procédures d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture, en cours au jour de ce jugement sont caduques. Les fonds sont remis au mandataire judiciaire, le cas échéant par le séquestre qui par cette remise est libéré à l'égard des parties.* ». L'objectif était d'appréhender d'une part, les sommes issues de procédures civiles d'exécution antérieures et d'autre part, les sommes issues de ventes

[1787] Ord. n°2008-1945 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des Entreprises en difficulté
[1788] Article L. 622-21 II du Code de commerce.
[1789] Voir dans ce sens, Cass. Com. 12 juil. 1994, n°92-14.090 ; *Bull. Civ*. IV, n°262 ; D. 1994, p. 569, rapp. **J.-P. REMERY** ; *D.* 1994, p. 573, obs. **A. HONNORAT** ; *LPA* 9 nov. 1994, n°134, p.24, note **A. HONNORAT** ; Pour de plus amples commentaires voir : **O. STAES**, Critère de la caducité des procédures de distribution en cours : effet attributif des voies d'exécution ou de distribution ?, *Rev. Proc. Coll*. mai 2012, n°3, étude 18, spéc. n° 10

amiables dont le prix était séquestré, par exemple le prix de vente d'un fonds de commerce. La récupération de ces sommes permettait, sur le plan économique, de leur appliquer l'ordre des paiements des procédures collectives, et donc de payer les créanciers privilégiés par la procédure sur cette somme. En outre, cette mesure permettait à l'entreprise de recevoir des liquidités.

Mais, l'articulation et l'interprétation de ces deux textes ont suscité un débat doctrinal à divers niveaux. Différentes questions ont été soulevées. Les procédures de distribution étaient-elles des voies d'exécution ? Quel était le domaine exact de la caducité ? Quelles procédures de distribution étaient visées ? Le texte exigeait-il que les procédures civiles d'exécution aient produit un effet attributif définitif ou que les procédures de distribution aient produit cet effet ?

566. **Les interprétations jurisprudentielles retenues**. La jurisprudence a eu à se prononcer sur l'articulation de ces textes à plusieurs reprises. Il en ressort d'abord que, conformément à la notion de procédure civile d'exécution, les procédures de distribution ne sont pas des procédures civiles d'exécution.

Les procédures de distribution visées ne sont pas seulement celles faisant suite à une voie d'exécution[1790], mais également celles qui ont pour objet de distribuer le prix conventionnellement séquestré, comme il est souvent pratiqué en matière de vente de fonds de commerce[1791].

Par un arrêt du 27 mars 2012[1792] rendu en application de la loi du 25 juillet 2006, la Cour de cassation a déclaré le liquidateur incompétent pour demander la restitution du produit de la vente du bien grevé d'un gage, au motif que le bien était sorti du patrimoine du débiteur. Selon cette jurisprudence, si la procédure civile d'exécution a produit son effet attributif définitif avant le jugement d'ouverture, la procédure de distribution engagée par la suite n'est pas caduque et le liquidateur ne peut pas demander la remise des fonds, produits de cette vente.

[1790] Une partie de la doctrine abondait dans ce sens. Voir notamment : **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n° 456-32. ; **J. THÉRON**, Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce, *Rev. proc. coll.* févr. 2008. 132, n° 9. Ces deux auteurs considéraient que les séquestres conventionnels étaient exclus de l'application de l'article 94 du décret de 2005. Contra : **F.-X. LUCAS, H. LÉCUYER ET ALII**, *La réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006, spéc. p. 294 ; Pour une présentation des différentes opinions, voir aussi **F. MACORIG-VENIER**, La situation des créanciers, in *Rép. Droit des sociétés*, Dalloz, spéc. n°285

[1791] Cass. Com. 8 juin 2010, n°09-68.594 ; n°09-68.594; *Bull. Civ. IV*, n°109; *RJCom*. Févr. 2011, p. 58, obs. **J.-P. SORTAIS** ; *JCP E* 2010, 1742, n°4, obs. **P. PÉTEL** ; *Gaz. Pal*. 15 oct. 2010, n°288-289, p. 411, obs. **P. ROUSSEL-GALLE** ; *Act. Proc. Coll*. 2010, n°194, obs. **LEBEL** ; *JCP N* 2010,n° 39, p. 62, obs**. J.-P. GARÇON** ; *D.* 2010, p. 1478, obs. **A. LIENHARD** ; *Procédures* 2010, n°318, obs. **ROLLAND** ; *Lexbase Hebdo*, 22 juil. 2010, n°404, obs. **P.-M. LE CORRE, E. LE CORRE-BROLY** ;

[1792] Cass. Com., 27 mars 2012, n°11-18.585 ; *Bull. Civ*. IV, n°69; *D.* 2012, p. 942, obs. **A. LIENHARD** ; *Gaz. Pal*. 8 avril 2012, n°312-313, p. 19, note **C. HUGON** ; *RDBF*. 2012, n°3 , p. 65, obs. **S. PIEDELIÈVRE** ; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* , 2012, n°4, p. 221, obs. **L. CAMENSULI-FEUILLARD** ; *Rev. Proc. Coll*. n°3 , Avril 2012, étude 18, note **O. STAES**

L'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue apporter une solution au débat en modifiant l'article L. 622-21 II du Code de commerce. En revanche, elle a conservé l'esprit du texte et le recours à la caducité.

2. L'ordonnance du 18 décembre 2008 et la caducité des procédures de distribution non définitives

567. La nouvelle rédaction de l'article L. 622-21 II du Code de commerce édicte la caducité des procédures de distribution n'ayant pas produit d'effet attributif au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective (a). Il semble alors opportun de déterminer dans quels cas, la procédure de distribution produit un effet attributif (b).

a) La caducité des procédures de distribution n'ayant pas produit un effet attributif

568. **Le nouvel article L. 622-21 II du Code de commerce.** Par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le législateur est venu retoucher le texte de l'article L. 622-21 II du Code de commerce[1793]. Ce dernier prévoit désormais que le jugement d'ouverture d'une procédure collective entraîne la suspension et l'interdiction « *de 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* »[1794]. L'ajout de l'expression « *des procédures de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture* » permet de délimiter le domaine d'application de la règle, de parfaire l'articulation et l'interprétation qu'il y a lieu de donner à l'article R. 622-19 du Code de commerce. A la lumière de l'article L. 622-21 II ainsi rédigé, l'article R. 622-19 semble devoir être interprété de manière différente. La caducité ne peut pas être prononcée si la voie d'exécution et la procédure de distribution sont définitives[1795]. A défaut, cette dernière est caduque et le produit de la vente doit être restitué aux organes de la procédure.

[1793] Cet article, dans ses versions antérieures et postérieures à l'ordonnance du 18 déc. 2008, faisait échos à l'article L. 43 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991

[1794] Sous l'empire de la loi de 1985, la procédure d'ordre ne constituant pas une mesure d'exécution forcée, n'était pas touchée par l'arrêt des voies d'exécution (CA Nancy, 17 janv. 1990, *Rev. Proc. Coll*. 1991, 210, spéc. n°5 obs. **C. SAINT-ALARY-HOUIN).** Le décret du 21 octobre 1994 a modifié le décret du 27 décembre 1985 et a étendu l'arrêt des voies d'exécution aux procédures d'ordre en cours au jour du jugement d'ouverture

[1795] Voir dans ce sens, **O. STAES**, Critère de la caducité des procédures de distribution en cours : effet attributif des voies d'exécution ou de distribution ?, *Rev. Proc. Coll*. mai 2012, n°3, étude 18, spéc. n^{os} 9 et s. ; **A. LEBORGNE**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009, spéc. n°1065

569. **La jurisprudence**. Cette position a été retenue par la cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 15 décembre 2011 eu égard à la situation du créancier préexistant à l'indivision. Pourtant, la décision est cassée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, mais ses motifs ne portent pas sur l'interprétation des articles L. 622-21 II et R. 622-19 du Code de commerce mais sur le traitement particulier réservé à ces créanciers. Au visa de l'article 815-17 du Code civil, la Cour de cassation réaffirme sa position en matière de créancier titulaire d'une créance préexistante à l'indivision. Il ne peut être opposé à ce créancier l'arrêt des poursuites[1796]. La Cour complète cette exception en rendant inopposable au créancier l'article R. 622-19 du Code de commerce. Le prix à distribuer doit être remis, pour sa part, au créancier de l'indivision. La décision du 16 mai 2013[1797], sans consacrer clairement l'interprétation de la caducité des procédures de distribution non encore définitives au jugement d'ouverture de la procédure, la reforme considérablement.
La question posée est alors de savoir à quel moment intervient l'effet attributif de la procédure de distribution.

b) La détermination du moment de l'effet attributif de la distribution

570. La détermination du moment de l'effet attributif d'une procédure de distribution impose d'identifier le moment où l'effet attributif devient définitif. Est-ce au jour du paiement du créancier ou au jour où les sommes sortent définitivement du patrimoine du constituant ? Il semble que la seconde solution doive être retenue[1798]. Ce moment varie selon la procédure de distribution utilisée.

571. **La distribution amiable.** En principe, la distribution est amiable. Il résulte des textes qu'elle produit un effet attributif lorsque toutes les voies de recours ou de contestation sont épuisées.
En matière immobilière, l'effet attributif de la distribution amiable[1799] se produit au jour du jugement d'homologation, cette décision étant insusceptible d'appel[1800]. Le paiement peut avoir lieu

[1796] Voir Cass. Com., 18 févr. 2003, n°00-11.008 ; *Bull. Civ*. IV, n°21 ; *D*. 2003, p. 766, obs. **A. LIENHARD** ; D. 2003, somm. p. 1620, obs. **P.-M. LE CORRE** ; *JCP N* 2003, n°47, p. 1701, obs. **F. VAUVILLÉ** ; *RJCom*. 2004, n°1, p. 31, obs **J.-P. SORTAIS** ; *RLDA* mai 2003, n°60, p. 21, obs. **M. SÉNÉCHAL** ; Voir aussi : **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°581-22
[1797] Cass. Com., 16 mai 2013, n°12-16.216, publication à venir, *Gaz. Pal.* n°193-194 p.29, obs. L. **ANTONINI-COCHIN** ; *D.* 2013 p. 599, obs. **O.-L. BOUVIER, H. ADIDA-CANAC, L. LEROY-GISSINGER, F. RENAULT-MALIGNAC, R. SALOMON**, *Procédures* n°8 août 2013 com. 254
[1798] **O. STAES**, Critère de la caducité des procédures de distribution en cours : effet attributif des voies d'exécution ou de distribution ?, *Rev. Proc. Coll*. mai 2012, n°3, étude 18, spéc. n° 10.
[1799] L'accord est le fruit de l'adhésion de tous les créanciers et du débiteur au projet de répartition établi par le créancier poursuivant ou bien le fruit de la réunion de conciliation des créanciers faisant suite à une contestation. (Articles 118 et 119 du décret 2006-936 du 27 juillet 2006)
[1800] Article 121 du décret 2006-936 du 27 juillet 2006 pour l'homologation du projet de distribution ;

immédiatement après. En revanche, en matière mobilière, la procédure de distribution amiable[1801] étant entièrement déjudiciarisée et conventionnelle, la distribution n'est définitive[1802] que lorsque l'accord[1803] n'est plus susceptible de contestation[1804]. Le paiement doit alors intervenir dans les huit jours[1805].

Si un créancier forme une contestation, l'agent en charge de la répartition convoque les créanciers aux fins de conciliation dans le mois qui suit la première contestation. La conciliation peut aboutir à un accord.

Toutefois, un renvoi malencontreux sème le trouble sur le droit applicable. En effet, l'article R. 251-7 du Code des procédures civiles d'exécution renvoie pour le paiement à l'article L.251-1 du même code, texte applicable à la distribution en présence d'un créancier unique. Ces dispositions s'appliquent mal à la répartition entre plusieurs créanciers. Un débat s'est ouvert à propos du droit applicable. Pour Monsieur V. Thomas, seul le délai de paiement d'un mois, prévu pour la distribution en présence d'un créancier unique, peut-être retenu[1806]. En revanche, pour Monsieur R. Martin, il convient d'utiliser le droit commun[1807]. Eu égard au caractère inopportun de ce renvoi, il semble que les règles relatives à la distribution amiable doivent s'appliquer. Il convient alors de retenir que la distribution produit son effet attributif lorsque les voies de recours sont purgées.

572. **La distribution judiciaire.** Lorsque les créanciers et le débiteur ne parviennent pas à s'accorder sur l'ordre de répartition, la procédure devient judiciaire.

[1801] Elle résulte de l'adhésion par les créanciers et le débiteur au projet de répartition établi par l'agent en charge de la vente.

[1802] Voir article R. 251-5 du Code des procédures civiles d'exécution « *A défaut de contestation dans le délai imparti, le projet de répartition devient définitif. L'agent chargé de la vente procède au paiement des créanciers ayant mis en œuvre une mesure d'exécution forcée. Il consigne les sommes revenant aux créanciers ayant pratiqué une saisie conservatoire ; ces sommes leur sont payés après signification d'un acte de conversion*. »

[1803] Cet accord unit l'ensemble des créanciers

[1804] A l'expiration du délai est de 15 jours et court à compter de la réception de la notification du projet de répartition aux créanciers (Article R. 251-4 du Code des procédures civiles d'exécution). Voir dans ce sens : **J. VALLANSAN**, Sauvegarde, Redressement et liquidations judiciaires, *J.-Cl. Procédures collectives*, fasc. n°2335, spéc. n°77. « *La distribution n'est pas remise en cause par l'ouverture de la procédure collective lorsque le créancier poursuivant acquiert un droit exclusif sur les sommes, c'est-à-dire lorsque les autres créanciers sont forclos pour faire opposition.* ». L'auteur se fonde sur des jurisprudences anciennes, par exemple, Cass. Req., 9 juin 1913, *DP*. 1914, 1, p. 55

Un débat existait à propos du traitement individuel ou collectif du délai sous l'empire de la loi antérieure à 1992. L'effet attributif jouait-il individuellement pour chaque créancier ou collectivement, lorsque tous les créanciers acceptaient le projet ou lorsque le délai de contestation était écoulé ? La loi de 1991 et le décret de 1992 sont venus mettre un terme à ce débat et la doctrine s'accorde à dire que l'effet attributif doit s'apprécier collectivement. Voir dans ce sens : **V. THOMAS**, *Droit de l'exécution forcée*, Lamy, 2012, spéc. n°475-25 ; voir également : **R. MARTIN**, *Répertoire Procédure civile*, Dalloz, spéc. n°52

[1805] L'article R. 251-5 du Code des procédures civiles d'exécution énonce que « *les paiements doivent être effectués huit jours au plus tard après que la répartition est devenue définitive. A l'expiration de ce délai, les sommes dues portent intérêt au taux légal* ».

[1806] **V. THOMAS**, *Droit de l'exécution forcée*, Lamy, 2012, spéc. n°475-40

[1807] **R. MARTIN**, *Répertoire Procédure civile*, Dalloz, spéc. n°65

En matière immobilière, il revient alors au juge d'établir l'ordre de paiement des créanciers[1808]. La décision de répartition est susceptible d'appel. Malgré le silence des textes et la question de la nature suspensive du délai d'appel[1809], il nous semble que tant que l'appel est pendant, le droit du créancier au paiement n'est pas définitif[1810].

En matière mobilière, aucune règle de procédure n'est détaillée par le décret. Les auteurs s'accordent à dire que le droit commun des procédures devant le JEX doit s'appliquer. Le délai d'appel est de quinze jours et n'est pas suspensif d'exécution[1811].

Au regard de la construction commune des procédures mobilières et immobilières de distribution, de leur logique similaire, il serait opportun d'adopter une solution unique sur ce point. Il pourrait être retenu la solution proposée en matière immobilière car elle est simple dans sa mise œuvre.

573. **Particularité et maladresse en matière mobilière**. La loi prévoit que lorsque l'agent en charge de la distribution ne distribue pas le prix dans les délais impartis, le juge de l'exécution peut être saisi aux fins de répartition. Toutefois, la procédure n'est pas précisée. Il convient alors d'appliquer le droit commun de l'exécution forcée. Le juge doit notifier son ordonnance de répartition. Cette dernière devient définitive lorsque les voies de recours sont purgées[1812].

B. La remise de fonds, conséquence de la sanction du soutien abusif

574. **La responsabilité pour soutien abusif**. L'article L. 650-1 du Code de commerce pose un principe d'irresponsabilité du dispensateur de crédit lorsque le débiteur est placé en procédures collectives[1813]. Néanmoins, à titre exceptionnel, le créancier[1814] peut voir sa responsabilité engagée

[1808] Toutefois, il ne statue que sur les points faisant l'objet de contestation et ne peut pas revenir sur les points ayant fait l'objet d'un consensus.

[1809] Comme en matière d'arbitrage, l'article R. 221-45 du CPCE précise que « l'appel est suspensif » mais pas, comme en droit commun que le délai d'appel est également suspensif (voir article 539 CPC« *Le délai de recours par voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif* ».)

[1810] Voir dans ce sens, **P. HOONACKER**, Colloque de Nice 23 mars 2012, débats ; Contra voir **O. STAES**, Séance d'actualisation du CDA, janvier 2012. Pour cet auteur, le délai d'appel n'étant pas suspensif, rien ne s'oppose à ce que le créancier demande l'exécution forcée de sa créance. Toutefois, il peut être objecté que de consignataire, en pratique, ne paiera pas le créancier tant que le droit de ce dernier ne sera pas devenu définitif.

[1811] **V. THOMAS**, *Droit de l'exécution forcée*, Lamy, 2012, spéc. n°475-40 ; **R. MARTIN**, *Répertoire Procédure civile*, Dalloz, spéc. n°65

[1812] **V. THOMAS**, *Droit de l'exécution forcée*, Lamy, 2012, spéc. n°475-35 ; voir également : **R. MARTIN**, *Répertoire Procédure civile*, Dalloz, spéc. n°59

[1813] La loi du 26 juillet 2005 qui a institué ce principe, a été soumise au contrôle du Conseil cosntitutionnel. Ce dernier a déclaré le principe d'irresponsabilité constitutionnel car il n'est pas absolu et des exceptions étaient prévues par le texte. Cons. const. n° 2005-522 DC, 22 juill. 2005, *LPA* 4 août 2005, p.5

[1814] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°834-13 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Montchrestien, Domat Droit privé, 7e éd., 2011, spéc. n°770

sur le fondement du soutien abusif. A cet effet, il est nécessaire de se trouver dans l'un des trois cas d'ouverture et que le créancier ait commis une faute grave dans l'octroi du crédit[1815].

La loi réserve trois cas de mise en jeu de la responsabilité du créancier[1816] : « *les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.* ». Cette dernière hypothèse vise toutes les garanties personnelles réelles, y compris la fiducie-sûreté[1817] et à l'exclusion des garanties légales car elles ne sont pas « *prises* » par le créancier mais lui sont offertes par la loi[1818].

Il faut ensuite que le concours consenti soit fautif, c'est-à-dire abusif. La loi ne précisant pas la notion de concours fautif, les cas déterminés par la jurisprudence antérieure semblent s'imposer. Cette dernière considérait un concours comme abusif lorsque le crédit avait été consenti au débiteur se trouvant dans une situation irrémédiablement compromise[1819] et lorsque le crédit s'avérait ruineux pour l'entreprise, c'est-à-dire qu'il était insupportable pour l'équilibre de la trésorerie et incompatible avec toute rentabilité[1820].

L'action étant une action en responsabilité délictuelle, il est nécessaire d'établir la faute, le préjudice et le lien de causalité[1821].

[1815] Avant un arrêt du 27 mars 2012, la doctrine s'opposait sur le point de savoir si les trois cas décrits constituaient des cas d'ouvertures auxquels il fallait ajouter une faute du créancier, le concours abusif (Voir: **R. DAMMANN**, La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, *Banque et Droit*, sept-oct. 2005, n°103, p. 16) ou bien si chacun des trois cas ouvrait l'action en responsabilité (**P. CROCQ**, Sûretés et proportionnalité, *in Etudes offertes au doyen P. Simler*, Litec –Dalloz, 2006, p. 291 ; **J. MOURY**, La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *D.* 2006, p. 1743.

La Cour de cassation a opté pour la seconde interprétation et amis fin au débat. Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; Bull. Civ. IV, n°68 ; *Gaz. Pal*. 4août 2012, n°137, obs. **R. ROUTIER**; *D.* 2012, p. 870, obs. **A. LIENHARD**; *Bull. Joly Entreprises en difficulté* , mai 2012, p. 176, note **T. FAVARIO**; *Bull. Joly Sociétés*, juin 2012, p. 493, obs. **P. PÉTEL** ; *D.* 2012, p. 1455, note **R. DAMMANN, A. RAPP** ; *D.* 2012, p.. 1573, obs. **P. CROCQ**; *Rev. sociétés* 2012. 398, obs. **P. ROUSSEL GALLE** ; *RTD Com*. 2012. 384, obs. **D. LEGEAIS**; *Rev Sociétés*, 2013, p. 91, note **I. RIASETTO** ; Pour une application de ce principe : voir Cass. Com., 11 déc. 2012, n° 11-25.795, *Gaz. Pal.* 4 mai 2013, n°124, p. 37, obs **R. ROUTIER** ; *RJCom*. mai-juin 2013, p. 248, obs. **J.-P. SORTAIS.**

[1816] Pour D. Perben, Garde des sceaux : « *Cet amendement précise la nature de la faute permettant la mise en jeu de la responsabilité. Il doit s'agir en quelque sorte d'une faute lourde […] qui peut être constituée dans trois cas […]* ». Propos rapportés et expliqués par **P. CROCQ**, Sûretés et proportionnalité, *in Etudes offertes au doyen P. Simler*, Litec – Dalloz, 2006, p. 291, spéc. n°26

[1817] Dans ce sens, voir : **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°834-17

[1818] **F. MACORIG-VENIER**, Le soutien abusif, *in* Dossier, Le banquier au cœur des risques, *RLDAff*, 2008, n°24, spéc. I. Toutefois, selon l'auteur cette réserve ne saurait concerner les privilèges immobiliers pour lesquels il est nécessaire que le créancier fasse preuve de volonté en inscrivant sa sûreté afin de lui faire produire des effets.

[1819] Voir par exemple, Cass. Com., 27 mai 2008, n°07-13.393

[1820] Cass. Com. 24 sept. 2003, n°00-19.067, *Bull. Civ*. IV n°136; *D.* 2003, p. 2568; *Rev des Sociétés*, 2004, p. 379, note **T. GRANIER** ; *Banque et Droit*, janv.-févr. 2004, n°93, p. 56, obs. **T. BONNEAU**

[1821] Pour une explication, voir notamment : **I. RIASETTO** note sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; Bull. Civ. IV, n°68 ; *Rev Sociétés*, 2013, p. 91 ; **J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER**, *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, Lexisnexis, 6ème éd. 2012, spéc. pp. 457-458.

L'article L. 650-1 alinéa 2 du Code de commerce précise la sanction. « *Pour le 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.* ».

575. **L'amputation des chances de satisfaction du créancier par la sanction de sa responsabilité**. La responsabilité civile du créancier provoque l'allocation de dommages et intérêts équivalents au préjudice réellement subi (l'aggravation de l'insuffisance d'actif du débiteur et éventuellement à l'indisponibilité du bien objet de la sûreté excessive)[1822].

Toutefois, à cette sanction classique, le législateur a ajouté une sanction complémentaire[1823] « *modulable* »[1824] : la nullité[1825] ou la réduction des sûretés[1826]. La nullité ou la réduction sont des sanctions inhabituelles en matière de responsabilité. Elles ne sont pas propres aux cas de disproportion des garanties et sont aussi applicables dans les hypothèses de fraude ou d'immixtion dans la gestion.

En tous cas, ces sanctions imposent la restitution des sommes perçues sur le fondement des sûretés annulées[1827] ou réduites.

La réduction est la sanction de droit commun de l'excès. Dans ce cadre, selon Monsieur P.-M. Le Corre, le juge réduira inexorablement le montant de la garantie au montant de la créance, même si la lettre de la loi ne l'y contraint pas[1828]. Toutefois, dans la mesure où la réduction constitue une sanction de la responsabilité, il est possible que la garantie procurée par les sûretés soit réduite en dessous du montant de la créance garantie.

[1822] **J. MOURY**, La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *D.* 2006, p. 1743, spéc. n°29

[1823] Dans ce sens, voir notamment : **R. DAMMANN**, La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, *Banque et Droit*, sept-oct. 2005, n°103, p. 16, spéc. p. 20 ; **R. ROUTIER**, Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, *in* Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde de s entreprises, *Gaz. Pal*., 9-10 sept. 2005, p.33, spéc. n°14 ; **F. MACORIG-VENIER**, Le soutien abusif, *in* Dossier, Le banquier au cœur des risques, *RLDAff*, 2008, n°24, spéc. II

[1824] **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des Entreprises en difficulté* , Montchrestien, Domat Droit privé, 7e éd., 2011, spéc. n°772

[1825] Sous l'empire de la loi de 2005 et jusqu'à l'ordonnance du 18 décembre 2008, la sanction complémentaire était la nullité de plein droit et automatique du contrat (voir dans ce sens : **J. MOURY**, La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *D.* 2006, p. 1743, spéc. n°32). Toutefois, cette sanction sévère était un frein à l'action en responsabilité. Le législateur, à l'occasion de la réforme de 2008 est venu gommer cette dureté en octroyant au juge un pouvoir d'appréciation et de modération.

[1826] Cette faculté a été offerte au juge par l'ordonnance du 18 décembre 2008. **J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER**, *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, Lexisnexis, 6ème éd. 2012, spéc. p. 459 ; **R. ROUTIER**, Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *Gaz. Pal.* 10 mars 2009, n°69, p.53, spéc. n°7

[1827] **A. LIENHARD**, *Procédures collectives*, Ed. Delmas,. 4ème éd. 2011-2012, n°141-22 ; **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°834-19

[1828] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, spéc. n°834-19

La nullité n'est pas une sanction habituelle de la disproportion ou de l'excès. Sa nature fait débat. Pour certains auteurs, elle est une nullité absolue car elle sert l'intérêt général[1829]. Pour d'autres, elle a pour dessein de protéger les intérêts particuliers du débiteur et des autres créanciers, et est donc relative[1830]. En toute hypothèse, le choix de la nullité montre bien que l'objet de la sanction n'est pas la disproportion de la sûreté mais la faute dans l'octroi du concours.
Les deux sanctions ont pour effet de priver le créancier de la satisfaction qu'il pouvait espérer au moment où il en a le plus besoin. Remarquons que dans les hypothèses d'annulation de sûreté qui toucherait une propriété-sûreté, le créancier perdrait son droit exclusif et corrélativement l'avantage de se maintenir en dehors de la procédure.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, parce qu'elle provoque une modification des classements, ou en matière de procédure collective lorsqu'elle appréhende le prix de vente forcée d'un bien réalisé antérieurement à l'ouverture de la procédure, remet en cause la satisfaction des créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles. L'atteinte portée se justifie par la préservation des intérêts économiques du débiteur. Les procédures collectives ainsi que les procédures civiles d'exécution tendent aussi à préserver, par des règles spéciales, le logement de la personne physique débiteur et constituant.

Section 2. La protection du débiteur personne physique

576. Le respect de la dignité humaine du constituant se retrouve dans différentes règles des procédures d'insolvabilité et des procédures civiles d'exécution. Le droit des procédures collectives comprend une disposition spécifique au bénéfice du débiteur personne physique. Le droit des procédures civiles d'exécution, notamment le droit de l'expulsion révèle la recherche d'un équilibre entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur saisi. Il comporte de nombreuses dispositions visant à préserver la dignité de ce débiteur personne physique.
Ces règles ne sont pas spécifiques au créancier titulaire d'une sûreté réelle mais elles influent considérablement sur sa situation, le privant temporairement ou durablement du paiement de sa créance et des effets de sa sûreté. Pourtant, la prise de sûreté avait pour objet de pallier la défaillance du débiteur et de réserver le paiement au créancier.

[1829] Dans ce sens, voir notamment **J. MOURY**, La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce, *D.* 2006, p. 1743, spéc. n°32, **A. LIENHARD**, *Procédures collectives*, Ed. Delmas, 4ème éd. 2011-2012, n°141-22 ; **D. LEGEAIS**, Les concours consentis à une entreprise en difficulté, *JCP E* 2005, 1515
[1830] Dans ce sens voir : **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°834-19

Quant aux procédures civiles d'exécution, leur imbrication avec la réalisation des sûretés réelles est très importante. Il a été démontré dans la première partie qu'elles constituent le mode de réalisation de droit commun des sûretés préférentielles. En outre, elles ont vocation à s'appliquer de manière subsidiaire à l'égard des autres modes de réalisation, y compris ceux des propriétés-sûretés.
Ces différentes règles, qu'elles relèvent du droit des procédures collectives (§1) ou des procédures civiles d'exécution (§2), comportent des dispositions spécifiques protégeant les intérêts du constituant personne physique et empêchent temporairement ou durablement la satisfaction du créancier.

§1. Le respect de l'humanité du débiteur par les procédures collectives

577. Comme étudié auparavant[1831], l'humanité du débiteur personne physique justifie la préservation de certains de ses intérêts. Son caractère humain impose le respect des droits fondamentaux dus à sa personne, notamment le respect de sa dignité physique, psychique et sociale. Dans ce cadre, les procédures collectives comportent des dispositions particulières faisant obstacle à la satisfaction du créancier et destinées à la préservation de la personne physique du débiteur et notamment son logement. Antérieurement à l'ordonnance du 12 mars 2014, le débiteur personne physique et agriculteur bénéficiait d'un régime particulier de maintien sur l'exploitation postérieurement à la vente de celle-ci. Cette disposition était source de distorsions avec le traitement réservé au débiteur commerçant, artisan ou professionnel libéral (A). L'ordonnance du 12 mars 2014 est venue mettre un terme à cette inégalité en étendant la mesure à l'ensemble des débiteurs personnes physiques (B).

A. Le maintien provisoire du seul débiteur agriculteur sur l'exploitation avant l'ordonnance du 12 mars 2014

Bien que ces dispositions aient été abrogées par l'ordonnance du 12 mars 2014, les nouvelles dispositions de l'ordonnance ne s'appliquent pas aux procédures en cours[1832]. Il en résulte que les règles énoncées ci-dessous demeurent applicables à toutes les procédures ouvertes avant le 1er juillet 2014.

[1831] Voir nos 405 et s.
[1832] Article 116 de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives

578. **Le maintien provisoire sur l'exploitation réservé au débiteur agriculteur**. Au regard de l'article L. 642-18 alinéa 6 du Code de commerce, dont la solution préexistait à la loi de sauvegarde[1833], « *En cas de liquidation judiciaire d'un agriculteur le tribunal peut, en considération de la situation personnelle et familiale du débiteur, lui accorder des délais de grâce dont il détermine la durée pour quitter sa maison d'habitation principale* ».

Cette disposition, imprégnée de considérations humanitaires[1834], ne visait qu'une catégorie particulière de débiteurs (rapporté aux sûretés réelles, il s'agit du constituant débiteur), les agriculteurs personnes physiques, et créait une disparité de traitement entre les agriculteurs et les autres catégories de débiteurs personnes physiques, à savoir les commerçants, les artisans et les professionnels libéraux. Cette rupture d'égalité se justifiait par des raisons conjoncturelles. En 1988, lors de l'adoption de la loi soumettant les agriculteurs aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires, l'état d'endettement extrême de la majorité des exploitants éligibles allait provoquer de nombreuses liquidations judiciaires, impliquant la vente de l'exploitation où se situait dans la majorité des cas le domicile de l'agriculteur. La règle du maintien provisoire sur l'exploitation agricole avait donc visé à « amortir » le placement en liquidation judiciaire[1835].
Vingt-cinq ans plus tard, la justification conjoncturelle n'avait plus lieu d'être. Pourtant, la disposition continuait d'être maintenue. Elle était parfois justifiée par l'affect liant l'agriculteur à l'exploitation familiale. Cependant, cette disposition créait une rupture d'égalité qui aurait pu faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité et d'une censure sur le fondement de l'article 6 de la DDHC[1836] de 1789.

579. **L'utilisation de l'article L. 622-9 du Code de commerce aux fins de maintien provisoire dans les lieux de tout débiteur personne physique**. La pratique tendait à gommer l'inégalité de traitement créée par l'article L. 642-18 du Code de commerce par l'utilisation de l'article L. 622-9 du même code[1837].
Dans un arrêt du 25 octobre 2011, la Cour de cassation semblait aller dans ce sens. La Cour, qui n'était pas interrogée sur le cas d'un agriculteur, indiquait que « *le dessaisissement de plein droit*

[1833] Cette disposition est issue de la loi n°88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'entreprise agricole à son environnement économique et social, codifiée à l'ancien article L. 622-16 alinéa 6 du Code de commerce
[1834] **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz - Action, 2013-2014, n°582-12 ; **P.-M. LE CORRE**, *J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2707, Liquidation judiciaire*, spéc. n°5; **N. TAGLIARINO-VIGNAL,** Liquidation judiciaire, Vente des actifs immobiliers, *Rép. Droit commercial*, Dalloz, spéc. n°82
[1835] Pour une critique de cette disposition, voir **E. KERCKHOVE**, Prévention et traitement des difficultés des entreprises agricoles, *Rev. Proc. Coll*. 1989, p. 113, spéc. p. 127
[1836] La Déclaration Universelle des droits de l'Homme et du Citoyen
[1837] **B. SOINNE**, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2ème éd., 1995, spéc. n°2407

de l'administration et de la disposition de ses biens par M. X... en application des dispositions de l'article L. 622-9 du code commerce n'entraîne[ait] pas la disparition de son droit de propriété sur l'immeuble indivis litigieux de sorte que le liquidateur n'a pas qualité pour poursuivre l'expulsion de ce dernier avant la réalisation définitive de la cession de cet immeuble »[1838].

Cette position différait un peu de celle applicable à l'agriculteur. Elle se fondait sur le droit de propriété du débiteur et, de manière sous-jacente, sur le respect de la dignité de la personne humaine et du droit au logement[1839]. En outre, le maintien dans les lieux n'était assuré que jusqu'à la cession de l'immeuble et ne pouvait, sauf délai de grâce, se prolonger au-delà. Comme il avait pu être écrit, cet arrêt n'ôtait pas tout intérêt à l'article L. 642-18 du Code de commerce[1840], il le complétait sans en concurrencer totalement le domaine d'application.

B. Le maintien provisoire dans la résidence principale de tout débiteur personne physique depuis l'ordonnance du 12 mars 2014

580. **L'extension à l'ensemble des débiteurs personnes physiques.** L'ordonnance du 12 mars 2014 est venue mettre un terme à la différence de traitement des entrepreneurs personnes physiques. Désormais, l'article L. 642-18 du Code de commerce énonce qu' « *en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur, personne physique, le tribunal peut, en considération de sa situation personnelle et familiale, lui accorder des délais de grâce dont il détermine la durée pour quitter sa maison d'habitation principale.* ». La disposition bénéficie désormais à tout entrepreneur personne physique.

Cette mesure, qui constitue une protection pour le débiteur personne physique en liquidation judiciaire, est, au regard de son caractère exceptionnel, d'interprétation stricte.

Ainsi, l'article L. 642-18 du Code de commerce s'applique seulement au constituant débiteur. Il lui permet de se maintenir dans les lieux au-delà de la cession de l'immeuble[1841] selon un délai de grâce fixé par le tribunal. Son éventuelle expulsion est mise à la charge de l'acquéreur de

---

[1838] Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-211.46, *Bull. Civ.* IV, n°170; *Gaz. Proc. Coll*. 21 janv. 2012, p. 29, obs. **J. THÉRON** ; *D.* 2012, p. 479, note **C. ALBIGÈS** ; *JCP E* 2012, 1138, n°9, obs. **C. LEBEL** ; *JCP E* 2012, 1000, n°5 obs. **P. PÉTEL** ; Rev. Proc. Coll. mai 2012. n°3, com. 114, **M.-P. DUMONT-LEFRAND** ; *Lexbase hebdo éd. Affaires* 17 nov. 2011 n°273, **E. LE CORRE-BROLY, P.-M. LE CORRE**

Pour une vive critique de cette décision voir notamment : **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1152

[1839] Pour Madame F. Pérochon, le juge ne devait pas se fonder sur le droit de propriété mais plutôt sur le droit au logement du débiteur ou sur les droits attachés à sa personne. **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1152

[1840] Voir contra : **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1152

[1841] **M.-P. DUMONT-LEFRANC**, La situation personnelle du débiteur en procédure collective, in Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *Dr. et Patr*. 2014, n°238 ; voir aussi sous l'empire du droit antérieure mais concernant toute sa pertinence : **B. SOINNE**, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2ème éd., 1995, spéc. n°2407

l'immeuble. Quant au régime de l'octroi des délais de grâce, ces derniers ne peuvent être accordés qu'avant la vente et non après cette dernière (même s'ils produisent des effets postérieurement) car il n'est pas possible d'imposer de nouvelles conditions d'acquisition à l'acquéreur. En revanche, lorsque l'immeuble est l'objet d'une sûreté immobilière pour autrui, le bien est hors de la procédure du débiteur ; le créancier, dans le cadre de la liquidation judiciaire, peut alors réaliser sa sûreté et expulser l'entrepreneur.

581. **Le régime applicable**. En contrepartie du maintien dans les lieux, l'entrepreneur doit verser au nouveau propriétaire une indemnité d'occupation[1842]. Une remarque peut être formulée au sujet de la créance d'indemnité d'occupation. Cette dernière bénéficie, selon Monsieur P.-M. Le Corre, d'un traitement privilégié dont l'effet serait très probablement limité[1843] parce qu'elle naît en contrepartie d'une prestation due au débiteur. Toutefois, ce traitement préférentiel serait circonscrit à la phase de poursuite provisoire de l'activité. Cette position est discutable. La créance d'indemnité d'occupation naît pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique. Eu égard à l'article L. 641-13 du Code de commerce, elle constitue alors une créance postérieure « utile », est payée à l'échéance et bénéficie d'un privilège général. En outre, la créance née pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique et le privilège qui l'assorti ne sont pas subordonnés à la poursuite provisoire de l'activité. Il nous semble donc que le traitement préférentiel de cette créance n'est pas affecté par la fin de la poursuite d'activité.
En tout état de cause, en application de la jurisprudence du 25 octobre 2011[1844], le créancier de l'indemnité d'occupation est titulaire d'un privilège du bailleur.

Le maintien provisoire du débiteur dans la résidence principale fait primer l'intérêt du débiteur sur celui des créanciers. Au plan humain, elle est intéressante car elle protège la personne physique en assurant temporairement un logement. De plus, elle peut constituer une période de transition, offrant au débiteur le temps de se reloger. Toutefois, au plan économique, cette disposition suscite une critique car le prix de vente d'un immeuble occupé et pour lequel il faut mener une procédure d'expulsion est inférieur à celui d'un immeuble libre[1845]. Ainsi, la mesure nuit à l'apurement du

[1842] Article R.642-37 du Code de commerce
[1843] **P.-M. LE CORRE**, *J.-Cl. Procédures collectives*, Fasc. 2707, Liquidation judiciaire, spéc. n°5
[1844] Cass. Com. 25 oct. 2011, n°10-25.257 ; *Bull. Civ.* IV, n°171; « *Le privilège du bailleur d'immeuble s'applique à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit, y compris l'indemnité d'occupation* » ; *Rev. Proc. Coll*. 2012, com. 132, **P. ROUSSEL-GALLE** ; *Gaz.-Pal.* Entreprises en difficulté , 20-21 janv. 2012, p ; 21 obs. **F. KENDERIAN** ; *BJE*, mars 2012, p. 92 §56, obs. **F. MACORIG-VENIER** ; *Banque et Droit*, nov.-déc. 2011, p. 53, obs. **F. JACOB** ; *RDBF* 2012, com. 17, **D. LEGEAIS** ; *Loyers et copropriété* 2012, com. 16, **P.-H. BAULT** ; *AJDI* 2012, p. 582, obs. **N. DAMAS** ; *L'essentiel du droit bancaire*, 1 déc. 2012, n°11, p. 2, obs. **M. MIGNOT**
[1845] **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté* , LGDJ, 9ème éd. 2012, spéc. n°1152

passif et plus particulièrement au créancier titulaire d'une sûreté immobilière spéciale, celui-ci bénéficiant d'un rang plus favorable. Il est peut être excessif de sacrifier les créanciers au bénéfice d'un débiteur qui devra tôt ou tard quitter son logement.

A côté de ces considérations humanitaires liées au maintien du débiteur personne physique dans son logement ou son immeuble par le droit des procédures collectives, la satisfaction peut se trouver, sur le même fondement, empêchée par les procédures civiles d'exécution.

§2. Le respect de l'humanité du débiteur par les procédures civiles d'exécution

Dans certains cas, parce que le constituant est une personne physique, le recours à certaines procédures civiles d'exécution est obligatoire pour le créancier titulaire d'une sûreté réelle. Il en va notamment ainsi lorsque le constituant, à l'issu d'une réalisation amiable, refuse de remettre le bien au créancier ou refuse de quitter les lieux. Le créancier doit avoir nécessairement recours aux procédures civiles d'exécution, notamment à la procédure d'expulsion. Il ne peut, en aucun cas, entrer de force chez le constituant ou le menacer physiquement ou verbalement afin de se voir restituer son dû. La procédure d'expulsion permet en principe au créancier d'être pleinement satisfait. Toutefois, elle n'ignore pas la protection du débiteur et met en place des mécanismes de protection de son logement.

« *L'expulsion est l'action de faire sortir une personne, au besoin par la force, d'un lieu où elle se trouve sans droit* »[1846]. Sa nature est incertaine. Pour certains auteurs, elle constitue une exécution en nature[1847], pour d'autres, une exécution spéciale[1848] sur la personne[1849]. Elle peut aussi être analysée comme une procédure à des fins de restitution. Les trois qualifications semblent pouvoir se cumuler.

L'objectif de cette procédure n'est pas de réaliser le bien pour payer le créancier sur un prix mais de contraindre le débiteur d'une créance de restitution à remettre le bien à son propriétaire. Dans l'hypothèse de la réalisation d'une sûreté réelle, le débiteur de la créance de restitution est, dans

[1846] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 2009

[1847] **M. DONNIER, J.-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2008, spéc. n°617 ;

[1848] **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf, Thémis Droit, 2009, spéc. n°137

[1849] **M. DONNIER, J.-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2008, spéc. n°617 ; **G. COUCHEZ, D. LEBEAU**, *Voies d'exécution*, Sirey, 11ème éd. 2013, spéc. n°21

l'hypothèse d'une sûreté conventionnelle le constituant. La procédure est menée contre la personne du débiteur de la créance de restitution, pour le contraindre à effectuer une obligation de faire.

La procédure d'expulsion s'impose si un occupant sans droit ni titre refuse de quitter les lieux à la demande du propriétaire, y compris lorsque le précédent propriétaire s'est maintenu dans les lieux malgré le transfert de propriété de l'immeuble. Humainement et socialement, c'est la procédure d'exécution la plus grave car elle a pour « *conséquence inévitable de mettre à la rue un occupant et sa famille* »[1850] s'il s'agit du logement familial.

Elle s'applique à l'ensemble des immeubles. Lorsqu'elle fait suite à une saisie immobilière, il appartient à l'adjudicataire de faire procéder à l'expulsion ; le jugement d'adjudication valant titre d'expulsion.

Le développement des modes de réalisation alternatifs aux voies d'exécution justifie une extension du domaine d'application à l'ensemble des modes de réalisation (A). Si la procédure d'expulsion a pour objectif de rendre les droits du propriétaire « *efficaces* », elle doit également garantir les droits de la personne expulsée (le débiteur de la créance de restitution). Ainsi, le Code des procédures civiles d'exécution comporte deux degrés de protection, une protection de droit commun (B) et une protection particulière du logement de l'expulsé (C).

A. L'extension du domaine de la procédure d'expulsion par la réforme des sûretés

582. La réalisation par attribution en propriété ou par revendication ou restitution comporte le risque de la résistance de l'occupant de l'immeuble. Le créancier réalise sa sûreté mais le constituant refuse de quitter les lieux.

Dans ces cas, la satisfaction du créancier est théoriquement et mathématiquement complète. Les attributions en propriété, par leur effet de paiement ou de dation en paiement, éteignent la créance à hauteur de la valeur du bien. Lors de la restitution ou de la revendication issue d'une propriété-sûreté, aucune perte n'est enregistrée.

Toutefois, la satisfaction du créancier n'est parfaite que lorsqu'il obtient l'entière jouissance et disposition du bien. Le créancier propriétaire ne peut pas jouir du bien. Quant à son droit de disposer, s'il est juridiquement intact, il demeure théorique tant que l'occupant refuse de quitter l'immeuble. Dans ces circonstances, le créancier propriétaire du bien ne peut concrètement pas le revendre ultérieurement. Qui accepterait d'acheter un bien dont il ne peut pas jouir ? La résistance de l'occupant (du constituant) nuit donc à la satisfaction complète du créancier.

[1850] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°688 ; **R. PERROT, P. THÉRY,** *Procédures civiles d'exécution* , Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°1075

Néanmoins, nul ne peut se faire justice soi-même et rien n'autorise le créancier demeuré ou devenu propriétaire à pénétrer de force dans les lieux et à contraindre lui-même l'occupant à libérer l'immeuble. De plus, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile s'y opposent. Ce créancier doit donc se conformer au droit des voies d'exécution et intenter une procédure d'expulsion de l'occupant sans droit ni titre.

Notons que ce recours aux procédures civiles d'exécution s'impose aussi en matière mobilière, si le constituant refuse de remettre le bien réalisé au créancier. Ce dernier ne peut pas entrer de force dans son logement pour s'en saisir. Il doit nécessairement recourir à une procédure civile d'exécution, certainement une saisie-appréhension, éventuellement précédée d'une saisie-revendication.
Ainsi, en matière d'attribution en propriété ou de restitution d'un bien meuble ou immeuble, si le constituant s'oppose à la remise du bien, le créancier doit utiliser une procédure civile d'exécution, une saisie attribution pour la matière mobilière et une procédure d'expulsion pour la matière immobilière. L'exigence d'un titre exécutoire pour mener ces procédures donne à la rapidité des procédures de réalisation amiable une certaine relativité[1851].
Les procédures d'expulsion comportent des règles techniques visant à protéger le logement du constituant.

B. Les règles protectrices applicables

583. Préalablement, il est important de noter que les textes relatifs aux procédures d'expulsion visent « le débiteur ». Il s'agit du débiteur de la créance de restitution. Rapporté à la réalisation des sûretés réelles, ce peut être le constituant débiteur ou tiers.

Les règles de l'expulsion sont structurées selon deux axes qu'il convient de confronter aux nouveaux modes de réalisation des sûretés réelles : les règles communes, applicables à toute mesure d'expulsion (1) et les règles particulières applicables au logement du débiteur (2).

1. Les dispositions communes

[1851] Voir Partie 1

Les dispositions communes s'appliquent « *quelle que soit la raison pour laquelle l'expulsion a été ordonnée* », y compris lorsqu'elle fait suite à « *une aliénation volontaire ou forcée, le vendeur ou le débiteur saisi se maintient dans les lieux.* ». Différentes conditions sont imposées.

584. **L'existence d'un titre exécutoire particulier**. Au regard de l'article L. 411-1 du Code des procédures civiles d'exécution[1852], l'expulsion ne peut avoir lieu qu' « *en vertu d'une décision de justice ou d'un procès verbal de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux* ».

Le titre d'expulsion est nécessairement une décision de justice ordonnant ou autorisant spécialement l'expulsion ou une conciliation exécutoire. La transaction rendue exécutoire est exclue[1853]. L'article L. 332-13 du même code ajoute à la liste le jugement d'adjudication. La gravité de l'expulsion justifie l'exigence d'une décision de justice[1854]. Cette dernière ne peut pas être rendue par le JEX car l'attribution de titres d'expulsion n'entre pas dans ses compétences légales d'attribution[1855].

Les autres modes de réalisation des sûretés immobilières ne constituent pas des titres exécutoires d'expulsion. Le jugement d'attribution judiciaire ne saurait suffire car le juge ne dispose pas d'un véritable pouvoir d'appréciation et de contrôle. Les modes de réalisation amiables, tels que les attributions conventionnelles ou légales en propriété ou l'acte comportant une clause de réserve de propriété, ne constituent pas des titres exécutoires. Ils ne peuvent *a fortiori* pas constituer des titres d'exécutoire d'expulsion. Pour tous ces modes de réalisation, le créancier est donc contraint d'obtenir une décision de justice revêtue de la formule exécutoire d'expulsion pour pouvoir procéder à celle-ci. Cette exigence, liée à la protection du débiteur, a pour conséquence de ralentir considérablement les procédures de réalisation et de diminuer l'intérêt de recourir aux modes alternatifs de réalisation.

L'huissier chargé de procéder à l'expulsion signifie un commandement d'expulsion à la personne occupant le local[1856].

L'expulsion a ensuite lieu dans un délai raisonnable[1857].

[1852] Ancien article 61 de la loi du 9 juillet 1991

[1853] Cass. Avis, 20 oct. 2000, *Bull. Civ*. avis, n°9; *JCP G* 2001, I, 311 obs. **L. CADIET**; *JCP G* 2001 , II, 10479 note **Y. DESDEVISES** ; *Dr. et Proc*. 2003, p. 379, obs. **J.-J. BOURDILLAT**

[1854] Dans ce sens voir : **M. DONNIER, J.-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2008, spéc. n°622

[1855] Cass. Civ. 2ème, 10 juil. 2003, jurisdata n° 2003-019923 ; *JCP* 2004, II, 10001, comm ; **E. DE RUSQUEC** ;. Sont des titres exécutoires pouvant donner lieu à expulsion uniquement les décisions de justice ou les procès-verbaux de conciliation exécutoire. L'expulsion doit être précédée d'un commandement de quitter les lieux.

[1856] La signification à domicile élu ou à un mandataire est exclue car le texte précise que la signification est faite à la personne débiteur de l'obligation de quitter les lieux. Voir dans ce sens, **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf, Thémis Droit, 2009, spéc. n°140 ; **M. DONNIER, J.-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2008, spéc. n°628

[1857] **S. PIEDELIÈVRE**, *Droit de l'exécution*, Puf, Thémis Droit, 2009, spéc. n°140

585. **Les particularités procédurales liées à l'ouverture d'une liquidation judiciaire**. Il est à noter qu'en matière de liquidation judiciaire, la demande d'expulsion prend un tour particulier. Le liquidateur ne peut pas demander l'expulsion tant que le jugement d'adjudication n'est pas devenu définitif. La position jurisprudentielle est ici conforme à la protection du droit de propriété du débiteur. L'ouverture de la liquidation judiciaire, même si elle emporte le dessaisissement du débiteur, n'aboutit en rien à une négation de son droit de propriété[1858]. De plus, le liquidateur, récipiendaire du courrier du débiteur, doit lui transmettre le commandement d'expulsion car ce dernier a un caractère personnel[1859].

586. **L'assistance de témoins, la protection des intérêts de tous**. Dans la procédure d'expulsion, les droits du débiteur sont également protégés par les règles régissant l'entrée de l'huissier dans un local privé. Ces règles s'imposent aussi en cas de recours à des procédures civiles d'exécution mobilières nécessitant l'entrée dans un lieu appartenant au débiteur saisi. Lorsque l'accès au local est libre, ces dispositions n'ont pas lieu de s'appliquer[1860].

Ces règles résultent d'une combinaison des principes du droit au logement et de l'inviolabilité du domicile de toute personne. Ainsi, l'huissier doit être assisté de témoins, listés à l'article L.142-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Il s'agit « *du maire, d'un conseiller municipal, d'un fonctionnaire municipal désigné par le maire à cette fin, d'une autorité de police ou de gendarmerie ou à défaut deux témoins majeurs qui ne sont ni au service du créancier, ni au service de l'huissier* ». Ces personnes l'accompagnent afin d'observer passivement le déroulement des opérations et « *éventuellement témoigner de la régularité des opérations* »[1861]. Ils n'interviennent en aucun cas pour assurer l'entrée dans les lieux de l'huissier et pour l'aider à résoudre les difficultés auxquelles il ne pourrait faire face seul. Ils n'ont pas vocation, y compris si ce sont des policiers ou des gendarmes, à se substituer, en cas de besoin, à un recours à la force publique.

L'intervention des témoins est requise lorsque le débiteur saisi ou le tiers saisi refuse l'accès à l'huissier au local et lorsque le local est vide. Même lorsque le débiteur de la remise laisse entrer l'huissier, l'intervention de ces tiers préserve les intérêts de tous les protagonistes. Elle protège l'huissier de toute suspicion dans le déroulement des opérations, mais elle protège également le

[1858] Voir n°551 et s.
[1859] Cass. Com. 25 oct. 2011, n°10-21146 *Bull. Civ*. IV, n°170. La décision a été rendue sous l'empire de la loi de 1985 mais garde toute sa pertinence.
[1860] **R. PERROT, P. THÉRY,** *Procédures civiles d'exécution ,* Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°300
[1861] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°186; **R. Perrot, P. Théry,** *Procédures civiles d'exécution ,* Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°300

débiteur de la remise de toute dérive quant aux opérations menées[1862]. Elle lui permet notamment d'exercer valablement son refus d'exécution, de vérifier que l'huissier n'utilise pas la violence.

587. **Le recours à la force publique, la protection des intérêts du créancier et de l'huissier.** En cas de refus et lorsque l'ouverture provoque des troubles importants, c'est-à-dire « *des manifestations hostiles ou comportements violents que l'huissier de justice est impuissant à dominer par ses propres moyens et qui, même dans certains cas, peuvent comporter des risques sérieux, tant pour les personnes que pour la sécurité publique en général* »[1863], l'huissier doit requérir la force publique auprès du préfet. En effet, « *le droit des voies d'exécution n'est pas en lui-même un droit de puissance publique en ce sens que lorsqu'il se heurte au refus d'exécution, il ne permet pas de recourir directement à la force* »[1864].
Le recours à la force publique est l'« *ultime remède* »[1865] à la résistance du débiteur de la remise et permet la véritable efficacité de l'exécution forcée d'une attribution en propriété ou d'une revendication du bien.

La demande formulée par l'huissier au préfet prend des formes particulières. Certains délais de réponse doivent être respectés, retardant d'autant la satisfaction du créancier. Parfois, sous le couvert de la protection de l'ordre public, la force publique est refusée au créancier et ce dernier ne peut pas obtenir satisfaction. Ainsi, la satisfaction du créancier qui a réalisé sa sûreté réelle peut se trouver retardée ou même amputée.
Au plan procédural, l'huissier transmet au préfet le titre exécutoire et un exposé des diligences infructueusement menées. Il relate également l'impossibilité pour lui de parvenir à l'exécution de la mesure par ses propres moyens[1866]. Le préfet dispose de deux mois pour répondre à l'huissier. Il peut refuser expressément ou tacitement (par l'absence de réponse)[1867], l'octroi de la force publique. Il dispose de quatre mois supplémentaires pour revenir sur sa décision[1868].

[1862] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°186
[1863] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°189 ; **R. PERROT, P. THÉRY,** *Procédures civiles d'exécution ,* Dalloz, 3ème éd . 2013, spéc. n°303 et s.
[1864] **M. DONNIER, J.-B. DONNIER**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2008, spéc. n°167
[1865] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. n°190
[1866] Article R. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution
[1867]Malgré le changement du principe selon lequel le silence de l'administration gardé pendant deux mois vaut refus, il faut espérer que l'octroi de la force publique dans les procédures civiles d'exécution fera partie des exceptions qui doivent être prévues par décret attendu pour l'automne.
[1868] **N. CASAL**, *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 460, Concours de la force publique, Avril 2011, spéc. n°41

En principe, l'Etat, *via* le préfet, a obligation de prêter concours car sa mission est de garantir l'exécution des décisions de justice et des autres titres exécutoires[1869]. Le préfet, dont la compétence est liée, peut toutefois refuser l'octroi de la force publique mais sa décision doit être motivée[1870] et transmise au procureur de la République, gardien de l'exécution des jugements. En effet, le préfet doit « *arbitrer* » ou « *hiérarchiser* » les intérêts parfois antagonistes en cause, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public dont il a la charge et la protection du droit de propriété et au-delà la protection de l'office du juge qui relève du droit fondamental au procès équitable[1871].

588. **Le refus de l'octroi de la force publique, l'équilibre des intérêts**. Le refus de la force publique est justifié si « *des considérations impérieuses* » peuvent être caractérisées. Il s'agit de la sauvegarde de l'ordre public[1872] ou de « *la survenance de circonstances postérieures à la décision d'expulsion telles que l'exécution de celle-ci [qui] serait susceptible d'attenter à la dignité de la personne humaine* » [1873]. La formule est large et permet d'inclure de nombreux critères, l'âge des occupants et propriétaires, leurs fragilités[1874] mais également la dignité humaine. Toutefois, ni l'atteinte au droit au logement opposable (loi DALO[1875] du 5 mars 2007), ni l'absence de relogement effectif, ni la situation sociale difficile des occupants ne peut constituer une atteinte à la dignité humaine[1876].

Le refus d'accorder le concours de la force publique, même justifié, donne au bénéficiaire du titre exécutoire un droit à indemnisation. Après un recours gracieux infructueux, il peut engager la responsabilité sans faute de l'Etat, en plein contentieux devant le tribunal administratif, pour rupture d'égalité devant les charges publiques[1877].

[1869] Article L. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution

[1870] Article R. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution

[1871] Article 6 §1 de la CEDH

[1872] Pour un exemple CE, 20 janv. 1954, Douga, Rec. p. 836. Le juge a retenu l'attitude hostile de la population

[1873] CE, 30 juin 2010 n°332259, M et Mme Ben Amour ; *AJDA* 2011, p. 568, obs**. J. LE BARS**; Voir aussi CConst. 29 avril 1998, n°98-403DC ; JO 31 juil. 1998, spéc. considérant 44 à 47 ; AJDA 1998, p. 705, Chron. **J.-E. SCHOETTI**

[1874] Voir une espèce originale dans laquelle l'expulsion touchait le fils d'une incapable majeure de 85 ans dont l'immeuble avait été vendu pour payer des dépenses de soins et qui pouvait être relogé par son père. Le juge administratif a enjoint le préfet d'octroyer la force publique à la décision de justice et le Conseil d'Etat a validé la prise en compte des circonstances particulières. CE, 19 oct. 2007, n°310067, *Amadi*, Jurisdata, n°2007-072725. Dans ce sens voir aussi **N. CASAL**, *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 460, Concours de la force publique, Avril 2011, spéc. n°37

[1875] Loi n°2007-290 du 5 mars 2007 instituant le « Droit Au Logement Opposable »

[1876] Voir **J. LE BARS**, Ordre public, dignité humaine, les nouvelles conditions de légalité d'une décision d'octroi de concours de force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion, obs. sous CE 30 juin 2010, *AJDA* 2011, p.568

[1877] CE, 23 nov. 1923, Couitéas ; *D.* 1923. 3. 59 ; *S.* 1923. 3 ; S. 1923. 3. 51 concl. Commissaire au Gouvernement **RIVET**, note **HAURIOU** ; *in Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 239, arrêt n°40 obs. **M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS** . « *Considérant que le justiciable, nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire, est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été délivré ; que si le Gouvernement a le droit d'apprécier les conditions de cette exécution et de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui résulte ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité* ». Cette jurisprudence a été consacrée

Néanmoins**,** le refus peut s'avérer illégal. Par le passé, sous le couvert de l'ordre public, le préfet s'est parfois immiscé dans l'office du juge, empêchant l'exécution d'une décision de justice qu'il considérait inopportune. Dans ce cas, le préfet commet une faute lourde[1878] et sa décision est entachée d'illégalité. Le bénéficiaire de la décision exécutoire[1879] peut saisir le juge administratif pour excès de pouvoir. S'il peut se prévaloir de l'urgence, il peut former un référé-liberté, sur le fondement d'une atteinte à son droit de propriété, devant le juge administratif des référés[1880].
Le bénéficiaire peut également former un recours en plein contentieux devant le tribunal administratif. Il demande l'annulation de la décision de refus et une indemnité pour réparation du préjudice causé par la faute.

La demande d'indemnisation est formée par le bénéficiaire[1881] auprès du préfet ou du ministre dans le cadre d'un recours gracieux hiérarchique [1882]. En cas de refus ou de silence gardé pendant deux mois, le bénéficiaire peut saisir le tribunal administratif en plein contentieux.
Le montant de l'indemnisation prend en compte l'occupation du local, la perte de valeur du fait de l'occupation, l'impossibilité de vendre le bien et les frais éventuels de remise en état des lieux après leur libération ainsi que les frais d'huissier engagés avant la période de responsabilité de l'Etat, dument justifiés et rendus nécessaires par le refus du concours[1883].
Cette indemnité d'occupation constitue un palliatif à la satisfaction du créancier.

Les règles générales de l'expulsion qui tendent à protéger la personne physique peuvent diminuer la satisfaction au créancier titulaire d'une sûreté réelle si l'octroi de la force publique est refusé. Dans tous les autres cas, ces procédures retardent la satisfaction du créancier. A côté des règles générales de l'expulsion, d'autres règles, spéciales, visant à la protection du logement du débiteur, contreviennent à la satisfaction du créancier.

---

par l'article 16 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 ; Voir aussi TA Toulouse, 23 oct. 2009, n°0602438, *AJDA* 2010, p.448, note **X. BIOY**. Le tribunal de Toulouse ne retient pas les circonstances humanitaires et sociales invoquées sous le couvert de l'ordre public, comme justification au refus du concours de la force publique.

[1878] Voir notamment CE, 19 févr. 1986, Société Parisienne de construction immobilière ; *Gaz. Pal*. 1986, 2, pan. Dr. Adm. p. 486

[1879] Seul le bénéficiaire de la décision exécutoire a intérêt à agir. La jurisprudence a ainsi refusé le droit d'action au liquidateur judiciaire de l'entreprise car le titre exécutoire visait le propriétaire

[1880] Article L. 521-2 du code de justice administrative. Voir **N. CASAL**, *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 460, Concours de la force publique, spéc. n°35

[1881] Dans une affaire, la requête du mandataire judiciaire a été exclue. Le propriétaire devait agir. CE, 2 sept. 2009, n°297126, Société Slibail Immobilier

[1882] Voir **N. CASAL**, *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 460, Concours de la force publique, spéc. n°49

[1883] Voir **N. CASAL**, *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 460, Concours de la force publique, spéc. n^{os} 46 et s.

2. Les dispositions particulières relatives au logement

589. **La volonté de relogement du débiteur**. Lorsque l'immeuble constitue le logement ou l'habitation principale de l'occupant, la loi accorde à ce dernier des protections particulières. En effet, le droit au logement est un droit fondamental[1884].

L'immeuble servant de logement est un bien particulier car il abrite la vie de la famille.

La procédure d'expulsion ne doit pas ignorer le relogement de l'occupant, qu'elle doit faciliter. Ainsi, le commandement de quitter les lieux est transmis par l'huissier aux services de la préfecture et l'occupant peut saisir la commission départementale de relogement.

Les dispositions particulières imposent des mentions spéciales dans le commandement d'expulsion. Elles accordent surtout à l'occupant divers délais pour quitter les lieux, pour éviter que l'expulsion n'intervienne dans des circonstances trop difficiles et pour lui permettre de trouver une solution de relogement[1885].

590. **Le délai minimum de deux mois aux fins de relogement**. Ainsi l'article L. 412-1 du Code des procédures civiles d'exécution[1886] prévoit que *« si l'expulsion porte sur un local affecté à l'habitation principale de la personne expulsée ou de tout occupant de son chef, elle ne peut avoir lieu qu'à l'expiration d'un délai de deux mois qui suit le commandement, sans préjudice des articles L. 412-3 à L. 412-7*».

Le premier délai est donc un délai de deux mois à compter du commandement de quitter les lieux. Toutefois, ce délai peut être supprimé si l'occupant est de mauvaise foi[1887].

591. **Les délais supplémentaires fondés sur des causes humanitaires**. A ce délai de deux mois, la loi ajoute[1888] des « *sursis judiciaires* »[1889], le respect de la trêve hivernale entre le 1er novembre et

---

[1884] Voir n°408

[1885] Voir notamment : **T. MOUSSA**, Les obstacles temporels à l'exécution : délais, moratoires et prescriptions, *in Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, dir. **A. Leborgne, E. Putman**, Coll. Droit et Procédure, 2009, p.33, spéc. nos 91 et s.

[1886] Ancien article 62 de la loi du 9 juillet 1991

[1887] TI Brignoles, 18 janv. 2005, *Dr. et Proc*. 2005, p. 237, obs. C. **SCORDOPOULOS**

[1888] En effet, l'ensemble de ces délais est cumulable. Voir **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. no708

[1889] Ces dispositions étaient préalablement contenues dans le Chapitre III *« Dispositions diverses – sursis à l'exécution des décisions de justice* » du titre Ier du livre IV du CCH. L'article L.613-1 de ce code revoie expressément aux articles L. 412-2 et s. du Code des procédures civiles d'exécution. Néanmoins, la qualification de « *sursis à exécution* » s'impose.

le 15 mars[1890] et les délais d'exécution accordés par le juge sur demande de l'occupant qui justifie que « *le relogement ne peut avoir lieu dans des conditions normales* »[1891].

En sus du délai de deux mois, l'occupant peut demander un sursis judiciaire. Si, dans l'esprit, ces délais ressemblent aux délais de grâce prévus aux articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, il ne s'y identifie pas. En effet, il a seulement pour objectif de différer l'exécution forcée d'un jugement, même passé en force jugée, alors que les délais de grâce viennent suspendre les poursuites à l'encontre du débiteur. Ainsi, ce délai ne fait que reporter la mesure d'exécution forcée qui interviendra coûte que coûte. Le sursis d'exécution cesse lorsque l'occupant a été relogé. Dans ce cas, l'occupant étant parti de lui-même, le concours de la force publique devient inutile.

La trêve hivernale, prévue à l'article L. 412-6 du Code de la construction et de l'habitation, fixe arbitrairement une période de l'année pendant laquelle toute expulsion est impossible. Elle s'étend du 1er novembre au 15 mars. Elle a pour objectif d'éviter aux occupants de se retrouver « à la rue » durant la période la plus froide de l'année. Toutefois, cette période est arbitraire et crée de nombreuses inégalités face à l'expulsion car la France ne comporte pas des conditions climatiques uniformes[1892]. Les délais sont souvent élargis pour cette raison.

L'occupant peut demander des délais supplémentaires au juge si son relogement ne peut pas avoir lieu dans des conditions normales. Ces délais sont renouvelables[1893] mais leur durée totale doit être comprise entre un mois minimum et un an maximum[1894].
La durée de ces délais est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond mais la bonne foi de l'occupant est prise en compte. Il ne peut pas solliciter de tels délais si une solution de relogement lui a été proposée et qu'elle n'a pas été suivie d'effet, de son fait[1895]. De même, la situation globale de l'ensemble des parties est analysée. L'âge, la situation de famille, de fortune, les circonstances atmosphériques doivent être considérés.

Les dispositions contenues dans les procédures d'expulsion qui protègent l'occupant de l'immeuble contre la perte de son logement, empêchent le créancier titulaire d'une sûreté réelle immobilière d'être pleinement satisfait et ce, en dépit du fait qu'il l'ait réalisée. Par exemple, le créancier a

[1890] Article L. 412-6 du Code des procédures civiles d'exécution. Toutefois ces dates sont souvent modifiées à cause des intempéries. Par exemple, en 2013, la trêve hivernale n'a pas pris fin de 15 mars mais le 1er avril.
[1891] Article L. 412-3 du Code des procédures civiles d'exécution
[1892] **R. PERROT, P. THÉRY**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000, spéc. no702
[1893] Article L. 412-3 du Code des procédures civiles d'exécution
[1894] Article L. 412-4 du Code des procédures civiles d'exécution
[1895] Article L. 412-3 du Code des procédures civiles d'exécution

réalisé sa sûreté par une attribution en propriété. Le maintien dans les lieux de l'occupant l'empêche d'entrer en jouissance du bien. Si sur un plan juridique, le créancier peut disposer de son bien, sur le plan économique, le maintien de l'occupant dans les lieux lui ôte son droit.

Au stade de la satisfaction, certaines règles spécifiques des procédures d'insolvabilité ou des procédures civiles d'exécution qui tendent à protéger l'humanité du débiteur et sa dignité, s'imposent au créancier. Ces règles font prévaloir les intérêts du débiteur personne physique sur ceux du créancier et la satisfaction de ce dernier s'en trouve limitée. Dans d'autres hypothèses, le législateur préfère, à la satisfaction du créancier, les droits de tiers non constituants ; il en va ainsi des droits de préemption légaux.

Section 3. Le respect des droits de préemption légaux

592. **Notion de droit de préemption**. Le droit de préemption est « la faculté reconnue à une personne physique ou morale de se substituer à l'acquéreur d'un bien que son propriétaire a mis en vente »[1896]. Mais en présence d'un droit de préemption, la pratique notariale notifie souvent une intention d'aliéner au titulaire du droit de préemption, avant que le contrat ne soit conclu[1897]. En somme, il est fait une offre au bénéficiaire du droit de préemption. Il n'y a donc pas de substitution car le contrat initial n'est pas formé[1898]. Le droit de préemption opère alors comme un pacte de préférence[1899].

Les droits de préemption sont légaux. Ils peuvent appartenir à des personnes publiques mais également à des personnes privées tels que le fermier[1900] ou le preneur d'un bail d'habitation[1901]. Néanmoins, les droits de préemption sont toujours motivés par l'intérêt général[1902]. Ils constituent

[1896] **CONSEIL D'ETAT**, *Le droit de préemption*, La documentation française, 2008, spéc. p. 9 ; Dans le même sens, voir **Y. GAUDEMET**, *Traité de droit administratif, Tome 2, Droit administratif des biens*, 14ème éd., LGDJ, 2011, spéc. n°702 ; **N. FOULQUIER**, *Droit administratif*, Lexis Nexis, Manuel, 2011, spéc. n°315 ; Voir aussi : **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Le droit de préemption*, Préf. **P. Raynaud**, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CLXIV, LGDJ, 1979, spéc. p. 284-285. Cet auteur analyse la préemption comme une cession forcée de contrat. ; **A. BÉNABANT**, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ème éd. 2010, spéc. n°766. L'auteur reprend l'analyse de la substitution mais indique qu'il s'agit « *d'un changement de débiteur* » ;

[1897] Voir **A. GAUDEMET**, La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société, *Revue des sociétés*, 2011, p. 139, spéc. n°4 ; **CHAPUISAT**, Réflexions sur le droit de préemption, RDI, 1981, p. 449 ; **F. COLLARD-DUTILLEUX, P. DELEBECQUE**, *Les contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9ème éd. 2011, spéc. p.78

[1898] **P. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER**, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, Droit civil, 6ème éd. 2012, spéc. n° 147 ; **J. GHESTIN**, **J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER**, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012, spéc. n°11155

[1899] Voir n^{os} 377 et s.

[1900] Articles L. 412- 4 et suivants du Code rural

[1901] Article. 15, II, de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989

[1902] Même lorsqu'ils sont octroyés à des preneurs à bail, les droits de préemption sont d'abord fondés sur l'intérêt général et ensuite sur les intérêts privés du preneur. Voir **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Le droit de préemption*, Préf. **P. Raynaud**, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CLXIV, LGDJ, 1979, spéc. n^{os}410 et s. ; **W. DROSS**, *Clausier*,

parfois des règles d'aménagement du territoire comme le droit de préemption urbain, le droit de préemption du locataire et le droit de préemption des SAFER. D'autres fois, ils appartiennent aux règles de sauvegarde du patrimoine collectif comme le droit de préemption des musées nationaux sur les ventes d'œuvres d'art[1903].

Les droits de préemption rencontrent le droit des sûretés lorsqu'il est opéré un transfert de propriété. Ce dernier peut avoir lieu à deux moments, soit à la constitution de la sûreté comme pour la fiducie-sûreté, soit à la réalisation de la sûreté comme pour les sûretés réelles préférentielles et la fiducie-sûreté[1904]. Il a déjà été mis en évidence que la réalisation de la sûreté réelle entraînait un changement de propriétaire du bien grevé[1905].
Le respect des droits de préemption légaux s'impose donc lorsque la réalisation de la sûreté implique un transfert de propriété. Ils s'appliquent aux ventes et attributions en propriété (§1). Dans ce dernier cas, ce respect pose des questions techniques spécifiques auxquelles, dans le silence de la loi, il convient de répondre (§2).

§1. Le respect du droit de préemption par l'ensemble des modes de réalisation translatifs de propriété

593. **Le respect des droits de préemption par les ventes forcées**. Dans la majorité des cas, le droit de préemption s'applique à toute cession ou aliénation à titre onéreux, volontaire ou non, à l'exception des expropriations pour cause d'utilité publique[1906]. D'autres exceptions peuvent être

---

Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne, Litec, 2ème éd. 2011, spéc. p495 ; **J.-P. MOREAU**, *J.-Cl. Baux ruraux, Fasc. 340 : Baux Ruraux, Droit de préemption. Preneur de biens ruraux*, nov. 2008, spéc. n°2 ; Voir aussi, **R. HOSTIOU, J.- F. STRUILLOU**, *Expropriation, Préemption*, Litec Professionnel, 4ème éd. 2011, spéc. nos330, 363, 384,

[1903] Pour une mise en exergue des intérêts protégés, voir notamment **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Le droit de préemption*, Préf. **P. Raynaud**, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CLXIV, LGDJ, 1979, spéc. nos 408 et s.

[1904] Dans ce sens voir : **B. MALLET-BRICOUT**, Le fiduciaire propriétaire, *JCP N* 2010, n°1073, spé. n°12 ; **P. PUIG,** Le fiducie et les contrats nommés, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007, Dr. et Patr. juin 2008, n°171, p. 68, spéc. I.A.1. Contre l'application des droits de préemption à la constitution de la fiducie-sûreté, voir **R. DAMMANN, G. PODEUR**, Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre, *RLDCiv*, mai 2008, p.33. Ces auteurs font valoir que le bénéficiaire du droit de préemption n'aurait pas la qualité nécessaire pour être fiduciaire, que le transfert de propriété se veut temporaire et que la constitution de la fiducie a lieu sans stipulation de prix. Cela est toujours vrai en matière de fiducie-gestion, mais pas en matière de fiducie-sûreté depuis l'ordonnance du 30 janvier 2009. Ce dernier argument a donc été écarté. Toutefois ces auteurs ne se prononcent pas sur l'application du droit de préemption lors de la réalisation.

[1905] Voir nos 335

[1906] L'exception est logique. L'expropriation et la préemption poursuivent le même objectif et servent toutes les deux l'intérêt général.

prévues. En matière de droit de préemption du preneur d'un bail rural, il s'agit par exemple de l'échange[1907].

Les droits de préemption attachés aux espaces naturels sensibles[1908] et aux SAFER[1909] s'appliquent aux « *aliénations à titre onéreux, sous quelque forme que ce soit* ». De même, les textes relatifs aux droits de préemption des communes et des zones d'aménagement différé visent « *toute aliénation à titre onéreux* ».

Les conventions non translatives de propriété, les mutations à titre gratuit, les partages et les fusions de société n'emportent donc pas l'application des droits de préemption.

En revanche, le droit de préemption s'impose à toute aliénation à titre onéreux, même forcée. Ainsi, si un immeuble hypothéqué est réalisé par une saisie immobilière, aboutissant à une vente amiable ou non, les droits de préemption susceptibles de s'appliquer doivent être purgés[1910]. Toutefois, la purge des droits de préemption ne va pas s'opérer de la même façon dans les deux cas. En cas de vente par le débiteur dans le cadre d'une saisie immobilière, la purge a lieu juste après la fixation du prix par le juge[1911] alors qu'en cas de vente par adjudication judiciaire, la purge est postérieure à la dernière enchère[1912].

La loi exclut cependant l'application des droits de préemption en cas de plan de cession dans le cadre d'une procédure collective[1913]. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une vente isolée du bien, le droit de préemption doit être respecté par les organes de la procédure[1914].

[1907] Article L. 412-3 du Code rural et de la pêche maritime: « *L'échange même avec soulte, de parcelles de terre de l'exploitation contre d'autres parcelles ou biens ruraux en vue d'opérations assimilables à des opérations d'aménagement foncier agricole et forestier ou rentrant dans le cadre de telles opérations, à condition que les parcelles ou biens nouvellement acquis rentrent dans l'exploitation à la place des parcelles ou biens distraits.*
Il n'existe pas non plus lorsqu'il s'agit de fonds dont la location est dispensée de la forme écrite dans les conditions prévues à l'article L. 411-3. »

[1908] Article L. 142-3 al. 3 du Code de l'urbanisme

[1909] Article L. 142-3 alinéa 10 du Code de l'urbanisme

[1910] Voir **R. HOSTIOU, J.- F. STRUILLOU**, *Expropriation, Préemption*, Litec Professionnel, 4ème éd. 2011, spéc. nos466 et s

[1911] **R . HOSTIOU, J.- F. STRUILLOU**, *Expropriation, Préemption*, Litec Professionnel, 4ème éd. 2011, spéc. nos473

[1912] **R. HOSTIOU, J.- F. STRUILLOU**, *Expropriation, Préemption*, Litec Professionnel, 4ème éd. 2011, spéc. nos468

[1913] Voir articles L. 642-5 du Code de commerce, L. 143-5 du Code rural et de la pêche maritime ; L. 231-1 al. 1 du Code de l'urbanisme ; Pour de plus amples explications voir **J.-J. FRAIMOUT,** *J.-Cl. Procédures collectives, Fasc.2760, Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaire, Plan de cession – Effets II- Exécution/Inexécution*, spéc. n°35 ; **J.-J. FRAIMOUT,** *J.-Cl. Procédures collectives, Fasc.2730, Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaire, Plan de cession – conception/adoption*, spéc. n°44 ; Pour des applications jurisprudentielles, voir notamment, Cass. Civ. 3ème, 1er avril 1998, *D. Aff*. 1998, p. 805, note **A. LIENHARD** ; *RTDCom*. 1998, p. 929, note **C. SAINT-ALARY-HOUIN** ; Voir aussi CE, 6 oct. 1995, req. n° 112083, *Commune de Maisongoutte* : *D.* 1995, inf. rap. p. 246 ; Cass. Civ. 3ème, 19 sept. 2012, n°10-21.858,

[1914] **R. HOSTIOU, J.- F. STRUILLOU**, *Expropriation, Préemption*, Litec Professionnel, 4ème éd. 2011, spéc. nos405 ; **P.-M. LE CORRE**, *J.-Cl. Procédures collectives, Fasc.2709, Redressement et liquidation-Réalisation de l'actif-Vente de biens isolée*, spéc. n°73

594. **Le respect des droits de préemption dans les attributions en propriété**. La question du respect des droits de préemption en cas d'attribution en propriété n'est traitée ni par la loi, ni par la jurisprudence.

Néanmoins, la doctrine a, à plusieurs reprises, plaidé en faveur de la purge des droits de préemption lors de l'attribution en propriété, notamment lors d'une attribution conventionnelle d'une hypothèque ou d'un gage immobilier[1915]. De même, en cas de fiducie-sûreté, Monsieur P. Puig préconise le respect des droits de préemption[1916].

Parmi les textes relatifs aux droits de préemption, certains visent « *toute aliénation à titre onéreux* ». Ceci permet de faire entrer dans leur domaine d'application les attributions judiciaires, conventionnelles ou légales pour deux raisons. La première est que les attributions en propriété entraînent, sous réserve de l'hypothèse de la fiducie-sûreté à deux personnes, un transfert de propriété, notamment lorsqu'elles provoquent une dation en paiement[1917]. La seconde est que ce transfert de propriété du bien n'a pas lieu à titre gratuit. Sa contrepartie est constituée par la créance garantie impayée. Ainsi, dans ces hypothèses, les attributions judiciaires, conventionnelles ou légales sont susceptibles de se heurter à l'exercice des droits de préemption[1918].
A contrario, lorsque le texte relatif au droit de préemption ne vise que « *la vente* », l'application aux attributions en propriété est exclue.

L'application des droits de préemption aux hypothèses d'attribution en propriété pose néanmoins des problèmes techniques[1919] quant à sa mise en œuvre et à la purge de ces droits.

[1915] **M. Bourassin, V. Brémond**, **M.-N. Jobard-Bachellier,** *Droit des sûretés*, Sirey, 4ème éd. 2014, n° 2098 ; **D. Lepeltier**, Le nouveau droit de l'hypothèque, *in* dossier : le renouveau de l'hypothèque, *Dr. et Patr*. Mai 2007, p. 60 ; **M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel**, *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9°éd., 2010, spéc. n°1087; **S. Hébert**, Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, Chron., p. 2052 ; **L. Aynès, P. Crocq**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, spéc. n°686 pour l'attribution judiciaire et n°687 pour le pacte commissoire ; *Droit des sûretés*, Lamy 2014, n°202-93

[1916] **P. Puig,** Le fiducie et les contrats nommés, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 février 2007Dr. et Patr., juin **2008, n°171, p. 68**, spéc. I.A.1

[1917] **A. Aynès**, Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances, Dossier n°12, Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, *Procédures* n°8, août 2008

[1918] **L. Aynès, P. Crocq**, *Les sûretés, la publicité foncière*, Droit civil, Defrénois, 8ème éd., 2014, spéc. n°686 pour l'attribution judiciaire et n°687 pour le pacte commissoire

[1919] **P. Puig**, *J.-Cl. Civil, Fasc. unique, Privilèges et hypothèques – Effets, Pacte commissoire et attribution judiciaire*, 2009, spéc. n°40

§2. Les problèmes techniques spécifiques de mise en œuvre du droit de préemption dans les attributions en propriété

595. **L'absence de disposition légale ou de position jurisprudentielle**. Les attributions en propriété et les droits de préemption risquent de s'entrechoquer. Si, sur le principe cette hypothèse ne semble pas poser problème, sa mise en œuvre s'avère délicate, le législateur n'ayant pas pris le soin de tracer une esquisse de régime juridique. Il appartient à la jurisprudence de le préciser. Cette dernière n'a pas été, à notre connaissance, saisie de la question. Les interrogations sont multiples, le moment d'exercice du droit, les modalités de versement d'un éventuel prix, la purge du droit. Les développements qui suivent tentent d'imaginer des solutions.

596. **La purge des droits de préemption dans les attributions en propriété**. Il semble qu'il faille distinguer deux cas, d'une part l'attribution judiciaire, et d'autre part les attributions conventionnelles et légales.
Dans l'attribution judiciaire, le transfert de propriété résulte de la décision de justice. Il semble donc possible de raisonner par analogie avec la vente par adjudication judiciaire et de mettre les formalités de purge des droits de préemption à la charge du juge, après l'attribution judiciaire.
En revanche, en matière d'attribution conventionnelle, le transfert étant provoqué par le créancier. Il nous paraît légitime de mettre à sa charge la purge des droits de préemption. Quant au moment de la purge, elle ne peut intervenir après le transfert de propriété, par exemple, si ce dernier est stipulé automatique ou dans un délai s'écoulant entre la constatation de la défaillance et le transfert de propriété. La stipulation contractuelle ou bien la mise en demeure peut laisser au créancier le délai suffisant pour procéder à la purge des droits de préemption.
Pour la fiducie-sûreté, la tâche revient naturellement au fiduciaire. Il convient pour plus de sécurité de le préciser dans la convention constitutive. De la même manière que pour l'attribution conventionnelle, le moment de la purge dépend de la volonté des parties.

Les difficultés ne concernent pas seulement le moment et la personne en charge de la purge. Elles portent également sur les effets de l'exercice du droit de préemption sur la réalisation et les voies de satisfaction du créancier.

597. **La contrepartie de l'acquisition par préemption, d'une attribution en propriété à une vente**. Economiquement, l'opération est neutre. En cas de vente, le préempteur préempte, en

principe[1920], au prix fixé par le vendeur ou déterminé par les parties. Le vendeur reçoit donc le même prix et l'acquéreur n'est pas contraint de verser le prix, puisque le préempteur se substitue à lui. En principe, pour les parties à la vente, l'exercice de la préemption est économiquement neutre.
La difficulté est qu'en matière d'attribution en propriété, il n'y a pas de versement de prix par l'acquéreur. L'acquéreur est créancier et la contrepartie du transfert de propriété est la créance impayée.
Or il est impossible d'admettre l'exercice du droit de préemption sans qu'une contrepartie ne soit versée, car cela aboutirait à une négation totale du droit de propriété et à une spoliation du créancier.
En matière d'attribution, la valeur du bien est évaluée par expert. La contrepartie de la préemption pourrait résider dans le versement d'une somme d'argent équivalente à l'attributaire. Cependant, si la situation est économiquement neutre pour le propriétaire du bien, elle peut ne pas l'être pour le créancier attributaire. Le vide législatif révèle l'incertitude dans laquelle se trouve le créancier demandant l'attribution en propriété.

Au plan juridique, l'exercice du droit de préemption, le versement d'un prix qu'il implique, modifient la nature de l'opération. Il ne s'agit plus d'une attribution en propriété mais d'une vente. Qu'advient-il alors du créancier qui a demandé l'attribution judiciaire ? Conserve-t-il son droit exclusif ou seulement son droit préférentiel ?

598. **Le sort du créancier attributaire**. Plusieurs solutions peuvent être imaginées. La première est d'admettre que le créancier n'a pas réalisé sa sûreté et qu'il peut exercer son droit de suite sur le bien transféré au préempteur car l'exercice du droit de préemption ne purge pas le bien des sûretés qui le grèvent. Le créancier peut demander de nouveau la réalisation de sa sûreté. Toutefois, lorsque le bien est acquis par une personne publique, ce dernier est frappé d'insaisissabilité. La réalisation n'est alors pas possible.
Le prix est versé au propriétaire du bien, conformément aux règles des droits de préemption. Il entre alors dans le gage général des créanciers.

La seconde solution envisageable est d'imaginer une subrogation des droits du créancier au prix. Deux issues sont ici aussi à distinguer.

[1920] Dans certains cas, comme en matière de droit de préemption urbain, la commune peut préempter pour un prix inférieur.

La première réside dans le maintien de l'attribution en propriété. Par par un mécanisme de subrogation, l'attribution porte non pas sur le bien grevé mais sur la somme d'argent représentant sa valeur. La somme doit alors être remise au créancier, à charge pour lui de restituer au débiteur ou de consigner l'excédent.

La seconde issue est de considérer que l'attribution a échoué et que seule la vente subsiste. Le créancier n'a alors pas acquis de droit exclusif sur le bien. Il peut néanmoins exercer son droit de préférence sur le prix. Il convient alors de consigner le prix et de procéder à une distribution de prix.

Le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté n'est pas concerné par cette difficulté. L'attribution en propriété est un effet légal de la fiducie-sûreté à trois personnes. En cas de préemption, il suffit de maintenir le patrimoine fiduciaire. La somme d'argent représentant la valeur du bien et contrepartie de l'exercice du droit de préemption peut être versée dans le patrimoine fiduciaire. Il convient alors de procéder comme en matière de vente. Le fiduciaire procède à la remise du prix et éventuellement à sa distribution.

Dans la mesure où il s'agit d'une cession forcée de la propriété d'un bien, la purge pourrait appartenir à celui qui provoque le transfert de propriété, donc au créancier.

***

Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 2

599. La préservation des intérêts du constituant, des tiers non constituants amène à instituer un principe de non enrichissement du créancier du fait de sa sûreté. L'étude des textes relatifs aux modes de réalisation a permis de montrer que la réalisation ne peut procurer aucun enrichissement au créancier. Ce principe non écrit est apparu comme général pour deux raisons. Il est général quant à son domaine d'application car il s'applique à tous les modes de réalisation. Il apparaît également comme général car il se fonde sur le caractère accessoire des sûretés réelles et le principe de sanction de l'enrichissement injuste. En outre, au regard de ces deux fondements, le principe de non enrichissement se révèle être un principe d'ordre public, n'admettant pas de dérogation conventionnelle.

Le principe de non enrichissement tend à préserver à la fois les intérêts du constituant, en lui évitant toute spoliation de la part de son créancier, et ceux des tiers non constituants en leur permettant, s'ils sont créanciers, d'exercer leurs droits sur l'excédent de la valeur.

Bien que la mise en œuvre du principe de non enrichissement soit diversifiée, elle s'articule autour de règles générales. Il convient d'abord de déterminer la valeur du bien, puis de la comparer au

montant de la créance restant due. Le créancier est payé et l'excédent doit, sauf disposition légale contraire, être remis au constituant sous la forme d'une somme d'argent. Le constituant devenu créancier de la soulte ne dispose d'aucune garantie particulière quant au paiement de celle-ci. Néanmoins, ses droits peuvent être préservés par l'intervention d'un tiers dans le mécanisme de réalisation (selon les cas, un huissier de justice, le JEX, un agent de sûreté, le fiduciaire ou le tiers protecteur) ou encore par l'octroi d'un droit de rétention.

Le principe de non enrichissement et sa mise en œuvre semblent véritablement constituer des règles de droit commun.

La préservation des intérêts du constituant, des tiers non constituants et l'intérêt général font l'objet de dispositions légales spécifiques dans lesquelles le législateur fait prévaloir ces intérêts sur ceux du créancier. Dans ce sens, la protection de ces intérêts vient poser des limites à la satisfaction du créancier titulaire de sûretés réelles. En effet, la préservation des intérêts du débiteur constituant a conduit le législateur à modifier l'ordre de paiement des créanciers car il a souhaité traiter de manière favorable les salariés et les créances utiles aux besoins de la procédure et au sauvetage du débiteur constituant dans les procédures de surendettement, de sauvegarde et de redressement judiciaire.

Parallèlement, la protection spéciale accordée au débiteur personne physique justifie certaines mesures de protection. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté contient une disposition permettant au débiteur personne physique de se maintenir temporairement dans son logement, ultérieurement à la vente de celui-ci.

Avant la consécration des modes de réalisation amiables, les procédures d'expulsion et les droits de préemption n'entraient presque jamais en contact avec le droit des sûretés réelles. Désormais, la question est renouvelée. L'exécution forcée demeure un recours subsidiaire en l'absence d'exécution volontaire du constituant, par exemple en cas d'attribution en propriété de l'immeuble, le constituant qui refuse de quitter les lieux. Le créancier ne peut pas entrer de force chez le constituant pour le contraindre à libérer les lieux. Les procédures d'expulsion répondent à des conditions précises, il est offert de nombreux délais au débiteur pour suspendre la mesure d'expulsion. Lorsque l'occupant refuse de quitter les lieux, l'huissier doit demander l'octroi de la force publique qui peut être refusé pour des raisons d'intérêt général. Il est donc évident que les procédures d'expulsion peuvent retarder la satisfaction du créancier ou la réduire.

Les droits de préemption ne rencontraient les sûretés réelles qu'au travers du droit des procédures civiles d'exécution et particulièrement des ventes forcées. Le bénéficiaire du droit de préemption venait se substituer à l'acquéreur du bien. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, ce droit de

préemption a vocation à s'appliquer aux modes de réalisation alternatifs. Les modalités d'application sont toutefois à préciser et à harmoniser.

****

Conclusion de la Partie 2

600. Les intérêts du constituant, des tiers non constituants et de l'intérêt général méritent d'être protégés. Toutefois, cette protection peut venir heurter les droits du créancier et l'efficacité de sa sûreté réelle.

Tous les intérêts du constituant et des tiers non constituants ne s'imposent pas au créancier. Seuls s'imposent les intérêts considérés comme supérieurs. Certains sont des intérêts économiques et se trouvent protégés principalement par le droit des procédures collectives. D'autres viennent protéger plus particulièrement le débiteur personne physique, en respectant la dignité de sa personne et en le protégeant contre une marginalisation sociale. Il en va ainsi des règles relatives à la protection du logement et des biens et revenus lui assurant un niveau de vie minimum. Enfin, certaines règles tendent à la protection de droits des tiers. Les titulaires de droits d'agrément ou de pacte de préférence, la caution mais aussi le titulaire d'un droit de préemption légal voient leurs droits respectés lors de la réalisation des sûretés réelles. Ce respect se fonde sur l'opposabilité des conventions, l'absence d'abus de droit ou encore le respect de l'intérêt général.

Les intérêts identifiés rencontrent tantôt l'option, tantôt la satisfaction du créancier.

Au stade de l'option, la préservation des intérêts du constituant et des tiers peut mettre le créancier dans l'impossibilité d'exercer toute option et de réaliser sa sûreté. C'est ce qu'il est proposé d'adopter en matière de procédures collectives sous la forme du principe de l'égalité tempérée. Celui-ci interdirait la réalisation des sûretés réelles tant que le sauvetage de l'entreprise est possible. L'option peut encore être empêchée par le respect des règles protectrices du logement ou du cadre de vie minimal. Ces règles, en principe applicables aux procédures civiles d'exécution, ont vocation à être étendues aux modes alternatifs de réalisation. Ainsi, les attributions en propriété se trouvent empêchées tant que dure l'insaisissabilité du bien grevé. Dans d'autres hypothèses, l'option se trouve conditionnée au respect de certains droits, comme les droits d'agrément ou de préférence qui doivent être purgés avant la réalisation. Quant à la préservation du bénéfice de subrogation de la caution, il doit être respecté. Le créancier ne saurait abuser de son droit de réaliser en causant sciemment un dommage à la caution.

Au stade de la satisfaction, les intérêts du constituant, des tiers non constituants et l'intérêt général se trouvent également préservés sans toutefois constituer toujours une limite aux droits du créancier. Il a pu être dégagé un principe de non enrichissement, principe général et d'ordre public, commun à tous les modes de réalisation et à toutes les sûretés réelles. Il constitue le plafond de la satisfaction du créancier mais n'empêche pas cette satisfaction. Bien que sa mise en œuvre soit variée, elle est dirigée par des règles communes visant à déterminer de la valeur du bien et de l'excédent de la valeur. Ce dernier se traduit par la remise d'une soulte sous la forme d'une somme d'argent au constituant, sauf disposition légale contraire.

Parallèlement au principe général de non enrichissement, la protection des intérêts du constituant, du tiers non constituant et de l'intérêt général fait l'objet de dispositions particulières. Ces dernières tendent à faire, dans certaines situations, prévaloir les intérêts du constituant et des tiers sur ceux du créancier. En ce sens, la satisfaction du créancier se trouve limitée.

Ainsi, le droit des procédures collectives, parce que le législateur a favorisé certains créanciers pendant la procédure collective, provoque un véritable bouleversement de l'ordre établi par le droit civil. En outre, il peut remettre en cause la satisfaction du créancier antérieure au jugement d'ouverture en réputant caduques les distributions de prix n'ayant pas produit d'effet attributif immédiat au jour du jugement d'ouverture et en réduisant ou annulant des sûretés au titre d'une sanction pour soutien abusif. Les sommes ainsi appréhendées sont remises aux organes de la procédure.

Le droit des procédures collectives et le droit des procédures civiles d'exécution réservent une protection particulière au débiteur personne physique et protègent en particulier l'immeuble qui lui sert de logement. Ainsi, le droit des procédures collectives prévoit certaines hypothèses de maintien dans les lieux postérieurement à la liquidation du bien grevé. Le droit des procédures civiles d'exécution et spécialement les procédures d'expulsion, s'imposent parfois au créancier qui a réalisé sa sûreté. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles la réalisation implique la restitution du bien au créancier. Le recours aux procédures susvisées est obligatoire lorsque le constituant refuse de remettre le bien grevé au créancier. Ces mesures tendent à retarder ou à limiter la satisfaction du créancier.

Enfin, les droits de préemption légaux, parce qu'ils servent l'intérêt général, doivent être respectés. Dans cette hypothèse, le degré d'atteinte aux droits du créancier est moindre, car dans la majorité des cas, l'exercice des droits de préemption ne fera que retarder la satisfaction complète du créancier titulaire d'une sûreté réelle sur le bien préempté. Cette dernière règle apparaît comme une règle générale de la réalisation des sûretés réelles.

Conclusion générale

601. **Rappel des enjeux et de la démarche de l'étude**. La réalisation du droit des sûretés réelles se trouve au cœur du processus décisionnel du créancier. C'est l'un des éléments déterminants dans le choix d'une sûreté réelle car elle en fixe l'efficacité.

La réalisation des sûretés réelles se trouve au cœur du droit économique car elle est au confluent de différentes matières récemment réformées, le droit des sûretés, dont elle est le noyau dur, le droit de l'insolvabilité et le droit des procédures civiles d'exécution. Ces matières poursuivent les mêmes objectifs : assurer, à la fois, l'efficacité au profit du créancier et la protection du débiteur et de certains tiers, ainsi que tenter de trouver un équilibre entre eux. Cette étude transdisciplinaire s'inscrit donc dans une démarche globale et suit les objectifs législatifs énoncés.

L'ensemble des matières dans lesquelles s'ancre la réalisation des sûretés réelles ont été réformées ces neuf dernières années, mais c'est la réforme des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006[1921] qui a modifié le paysage de la réalisation des sûretés réelles. L'ordonnance qui a réformé en profondeur le droit français des sûretés réelles a maintenu et développé la diversité des sûretés réelles et la diversité des modes de réalisation. Toutefois, de très nombreux rapprochements ont été opérés entre les sûretés réelles mobilières et immobilières, dévoilant les fondements d'un droit commun des sûretés réelles. Les dispositions existantes sont incomplètes pour pouvoir constituer un véritable droit commun.
De surcroît, il est apparu que l'existence de règles communes pouvait permettre de poursuivre les objectifs d'efficacité au profit du créancier et de protection du constituant et des tiers non constituants, tout en œuvrant à leur conciliation.

Cette étude a permis de révéler les prémices d'un droit commun et d'en imaginer les prolongements.

602. **Eléments de droit commun constatés et imaginés**. Il a été proposé d'analyser la réalisation des sûretés réelles tantôt du point de vue du créancier, tantôt du point de vue du constituant et des tiers non constituants.

[1921] Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés

Différents constats et propositions ont alors été formulés. Il convient d'en reprendre les grands axes.

Concernant le créancier, la recherche de l'efficacité de sa sûreté passe, d'abord, par la voie de l'option pour le mode de réalisation. Dans ce sens, le législateur de 2006 a multiplié les modes de réalisation et développé des modes alternatifs de réalisation. L'exercice de l'option résulte de la volonté du créancier (sauf stipulation contractuelle contraire) et s'opère sur l'assiette de la sûreté, en cas de défaillance du débiteur de l'obligation garantie.

La satisfaction obtenue prend alors, selon les cas, la forme d'un droit de priorité ou d'un droit exclusif. Pour améliorer les effets de la réalisation, diverses propositions ont été émises à ce stade. Les plus importantes sont les suivantes.

Il est proposé de soumettre l'ensemble des sûretés réelles, y compris les propriétés-sûretés, à une publicité aux fins d'opposabilité sur un registre unique, informatisé, accessible partout et en tous temps, afin de faciliter le classement des droits de priorité et la résolution des conflits en matière de droits exclusifs.

Pour faciliter l'établissement de l'ordre des droits de priorité, il est également proposé de supprimer les privilèges du Trésor et de la sécurité sociale, ceux fondés sur l'idée de gage ainsi que ceux fondés sur l'idée d'enrichissement du débiteur. Une solution alternative et complémentaire résiderait en la soumission des privilèges à une publicité.

Quant au traitement des droits de priorité par les procédures d'insolvabilité, il est suggéré d'accentuer la différenciation de traitement selon les procédures et le sort réservé au bien grevé. Les droits des créanciers doivent être respectés lorsque le sauvetage n'est plus possible. Ces droits doivent donc primer dans la liquidation judiciaire. Ainsi, il paraît opportun de renforcer le maintien des droits de priorité en cas de cession du bien grevé en développant les hypothèses de transfert de sûreté au cessionnaire du bien et en élargissant l'assiette de la quote-part de prix consignée au bénéfice de ces créanciers. Il est aussi suggéré de répartir de manière plus équitable le poids des privilèges de la procédure.

Le traitement des situations d'exclusivité mérite également d'être harmonisé. Sur le modèle de la fiducie-sûreté assortie d'une convention de mise à disposition, il est proposé de maintenir l'efficacité des sûretés réelles lorsque le bien n'est pas indispensable au sauvetage de l'entreprise, mais aussi lorsque l'entreprise ne peut plus être sauvée, à savoir en cas de liquidation judiciaire.

Parallèlement à la recherche de l'efficacité, la loi tend, lorsque cela est nécessaire, à *la protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants*. Cette préservation peut apparaître comme un élément perturbateur des droits du créancier titulaire d'une sûreté réelle.

Au stade de l'option, la préservation des intérêts économiques du constituant se manifeste particulièrement lorsque le débiteur (constituant ou tiers) est placé sous le coup d'une procédure collective sur le fondement du livre VI du Code de commerce. Il est proposé, dans le prolongement des suggestions précédentes, de soumettre, lorsque l'entreprise peut être sauvée, l'ensemble des créanciers antérieurs titulaires d'une sûreté réelle, y compris les propriétés-sûretés, à une interdiction de la réalisation de leur sûreté. Cette disposition concernerait les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

Dans l'exercice de son option, le créancier garanti doit également respecter les droits de certains tiers non constituants, titulaires de droits d'agrément, bénéficiaires de pacte de préférence ou bien caution en cas de cumul d'une sûreté réelle et d'une sûreté personnelle pour la garantie d'une même dette. Les droits de ces tiers contraignent à des degrés divers le créancier dans l'exercice de son option.

Une protection spéciale est offerte au débiteur personne physique afin que les droits fondamentaux attachés à sa personne soient respectés, spécialement le droit au respect de la dignité humaine. Dans cette optique, il est proposé d'adopter un principe d'interdiction de la réalisation des sûretés réelles sur les biens insaisissables, quelle que soit l'origine de l'insaisissabilité. Les règles relatives au surendettement des particuliers et au rétablissement personnel, parce qu'elles constituent un rempart contre la marginalisation du débiteur personne physique, imposent certaines contraintes au créancier. Il est proposé d'interdire la réalisation de la sûreté durant ces procédures sur le modèle établi en matière de procédures collectives du livre VI du Code de commerce.

Quant à la satisfaction, la protection des intérêts économiques du constituant et des tiers non constituants vient la plafonner par un principe général d'ordre public interdisant l'enrichissement du créancier du fait de la réalisation de sa sûreté. La mise en œuvre de ce dernier est variée, mais une trame commune apparaît. La mise en œuvre se déroule en trois étapes : la détermination de la valeur du bien, une comparaison de cette valeur avec le montant de la créance restant due et le versement de l'excédent, en principe, au constituant.

La protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants vient également limiter, dans certaines circonstances, la satisfaction du créancier. Dans les procédures collectives, pour servir les intérêts du sauvetage de l'entreprise, le créancier antérieur titulaire d'une sûreté réelle est rétrogradé derrière les créances privilégiées par la procédure. La satisfaction du créancier peut être remise en cause par la caducité des procédures de distribution qui n'ont pas produit un effet attributif au jour du jugement d'ouverture et par l'annulation des sûretés réelles au titre de la sanction pour soutien abusif. En outre, la satisfaction peut être retardée ou limitée par le respect des droits de préemption légaux.

La protection particulière offerte aux personnes physiques vient, elle aussi, perturber la satisfaction du créancier titulaire d'une sûreté réelle. Le recours aux procédures civiles d'exécution et particulièrement aux procédures d'expulsion peut se révéler finalement obligatoire. Ainsi, le constituant peut se voir accorder des délais supplémentaires pour quitter l'immeuble qui a été réalisé.

Des règles communes ont pu être dégagées ou imaginées tout au long de cette étude tendant à l'élaboration d'un droit commun des sûretés réelles. Il a été remarqué dans l'introduction générale que la construction du Titre II du Livre IV du Code civil ne faisait pas apparaître en tant que telle l'existence d'un droit commun. De surcroît, certaines dispositions, notamment celles relatives à la fiducie-sûreté, figurent presque à l'identique dans les développements relatifs aux sûretés mobilières et dans ceux afférant aux sûretés immobilières. Le plan du Titre II dévoile ici ses faiblesses. La classification des sûretés réelles sur le critère de la nature des biens qui en composent l'assiette montre ses limites. Une restructuration de ces textes pourrait alors être envisagée.

603. **Une restructuration du Code civil**. Le Titre II du Livre IV du Code civil aurait pu s'articuler autour du clivage naissance/effets. Cependant, sauf à retenir une sûreté réelle unique, le choix législatif de la pluralité de sûretés réelles condamne, à notre sens, cette solution. A l'image du Code des procédures civiles d'exécution, il pourrait être retenu le clivage droit commun/droit spécial.
Les procédures civiles d'exécution sont diverses. Néanmoins, elles sont soumises à des règles communes, qui sont, regroupées dans un livre spécifique au sein du code. Ces dispositions générales s'opposent à des règles spéciales applicables à des catégories de procédures civiles d'exécution, par exemple, les procédures civiles d'exécution mobilières et la saisie immobilière. Les règles applicables à chaque catégorie se scindent, à nouveau, en règles communes et en règles spéciales applicables à une seule procédure.
Le droit des procédures civiles d'exécution et le droit des sûretés partagent, outre leurs objectifs, certains caractères communs : la pluralité des mécanismes de mise en œuvre des droits du créancier et, au-delà de cette diversité, l'existence de règles communes à l'ensemble de ces mécanismes ou à certaines catégories. La construction du Code des procédures civiles d'exécution nous semble pouvoir être adoptée en matière de sûretés réelles.

.

Annexe

SURETES REELLES		DROITS CONFERES PAR LA SURETE				
		DROIT DE RETENTION		DROIT DE PROPRIETE	DROIT DE PREFERENCE	DROIT DE SUITE
		FICTIF	EFFECTIF			
DE DROIT COMMUN						
Privilège					X	
Gage	Avec déposs.		X		X	X
	Sans déposs.	X			X	X
Nantissement					X	X
Hypothèque					X	X
Gage immobilier (Antichrèse)			X		X	X
Réserve de propriété				X		
Fiducie-sûreté				X		
SPECIALES						
Privilège du vendeur de meuble					X	
Privilège du préteur de deniers			X		X	X
Privilège du vendeur d'immeuble			X		X	X
Privilèges immobiliers spéciaux					X	X
Privilèges doublement généraux					X	
Privilèges mobiliers					X	
Gage de véhicule automobile		X			X	X
Gage de matériel et outillage		X			X	X
Gage de stocks					X	X
Gage commercial					X	
Warrants récipicé		X		X	X	
Warrants agricoles		X			X	
Nantissement de compte d'instruments financiers			X		X	X
Nantissement de créance			X		X	X
Hypothèque mobilière					X	X
Nantissement de fonds de commerce					X	X
Nantissement de solde de compte bancaire					X	
Nantissement d'œuvre cinématographique					X	X
Nantissement de certificat d'obtention végétal					X	X
Nantissement de brevet d'invention					X	
Nantissement de dessins et modèles					X	
Nantissement de marques					X	
Gage-espèce			X	ou X	X	

MISE EN ŒUVRE DES DROITS CONFERES PAR LA SURETE						
TRANSFERT DE PROPRIETE			VENTE FORCEE			REVENDICAT° RESTITUTION
PACTE COMMISSOIRE	ATTRIBUT° JUDICIAIRE	AUTRE ATTRIBUTION EN PROPRIETE	AVEC SAISIE	SANS SAISIE	AUTRES VENTES FORCEES	
			saisie vente			
X	X			vente		
X	X		Saisie-vente			
X	X		Saisie immobilière			
X	X		saisie immobilière			
X	X		saisie immobilière			
						X
		X	éventuellement		X	X ?
			saisie mobilière			
	X		saisie immobilière			
	X		saisie immobilière			
	X		saisie immobilière			
			saisie immobilière			
			saisie mobilière (type selon nature du bien)			
X	X		saisie par immobilisation			
	X		saisie vente ou appréhension			
	X		saisie vente			
X	X			vente enchères 8j ap. mise en demeure		
			Saie vente	vente		
			Saisie vente	vente		
hors art L. 431-4 al.1 CMF	hors art L. 431-4 al.1 CMF	8j ap. mise en demeure: att° en propriété / rachat		vente enchères hors art L.431-4 al.1		
X	X	saisie de créance de somme d'argent	Saisie attribution			
X?	X?		saisie vente ou appréhension			
			saisie-vente			
X	X		saisie attribution			
X	X		saisie vente /ou de biens incorporels			
X	X		Saisie de biens incorporels			
X	X		Saisie de biens incorporels			
X	X		Saisie de biens incorporels			
X	X		Saisie de biens incorporels			
X	X					

Bibliographie

Ouvrages généraux, traités et manuels

ALBIGES (C), DUMONT-LEFRAND (M.-P.)
- *Droit des sûretés*, Dalloz, HyperCours, 3ème éd. 2011

ANCEL (P.),
- *Droit des sûretés*, Litec, Objectif droit, 4ème éd., août 2006
- *Droit des sûretés*, LexisNexis, Objectif droit, 6ème éd., août 2011

ARGENSON (J.), TOUJAS (G.),
- *Traité des procédures collectives*, par **B. Soinne**, Litec, 2ème éd., 1995

ATIAS (C.),
- *Droit Civil. Les Biens*, Litec, Manuel, 10ème éd. 2009
- *Droit Civil. Les Biens*, Litec, Manuel, 11ème éd. 2011

AUBRY (C.), RAU (C.),
- *Cours de droit civil français*, t. 6, par **E. Bartin**, 5ème. éd. 1920
- *Cours de droit civil français*, t. 3, par **P. Esmein** et **A Ponsard**, LGDJ, 7ème éd. 1968

AYNES (L.), CROCQ (P.),
- *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 2ème éd., 2006
- *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 3ème éd., 2008
- *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 4ème éd., 2009
- *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 6ème éd., 2012
- *Les sûretés, la publicité foncière*, Defrénois, Droit civil, 8ème éd., 2014

AYNES (L.), MALAURIE (P.),
- *Les sûretés, droit du crédit*, éd. Cujas, 2ème éd., 1988

BARTHEZ (A.-S.), HOUTCIEFF (D.),
- *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2010

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), DE LOYNES (P.),
- *Traité théorique et pratique de droit civil, Des privilèges et hypothèques et de l'exécution forcée*, Paris, Ed. Larosse, t. 1, 1895
- *Traité de droit civil : Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 3ème éd. 1906, t. 1

BENABANT (A.),
- *Droit civil, Les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 8ème éd. 2008
- *Droit civil, Les contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ème éd. 2010
- *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 11ème éd. 2013

BERGEL (J.-L), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.),
- *Traité de droit civil, Les biens*, sous la dir. **J. Ghestin**, LGDJ, 2°éd., mars 2010

BERGEL (J.-L.), EYROLLES (J.-J.), LIARD (J.-J.) ET ALII,
- *Droit de l'immobilier*, Lamy, 2011

BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.),
- *Cours de droit civil, t. XIII, Les sûretés personnelles et réelles*, par **P. Voirin**, Paris, 1948

BLAZY (R.), LASSERRE CAPDEVILLE (J.), STORCK (M.) ET ALII,
- *Pratique des affaires, Les atouts du droit français*, Lamy, Axe Droit, 2010

BONNASSIES (P.), SCATEL (C.),
- *Traité de droit maritime*, LGDJ, 2006

BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.),
- *Droit des sûretés*, Dalloz Sirey, 2007
- *Droit des sûretés*, Sirey, 3ème éd. 2012
- *Droit des sûretés*, Sirey, 4ème éd. 2014

BRENNER (C.),
- *Voies d'exécution*, Dalloz, Cours, 6ème éd. 2011
- *Voies d'exécution*, Dalloz, Cours, 7ème éd. 2013

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (P.),
- *Droit des sûretés*, Litec, Manuel, 9ème éd., 2010

CABRILLAC (R.),
- *Droit des obligations*, Dalloz, 8ème éd. 2008

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.),
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux et sûretés*, 12ème éd. 2008
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, Dalloz, 12ème éd. 2011

CARBONNIER (J.),
- *Droit civil, Introduction*, t.1, PUF, Themis, 1990
- *Droit civil, Les biens*, t. 3, PUF, Thémis, Droit Privé, 15ème éd., 1992
- *Droit civil, t. 4, Les obligations*, PUF, Thémis, Droit privé, 22ème éd. 2000
- *Droit civil, t. 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadriges manuels, 2004
- *Droit civil, t. 2, Les biens, Les obligations*, PUF, Quadriges manuels, oct. 2004
- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd. 2007

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) ET ALII,
- *Dictionnaires des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010

COLIN (A.), CAPITANT (H.),
- *Cours élémentaire de droit civil français*, par **L. Julliot de la Morandinière**, t. 2, Dalloz, 10ème éd. 1948

COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.),
- *Les contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis 9ème éd. 2011

COQUELET (M.-L.),
- *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, HyperCours, 4ème éd. 2011

COUCHEZ (G.),
- *Voies d'exécution*, Sirey, 10ème éd. 2010

COUCHEZ (G.), LEBEAU (D.),
- *Voies d'exécution*, Sirey, 11ème éd. 2013

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.),
- *Droit des sociétés*, Litec, Manuel, 27ème éd., 2014

DAGOT (M.),
- *La publicité foncière*, PUF, Thémis droit, 1981
- *Les sûretés*, PUF, Thémis Droit, 1981

DEUMIER (P.),
- *Introduction générale au droit*, LGDJ Manuel, 2011

DEVEZE (J.), COURET (A.), HIRIGOYEN (G.), ET ALII,
- *Droit du financement*, Lamy, 2015

DIDIER (P.), DIDIER (P.),
- *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, Corpus Droit Privé, Economica, 2011

DONDERO (B.), LE CANNU (P.),
- *Droit des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 3ème éd. 2009

DONNIER (M.), DONNIER (J.-B.),
- *Voies d'exécution et procédure de distribution*, Litec, Manuel, 2014

DUPIN (A.),
- *Œuvres de **Pothier**, Dissertation sur Pothier, Traité des, Obligations*, t. 1, Paris, Béchet, 1824-1825

EPSTEIN (D. G.), NICKLES (S. H.),
- *Principles of Bankruptcy Law*, Thomson West, 2007

FABRE-MAGNAN (M.),
- *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, Thémis Droit, 2008
- *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, PUF, Thémis Droit, 3ème éd. 2012

FAVOREUX (L.), PHILIP (L.),
- *Les grands arrêts de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 10ème éd. 1999

FERRIRERE (F.), AVENA-ROBARDET (V.),
- *Surendettement des particuliers*, Dalloz-Action, 2012-2013

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.),

- *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 13ème éd. 2008
- *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 14ème éd. 2010
- *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 16ème éd. 2014

FOULQUIER (N.),
- *Droit administratif*, Lexis Nexis, Manuel, 2011

FRANÇOIS (J.),
- *Droit civil, Les obligations, Régime général*, 2ème éd., 2011

GAUDEMET (J.),
- *Les institutions de l'Antiquité :* Domat, 7ème éd. 2002

GAUDEMET (Y.),
- *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, 14ème éd., LGDJ, 2011

GAUTIER (P.-Y.),
- *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5ème éd., 2004

GERMAIN (M.),
- *Traité de droit commercial, t. 1 vol.2, Les sociétés commerciales*, 19ème éd. 2009

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.),
- *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005

GHESTIN (J.), DESCHE (B.),
- *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), avec le concours de FABRE-MAGNAN (M.),
- *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd. 1994

GHESTIN (J.), HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.),
- *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012

GUINCHARD (S.), MOUSSA (T.),
- *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz-Action, 2010-2011
- *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz-Action, 2013-2014

GUYON (Y.),
- *Droit des affaires, t. 2, Entreprises en difficulté*, 9ème éd. 2003

HOONAKKER (P.),
- *Procédures civiles d'exécution, Voies d'exécution, Procédures de distribution*, Larcier, Coll. Paradigme, 2013
- *Procédures civiles d'exécution, Voies d'exécution, Procédures de distribution*, Larcier, Coll. Paradigme, 2014

HOSTIOU (R.), STRUILLOU (J.-F.),
- *Expropriation, Préemption*, Litec Professionnel, 4ème éd. 2011

JACQUEMONT (A.),
- *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Manuel, 2009
- *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Manuel, 8ème éd. 2013

JEANTIN (M.), LE CANNU (P.),
- *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz. Précis, 7°éd., Nov. 2006

JOSSERAND (L),
- *Cours de droit positif français*, t. 2, Paris, Sirey, 2ème éd. 1933

JULIEN (J.),
- *Droit des obligations*, Larcier, Métiers du droit, 2012

JULIEN (P.), TAORMINA (G.),
- *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ manuel, 2ème éd. 2010

KULLMANN (J.),
- *Droit des assurances*, Lamy, 2010

LAMBERT-FAIVRE (Y.), LEVENEUR (L.),
- *Droit des assurances*, Dalloz, Précis, 13ème éd. 2011

LARROUMET (C.),
- *Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. 3*, Economica, 2003
- *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, t. 1, Economica, 6ème éd., 2013
- *Droit civil, Les biens, Les droits réels principaux*, t. 2, Economica, 5ème éd., 2006

LAUBA (R.),
- *Le contentieux de l'exécution*, Lexis Nexis, ENM, 2012
- *Le contentieux de l'exécution*, Lexis Nexis, ENM, 2014

LE CANNU (P.), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M.), SENECHAL (J.-P.),
- *Entreprises en difficulté, Prévention, redressement et liquidation judiciaire*, GKN Joly Editions, Pratique des affaires, 1994

LE CORRE (P.-M.),
- *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz – Action, 2008-2009
- *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz – Action, 2012-2013
- *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz – Action, 2013-2014
- *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz – Action, 2015-2016

LE CORRE (P.-M.), LE CORRE BROLY (E.),
- *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, Sirey, 2ème éd., 2006

LE GALLOU (C.),
- *Droit des sûretés et droit des procédures collectives*, Larcier, Métiers du droit, 2012

LEBORGNE (A.),
- *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 1ère éd. 2009

LEGEAIS (D.),
- *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 6ème éd., 2008
- *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8ème éd., 2011
- *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9ème éd., 2013

LIENHARD (A.),
- *Procédures collectives*, Ed. Delmas, 6ème éd. 2014-2015

LUCAS (F.-X.), LECUYER (H.) ET ALII,
- *La réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006

MACORIG-VENIER (F.),
- Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté, *in Entreprises en difficulté*, dir. **P. Roussel Galle**, Droit 360°, Lexisnexis, 2012

MALAURIE (P.),
- *Anthologie de la pensée juridique*, Ed. Cujas, 2ème éd. 2001
- *Les personnes, La protection des majeurs et des mineurs*, Defrénois, Lextenso, 7ème éd. 2014

MALAURIE (P.), AYNES (L.),
- *Les biens*, Defrénois, Droit civil, 5ème éd. 2013
- *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 5ème éd. 2012

MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.),
- *Les contrats spéciaux*, Defrénois, Droit civil, 6ème éd. 2012

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCH (P.),
- *Les obligations*, Defrénois, 4ème éd. 2009
- *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd. 2011
- *Les obligations*, Defrénois, 6ème éd. 2013

MALAURIE (P.), MORVAN (P.),
- *Introduction au droit*, Défrénois, 5ème éd. 2014

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), JESTAZ (P.),
- *Les sûretés, La publicité foncière*, Droit civil, Dalloz Sirey, 2ème éd., 1987
- *Les obligations*, Sirey, Droit civil, t. 1, 1988, n°360

MAURY (J.),
- *Successions et libéralités*, Objectifs droit, Lexis Nexis, 8ème éd., 2012

MAZEAUD (H.), (L.), (J.),
- *Sûretés, Publicité foncière*, par **V. Ranouil** et **F. Chabas**, Montchrestien, Leçons de droit civil, 6ème éd. 1988

MAZEAUD (H.), (L.), (J.), CHABAS (F.),
- *Obligations théorie générale, t. 2, vol.1*, Montchrestien, Leçons de droit civil, 9ème éd. 1998
- *Sûretés-Publicité foncière*, par **Y. Picod**, Montchrestien, Leçons de droit civil, 1999

MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.),
- *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996
- *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996

MIGNOT (M.),
- *Droit des sûretés*, Montchrestien, LMD, coll dir. B. Beigner, 2008
- *Droit des sûretés*, Montchrestien, LMD, coll dir. B. Beigner, 2010

PEDAMON (M.), KENFACK (H.),

- *Droit commercial, Commerçant et fonds de commerce, Concurrence et contrats de commerce*, Dalloz, Précis, 3ème éd. 2011

PEROCHON (F.),
- *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9ème éd. 2012

PEROCHON (F.), BONHOMME (R.),
- *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8ème éd. 2009

PERROT (R.), THERY (P.),
- *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000
- *Procédures civiles d'exécution ,* Dalloz, 3ème éd. 2013

PICOD (Y.),
- *Droit des sûretés*, PUF, Thémis Droit, 2008
- *Droit des sûretés*, PUF, Thémis Droit, 2ème éd. 2011

PIEDELIEVRE (S.),
- *Droit de l'exécution*, PUF, Thémis, Droit privé, 2009
- *Droit des sûretés*, Ellipses, Cours magistral, 2008

PIETTE (G.),
- *Droit des sûretés, Sûretés personnelles, Sûretés réelles*, Gualino, Mémentos LMD, ème Éd. 2013-2014

PLANIOL (M.),
- *Traité élémentaire de droit civil, t. 2, Les preuves, Théorie générale des obligations, contrats, Privilèges et hypothèques*, LGDJ, 5ème éd.1909

PLANIOL (M.), RIPERT (G.),
- *Traité pratique de droit civil français, t. 3*, LGDJ, 1952
- *Traité pratique de droit civil français*, par **E. Becqué**, t. XII, 1ère partie, LGDJ, oct. 1952
- *Traité pratique de droit civil français*, par **A. Esmein**, t. XII, vol. 2 *Les obligations*, 1952
- *Traité partique de droit civil français, Sûretés réelles*, t. XII, par **E. Becqué**, 2ème éd. 1953

POLLAUD-DULIAN (F.),
- *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999
- *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 2010

PONT (P.),
- *Explication théorique et pratique du code civil, Traité des petits contrats*, t. 9, vol. 2, éd. Delamotte, 1867

POUMAREDE (M.),
- *Droit des obligations*, Cours, LMD, Montchrestien, 2014

PUIG (P.),
- *Contrats spéciaux*, Dalloz, HyperCours, 5ème éd. 2013

RIPERT (G.), BOULANGER (J.),
- *Traité de droit civil t. 3, sûretés réelles, Contrats civils*, LGDJ, 1958

RIPERT (G.), ROBLOT (R.),
- *Traité de droit commercial, t. 2, Les sociétés commerciales*, par **M. Germain, V. Magnier**, LGDJ, 20ème éd. 2011

RODIERE (R.),
- Le navire, Traité général de droit maritime, Dalloz (1967-1972)

RODIERE (R.), RIVES-LANGES (J.-L.),
- *Droit bancaire*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1980

ROLAND (H.), BOYER (L.),
- *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, t. 2, *Adages*, Ed. L'Hermès, Coll. Droit-Economie-Gestion, 1978, n°115
- *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999, spéc. n°193, p. 371

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),
- *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, Domat Droit privé, 7 ème éd., 2011
- *Droit des entreprises en difficultés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 8 ème éd., 2013
- *Droit des entreprises en difficultés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 9 ème éd., 2014

SERVAIS (D.),
- *Intégration des marchés financiers*, éd. Université de Bruxelles, 2007

SEUBE (J-B.),
- *Droit des sûretés*, Dalloz, cours, 4ème éd. 2008

- *Droit des sûretés*, Dalloz, cours, 7ème éd. 2014

SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.),

- *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 5ème éd. 2009
- *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 6ème éd. 2012

SOINNE (B.),

- *Traité des procédures collectives*, Litec, 1987
- *Traité des procédures collectives*, Litec, 2ème éd., 1995

STARCK (B.),

- Droit *civil, Les obligations (contrat)*, par **H. Rolland** et **L. Boyer**, Litec, 3ème éd. 1989

TERRE (F.), SIMLER (P.),

- *Les biens*, Dalloz, Droit privé, Précis, 8ème éd. 2010

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.),

- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 9 ème éd., 2005
- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 10ème éd., 2009
- *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, 11 ème éd., 2013

TEYSSIE (B.),

- *Droit civil, les personnes*, Lexis Nexis, manuel, 15ème éd., 2013

TROLONG (R.),

- *Droit civil expliqué*, t. 17, *Du cautionnement et des transactions*, Paris, Hingary, 1846

TROLONG (R.), SPINNAEL (P.-J.),

- *Des privilèges et des hypothèques, Le droit civil expliqué selon l'ordre du code*, t. 1, Société de typographie belge, 1837

VALLANSAN (J.), CAGNOLI (P.), FIN-LANGER (L.),

- *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du livre VI du code de commerce*, LexisNexis, 6ème éd. 2012

VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.), CARDINI (C.),

- *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, Droit&Professionnels, 2ème éd. 2012

VINCENT (J.), PREVAULT (J.),

- *Voies d'exécution*, Dalloz, 16ème éd. 1987

VIOLLET (P.),

- *Histoire du droit civil français*, LGDJ, 3ème éd. 1905

VOINOT (D.),

- *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ 2007

WOOG (J.-C.), SARI (M.-C.), WOOG (S.),

- Stratégie contentieuse du créancier, 2ème éd. 2006

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.),

- *Cours de droit civil, Obligations Régime*, PUF, Droit fondamental, 2013
- *Les Biens*, PUF, Droit fondamental, 3ème éd., janv. 2008

Ouvrages spéciaux

Thèses et monographies

ABEL-BAKI (A.F.),
- *De la possession en matière mobilière*, Th. Paris 1943

AGBA (K.),
- *La couverture en droit financier, Etude des financements structurés et de la gestion structurée au regard du droit des contrats*, Th., Toulouse, 2009

ALBIGES (C.),
- *De l'équité en droit privé*, préf. **R. Cabrillac**, LGDJ 2000

ANCEL (M.-E) ET ALII,
- *Repenser le droit des sûretés mobilière*, Biblio. De l'institut A. Tunc, LGDJ, avril 2005

ATIAS (C.),
- *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, th. Poitiers, 1974

ATTAL (M.),
- *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, Préf. **S. Poillot-Peruzzetto**, Defrénois, t. 13, 2005

AYNES (A.),
- *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, th. Paris II, préf. **C. Larroumet**, Economica, 2005

BAKOUCHE (D.),
- *L'excès en droit civil*, préf. **M. Gobert**, Biblio de droit privé, LGDJ, 2005

BARRIERE (F.),
- *La réception du trsut au travers de la fiducie*, préf. **M. Grimaldi**, Litec 2004

DE BERTIER-LESTRADE (B.),
- *Les conflits d'acte juridiques en droit privé*, préf. **L. Rozès**, PUAM, 2003

BESNARD (P.),
- *De la clause de voie parée*, Th. Paris, 1907

BICHERON (F.),
- *La dation en paiement*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 2006

BIOY (X.),
- *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet desdroits fondamentaux*, préf. **H. Roussillon**, Dalloz, Nouv. Biblio. des thèses, 2003, t. 22

BLAS (C.),
- *Le fait générateur de l'impôt*, préf. **P. Beltrame**, L'Harmattan, Finances publiques, 2007

BORGA (N.),
- *L'ordre public et les sûretés réelles conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, th. préf. **S. Porchy-Simon**, Dalloz Nouvelle bibliothèque des thèses, 2009

BOUGEROL-PRUD'HOMME (L.),
- *Exclusivité et garanties de paiement*, Th. Paris II, 2010
- *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. **P. Crocq**, LGDJ, Bilblio de droit Privé, t. 538, 2012

BOURASSIN (E.),
- *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. **M.-N. Jobard-Bachellier, V. Brémont**, Biblio de droit privé, LGDJ, t. 456, 2006

BOUTEILLE (M.),
- *Les propriétés conditionnelles*, préf. **F. Pérochon**, PUAM 2008

CABRILLAC (M.),
- *La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, Th. Montpellier*, Recueil Sirey, 1954

COTTET (M.),
- *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. **J. Rochfeld**, Th. LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, t. 544, 2013

CROCQ (P.),
- *Propriété et garantie*, Th. Préf. **M. Gobert**, Bibliothèque de Droit privé, t. 248, LGDJ, 1995

DAGOT (M.),
- *L'hypothèque rechargeable*, Carré Droit, Litec, oct. 2006,

- *Le pacte de préférence*, Litec, 1988

DESREUMAUX (C.),

- *Garanties financières et fiducie-sûreté, éléments de comparaison pour le créancier*, sous la dir**. H. Synvet**, Mémoire, Panthéon-Assas, 2007-2008

DROSS (W.),

- *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2ème éd. 2011

DUCLOS (J.),

- *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, Bibl. Dr. Privé, t. 179, LGDJ. 1984, préf. **D. Martin**

DUEDRA (M.),

- *Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : Essai d'une comparaison*, Th. Toulouse, 2012

DUPICHOT (P.),

- *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Th, préf. **M. Grimaldi**, Ed. Panthéon Assas, 2005

ERESEO (N.),

- *L'exclusivité contractuelle*, th. Biblio. de droit de l'entreprise, sous la dir. **J. Raynard**, Préf. **D. Ferrier**, Litec, 2008

FABRIES-LECEA (E),,

- *Le règlement « insolvabilité », Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union Européenne,* Préf**. C. Saint-Alary-Houin**, Bruylant, Thèses, 2012

FAMILY (R.),

- *L'acte de fiducie : étude de droit interne et de droit international privé*, Th. Paris II, 2000

FARJAT (G.),

- *L'ordre public économique*, préf. **B. Goldman**, LGDJ, Biblio droit privé, 1963

FIJALKOW (Y.),

- *Sociologie du logement*, La découverte, Repères, 2011

GANTSCHNIG (D.),

- *Le pacte commissoire*, Mémoire de Master II, ss. la dir. de **L. Rozès**, Toulouse, 2008

GOUBEAUX (G.),

- *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. **D. Tallon**, Paris, LGDJ, t. 93,1969

GOURDON (P.),

- *L'exclusivité*, th. préf. **P. Le Cannu**, Bibli. Dr. Privé., 2006, t. 455

JACQUEMONT (A.),

- *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, Manuel, 6°éd., mars 2009

JULIENNE (M.),

- *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011

KHAIRALLAH (G.),

- *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984

LAURIOL (M.),

- *La subrogation réelle*, Th. Alger, 1953, t. 2

LE GAC-PECH (S.),

- *La proprotionnalité en droit des contrats*, Préf. **H. Muir-Watt**, Biblio. Droit privé, LGDJ, 2000

LEBORGNE (A.), PUTMAN (E.) ET ALII,

- *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution,* Coll. Droit et Procédure, 2009

LEGEAIS (D.),

- *Les garanties conventionnelles sur créances*, Avant-propos **J. Stoufflet**, Préf. **P. Rémy**, Economica, coll. Droit des affaires et entreprise, 1986

LIENHARD (A.),

- Code des procédures collectives, commenté, Dalloz, 7°éd, mars 2009

LISANTI-KALCZYNSKI (C.),

- *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 2001

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.),

- Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 17ème éd., 2009

LUCAS (F.-X.),

- *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie de valeurs mobilières*, Préf. **L. Lorvellec**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, t. 283, 1997

MACORIG-VENIER (F.),
- *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Th. Toulouse, 1992

MALAURIE (P.),
- *L'ordre public et le contrat, (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S),* préf. **P. Esmein**, Editions Matot-Braine, 1953

MARTIAL (N.),
- *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Avant propos **M. Vivant**, Préf. **D. Legeais**, Th. Aix Marseille, PUAM, 2007

MAURY (J.),
- *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, Th. Toulouse, Paris, 1920

MAZEAUD (D.),
- *La notion de clause pénale*, préf. **F. Chabas**, Th, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992

MEKKI (M.),
- *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. **J. Ghestin**, LGDJ, Biblio. Droit Privé, 2004, t. 411

MESTRE (J.),
- *La subrogation personnelle*, préf. **P. Kayser**, LGDJ, 1979

MESTRE (J.), RODA (J.-C.) ET ALII,
- *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, Les intégrales, 2011

MOULY (C.),
- *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Litec 1979

PEDAMON (M.),
- *Le droit allemand des contrats*, LGDJ, 2° éd. 2004

PELISSIER (A.),
- *Possession et meubles incorporels*, Th. Montpellier, préf. **M. Cabrillac**, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001

PÉROCHON (F),
- *La réserve de propriété*, av.-prop. de **J.- M. Mousseron**, préf. **F. Derrida**, Th. Litec, Biblio de droit de l'entreprise, 1988

PIAZZON (T.),
- *La sécurité juridique*, préf. **L. Leveneur**, Th. Défrénois, t. 35, 2009

PICOD (N.),
- *La remise de dette en droit privé*, préf. **C. Saint-Alary-Houin**, Dalloz, 2013

PICOD (Y.), CROCQ (P.) ET ALII,
- *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, EJT, coll. Droit et Procédures, 2006

RANOUIL (V.),
- *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, t. 187, 1985

RIFFARD (J.-F),
- *Le security interest ou L'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français,* préf. **J. Stoufflet**, PU de Clermont-Ferrand, 1997

RIPERT (G.),
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 3ème éd. 1935

ROBINE (D.),
- *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, préf. **P. le Cannu**, Biblio. Droit Privé, t. 400, 2003

ROULAUD (M.),
- *La qualité de la créance*, Th. Paris X, Nanterre 2007

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),
- *Le droit de préemption*, Préf. **P. Raynaud**, Bibli. de Droit Privé, t. CLXIV, LGDJ, 1979

SAVAUX (E.),
- *La théorie générale du contrat, Mythe ou réalité ?*, préf**. J.-L. Aubert**, LGDJ, Biblio de droit privé, t. 264, 1997

SEGUELA (A.),
- *Nature du droit du créancier hypothécaire sur l'indemnité d'assurance*, Th. Toulouse, 1939

SEMPE (N.),
- *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, Th. Toulouse, 1996

SENECHAL (M.),
- *L'effet réel de la procédure collective*, Essai sur la saisie cillective du gage commun des créanciers, préf. **M.-H. Monsérie-Bon**, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002

SEUBE (J.-B.),
- *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. **M. Cabrillac**, th, Bibl. de droit de l'entreprise, 1999

SIGALAS (P.-A.),
- *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Th. Aix en Provence, 1959

TANGER (M.),
- *La faillite en droit fédéral des Etats-Unis*, Préf. **J. Larrieu**, Economica, 2002

THERON (J.),
- *L'intervention du juge dans les transmissions des biens*, préf. **C. Saint-Alary-Houin**, LGDJ 2008

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.),
- *L'unité du patrimoine*, Préf. **D. Tomasin**, Defrénois, 2007

TORCK (S.),
- *Essai d'une théorie générale sur les choses fongibles*, Th. Paris II, 2001

TRIVAUDEY-BOURDIN (C.),
- *L'indivisibilité en droit privé*, Th. Lille, 2003

VALLANSAN (J.),
- Sauvegarde, Redressement et liquidations judiciaires, *J.-Cl. Procédures collectives*, fasc. n°2335

VASSEUR (M.),
- *Le principe de l'égalité des créanciers chirographaires dans la faillite*,Th. Paris, Rousseau, 1949

WITZ (C.),
- *La fiducie en droit privé français*, préf. **D. Schmidt**, Th., Economica, 1981

Ouvrages collectifs, colloques

ASSOCIATION HENRI CAPITANT,
- *Les droit de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006
- *15ème journées, Journées portugaises, Les garanties de financement*, LGDJ, Paris, 1998
- *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, dir. **H. Périnet-Marquet**, Litec, 2009
- Travaux de l'association Henri Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, t. XXXVI, 1985, Economica, 1987

CONSEIL D'ETAT,
- *Le droit de préemption*, La documentation française, 2008

BEIGNIER (B.), DO CARMO SILVA (J.-M.) (dir.),
- Code des assurances commenté, Litec, 2010

DU MARAIS (B.) ET ALII,
- *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business*, La documentation française, 2006

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) (dir.),
- Code des entreprises en difficulté, Lexisnexis, 2013

ROUSSEL GALLE (P.),
- Entreprises en difficulté, dir., Droit 360°, Lexisnexis, 2012

Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz, 2004

Dictionnaires juridiques

ALLAND (D), RIALS (S.) (DIR.),
- *Dictionnaire de la culture juridique, PUF quadriges,* 2003

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) ET ALII,
- *Dictionnaires des droits fondamentaux*, Dalloz,

CORNU (G.),
- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 2009

Rapports et études principaux

P. CATALA, Avant projet sur la réforme du droit des obligations: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

Rapport de la commission présidée par **M. GRIMALDI** : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000230/0000.pdf ou www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapport-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html

Rapport annuel de la Cour de cassation 2003, La documentation française, 2004, p. 125

Rapport annuel de la Cour de cassation 2009 : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/chambre_civile_3418/protection_particuliers_surendettes_3426/procedure_traitement_15322.html

LABICHE,
- Rapport, *JO*.3 févr. 1889, Sénat, Deb. Parl., p. 82

DE RICHEMONT (H.),
- Rapport n° 11 (2006-2007) Sénat,11 octobre 2006

DE ROUX (X.),
- Rapport sur la proposition de loi n°3655, à l'Assemblée Nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3655.asp.

Rapport Doing Business Understanding Regulation, 2004,
Rapport du Conseil de l'analyse économique, Le financement des PME, La documentation française, Paris 2009, spéc. p.131
Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises er des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014

CHERTOK (G), MALLERAY (P.-A), POULETTY (P.),
- *Le financement des PME*, rapport du Conseil de l'analyse économique, La documentation française, 2009

PLANTIN (G.), THESMAR (D.), TIROLE(J.),
- *Les enjeux économiques du droit des faillites ; Les notes du conseil d'analyse économique, n° 7, juin 2013*

Articles de doctrines

AFFAKI (G.),

- De la relation perfectible entre le créancier et les sûretés, *in Repenser le droit des sûretés mobilière*s, dir. **M.-E. Ancel**, Bibl. A. Tunc, LGDJ 2005

ALBIGES (C.),

- L'équité, *Rép. Civ*. Dalloz, spéc. n°18 (2011)

ALLIX (D.),

- Réflexions sur la mise en demeure, *JCP* 1977, I, 2844

ANCEL (P.),

- Le traitement des situations de surendettement de 1989 à 1998 : du redressement à la liquidation civile, *Dr et Patr.* oct. 1998, p.53
- Force obligatoire et contenu obligationel du contrat, *RTDCiv.* 1999, p. 771

ANDRIEUX (F.), PANSARD (A.-D.),

- Table ronde – Le mythe du droit de gage général : les biens insaisissables, *in Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, dir. **A. Leborgne, E. Putman**, Coll. Droit et Procédure, 2009, p.17

ANSAULT (J.-J.),

- Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir, *in* dossier : Quel avenir pour la fiducie ?, *Dr. et Patr*. Mai 2010, p.52
- Le gage du code civil, gage de droit commun ou droit commun du gage ? Les sûretés en quête d'un droit commun, *RDBF* sept. 2014, p.77

ASSELAIN (M.),

- Incidences de la cession judiciaire d'une entreprise sur le contrat d'assurance, *Resp. Civ. et Assur*. 2006, étude 1

ATIAS (C.),

- La valeur engagée, *RJCom.* 1994, n°11, pp. 72-84

AUBERT (F.),

- Les finalités des procédures collectives, *in Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 365

AUBIER (M.), CHARBONNIER (F.),

- Les banques et le financement des PME, Complément au Rapport du Conseil de l'analyse économique, *Le financement des PME*, La documentation française, Paris 2009

AUCKENTALER (F.),

- Compensation, garantie, cession, *JCP E 2007*, 1519

AUTEM (D.),

- L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, *Rép. Not. Defrénois*, 2004, art. n°37890

D'AVOUT (L.), DANOS (F.),

- Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles, Dr. et Patr. 2013, n°227

AYNES (A.),

- La consécration légale du droit de rétention, *D.* 2006, p. 1301
- Le rôle des sûretés dans le recouvrement des créances, *in* Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, *Procédures* 2008, n°8
- L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives, *JCP G*, 2008, 300

AYNES (L.),

- Présentation générale de la réforme, *in* Dossier La réforme du droit des sûretés, *D.* 2006, n°19, p. 1289
- Le gage de meubles corporels, *in* Réforme du droit des sûretés, *RLDA*. juil. 2006, p.7
- Le nouveau droit du gage, *in* Dossier sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, p.48
- Le nouveau droit du gage, *in* Dossier Sûretés mobilières du nouveau, *Dr. et Patr*. juil.-août 2007, spéc. p.48
- Le nantissement de créance, entre gage et fiducie, *in* Successions, libéralités, sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2007, n°162, p. 66

- Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire, *D.* 2011 p. 851

AYNES (L.), DUPICHOT (P.),

- Janvier 2006 - octobre 2007 : Les grandes lignes d'un nouveau paysage, Chron. Droit des sûretés, *Dr. & Patr*., janv. 2008, n°166, p. 82

BADINTER (R.),

- Les ambitions du législateur, JOAN CR du 6 déc. 1983, p. 5

BAILEY (S.), RAYNOUARD (A.),

- Gages de marques : conseils pratiques, *Bulletin d'actualité Lamy Droit commercial*, juin 2003, n°472, p. 6

BARRIERE (F.),

- *Répertoire civil*, v. Fiducie, Dalloz, 2008 spéc. n°73 (mis à jour janv. 2013)

BAZIN-BEUST (D.),

- Une analyse du pacte commissoire…ou la prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? *LPA* 13 mai 2001, n°99, p. 50

BECQUE-ICKOWICZ (S.),

- Les réformes de l'hypothèque, *in Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Dir. **S. Cabrillac, C. Albiges, C. Lisanti**, Litec, 2007, p. 79

BECKERS (Y.),

- Quel gage pour les établissements de crédit ? Gage de droit commun sans dépossession ou gage de stocks ?, *RDBF*. 2014. p. 111

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

- Rapport introductif, *in* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA* 30 sept. 1998, n°117, p. 3

BEJART (O.), LAFAGE (P.),

- Les problèmes posés par le privilège des salariés dans les procédures d'ordre, *Gaz. Pal.* 1983, 1, Doctr. p. 181

BERNARD DE SAINT AFRIQUE (J.),

- L'évaluation, *in* Le *droit privé français à la fin du XX*°s, *Etudes offertes à* ***P. Catala***, p. 315

BERNARD-MENORET (R.),

- Le droit de rétention au sein des sûretés, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *in* Bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008, n°63, p. 55

BERTRAN DE BALANDA (J.), BOURABIAT (F.),

- Fiducie et finance islamique, *in* Quel avenir pour la fiducie ?, *Dr et Patr*. mai 2010, n°192, p.84

DE BERTIER-LESTRADE (B.),

- Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes, *D.* 2011 p. 2954

BERTIN (P.),

- Ne touche pas à mon dentier, Gaz. Pal. 12 nov. 1985, doct. p. 626

BIHR (P.),

- L'opposabilité aux tiers du gage constitué sur un véhicule automobile, *D*. 1970, Chr. 14, p.69

BIOY (X.),

- La dignité justifie-t-elle le refus du concours de la force publique pour expulser un locataire ?, *AJDA* 2010, p. 448

BISSIEUX (J.-J.), CUISINIER (V.),

- Les voies d'exécution à l'épreuve des procédures collectives, *in* Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, *Procédures*, août-sept. 2008, p.29

DE BISSY (A.),

- Aspects fiscaux de la fiducie Loi du 19 févr. 2007, JCP E 2007, 1516

BLOCH (P.),

- L'obligation de transférer la propriété dans la vente, *RTDCiv*., 1988, p. 673
- Vers un renforcement de la cession de créance à titre de garantie ?, *in Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p.3

BOFFA (R.),

- L'opposabilité du gage sans dépossession, *D.* 2007, 1161

BOLZE (C.),

- L'unité du lien de connexité en droit des obligations, *RRJ.* 1988-2, p.303

BONNEAU (T.),
- Réforme des sûretés, *Droit des sociétés*, n°8, août 2006, comm. 129

BORGA (N.),
- Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 déc. 2008, *RDBF* mai-juin 2009, études 20, p.9,

BOUDOT (M.),
- Biens de famille, Rep Civil, Dalloz

BOUJEKA (A.),
- Perspectives commuanutaires et comparée de la procédure de rétablissement personnel, *in* Dossier, Analyse prospectives et comparatoste de la loi sur le rétablissement personnel, *RDBF* sept-oct. 2006, p. 61

BOULANGER (J.),
- Les conflits entre les droits qui ne sont pas soumis à publicité, *RTDCiv*. 1935, p. 545
- Principes généraux du droit et droit positif, *in Le droit privé au milieu du XX°s, Etudes offertes à G. Ripert, t. 1. Etudes générales et droit de la famille*, LGDJ, 1950

BOULAY (J.-C.),
- Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance, *RTDCom*. 1990, p. 339

BOURASSIN (M.),
- Les sûretés sur le logement du majeur protégé, *RTDCiv*. 2011, p. 433
- Sûreté et surendettement des particuliers, *LPA* 10 oct. 2012, n°203, p.4

BOURETZ (E.), DESCLOZEAUX (J.),
- Table ronde, Réforme du droit des sûretés, une réforme nécessaire !, *Cahier de droit de l'entreprise*, sept-oct. 2006, n°5, p. 9

BOUTEILLER (P.),
- *J.-Cl. Droit commercial, Fasc. 3100, Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires – Responsabilité du banquier*

BRUSCHI (M.),
- Le pacte de préférence, *Dr et Patr*. 1999, n°72

BUS (J.-P.),
- Le fléchissement du consentement dans les promesses unilatérales de vente : analyse critique, *AJDI* 2012 p. 249

CABRILLAC (M.),
- Les conflits entre cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau, *D.* 1990, Chr. p. 127
- Les ambigüités de l'égalité entre les créanciers, *in Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 31

CABRILLAC (M.), PETEL (P.),
- Juin 1994, Le printemps des sûretés réelles ?, *D*. 1994, chron. 243, spéc. n°32
- Le printemps des sûretés réelles, *D.* 1994, Chron. 243

CACHARD (O.),
- L'exclusivité, *in Le monde du droit, Ecrits en l'honneur de J. Foyer*, Economica 2008, p.215

CAGNOLI (P.),
- Le décret d'application de la loi Pétroplus, phase 2 : la vente des biens objet des mesures conservatoires et l'affectation du produit de la vente, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n°18, Nov. 2012, alerte 273

CANEDO-PARIS (M.),
- La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé, *RFDA* 2008 p. 979

CANTIN-CUMYN (M.),
- La fiducie au Québec, un modèle inimitable ?, *in* Trust et fiducie, compléments ou concurrents ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Academy et finance, Genève, janv. 2008, p. 85

CARBONI (C.-H.),
- Les difficultés du traitement des créanciers dans la mise en œuvre des plans de cession, *RLDAff* 2008, n°29, p. 85

CARBONNEL (C.),
- Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E* 2007, 2536

CARDAHI (C.),

- Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique, *Rev internationale de droit comparé*, 1955, p. 499

CASAL (N.),

- *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 460, Concours de la force publique, Avril 2011

CATALA (P.),

- A propos de l'ordre public, *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 51

CATALA-FRANJOU (N.),

- De la nature juridique du droit de rétention, *RTDCiv*. 1967, p. 9

CATILLON (V.),

- Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques, *LPA* 8 août 2008, n°159, p. 7

CAYROL (N.),

- *J.-Cl. Droit civil, Fasc. n°60, Contrats et obligations, Mise en demeure*

CHAZAL (J.-P.),

- Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux, *in Etudes de droit de la consommation - Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 280

CHAZAL (J.-P.), VICENTE (S.),

- Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, *RTDCiv*. 2000, p. 477

CHERCHEVE (F.),

- Purge et radiation des hypothèques grevant un immeuble en application d'un plan de cession d'une entreprise, *Gaz. Pal*. 6 févr. 1992

CHEVALIER (P.),

- La dispense de publicité définitive au profit du créancier hypothécaire inscrit provisoirement dans le cadre d'une procédure d'ordre judiciaire, *D*. 1998, chron. 425

COHEN-JONATHAN (G.), FLAUSS (J.F.),

- Commission et Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. Justices* 1995/1, p. 147

CORDELIER (E.),

- A propos de l'article 2037 du code civil, Observation sur le droit préférentiel, *RTDCom*. 2004, p. 667

COUDERT (J.-L.),

- Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ?, *LPA* 26 août 1992, n°103, p. 12

COURDIER-CUISINIER (A.-S.),

- Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, Essai sur les causes d'une controverse doctrinale, *RTDCiv*. 2005, p. 521

COURRET (A.), PERRIER (C.),

- Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive, *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 523

COURTILLAT (D.), PANSIER (J.),

- La naissance du « RMI bancaire », *Gaz. Pal*., 12 déc. 2002, n°346, p. 2

COUTURIER (G.),

- L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, *in Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 95

CROCQ (P.),

- La future réforme du droit français des sûretés réelles, *RLDC*, Chron., Oct. 2005, p.27
- La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, *D.* 2006, p. 1306
- La réforme des sûretés mobilières, *in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Dir **Y. Picod** et **P. Crocq**, EJT, coll. Droit et Procédures, 2006, p. 17
- Sûretés et porportionnalité, *in Etudes offertes au doyen P. Simler*, Litec –Dalloz, 2006, p. 291
- La réforme du droit des sûretés, le nantissement de créance, Rapport de l'intervention, **F. Labasque**, *Lexbase hebdo*, n°215, 18 mai 2006
- Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, *in* Dossier Fiducie, *D*. 2007.1356
- L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés, *JCP E 2009*, 1313
- L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés, *Rev. Proc. Coll*., p. 77
- La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des *subprimes* en France ?, *D.* 2009, p. 716
- Les grandes orientations du projet de réforme portant organisation des sûretés, *in* Dossier Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, *Dr. et Patr*. 2010, n°197, p.78

- Les sûretés sur l'exclusivité et le projet de réforme de l'acte uniforme portant organisation des sûretés, *in* Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, *Dr. et Patr*. 2010, n°197, p. 78
- Vers un abandon de la conception subjective en matière de publicité foncière ?, *RTDCiv*. 2011 p. 158
- Le curieux refus de distinguer inaliénabilité temporaire et inaliénabilité définitive en matière de constitution d'hypothèque, *RTDCiv*. 2012, p. 346
- Le titulaire d'un privilège immobilière peut-il bénéficier de l'attribution judiciaire ? *RTDCiv*. 2013, p. 656
- Nantissement, *Rep. Civil*, Dalloz

CROZE (H.), CROZE (C.),
- Procédures collectives : conséquences procédurales de l'ordonnance du 18 déc. 2008 et de son décret d'application, *Procédures*, avril 2009, n°4, étude n°3

CROZE (H.),
- Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels, *JCP E* 1996, I, n°546

CUIF (P.-F.),
- L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité, *RLDC*. 2010, n°68

DADOUN (A.),
- La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire, *Dr. et Patr*. 2009, n°187, p. 42

DAGOT (M.),
- La notion de privilège, *in Mélanges C. Mouly*, t. 2, Litec 1996, p. 325
- *J.-Cl. Commercial, Fasc. 51 Déclaration d'insaisissabilité*, nov. 2011,

DAMMANN (R.),
- La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises, *Banque et Droit*, sept-oct. 2005, n°103, p. 16, spéc. p. 20
- La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée, Dossier : La réforme des sûretés, *D.* 2006, p. 1298
- Banque et banquiers responsables, *in Responsabilité et régulation économique*, dir. **M.-A. Frison-Roche**, Presses Sciences Po et Dalloz, 2007, p. 73
- Percer le mystère du montage « *double Luxco* », *BJE* sept. 2013, n°5, p. 268

DAMMANN (R.), PODEUR (G.),
- Fiducie ou sauvegarde, un nouvel équilibre, *RLDCiv*, mai 2008, p. 34

DAMMANN (R.), SEUBE (G.),
- Réforme des sûretés et procédures collectives, Quelles sûretés choisir ?, *Cahier de droit de l'entreprise*, 1er mars 2007, p.45

DELEBECQUE (P.),
- L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial, *in* Le gage commercial, *RJCom*. Nov. 1994
- Le régime des hypothèques, *JCP E* 2006, suppl. n°20, I, 8
- *Droit des sûretés*, Lamy, 2011, n°239-55

DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.),
- *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Art. 2096 et 2097 du code civil
- *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. Art. 2096 et 2097 du code civil

DELMAS-MARTY (M.),
- Réinventer le droit commun, *D.* 1995, p. 1

DELMOTTE (P.),
- L'égalité des créanciers dans la procédure collective, *in Rapport de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 125

DEMEYRE (D.),
- Quelques précisions sur les mesures conservatoires ordonnées dans le cadre de la loi Pétroplus apportées par le décret d'application du 25 oct. 2012, *RLD Aff*, déc. 2012, n°77

DERGATCHEFF (C.),
- Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires : Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg, *JCP E* 2007, 2060, p. 46

DERRIDA (F.),
- Le crédit et le droit des procédures collectives, *in Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz 1981, p.67
- Redressement judiciaire : domaine de l'attribution judiciaire du gage et du nantissement, *D.* 1990, p. 311

DESCHAMP (M.),

- Le droit des sûretés au Québec, *in Repenser le droit des sûretés mobilières*, dir. **M.-E. Ancel**, Biblio. De l'institut A. Tunc, LGDJ, avril 2005

DESIDERI (J.-P.),

- Pacte de préférence et droit immobilier, *in* Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p. 57

DOUCHY-OUDOT (M.),

- Répétition de l'indu, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2012

DREYER (E.),

- Dignité (Droits fondamentaux et), *in Dictionnaire des droits fondamentaux*, dir. **D. Chagnollaud, G. Drago**, Dalloz, 2010, spéc. pp.249 et s

DUMONT-LEFRANC (M.-P.),

- Le gage de meubles corporels, *in Evolution du droit des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat*, dir. **S. Cabrillac, Ch. Albigès, C. Lisanti**, colloques, janv. 2008, p. 31
- Le dénouement de la fiducie, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 févr. 2007, *Dr. et Patr*. Juin 2008, n°171, p. 47
- La situation personnelle du débiteur en procédure collective, in Ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *Dr. et Patr*. 2014, n°238

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), LISANTI (C.),

- Le législateur des cas particuliers, *Act. proc. coll*. 2012, n°7

DUPICHOT (P.),

- La réforme du régime hypothécaire, *in* La réforme des sûretés, *D.* 2006 p. 1291
- Le nantissement, un an après, ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, bilan d'une année d'application, *LPA*, 27 mars 2008 n°63, p. 27
- Opération de fiducie sur le sol français, *JCP E* 2007. Act. 134
- La fiducie-sûreté en pleine lumière, à propos de l'ordonnance du 30 janv. 2009, *JCP G* 2009, I, 132

EDELMAN (B.),

- Est-il légitime de traiter distinctement les particuliers surendettés et les entreprises en difficulté ? Journée du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique dédiée à Monique Contamine-Raynaud, Nanterre, 2 févr. 2002, *Gaz. Pal*. 27 févr. 2003, doct, pp. 279 et s

FABRE-MAGNANT (M.),

- Le mythe de l'obligation de donner, *RTDCiv*. 1996, p. 85

FADLALLAH (I.),

- Rapport de synthèse, *in* Est-il légitime de traiter distinctement les particuliers surendettés et les entreprises en difficulté ? Journée du Centre de dorit civil des affaires et du contentieux économique dédiée à Monique Contamine-Raynaud, Nantère, 2 févr. 2002, *Gaz. Pal*. 27 févr. 2003, doct, p. 323

FARGE (M.), GOUT (O.),

- L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés, *RLDCiv.* mars 2009, n°58, p. 25

FENOUILLET (D.),

- Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philantropique !, *in Le droit privé français à la fin du XX*^{ème} *siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec 2001, p. 487
- Le mandat de protection future ou la double illusion, *Rép. Not. Defrénois*, 2009, p. 142

FILLE-LAMBIE (O.), MARCEAU-COTTE (A.),

- Les sûretés sur meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'acte uniforme sûretés, *in* Dossier Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, *Dr. et Patr*. 2010, n°197, p. 72

FIN-LANGER (L.),

- L'efficacité retrouvée de la déclaration notariée d'insaisissabilité dans les procédures collectives ou l'occasion saisie par la Cour de cassation de prendre position, *Rev. Proc. Coll*. 2001, comm. 23

FLORA (G.),

- La réalisation de l'hypothèque, Perspectives, *RLDA*, mars 2007, p.96

FOEX (B.),

- Rapport suisse, *in* La propriété, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Vietnamiennes, t. LIII/2003, Société de législation comparée, sept. 2006, p. 461

FRAIMOUT (J.-J.),

- *J.-Cl. Procédures collectives*, Fasc. 2760, Sauvegarde, *Redressement et Liquidation judiciaire, Plan de cession – Effets II- Exécution/Inéxécution*, spéc. n°35

- *J.-Cl. Procédures collectives*, Fasc. 2730, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaire, Plan de cession – conception/adoption*, spéc. n°44

FRISON-ROCHE (M.-A.),
- Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, *D.*1994, p. 17.

FULCHIRON (H.),
- Le notaire et l'exécution du mandat de protection future, *Rép. Not. Defrénois*, 2009, p. 178

GAGNE (J.),
- Enrichissement sans cause et service rendu, *Les cahiers du droit*, vol. 1, n°1, 1954, pp.22 et s.,

GALLIEZ (L.), POUZENC (F.),
- La fiducie-sûreté : modes d'emploi, *in* Fiducie, 107° Congrès des notaires de France, *Dr et Patr*. Sept. 2011, p. 34

GAUDEMET (A.),
- La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société, *Revue des sociétés*, 2011, p. 139

GAUTIER (P.-Y.),
- Contre Bentham: l'inutile et le droit, *RTDCiv*. 1995, p. 806
- Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup *probatio diabolica*, *D.* 2006 p. 1861

GAVANON (I.),
- *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1360, *Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Nantissement de logiciel (C. propr. intell., art. L. 132-34)*, spéc. n°44 (date de mise à jour nov. 1998)

GHESTIN (J.),
- Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, *D.* 1981, Chr., p.4

GIANNOZZI (E.),
- Uti frui arbitrio boni viri : Standard of behavior or reference yo an Arbitrator?, *Krakowski studia z histotii Pantswa i Prawa*, Wydawnictwo universytetu Jagiellonskiego, 4/2011, pp. 13 et

GINSSINGER (P.),
- *RDBF* janv.-févr. 2007, p. 91

GOBERT (M.),
- La publicité foncière, cette mal aimée, *Etudes J. Flour*, 1979, p. 207

GOURIO (A.),
- Les nouveaux modes de réalisation, attribution judiciaire, pacte commissoire et fiducie-sûreté le point de vue du banquier, *in La réalisation des sûretés immobilières*, Colloque de l'AAPPE, Paris, 23 mai 2008

GOUT (O.),
- Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, *RTDCiv*. 2013 p. 255

GRIDEL (J.-P.),
- La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, *D.* 2002, p. 228

GRIMALDI (M.),
- La fiducie : Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, 2° partie, *Rep. Not. Defrénois* 1991, art. 35094
- Rapport français présenté aux Journées portugaises de l'Association Henri Capitant du 20-23 mai 1996, Les garanties du financement, pp. 155, 167
- Projet de préforme du droit des sûretés, *Revue des contrats*, 1er juil. 2005, n°3, p. 782
- Orientations générales de la réforme, *in* Dossier Rapport « Grimaldi », Pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2005, p. 51
- L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire, *in* dossier la réforme des sûretés, *D*. 2006, p. 1294
- La fiducie sur ordonnance, *D.* 2009, p. 670
- Propriété et responsabilité fiduciaire, 15° journée de l'association Henri Capitant, propos retransmis par **V. Téchené**, Lexbase Hebdo, éd. privée générale, n°393

GROUTEL (H.),
- Les conditions de l'attribution de l'indemnité d'assurance aux créanciers ayant une sûreté sur la chose assurée, *Resp. Civ. et Ass.* 1992, chr. n°23

GUILLAUME DIT TAUNIERE (C.), CHERIF (T.),
- Variations sur la notion de cession et termes voisins, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p.712, §145

GUISELIN (E.-P.),

- Droit au logement, *in Dictionnaire des droits fondamentaux*, dir. **D. Chagnollaud, G. Drago**, Dalloz,2010

GUYON (Y.),

- Le principe de proportionnalité en droit des affaires, *in* Mélanges *en l'honneur de M. Vasseur*, dir. **T. Bonneau**, préf. **G. Vedel**, Banque Editeurs, 2000, p.75

HASSLER (T.), LAPP (V.),

- Droit à la dignité : le retour !, *LPA* 31 janv. 1997, n°14, p. 13

HEBERT (S.),

- Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D*. 2007, Chron., p. 2052

HEBRAUD (P.),

- L'exécution des jugements civils, *Rev. Internt. Dr. Comp*., 1957, p. 170

HENRY (L.-C.), JAZOTTES (G.),

- Les biens dispersés sur le territoire de plusieurs Etats, *in* Dossier, Le périmètre de la défaillance économique, Actes du colloque de Toulouse du 10 sept. 2010, colloque inaugural de l'AJDA, *Rev. Proc. Coll*. Janv.-Févr. 2011, p. 95

HENRY (M.-C.),

- La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde, *Rev. Proc. Coll*. 2008, n°2, p. 20

HOUIN (R.),

- Les privilèges du Trésor et des administrations publiques en matière de faillite, *in Etudes de Droit contemporain*, t. 3, 1959 p. 65
- Permanence de l'entreprise à travers la faillite, *Liber Amicorun, Baron Louis Frédéricq*, Wetenschappelijke Uitgeverij, 1965, p. 609
- Rapport conclusif, in L'évolution du droit des sûretés, *RJCom*. 1982, n° spécial, p. 12

HOUIN-BRESSAND (C.),

- La situation des créanciers réformée par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, *RDBF* 2014, n°3, comm. 116

HOCQUARD (J-M.),

- Le pacte commissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée ?, dossier : réformer l'hypothèque, *Dr. et Patr*., nov 2005, p.80

HOUTCIEFF (D.),

- Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, *RTDCiv*. 2006, p. 191
- *Droit des sûretés*, Lamy 2011 n°233-77 et s.
- *Droit des sûretés*, Lamy 2014 n°231-65

HUET (A.),

- Titre exécutoire européen, *in Rep. Droit international*, Dalloz

HUET (J.),

- Des différentes obligations et plus particulièrement de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée, *in Etude **J. Ghestin**, Le contrat au début du XXI°s*, LGDJ, 2001, p. 425

JACOB (F.),

- Le nantissement des parts sociales, *in* Sûretés mobilières : du nouveau, *Dr. et Patr*. juil-août 2007, n°161, p. 68

JACQUEMONT (A.),

- *J.-Cl. Commercial*, Fasc. 2450 : Sauvegarde, redressement et Liquidation judiciaire – Privilèges des salariés et garanties de paiement, avril 2007

JAMIN (C.),

- Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, *in Le contrat au début du XX^{ème} siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 441
- L'avocat, le fiduciaire et le tiers, *D*. 2007, p. 1492

JARROSSON (C.), TESTU (F.-X),

- Equité, *in Dictionnaire de la culture juridique*, dir. **D. Alland**, **S. Rials**, PUF quadriges, 2010, pp. 635

JAZOTTES (G.),

- Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre?, *in* La loi du 25 janv. 1985 a 20 ans. Entre bilan et réforme, *RLDAff*, mars 2005, suppl. n°80, p.137
- La protection des droits des créanciers, in dossier ordonnance du 12 mars 2014 : une nouvelle métamorphose du « droit des faillites », *Dr. et Patr*. 2014, n°238

JUILLET (C.),

- Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir, *in Liber amicorum C. Larroumet*, Textes réunis par S. Bros et B. Mallet-Bricout, Economica 2010, p. 241

JULIENNE (M),
- Le régime du gage : droit commun du nantissement, Les sûretés en quête d'un droit commun, *RDBF* sept. 2014, p.82

KACZMAREK (L.),
- Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération, *D*. 2009, p. 1845

KERCKHOVE (E.),
- Prévention et traitement des difficultéés des entreprises agricoles, *Rev. Proc. Coll*. 1989, p. 113

KOERING JOULIN (R.),
- La dignité de la personne humaine en droit pénal, *in* La dignité de la personne humaine, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.3

KRAJESKI (D.),
- Le pacte de préférence en droit rural, *in* Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p. 68

KRIEF-SEMITKO (C.),
- L'article 2276 (ancien art. 2279) du Code civil et les gages civils de meubles corporels issus de l'Ordonnance du 23 mars 2006, *Gaz. du Pal*., 28 août 2008 n°241, p. 5,

KRIEF-VERBAERE (C.),
- Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention, *RRJ* 1999-3, p. 685

KUHN (C.),
- La mission du fiduciaire, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 févr. 2007, *Dr. et Patr*. Juin 2008, p.52

LACOMBE (M.),
- Ordre public, *in Dictionnaire de la culture juridique française*, dir. **D. Alland, S. Rials**, PUF, 2010, p. 1119

LAGARDE (X.),
- Remarques sur l'actualité de la mise en demeure, *JCP G* 1996, I, 3974

DE LAJARTE (C.),
- La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie, *RLDC*. Mai 2009, n°60, p. 71

LAMBERTYE-AUTRAND (M.-C.),
- *Droit des sûretés*, Lamy, 2011

LARROUMET (C.),
- Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par borderau, *JCP E* 1990, II, 15877
- La loi du 19 févr. 2007 sur la fiducie. Propos critiques, *D*. 2007 p. 1350

LASSERRE CAPDEVILLE (J.),
- Le droit du crédit dans le rapport Doing Business, *in Pratique des affaires, Les atouts du droit français*, dir **R. Blazy, J. Lasserre Capdeville, M. Storck**, Lamy, Axe Droit, 2010, p. 17

LAUDE (A.),
- La fongibilité, *RTDCom*. 1995, p. 310

LAURENT (J.),
- Les mutations non translatives, A propos de l'EIRL (I), *Dr. et Patr*., 2012, n°219

LE BARS (J.),
- Ordre public, dignité humaine, les nouvelles conditions de légalité d'une décision d'octroi de concours de force publique pour l'exécution d'une décision d'expulsion, *AJDA* 2011, p.568

LE CORRE (P.-M.),
- La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, *D.* 2009 p. 882
- De la préservation des barils à la conservation des dollars, *Gaz. Pal.* 18 avril 2012, n°119, p. 3
- Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, Dispositions générales, *D.* 2014, p. 733
- Le privilège de conciliation : questions-réponses, *Gaz. Pal.* 14 janv. 2014, n°14, p.44
- Les créances postérieures et l'ordonannce du 12 mars 2014, *BJE* mai 2014, n°3, p. 191
- *J.-Cl. Procédures collectives*, Fasc. 2707, Liquidation judiciaire, sépc. n°5 (2012)

- *J.-Cl. Procédures collectives*, Fasc. 2709, *Redressement et liquidation - Réalisation de l'actif - Vente de biens isolée,* spéc. n°73

LE CORRE-BROLY (E.),
- La revendication du prix de revente sous l'éclairage de la jurisprudence, *Gaz. Proc. Coll*. 2007-4, 27 oct. 2007, n°300, p. 6.
- Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 déc. 2008 en matière de revendication et de restitution, *Gaz.-Pal*., 10 mars 2009, n°69, p.48

LEBORGNE (A.),
- Saisie immobilière et logement familial, *AJ Famille* 2008, p. 380
- *J.-Cl. Voies d'exécution, Fasc. 1145 Saisie immobilière*

LEBRETON (G.),
- Ordre public et dignité de la personne humaine : Un problème de frontière, *in L'ordre public : Ordre public ou Ordres public ? Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 11 et 12 mai 2000*, dir. **M.-J. Dedor**, Bruylan, Droit et Justice, n°29, p. 353

LEGEAIS (D.),
- Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie, *in* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA* 30 sept. 1998, n°117, p. 38
- L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles, *in Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz Litec, 1999, p. 385
- Les concours consentis à une entreprise en difficulté, *JCP E* 2005, 1515
- La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer, *in Etudes offertes au doyen P. Simler*, Dalloz, 2006, p. 367
- Pour l'unification des sûretés civiles et commerciales, *JCP G hors série* 80 ans de la semaine juridique, Propositions, déc. 2007, p. 51
- L'indivisibilité du droit de rétention, *RDBF* 2010, n°1, p. 41-42
- Quel avenir pour le droit de rétention ? Les sûretés en quête d'un droit commun, *RDBF* sept. 2014, p.88

LEGUEVACQUES (C.),
- L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux, *Gaz. Pal* Janv. Févr. 2002, p. 162, *Gaz. Pal*. Juil.-août 2002, p.1220

LEJEUNE (F.),
- Une nouvelle sûreté, l'antichrèse-bail, *Journ. Not*. 1986, p.571

LEPELTIER (D.),
- Le nouveau droit de l'hypothèque, *in* dossier : le renouveau de l'hypothèque, *Dr. et Patr*. Mai 2007, p. 60

LEROY (M.),
- Le passif fiduciaire, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire, *Dr et Patr*. juin 2008, n°171, p. 58

LIBCHABER (R.),
- Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 févr. 2007 (partie 1), *Rép. Not., Defrénois*, 30 août 2007 n°15, p. 1094

LICARI (F.-X.),
- Les principales sûretés du droit allemand : Fiducie-sûreté et clause de réserve de propriété, *Droit des sûretés*, Lamy, 2014, Etude 523

LIEBCHABER (R.),
- Demeure et mise en demeure en droit français, *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, sous la dir. **M. Fontaine et G. Viney**, LGDJ Bruyant, 2001, p. 113, spé. n°5

LIENHARD (A.),
- Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 déc. 2008, *D.* 2009, p. 110

LISANTI (C.),
- Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels sans l'ordonnance du 23 mars 2006, *D*. 2006, p. 2671

LUCAS (F.-X.),
- Fiducie v./ Sauvegarde, un arbitrage équilibré, *BMIS* févr. 2009, n°2, p. 105
- L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises, *Rev. Proc. Coll*. nov. 2009, n°6, p. 60

- Rapport de synthèse, in Le droit des entreprises en difficulté à l'épreuve de la crise économique, *BJE*, 1er sept. 2012, n°5, p 336
- Traitement de la new money dans le plan, (obs. sous : TC La Roche-sur-Yon, 17 oct. 2012, 2010-2782), *LEDEN* nov. 2012, n°10, 158
- Dailly outragé, Dailly brisé, Dailly martyrisé mais Dailly libéré !, *LEDEN* 2 mai 2013, n°5, p. 1

LUCAS (F.-X.), PÉROCHON (F.),
- Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ?, Controverse, *BJE* oct. 2012, 175

LUCAS (F.-X.), SÉNÉCHAL (M..),
- Fiducie v/ sauvegarde, il faut choisir !, *D.* 2008, p. 29

MACORIG-VENIER (F.),
- Les ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire, Actualités et Perspectives, *JCP N* 2004, 1311
- L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans, *in* Regards *critiques sir quelques (r)évolutions récentes du droit*, dir. **J. Krynen et M. Hecquard-Théron**, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°2, 2005, p. 413
- Le pacte commissoire et les sûretés réelles mobilières, *in* La réforme des sûretés après neuf mois de pratique, RLDA, mars 2007, n°14, p. 85
- Le soutien abusif, *in* Dossier, Le banquier au cœur des risques, *RLDAff*, 2008, n°24
- L'effacement des dettes dans le droit du surendettement, in Dossier, L'effacement des dettes, *Dr. et Patr*. Sept. 2009, n°184
- Les apports de la réforme du 18 déc. 2008 en matière de sûretés, *Dr. et Patr*. janv. 2010, n°188, p. 26
- La situation des créanciers, *Rép. Droit des sociétés*, Dalloz

MACORIG-VENIER (F.), MONSERIE-BON (M.-H.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.),
- Juin 2013, juillet 2014, Le législateur se remet à l'ouvrage, la jurisprudence tisse sa toile !, *Dr et Patr*. 2014, n°239

MACORIG-VENIER (F.), SAINT-ALARY-HOUIN (C),
- Les créanciers dans l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme des entreprises en difficulté, Rev. Proc. Coll., janv. Févr.2009, *in* dossier Réforme des procédures collectives : ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008, n°9, p. 65
- L'exclusivité, *in* Sûretés réelles et entreprises en difficulté, Colloque du CRAJEFE-CERDP, 19-20 mars 2010, *LPA*, 11 févr. 2011, n°30 p. 59

MACORIG-VENIER (F.), VALLANSAN (J.),
- Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions, *Rev. Proc. Coll*. 2014, n°4, dossier 32

MALAQUIN (P.),
- Expertise immobilière, *RD immo*, 1999, p. 205

MALINVAUD (P.),
- Le privilège du bailleur et les meubles qui n'appartiennent pas au preneur, *in Mélanges Voirin*, LGDJ 1967, p. 578

MALLET-BRICOUT (B.),
- Le fiduciaire propriétaire, *JCPN* 2010, n°1073

MANDE-DJAPOU (J.),
- La notion étroite de droit de rétention, *JCP* 1976, I, 2760

DU MARAIS (B.),
- De Koror à Palikir : à la recherche du paradis du droit des affaires, *D.* 2006, p. 1110

MARINI (P.),
- Enfin la fiducie à la française !, *D.* 2007 p. 1347

MARLY (P.-G.),
- *Fongibilité et volonté individuelle - Etude sur la qualification juridique des biens*, t. 4, LGDJ, Biblio. de l'Institut André Tunc, 2004, p. 122 et s
- Fongibilité des produits pharmaceutiques, Etude et inquiétude, *D.* 2005, p. 1718

MARTIAL-BRAZ (N.),
- Grandeur et décadence du droit de rétention, *RLDCiv*. Avril 2011, n°81

MARTIN (D.-R.),
- De la revendication des sommes d'argent, *D*. 2002, p. 3279

MARTIN (F.), GÉRARD-GODARD (B.),
- Le pacte commissoire, *JCP N* 2010, 1136

MARTIN (R.),
- *Répertoire Procédure civile*, Dalloz, 2012

MARTIN (R.), DOUCHY-OUDOT (M.),
- Répertoire de procédure civile, 2010, voir « Distribution »

MATHIEU (B.),
- La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire, *D*. 1996 Chron. p.282

MAZEAUD (D.),
- Avant-propos démodés sur le droit du surendettement, *Dr. et Patr.* oct. 1998, p. 50
- Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?, *in L'avenir du droit, Mélanges en l'hommage de F. Terré*, L'avenir du droit, Dalloz, PUF, Jurisclasseur éd., 1999, p. 603

MEHAIGNERIE (P.),
- *JOAN Débat*, compte rendu. 4 avril 1994, p. 731

MENJUCQ (M.),
- L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières, Revue Proc. Coll., 2009, n°3, étude 12
- De l'effet utile de la délcaration d'insaisissabilité, *Rev. Proc. Coll*. Sept. 2011, repère 5

MESTRE (J.),
- De la notion de clause pénale et ses limites, *RTDCiv*. 1985, p. 372.
- Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance, *in Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Litec, 1985, p. 439

MIGNOT (M.),
- Le nantissement de quotas de d'émission de gaz à effet de serre, *RDBF* juil.-août 2009, p.6
- L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, RDBF janv.-Févr. 2010, étude 2, p. 17
- Le rapport Doing Business et l'analyse économique du droit français des sûretés réelles, *in Pratique des affaires, Les atouts du droit français*, dir **R. Blazy, J. Lasserre Capdeville, M. Storck**, Lamy, Axe Droit, 2010, p. 33

MILLEVILLE (S.),
- Inaliénabilité, sûreté et extracommercialité : alliance ou mésalliance, *LPA* 5 juil. 2012, n°134, p. 15

MOLFESSIS (N.),
- La dignité de la personne humaine en droit civil, *in La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.110
- Le principe de proportionnalité en matière de garanties, *in* Relfexions autour des garanties, *Banque et Droit*, mai-juin 2000, p.4

MONSERIE-BON (M.-H.),
- Revendications, *Dr. et Patr*. sept 2014, n°239, p. 99

MONSERIE-BON (M.-H.), KALFLECHE (G.), MACORIG-VENIER (F.), SORBARA (J.-G.),
- Le dépassement des liens entre personne et patrimoine. Analyse comparée droit privé/droit public, *in La personnalité juridique*, **X. Bioy** (dir.), Presses Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 253-264

MONTERAN (T.), BOURGOUIN (Y.),
- Les répartitions en matière de procédures collectives, Travaux de la première compagnie régionale de l'IFPPC, *Gaz. Pal*. 29 juil. 2008, n°211, p. 3

MOREAU (J.-P.),
- *J.-Cl. Baux ruraux, Fasc. 340 : Baux Ruraux, Droit de préemption. Preneur de biens ruraux*

MORGAN DE RIVERY (A.-M.),
- La publicité du gage, *in* Le gage commercial, *RJCom. 1994*, n°spécial, p.85

MORTIER (R.), LE MENTEC (F.),
- Fiscalité de la fiducie : la neutralité à tout prix, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire, *Dr et Patr*. Juin 2008, p.82

MOULY (C.),
- Procédures collectives, assainir le régime des sûretés, *in Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes dédiées à R. Roblot, LGDJ, 1984, p. 529
- La transparence des Sûretés Réelles, *in* Les garanties et le Crédit aux entreprises, Conseil National du Crédit, 1992, Annexe 5, page 171
- *J.-Cl. Droit Civil, Fasc. Hypothèque*, par **F. Jacob**, art. 2114 à 2117

MOURONT (M.),
- Discours du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal*. 1978, 2, Doctr. p. 611

MOURY (J.),

- La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce, *D*. 2006, p. 1743

MOUSSA (T.),

- Les obstacles temporels à l'exécution : délais, moratoires et perscriptions, *in* in *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, dir. **A. Leborgne, E. Putman**, Coll. Droit et Procédure, 2009, p.33

NEVEU (P.),

- L'attribution judiciaire du gage : une arme absolue ?, *La revue banque*, nov. 1985, p. 1030

NICOD (M.),

- Le pacte de préférence en droit patrimonial de la famille, *in* Dossier Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p.53

OPPETIT (B.),

- La décodification du droit commercial, *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 197

PADE (O.), CUIF (P.-F.),

- *Droit des sûretés*, Lamy, 2011

PAILLER (P.),

- Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance réformant le droit des procédures collectives du 14 mars 2014, *RLDCiv* 2014, n°115

PAVIA (M.-L.),

- La découverte de la dignité de la personne humaine, *in La dignité de la personne humaine*, dir. **T. Revet, M.-L. Pavia**, Economica, Etudes juridiques, 1999, p.4

PEROCHON (F.),

- Les dispositions de l'article 65 de la loi de 1967 ne dérogent pas à celles prévues en faveur du possesseur de bonne foi par l'article 2279 du code civil, *D.* 1991, p. 43
- La revendication favorisée (loi n°94-475 du 10 juil 1994), *D*. 1994, p. 251
- La revendication des biens fongibles par le vendeur, *LPA* 14 sept. 1994, n°110, p.82
- La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives, *LPA*, 28 nov. 2008 n°239, p. 56
- L'interdiction des paiements et le traitement des sûretés réelles, *D*. 2009, p. 651
- La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ?, Dossier Sûretés et Procédures collectives, *Cahier de droit des affaires*, juil.-août 2009, n°4, p. 29
- Les sûretés classiques, in Colloque Sûretés rélles et droit des entreprises en difficulté, Nice 20 mars 2010, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 49
- De la mesure dite conservatoire à l'exécution sommaire anticipée ?, *BJE* 2012, p. 73
- Le choix de garanties efficaces, *Bull. Joly Entreprises en difficulté*, 1er sept. 2012, n°5, p. 321
- Comment en finir avec un canard sans tête ? *BJE,* juil. 2014, n°4, p. 217
- L'ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée en faveur des créanciers tenus de déclarer, *BJE* mai 2014, n°3, p. 133

PERROT (R.),

- La contrainte par la dissuasion, *in Mélanges J. Buffet*, Petites Affiches, 2004, p. 393

PERUS (S.),

- Des aspects pratiques du pacte commissoire, *RLDC*. 2008, n°50

PESENTI (S.),

- Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, *LPA* 11 mars 2004, n°51, p. 12

PETEL (P.),

- Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, Brève étude de droit comparé, *in* Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2003, p.835
- La réforme des sûretés réelle à l'épreuve des procédures collectives, *in Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université Notariat*, Litec 2008, p.109
- Le nouveau droit des entreprises en difficulté, acte II, Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008, *JCP E* 2009, 1049
- L'exercice du droit de suite à l'encontre du tiers détenteur placé sous procédure collective, *LPA* 11 févr. 2011, n°30, p. 54
- Entreprises en difficulté : encore une réforme !, *JCP E* 2014, 1223

PETERKA (N.),

- La réforme des libéralités familiales, *in* Le droit de la famille : réformes accomplies et à venir, Journées nationales t. 9, Strasbourg sept. 2004, Dalloz, 2006 p. 71

PEY-HARVEY (V.), BOUSQUET (D.),
- Répartition des produits des ventes, *in Colloque Lyon 11 oct. 2013, Patrimoine familial et procédures collectives : prévention et réalisation du risque*, à paraître

PEYROT (A.),
- La fiducie en droit suisse, Perspectives, RLDAff. mars 2010, n°47

PICOD (F.),
- *J.-Cl. Europe*, Traité. Fasc. n°10, Charte des droits fondamentaux

PICOD (Y.),
- *J.Cl. Droit commercial,* Le nantissement de matériel et d'outillage

PIEDELIEVRE (S.),
- Le droit à l'effacement des dettes, *Rep. Not. Defrénois*, 2004, art. n°37852
- Premier aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, *Rép. Not. Defrénois*, 2006, art 38393, p.791
- L'EIRL, *Rép. Not. Defrénois*, 2010, art n°39134
- La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JCP E* 2014, 1176
- Surendettement, *Rép. Procédure civile*, Dalloz

PIETTE (G.),
- Le nantissement de meubles incorporels, *in* La réforme des sûretés, après neuf mois de pratique, *RLDA* mars 2007, p. 90

PIN (X.),
- Les quasi contrats, Fasc. 10 art. 1370 à 1381, *J.-Cl.* Civil Code, 2007, spéc. n°5

POHE (D.),
- La substitution judiciaire de garanties dans la loi du 25 janv. 1985, *Rev. Proc. Coll.*, 1992, p. 245

POLLAUD-DULIAN (F.),
- Le principe d'égalité dans les procédures collectives, *JCP* 1998, I, 138

PROVENSAL (A.),
- L'hypothèque rechargeable ou le style baroque, *Gaz.-Pal*. Mars-avril 2007, Doctr.

PUIG (P.),
- La fiducie et les contrats nommés, *in* Le contrat de fiducie et l'opération fiduciaire après la loi du 19 févr. 2007, *Dr. et Patr.* juin 2008, n°171, p. 68
- *J.-Cl. Civil, Fasc. unique, Privilèges et hypothèques – Effets, Pacte commissoire et attribution judiciaire*, 2009

PUTMAN (E.),
- La contrainte dans le droit de l'exécution, RRJ 1994-2, p. 341

RACINE (J.-B.),
- Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers, *in* Faut-il encore payer ses dettes ?, *LPA.* 19 mars 2006, n°63, p. 37

RAYNOUARD (A.), KERHUEL (A.-J.),
- L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente, *D.* 2010, p. 2928

REILLE (F.),
- Des mesures conservatoires pour sauver le monde ou n'est pas Robin des bois qui veut..., *Dr. et Procéd*. 2012, cah. dr. entr. en diff. n°1, p. 2
- La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, *Gaz. Pal.* 8 avril 2014 n° 98, p. 10

REZEK (S.),
- Nantissement de fonds de commerce, *J.-Cl. Notariat*, Fasc. 410, spé. n°79

RICHARD (J.-F.),
- Le gage après l'ordonnance du 23 mars 2006, *LPA*, 27 mars 2008 n°63, p. 45

RIEHM (T.),
- Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés, *in* La théorie du patrimoine : unité ou affectation ?, *RLDC.*, déc. 2010, n°4066

RIPERT (G.),
- L'ordre économique et la liberté contractuelle, *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de* ***F. Gény****, t. 2, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Sirey, 1934, p. 347

RIPERT (G.), TEISSEIRE (R.),
- Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause, *RTDCiv.* 1904, p. 727

ROCHEDY (M.),
- L'EIRL, aspects fiscaux et comptables : le choix d'un patrimoine professionnel affecté, *RLDC.* 2010, n°2925

ROCHER (A.), HE (L.),
- A propos du rapport Doing Business 2012, Comparaison n'est pas raison, *JCP E* 2012, 1162

RODRIGUEZ-AZUERO (S.),
- La fiducie en Amérique latine : une expérience étonnante, *in* Trust et fiducie, compléments ou concurrents ? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Academy et finance, Genève, janv. 2008, p. 85 p. 107

ROMANI (A.-M.),
- Enrichissement sans cause, *Rep. Civ.*, Dalloz

RONTCHEVSKY (N.),
- Sûretés personnelles, fiducie et gages sans dépossession dans la réforme du droit des entreprises en difficulté, *RLDA* 2009, 2379

ROSSIGNOL (H.),
- Extraits du Rapport du 17ème congrés des syndics et administrtaeurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doc. p. 612

ROUAST (A.),
- L'enrichissement sans cause, *RTDCiv*. 1922, p. 35

ROUSSEL GALLE (P.),
- Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 oct. 2010, *JCP E* 2010, act. 591
- La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté !, *JCP E*, 22 Mars 2012, n°12, act. 192
- La loi Petroplus : quelques réflexions... avec un peu de recul, *Revue des procédures collectives* n°3, Mai 2012, étude 16
- Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté, in *Entreprise en difficulté*, Droit 360°, Lexisnexis, 2012, p. 375
- Effet personnel et effet réel des procédures judiciaires, *in* La loi de sauvegarde a l'âge de raison, *Dr et Patr*. 2013, n°223, p. 60
- La réforme des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014, *Rev. des sociétés*, 2014, p. 351
- Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté, in dossier Les sûretés en quête d'un droit commun, *RDBF* sept. 2014, p.74
- Le rétablissement professionnel, de l'effacement des dettes au rebond, *Gaz. Pal.* 8 avril 2014 n° 98, p. 32

ROUTIER (R),
- Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, *in* Loi du 26 juil. 2005 de sauvegarde de s entreprises, *Gaz. Pal*., 9-10 sept. 2005, p.33
- Les retouches de l'article L. 650-1 du code de commerce, *Gaz. Pal.* 10 mars 2009, n°69, p.53

ROZES (L.),
- Pacte de préférence et notions voisines, *in* Dossier Pacte de préférence : Liberté ou contrainte, *Dr. et Patr*. janv. 2006, p. 38

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),
- Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière, *Mélanges offerts à P. Raynaud*, D. 1985, p. 744
- Le transfert de la charge du nantissement, *in* Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, colloque de Deauville 13-14 juin 1992, *RJ com*. 1992, n°spéc, p. 152
- Le périmètre du droit de la défaillance économique, Propos introductifs, *in* Actes du colloque de Toulouse du 10 sept. 2010, *Rev. Proc. Coll.* Janv. 2011, Dossier, p. 51

SANDER (E.),
- *J.-Cl. Alsace-Moselle*, Fasc. 531, Droit des sûretés III, Févr. 1999

SCAPEL (C.),
- Le droit de rétention en droit positif, un îlot de résistance en jurisprudence, *RTDCiv*. 1981, p.539

SCHILLER (S.),
- Le rebond des entreprises dans la phase postérieure à l'effacement de leurs dettes, in Dossier, L'effacement des dettes, *Dr. et Patr*. Sept. 2009, n°184

SENECHAL (J.-P.),
- La vente des immeuble et la distribution de leur prix, *LPA*, 28 oct. 1998, n°129, p.36

SENECHAL (M.),
- Réalisation de la résidence principale d'un entrepreneur déclarée insaisissable, *Bull. Joly Société*, mars 2009, p. 226
- Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes, *BJE*, mai 2014, p. 196 ;

SENECHAL (M.), COUTURIER (G.),
- Les créanciers antérieurs, l'égalité a-t-elle vécue ?*BJE* 2012, n°166

SERIAUX (A.),
- Réflexions sur les délais de grâce, *RTDCiv*. 1993, p. 789

SERLOOTEN (P.),
- L'entreprise en difficulté, le Trésor, La sécurité sociale et les autres, *in Etudes offertes à Alex Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p.495

SIMLER (P.),
- Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ?, *in Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 373
- Avant-propos, Dossier Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP G* suppl., 10 mai 2006, p. 3
- Dispositions générales du livre IV nouveau du code civil, Dossier Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP G* suppl., 10 mai 2006, p.5
- *J.-Cl. Droit civil, Fasc. n°10, Contrats et obligations*
- *J.-Cl. Droit civil, Fasc. n°20, Privilèges mobiliers spéciaux*
- La renonciation de la caution au bénéfice de l'article 2037 du code civil, JCP 1975, 1, 2711

SORTAIS (J.-P.),
- « Faillite » et surendettement : quelques éléments pour une comparaison, *in Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'A. Honorat*, Ed. Frison-Roche, 2000, p. 226

SOUHAMI (J.),
- Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, *RTDCiv*. 2008, p. 27

STAES (O.),
- Critère de la caducité des procédures de distribution en cours : effet attributif des voies d'exécution ou de distribution ?, *Rev. Proc. Coll*. mai 2012, n°3, étude 18

STENGER (J.-P.),
- Le gage des droits de propriété intellectuelle, *Revue de la propr. ind*. 1995, n°61, p. 15

STOUFFLET (J.),
- Rapport de synthèse, Le droit français de sûretés réelles en quête d'un second souffle, Banque *et droit*, sept. oct. 2004 (manque la page)

SYNVET (H.),
- Le nantissement de meubles incorporels, *in* Rapport Grimadi, pour une réforme globale des sûretés, *Dr. et Patr*. sept. 2005, n°140, p. 64

TAGLIARINO-VIGNAL (N.),
- Rép. Droit commercial, Liquidation judiciaire, Vente des actifs immobiliers, Dalloz, spéc. n°82 (2011)

TALLON (D.),
- L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, *RTDCiv*. 1994, p. 223

TAORMINA (G.),
- La protection des sommes insaisissables et les apports du décret n°2002-115 du 11 sept. 2002, *D.* 2002, Chron. p. 1848

TEBOUL (G.),
- La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstances ou une sanction préventive ? : *LPA* 2 mars 2012, p. 5

TERRE (F.),
- L'évolution du droit de propriété depuis le code civil, *in* Destins du droit de propriété, *Droits*, n°1, 1985, p. 33
- Rapport de synthèse, *in L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Françaises, t. XXXVI, Econmica, 1985
- Droit de la faillite et faillite du droit, *RJCom*. 1991, p.1
- La proportionnalité comme principe ?, *JCP G* 2009, n°25, p.52

- Rapport introductif, *in L'ordre public à la fin du XX*^{ème} *siècle*, dir **T. Revet**, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 3

THERON (J.),
- Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce, *Rev. proc. coll*. févr. 2008. 132, n°9
- Obstacles à contourner et modalités de la cession isolée en liquidation judiciaire, *BJE* juil. Août 2012, Doct, n°128, p. 253
- Les droits propres et les droits extrapatrimoniaux, *in* Personne physique et procédures collectives, Colloque de l'AJDE Toulouse 12 oct. 2012

THERY (P.),
- Rapport introductif : la notion d'exécution, *in L'exécution, XXIII*^{ème} *colloque des IEJ, Lyons 19 et 20 nov. 1999*, L'harmattan, 2001, p. 9
- L'hypothèque rechargeable, *in* Dossier le renouveau de l'hypothèque, *Dr. et Patr*., mai 2007, p. 42
- Droit des sûretés et voies d'exécution, *Rép. Not. Defrénois,* 2008, art. 38726, p. 409

THIEBIERGE (A.),
- Les prêts à l'acquisition immobilière, *Défrénois* 1967, art. 28947, p. 177

THIREAU (J.-L.),
- Droit commun, *in Dictionnaire de la culture juridique*, dir. **D. Alland, S. Rials**, PUF quadriges, 2010, pp. 445 et s

THOMAS (V.),
- *Droit de l'exécution forcée*, Lamy, 2012

TITONE (T.), COULON (F.),
- Première définition jurisprudentielle de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels, *RLDA* 2012, p. 70

VALLANSAN (J.), LEPROVAUX (J.),
- Le sort de la résidence de la famille, Personne physique et procédures collectives, Colloque de l'AJDE Toulouse 12 oct. 2012

VALLEE (L.),
- Ouverture du colloque, *in Le nouveau droit français de l'arbritrage*, sous la dir. **T. Clay**, Lextenso, 2011

VALLENS (J.-L.),
- Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés aux procédures collectives, *RLDA* juil. 2006, p. 75 et s
- La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ?, *RTDCom*. 2011, p. 644

DE VAUPLANE (H.),
- Réforme du netting, *Banque*, avril 2005, p. 87

VAUVILLE (F.),
- La déclaration notariée d'insaisissabilité, *Rep. Not. Defrénois,* 2003, art 37813, p. 1197
- Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés, *Rep. Not. Defrénois* 2007, art. 38655
- Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *Rep. Not. Defrénois,* 2010, art n°39144

VINCKEL (F.),
- *J.-Cl. Voies d'exécution*, Fasc. 120, Droit de l'exécution, Présentation générale
- *J.-Cl. Voies d'exécution,* Fasc. 430, Opération d'exécution, spéc. n°20

VIVANT (M.),
- L'immatériel en sûreté, *in Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz Litec, 1999, p. 421

VOINOT (D.),
- Réserve de propriété, in *Rep. Droit commercial*, Dalloz
- Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, *Gaz. Pal.* 6-8 avril 2014, n°98, p. 23

VON CAEMMEBERG (E.),
- Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause, *RIDC*, 1966, n°3, pp. 573 et s.

WIEDERKEHR (G.),
- Pacte commissoire et sûretés conventionnelles, *in Etudes offertes à **A. Jauffret***, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661

WITZ (C.),
- Réflexions sur la fiducie-sûreté, *JCP E* 1993, I, n°244

- La fiducie française face aux expériences étrangères et la convention de La Haye relative au trust, *in* Dossier Fiducie, *D.* 2007, p. 1369
- Les caractères distinctifs de la fiducie, *in Trust et fiducie, compléments ou concurrents ?, Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, Académy et finance, Genève, janv. 2008, p. 61
- *J.-Cl. Civil, Fasc. 20 Fiducie*, 2013
- *J.-Cl. Droit Civil, Fasc. Unique Hypothèque – Rang des hypothèques*

YAMANOME (A.),

- Rapport japonais, Les nouvelles fonctions de la propriété, *in* La propriété, Travaux de l'association **H. Capitant**, Journées Vietnamiennes, t. LIII/2003, Société de législation comparée, sept. 2006, p. 439

ZATTARA-GROS (F.),

- Propos introductifs, *in* Bilan d'une année d'application, 29 et 30 mars 2007, *LPA* 27 mars 2008, n°63, p. 3

Commentaires de jurisprudence

AGOSTINI (F.-X.),
- note sous Cass. Com., 4 févr. 1980, *D.* 1982, 189
- obs. sous Cass. Com., 13 mars 2012, n°11-10.289, *L'Essentiel du droit de l'immobilier et de l'urbanisme*, 1er mai 2012, n°5, p.3

ALBIGES (C.),
- note sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-211.46, *Bull. Civ.* IV, n°170, *D.* 2012, p. 479
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13113, *Bull. Civ.* I, n°39, *Gaz. Pal.* 28-29 mars 2012, p. 21
- obs sous Cass. com. 11 juin 2014, n°13-13.643, *Bull. Civ* IV, n°136*RTD I*, 2014, n°3, p. 24

ANADON (C.),
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°62, *RLDA* mai 2007, p. 54

ANCEL (P.),
- note sous Cass. Civ. 2ème, 10 juil. 1996, n°94-40.021, *Bull. Civ.* II, n°209, *D.* 1996, Jur. p. 625

ANDREU (L.), QUIEVY (J.-F.),
- note sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *LPA* 29 mai 2013, n°107, p. 7

ANDREU (L.), THOMASSIN (N.),
- obs. sous Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-19.458, Inédit, *RLDCiv.* 2010, n°75, p.32-35

ANSAULT (J.-J.),
- note sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *RLDCiv*. 2009, n°63
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *RLDC* 2009/65, n°3609

ANTONINI-COCHIN (L.),
- obs. sous Cass. Com., 16 mai 2013, n°12-16.216, publication à venir, *Gaz. Pal.* n°193-194 p.29

AUBERT (J.-L),
- note sous Cass. Civ. 3ème, 15 févr. 1972, *Bull. Civ.* III, n°71, *Rép. Not. Defrénois* 1972, art. 30216, p. 1445, n°70
- note sous Cass. Civ. 3ème, 23 janv. 1973, *Bull. Civ.* III, n°69, *Rép. Not. Defrénois* 1973, art. 30442, spéc. n°47, p. 1165
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 16 mars 1983, n°82-10.334, *Bull. Civ.* I, n°100, *D.* 1983, I.R. p. 282, *Rep. Not. Defrénois* 1984, art. 33251, p. 373
- note sous Cass. Civ. 1ère, 4 avril 2001, n°98-13.285, *Bull. Civ.* I, n°105, *Rep. Not. Defrénois*, p. 721

AVENA-ROBARDET (V.),
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *D.* 2007, p. 1136
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 6 déc. 2012, n°11-24.443, Publié, *D.* 2012, p.2276
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 21 mars 2013, n°11-25.462, *AJ famille* 2013, p. 246
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 21 mars 2013, n°11-25.462, *D.* 2013, p.832
- obs. sous Cass. Civ. 3ème., 18 déc. 2002, n°31-12.143, *Bull. Civ.* III, n°261, *D.* 2003, AJ, p.491
- obs. sous Cass. Com., 13 mai 2003, n°00-15.404, *Bull. Civ.* IV, n°73, *D.* 2003, AJ, 1696
- obs. sous Cass. Com., 19 oct. 2006, n°04-19.643, *Bull. Civ.* IV, n°267, *D.* 2007, p. 369
- obs. sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *D.* 2009, p. 943

AYNES (A.),
- note sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *JCP G* 2009, 380
- chron. sous Cass. Com., 22 mars 2005, n°03-14.014, *Bull. Civ.* IV, n°33, *Dr. et Patr.* 2005, n°142, p. 40
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388, *Bull. Civ.* IV, n°94, *RDC* 2010

AYNES (L.), DUPICHOT (P.),
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *Dr. et Patr*. janv. 2008, n°166, pp.82 et s.
- obs. sous Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-19.458, Inédit, *Dr et Patr*. sept. 2010, n°195, p. 91-92

AYNES (L.),
- obs. sous Cass. Civ. 1ere, 24 févr. 1987, n°85-12.406, *Bull. Civ.* I, n°64, *D.* 1987, somm. p. 451
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 22 mai 2002, n°99-13.085, *Bull. Civ.* I, n°133, *D.* 2002, somm. p. 3336
- note sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152 *Bull. Civ.* I, 178, *JCP G* 2009, 380
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.113, *Bull. Civ.* I, n°39, *Dr. et Patr.* 2012, n°216

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. Civ.* III, n°174, Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993 n°91-14.999, inédit, *D.* 1995, Somm. 87
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 12 oct. 1994, *Bull. Civ.* III, n°180, *Rep. Not. Defrénois* 30 mars 1995 n°6 p. 425
- note sous Cass. Civ. 3ème, 6 mars 1996, n°94-13.242, *Bull. Civ.* III, n°63, *Défrénois* 1997 art. 36526, spéc. n°46
- note sous Cass. Civ. 3ème, 12 janv. 2011, n°10-10.667, *D.* 2011 p. 851
- note sous Cass. Civ. 3ème, 11 mai 2011**,** n°10-12.875, *Rep. Not. Defrénois* 2011. 1023
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 20 déc. 1989, *Bull. Civ.* III, n°426, *D.* 1990, somm. 389
- obs. sous Cass. Com., 27 févr. 1996, *Bull. Civ.* IV, n°68, *D.* 1996, Somm. 269
- note sous Cass. Com. 30 mars 2005, n°03-15.531, Inédit, *RLDCiv*. 2006, p. 90
- obs. sous Cass. Com. 30 mars 2005, n°03-15.531, Inédit, Dr. et Patr. 2006, n°25, suppl.

AZENCOT (M.),
- étude sur Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. Civ.* III, n°174, n°91-14.999, inédit, *AJDI* 1994. 351

BACHELIER (G.),
- concl. sur CE, 2 juil. 2003, n°254536, *AJDA* 2003, 1780

BAGHESTANI (L.),
- obs. sous CConst. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, *LPA* 31 juil. 2012, n°152, p.5

BANDRAC (M.),
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 1993, n°91-16846, *Bull. Civ.* IV, n°420, *RTDCiv*. 1994, p.910

BARBIERI (J.-J.),
- note sous Cass. Civ. 3ème, 12 janv. 2011, n°10-10.667, *Rép. Not. Defrénois* art. 40020

BAULT (P.-H.),
- comm. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *Loyers et copropriété* 2012, com. 16

BAZIN (E.),
- note sous Cass. Civ. 2ème, 3 juil. 2008, n°07-15.223, *Bull. Civ.* II, n°165, *Dr et Proc*. Janv, 2009, n°1, p. 46

BECQUE (E.),
- note sous Cass. Com., 15 janv. 1957, *Bull. Civ.* IV, n°20, *JCP G* 1957, II, 10006, 1ère espèce

BEGUIN (J.),
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *JCP G* 2009. I. 462, § 7

BENAC-SCHMIDT (F.),
- note sous Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. Civ.* III, n°174, Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993 n°91-14.999, inédit, *D.* 1994, p. 505

BERNARD,
- note sous Cass. Civ. 9 mai 1905, *S*, 1906, 1, 489

BERNHEIM-DESVAUX (S.),

BERR (C.-J.),
- note sous Cass. Civ. 1ère, 19 janv. 1994, *D.* 1994. 144

BESSON (A.),
- note sous Cass. Civ., 4 déc. 1946, non publié, *JCP G* 1947, II, 3546
- note sous Cass. Com., 25 juin 1969 n°67-14.017, *Bul. Civ.* IV, n°244, *RGAT* 1969, p. 494

BEZ (J.-M.),
- note sous Cass. Civ. 3ème, 23 janv. 1973, *Bull. Civ.* III, n°69, *JCP G* 1975, II, 18032

BIHR (P.),
- note sous Cass. Com., 11 juin 1969, *D.* 1970, 244

BILLIAU (M.),
- note sous Cass. Civ. 1ère, 4 avril 2001, n°98-13.285, *Bull. Civ.* I, n°105, *D.* 2001, p. 1614

BIOY (X.),
- note sous TA Toulouse, 23 oct. 2009, n°0602438, *AJDA* 2010, p.448

BOLARD (G.),
- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *JCP G* 2009. II. 534

BONHOMME (R.)
- obs. sous Cass. Com. 7 déc. 2004, n°02-207.32 ; Bull. Civ. IV, n°213 ; Act. Proc. Coll. févr. 2006

BONNEAU (T.),

- obs. sous Cass. Com., 26 nov. 2003, n°01-03.685, *Bull. Civ.* IV, n°176, *Banque et Droit*, mars-avril 2004, p. 58
- obs. sous Cass. Com. 24 sept. 2003, n°00-19.067, *Bull. Civ.* IV n°136; *Banque et Droit*, janv-févr. 2004, n°93, p. 56
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *Dr des sociétés*, mars 2005, n°3, p. 25
- obs. sous Cass. Com. 22 nov. 2005, n°03-15.669 ; *Bull. Civ. IV* n°230 ; *Banque et Droit* 2006, p. 67

BORGA (N.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *D.* 2010, p. 302
- note sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388, *Bull. Civ.* IV, n°94, *D.* 2010, p. 2201
- note sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *BJE* mai 2013, p. 149
- note sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *LPA* 17 juin 2013, n°120, p. 19

BOULOC (B.),

- obs. sous Cass. Civ. 1er, 18 déc. 2000, n°97-19.473, *Bull. Civ.* I, *RTDCom.* 2000, 710
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *RTDCom*. 2012 p. 788
- obs. sous Cass. Com., 18 févr. 1992, n°90-12.840, *Bull. Civ.* IV, n°81, *RTDCom.* 1992, p. 860
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *RTDCom*. 1998, p. 193
- obs. sous Cass. Com., 14 oct. 1997, *Bull. Civ.* IV, n°265, *RTDCom.* 1998. 404
- obs. sous Cass. Com., 6 janv. 1998, *Bull. Civ.* IV, n°9, *RTDCom.* 1998 p.664
- obs. sous Cass. Com., 15 févr. 2000, n°97-11.670, *Bull. Civ.* IV, n°30, *RTDCom*. 2000, p. 709
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 2002, n°98-17.585, *Bull. Civ.* IV, n°48, *RTDCom.* 2002, p. 717
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *RTDCom*. 2005, p. 408
- obs. sous Cass. Com., 24 mai 2005, n°04-13.464, *Bull. Civ.* IV, n°110, *RTDCom*. 2006. 185
- obs. sous Cass. Com., 15 nov. 2005, n°03-18.437, *Bull. Civ.* IV, n°228, *RTDCom*. 2006, p. 655
- obs. sous Cass. Com., 19 déc. 2006, n°04-19.643, *Bull. Civ.* IV, n°267, *RTDCom*. 2007, p. 590
- obs. sous Cass. Com., 14 déc. 2010, n°09-71.767, *Bull. Civ.* IV, n°199, *RTDCom.* 2011, p.405

BOURDILLAT (J.-J.),

- obs. sous Cass. Avis, 20 oct. 2000, *Bull. Civ.* Avis, n°9, *Dr. et Proc.* 2003, p. 379

BOUVIER (O.-L.), ADIDA-CANAC (H.), LEROY-GISSINGER (L.), RENAULT-MALIGNAC (F.), SALOMON, (R.)

- obs. sous Cass. Com., 16 mai 2013, n°12-16.216, publication à venir, *D.* 2013 p. 599

BRIGNON (B.),

- obs. sous Cass. Com. 11 juin 2014, n°13-13.643, *Bull. Civ* IV, n°136, *Lexbase Hebdo Aff*., n°388, 3 juil. 2014

CABANNES (J.),

- concl. sur Cass. Ass. Plén., 26 oct. 1984, n°83-10.055, *Bull. Civ.*, n°6, *D*. 1985, jur., p. 33

CABRILLAC (M.),

- obs. sous Cass. Mixte, 22 nov. 2002 ; *JCP E* 2003, 760, n°14,
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *JCP G* 2010, p. 186
- obs. sous Cass. Com., 1er oct. 1985 n°84-12.015, *Bull. Civ.* IV, n°222,*D.* 1986, J., p. 246
- obs. sous Cass. Com., 28 mai 1991, *Bull. Civ.* IV, n°186, *JCP E* 1991, I, 100, n°6
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 1993, *Bull. Civ.* III, n°314, *JCP G* 1994, I, 3759, n°11
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 1993, *JCP E* 1994, I, 348, spéc. n°3
- obs. sous Cass. Com., 4 juil. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°2003, *RTDCom*. 1995, p. 822
- obs. sous Cass. Com., 23 janv. 1996, n°92-21.642, *Bull. Civ.* IV, n°25, *JCP E* 1996, I, 554, n°14
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 1996, *JCP E* 1996, I, 584, n°11
- obs. sous Cass. Com., 16 avril 1996, *Bull. Civ.* IV, n°122, *JCP E* 1996. I. 584, n°16
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *JCP E* 1997, 681
- obs. sous Cass. Com., 25 nov. 1997, n°95-16.091, *Bull. Civ.* IV, n°301, *JCP G* 1998, I, 141, n°15
- note sous Cass. Com., 19 déc. 2000, n°97-15.011, *Bull. Civ.* IV, n°200, *RTDCom*. 2001 p. 737
- obs. sous Cass. Com., 11 juil. 2002, n°00-20.981, *Bull. Civ.* IV, n°103, *JCP E* 2003, 194, n°6
- obs. sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *JCP E* 2003, chron. 202, p. 229
- obs. sous Cass. Com., 26 nov. 2003, n°01-03.685, *Bull. Civ.* IV, n°176, *RTDCom*. 2004, p. 138
- obs. sous Cass. Com., 7 déc. 2004, n°02-20.732, *Bull. Civ.* IV, n°213, *RTDCom*. 2005, p.155

- obs. sous Cass. Com., 4 oct. 2005, n°03-17.619, *Bull. Civ.* IV, n°192, *JCP E* 2006, 1066, n°9
- obs. sous Cass. Com., 15 nov. 2005, n°03-18.437, *Bull. Civ.* IV, n°228, *JCP G 2006*, I, 139, n°13
- obs. sous Cass. Com., 7 févr. 2006, Sté CMM Beirens c/Sté Wartsila NSD France, pourvoi n°04-11.867, *Bull.Civ*. IV, n°31, *JCP* 2006. I. 139, n°8
- obs. sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *JCP E* 2008, p. 1432, n°7

CABRILLAC (M.), PETEL (P.),

- obs. sous Cass. Com., 15 oct. 1991, n°90-10.784, *Bull. Civ.* IV, n°288, *JCP E* 1992, I, 138
- obs. sous Cass. Com., 2 oct. 2001, n°98-22.304, *Bull. Civ.* IV,n °155, *JCP E* n°3 17 janv. 2002, 121 n°43
- obs. sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *JCP G* 2002, I, 144, spéc. n°15
- obs. sous Cass. Com., 5 juin 2007, n°05-21.349, *Bull. Civ.* IV, n°152, *JCP E* 2008. 1207, n°11
- obs. sous CA Orléans, 15 mai 2008, *JCP E* 2009, 1008, n°9

CADIET (L.),

- obs. sous Cass. Avis, 20 oct. 2000, *Bull. Civ.* Avis, n°9, *JCP G* 2001, I, 311

CALME (S.),

- obs. sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *LPA* 26 avril 2013, n°84, p. 16

CAMENSULI-FEUILLARD (L.),

- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°11-18.585, *Bull. Civ.* IV, n°69, *BJE*, 2012, n°4, p. 221

CAMPANA (M.-J.),

- note sous Cass. Com., 19 déc. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°305, *D.* 1996, 145

CAPITANT (H.),

- obs. sous Cass. Civ., 22 avril 1918, *DP.* 1919, I, 33

CASEY (J.),

- obs. sous Cass. Com., 17 juin 1997, n°95-14.105, *Bull. Civ.* IV, n°188, *D*. 1998, p. 208

CATALA-FRANJOU (N.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 17 juin 1969, *JCP G* 1970, II, 16162

CERLES (A.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, *Bull. Civ.* II, n°224, *Revue de droit bancaire et financier* 1er nov. 2008 n°6 p. 43
- obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 8, 3 mai 2011, RG 10/13656, *RDBF*. sept.-oct. 2011, p. 38 s.

CHAPUT (Y.),

- obs. sous CA Aix-en-Provence, 2 avr. 1992, *Dr. Sociétés* 1992, n°262

CHARTIER (Y.),

- rapp. sur Cass. Ass. Plén., 23 déc. 1994, *D.* 1995, J., p. 145

CLAVEL-THORAVAL (J.),

- obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *RLDC* juill-août 2014. 38;

COHEN (D.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *Rev. de l'arbitrage*, 2012, n°2, p. 276 et s.

COHEN-JONATHAN (G.), FLAUSS (J.-F.),

- obs. sous CEDH, 24 mars 1994, *Silva Pontes* c/ Portugal: Série A, n°286-A, *Rev. Justices* 1995/1, p. 147, spéc. p. 170

CONSTANTIN (A.),

- note sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *BMIS*. janv. 2005, n°1, p. 63

CORLAY (P.),

- note sous Cass. Ass. Plén., 26 oct. 1984, n°83-10.055, *Bull. Civ.*, n°6, *JCP G* 1985, II, 20342

CORNU (G.),

- obs. sous Cass. Civ. 1er, 26 déc. 1961, *RTDCiv*. 1962, 518

COURET (A.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *BJS* 1er fév. 2008n°2 p. 121

COURTIER (J.-L.),

- obs. sous Cass. Com., 11 mars 1997, n°94-19207, *Bull. Civ.* IV, n°69, *LPA* 28 sept. 1998, n°116, p. 11

COUTANT-LAPALUS (C.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème., 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *Loyers et copropriété*, mai 2007, n°5, p. 16

COUTURIER (I.),

- note sous Cass. Civ. 1er, 18 déc. 2000, n°97-19.473, *Bull. Civ.* I, n°17, *D.* 2000, p. 785

CRÉDOT (P.-J.), GÉRARD (Y.),

- obs. sous Cass. Com., 4 juil. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°2003, *RD bancaire et bourse* 1995, p. 143

CROCQ (P.),

- obs. sous CE, 2 juil. 2003, n°254536, *RTDCiv*. 2004, p. 324
- note sous Cass. Ch. Mixte, 22 nov. 2002, n°99-13.395, *Bull. ch. Mixte*, n°7, *RTDCiv.* 2003, 331
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *RTDCiv.* 2007, p. 595
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.113, *Bull. Civ.* I, n°39, *RTDCiv.* 2012, p. 346
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 12 janv. 2011, n°10-10.667, *RTDCiv.* 2011 p. 158
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 7 juil. 2004, n°03-13.533, *Bull. Civ.* III, n°149, *D.* 2005, Pan. 2087
- obs. sous Cass. Civ. 3ème., 18 déc. 2002, n°31-12.143, *Bull. Civ.* III, n°261, *RTDCiv.* 2003, p. 327
- obs. sous Cass. Com., 4 juil. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°2003, *RTDCiv*. 1995, p.934
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 1996, *RTDCiv*. 1996, p. 443
- obs. sous Cass. Com., 9 avril 1996, n°93-17.370, *Bull. Civ.* IV, n°116, *RTDCiv*. 1996, p. 669
- obs. sous Cass. Com., 16 mai 1996, n°94-11.366, *Bull. Civ.* IV, n°129, *RTDCiv*. 1996, p. 666
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *RTDCiv*. 1997, p. 708
- obs. sous Cass. Com., 17 juin 1997, n°95-14.105, *Bull. Civ.* IV, n°188, *RTDCiv*. 1998, p. 157
- obs. sous Cass. Com., 19 déc. 2000, n°97-15.011, *Bull. Civ.* IV, n°200, *RTDCiv*. 2001, p. 393, spéc. p. 396
- obs. sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *RTDCiv*. 2002, p. 337
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 2002, n°98-17.585, *Bull. Civ.* IV, n°48, *RTDCiv.* 2002, p. 339
- obs. sous Cass. Com., 11 juil. 2002, n°00-20.981, *Bull. Civ.* IV, n°103, *RTDCiv.* 2003, p.328
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *D.* 2005, p. 2078
- obs. sous Cass. Com., 3 juin 2008, n°07-12.017 et 07-15.228, *Bull. Civ.* IV, n°114, *RTDCiv*. 2008, p.701
- obs. sous Cass. Com., 26 janv. 2010, n°08.21-340, *D.* 2011, p.406
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-65.812, *Bull. Civ.* IV, n°98, *RTDCiv*. 2010, p.595
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-65.812, *RTDCiv*. 2010, p. 595
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388, *Bull. Civ.* IV, n°94, *D.* 2011, p.411
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388, *Bull. Civ.* IV, n°94, *RTDCiv*. 2010, p. 597
- obs. sous Cass. Com., 21 sept. 2010, n°09-68.604, Bull, Civ. IV, n°139, *D*. 2011, p. 406
- obs. sous Cass. Com., 14 déc. 2010, n°09-71.767, *Bull. Civ.* IV, n°199, *RTDCiv*. 2011, p. 155
- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; *Bull. Civ.* IV, n°68 ; *D.* 2012, p. 1573
- obs. sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *RTDCiv.* 2013, p. 418
- obs. sous Cass. Com. 11 juin 2014, n°13-13.643, *Bull. Civ* IV, n°136, *D.* p. 1610
- note sous CA Paris, pôle 5, ch. 8, 3 mai 2011, RG 10/13656, *RTDCiv*. 2011, p. 785
- obs sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *D*. 2014, p. 1610
- obs. sous CA Paris, 3°ch. C, 3 avril 1998, Me Du Buit, ès qualités et autres c/ Sté OCP Répartition SAS et Paris, 26 juin 1998, Pharmacie Riffault et autres c/ SA OCP Répartition, *RTDCiv.* 1998, p. 709

CROZE (H.),

- note sous Cass. Civ. 2ème, 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *Procédures* nov. 2007, comm. 260

CROZE (H.),

- note sous Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 2007, n°07-00.013, *Bull. Civ.* Avis, n°7, *Procédures* nov. 2007, comm. 260

CUIF (P.-F.),

- note sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *JCP G* 2002, II, 10, 186

DABURON-GARCIA (C.),

- obs. sous Cass. Com., 8 juill. 2003, pourvoi n°00-19.685, inédit, *Revue générale de droit médical*, 1 mars 2004, n°2, p. 255

DAGOT (M.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 20 févr. 1979, *JCP G* 1980, II, 19376

DAMAS (N.),

- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *Loyers et copropriété* 2012, com. 16, P.-H. Bault, *AJDI* 2012, p. 582

DAMMANN (R.), RAPP (A.)

- note sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; *Bull. Civ.* IV, n°68 ; *D.* 2012, p. 1455

DANOS (F.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *Bull. Joly* 2012. 10

DELEBECQUE (P.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 7 janv. 1992, n°90-14.545, *JCP G* 1992, I, n°3583
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 21 janv. 1997, n°94-16.157, *Rep. Not. Defrénois* 15 juin 1997, n°11 p. 74
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13113, *Bull. Civ.* I, n°39, *JCP G 2012*. II. 626, n°16
- note sous Cass. Civ. 3ème, 18 déc. 2002, n°31-12.143, *Bull. Civ.* III, n°261, *D*. 2003, p. 963
- obs. sous Cass. Com., 15 oct. 1991, n°90-10.784, *Bull. Civ.* IV, n°288, *JCP* 1992, I, 3623, n°24
- obs. sous Cass. Com., 6 janv. 1998, *Bull. Civ.* IV, n°9, *JCP G* 1998 I n°149 n°19
- obs. sous Cass. Com., 3 févr. 1998, n°95-18.690, *Bull. Civ.* IV, n°59, *JCP G*, 1998, I, n°149, n°20
- obs. sous Cass. Com., 10 oct. 2000, n°97.12-910, *Bull. Civ.* IV, n°151, *D*. 2000, AJ, p. 424, *JCP G* 2001, I, 315, n°54
- obs. sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *JCP G* 2002, I, 162, p. 1568
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *JCP G* 2004, I, n°17
- obs. sous Cass. Com., 15 nov. 2005, n°03-18.437, *Bull. Civ.* IV, n°228, *JCP E* 2006, 1753
- obs. sous Cass. Com., 28 mars 2006, n°03-13.822, *Bull. Civ.* IV, n°80, *JCP E* 2006, 2824, spéc. n°21
- obs. sous Cass. Com., 24 avril 2007, n°05-21.857, *RLDCiv.* 2007, n°39, p.30, *RLDAff*. 2007, n°18, p. 42, *Le droit maritime français*, 2007, n°684
- obs. sous Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-19.458, Inédit, *JCP G* 2009, 48, p. 43-49, n°12
- obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *JCP* 2014. Doctr. 635 ;

DELMAS-SAINT-HILAIRE (P.), CASEY (J.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *RJPF* 2007 n°12 p. 29

DELPECH (X.),

- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296, *Bull. Civ., n*°5, *D*. 2005, AJ, 1773
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *D.* 2009. AJ 1422
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *D*. 2009, p. 2275
- obs. sous Cass. Com., 3 févr. 1998, n°95-18.690, *Bull. Civ.* IV, n°59, *D. Aff*. 1998, p. 416
- obs. sous Cass. Com., 19 déc. 2000, n°97-15.011, *Bull. Civ.* IV, n°200, *D*. 2001, AJ. 2002
- obs. sous Cass. Com., 5 juil. 2005, n°04-12.770, *Bull. Civ.* IV, n°150, *D*. 2005 p. 2070
- note sous Cass. Com. 22 nov. 2005, n°03-15.669 ; Bull. Civ. IV n°230 ; D. 2005, p. 3081

DERRIDA (F.),

- note sous Cass. Ass. Plén., 26 oct. 1984, n°83-10.055, *Bull. Civ.*, n°6, *D*. 1985, jur., p. 33
- note sous Cass. Ass. Plén., 23 déc. 1994, D. 1995, J., p. 145
- obs. sous Cass. Avis, 16 déc. 1994, n°09-10.021, *Bull. avis*, n°24, *D*. 1995, 166
- note sous Cass. Com., 15 avril. 1975, n°74-10.457, *Bull. Civ.* IV, n°105 p.88, *D*. 1975, 571
- note sous Cass. Com., 12 fév. 1979, *D*. 1979. 354
- obs. sous Cass. Com., 1er oct. 1985 n°84-12.015, *Bull. Civ.* IV, n°222, *D*. 1986, J., p. 169
- obs. sous Cass. Com., 28 avr. 1987, n°85-17.365, *Bull. Civ.* IV, n°96, D. 1988, somm., p. 73
- note sous Cass. Com., 6 mars 1990, n°88-16.036, *Bull. Civ.* IV, n°67, *D*. 1990, jur., p. 311
- obs. sous Cass. Com., 1er oct. 1991 n°89-18254, *Bull. Civ.* IV, n°252, *D*. 1992, somm. p. 6
- obs. sous Cass. Com., 24 oct. 1995, n°93-10.351, *Bull. Civ.* IV, n°255, *D*. 1996, 155
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *D*. 1999. Somm. 5
- obs. sous Cass. Com., 12 mai 1998, n°95-17.757, *Bull. Civ.* IV, n°153, *Resp. et Assur*. 1998, comm. 368, *D*. 1999, somm. p. 6

DESDEVISES (Y.),

- note sous Cass. Avis, 20 oct. 2000, *Bull. Civ.* Avis, n°9, *JCP G* 2001, II, 10479

DEWEKER-DEFOSSE (F.),

- obs. sous Cass. Com., 8 mars 1988, n°86-15751 *Bull. Civ.* IV, n°99, *RDBF* 1988, n°9, p. 179

DOIREAU (S.),

- obs. sous Cass. Com., 16 juin 2004, *Bull. Civ.* IV, n°125, p. 128, *RLDCiv.* 2004 n°8 p.14

DONIER (V.),

- obs. sous CE, 2 sept. 2009, n°297126, Société Slibail Immobilier, *AJDA* 2010 n°6 p.344

DONTENVILLE (H.),

- concl. sous Cass. Ass. Plén. 11 mai 1990, n°89-12.144, *Bull. Civ.* n°8, p.13, *D.* 1990 p. 533

DUBREUIL (B.),

- obs. sous Cass. Com., 28 mai 1991, *Bull. Civ.* IV, n°186, *Rev. Proc. Coll.* 1992, 110
- obs. sous Cass. Com., 15 oct. 1991, n°90-10.784, *Bull. Civ.* IV, n°288, *Rev. Proc. Coll*. 1992, 102

DUMONT-LEFRAND (M.-P.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *Gaz. Pal*. 13 et 14 janv. 2010, p.16
- note sous Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ*. II, n°59 ; *Gaz. Pal*. 20 mars 2014, n° 79, p. 22 note sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *Rev. Proc. Coll.* 2009, n°51
- comm. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-21.146 *Bull. Civ.* IV, n°170, *Rev. Proc. Coll.* n°3, mai 2012 com. 114
- obs. sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *Gaz. Pal.* 20 mars 2013, n°79-80, p. 22
- obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *Gaz. Pal*. 4-5 juin 2014, p. 20,

DUPICHOT (P.),

- note sous Cass. Com., 14 juin 1994, *Bull. Civ.* IV, n°209, *Rep. Not. Defrénois*, 1995, art. 35978, p. 96
- obs. sous Cass. Com., 15 nov. 2005, n°03-18.437, *Bull. Civ.* IV, n°228, *Dr. et Patr*., fév. 2006, p. 125

EDELMAN (B.),

- note sous TGI Paris, 1er févr. 1995, *D.* 39ème cahier, p.572

ESMEIN (P.),

- note sous Cass. Civ., 20 juin 1953, *JCP G* 1953, II, 7677

FAGES (B.),

- obs. sous Cass. Civ. 3ème,11 mai 2011**,** n°10-12.875, *RTDCiv*. 2011. 532
- note sous Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *Rev. sociétés* 2012. 22

FAVARIO (T.),

- note sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077, *Bull. Civ.* IV, n°68, *BJE*, mai 2012, p. 176

FAVOREUX (L.), PHILIP (L.),

- comm. sous Cconst. 27 déc. 1973, n°73-51 DC, *in Les grands arrêts de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*

FAVRE-ROCHEX (A.),

- note sous Cass. Civ. 1er, 21 janv. 1997, n°94-16.157, *Bul. Civ.* I n°27 p. 17, *Resp. Civ. et. Ass*. 1997, comm. n°137, *Gaz. Pal*. 1998, 1, p.247, *RGAT* 1997, p. 1093
- obs. sous Cass. Civ. 1er 28 oct. 1997, n°95-20.318, *Bull. Civ.* I, n°294, *Gaz. Pal.* 1998 n°74 p.13
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 4 avril 2001, n°98-13.285, *Bull. Civ.* I, n°105, *Gaz. Pal*., 8 déc. 2001, n°342, p. 7

FENOUILLET (D.),

- note sous Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 2007, n°07-00.013, *Bull. Civ.* Avis, n°7, *RDC*, déc. 2008, n°4, p. 1235
- note sous Cass. Civ. 2ème, 3 juil. 2008, n°07-15.223, *Bull. Civ.* II, n°165, *RDC*, déc. 2008, n°4, p. 1235
- note sous Cass. Civ. 2ème, 19 mars 2009, n°07-20.315, *Bull. Civ.* II, n°79, *RDC* juil. 2009, p. 1086

FIN-LANGER (L.),

- comm. sur Cass. Com., 28 juin 2011 n°10-15.482.

FLAUSS (J.-F.),

- obs. sous CEDH 31 mars 1992 X c,/ France, série A, n°236, *AJDA* 1992, p.416

FLECHEUX (G.),

- note sous Cass. Com., 9 mars 1977, *Bull. Civ.* IV, n°81, JCP N 1979, II, 81

FORGUES (F.),

- note sous Cass. Com., 13 nov. 2002, n°00-10.284, non publié, *JCP E* 2003, n°667

FRANÇOIS (J.),

- note sous Cass. Com., 25 nov. 1997, n°95-16.091, *Bull. Civ.* IV, n°301, *D.* 1998, p. 232

FRANK (E.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 15 févr. 1972, *Bull. Civ.* III, n°71, D. 1972, J., p. 463
- note sous Cass. Civ. 3ème, 23 janv. 1973, *Bull. Civ.* III, n°69, *D.* 1973, p.427
- note sous Cass. Civ. 3ème, 20 févr. 1979, *Bull. Civ.* III, n°38, *D*. 1979, p. 403

GAÏA (P.),

- obs. sous Cconst., 19 janv. 1995, n°94-359 DC, *D.* 1997 p. 137
- obs. sous Cconst., 19 janv. 1995, n°94-359 DC, *RFD Const.* 1er sept. 1995, n°23 p. 582

GALLMEISTER (I.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, *Bull. Civ.* II, n°224, *D.* 2008 p. 2802

GARÇON (J.-P.),

- note sous Cass. Com., 11 mars 1997, n°94-19207, *Bull. Civ.* IV, n°69, *JCP N* 1997, I, p. 1283
- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *JCP N* 2010, n°39, p. 62
- obs. sous Cass. Com., 16 juin 2004, *Bull. Civ.* IV, n°125, p. 128, *JCP N* 8 oct. 2004 n°41 p.1518

GAUDEMET (A.),

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *D*. 2012, p. 130

GAUTIER (P.-Y.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 12 janv. 2011, n°10-10.667, *D.* 2006 p. 1861
- obs. sous Cass. Com., 4 juil. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°2003, *RTDCiv*. 1996, p.192

GIBIRILA (D.),

- note sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *Rép. Not. Defrénois*, 2008, p. 1241

GISJBERS (C.),

- note sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *RLDC.* 2013/103, n°5047
- obs sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *D.* 2014. p. 924.

GJIDARA-DECAIX (S.),

- note sous Cass. Civ. 2ème., 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *Rev. Proc. Coll.* déc. 2007, n°4, p.217
- note sous Cass. Civ. 2ème, 19 mars 2009, n°07-20.315, *Bull. Civ.* II, n°79, *Rev. Proc. Coll*. mai 2009, n°3, p. 37

GOSSELIN-GORAND (A.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 4 avril 2001, n°98-13.285, *Bull. Civ.* I, n°105, *LPA*, 2 avr. 2002 n°66, p.9

GOURIO (A.),

- note sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *JCP G*, II, 10091

GRANIER (T.),

- note sous Cass. Com. 24 sept. 2003, n°00-19.067, *Bull. Civ.* IV n°136; *Rev. des Sociétés,* 2004, p. 379

GRIMALDI (C.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 12 janv. 2011, n°10-10.667, *Rép. Not. Defrénois* 2011, art. 39211

GRIMALDI (M.),

- obs. sous Cass. Com., 26 avril 2000 n°96-21.942 et Cass. Com., 14 mars 2000 n°96-22.780, *D.* 2000, p. 665

GROUTEL (H.),

- comm. et chron. sous Cass. Civ. 1er, 7 avr. 1992, n°89-12.247, *Bull. Civ.* I, n°113, *Resp. Civ. et Assur*. 1992, comm. 284 et Chron. 23

GUENEE (G.),

- note sous Cass. Civ. 25 mars 1903, *DP* 1904, 1, p. 273

GUERIN (O.),

- avis sur Cass. Civ. 3ème., 18 déc. 2002, n°31-12.143, *Bull. Civ.* III, n°261, *JCP G* 2003, II, 10024

GUILLOT (J.-L),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *Banque et Droit*, mai juin 2008, p. 40
- obs. sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *Banque* mai 2013, n°760, p. 86

GUILLOU (H.),

- note sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *D.* 2013. Chron. 1172

GUYON (Y.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 6 déc. 2000, n°99-11.332, *Rev. sociétés* 2001.84

HALLOUIN (J.-C.),

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 6 déc. 2000, n°99-11.332, *D.* 2002, p. 481

HAURIOU (M.),

- note sous CE, 23 nov. 1923, Couitéas, *D.* 1923. 3. 59, *S.* 1923. 3, *S.* 1923. 3. 51

HEMARD (J.),

- note sous Cass. Com., 15 janv. 1957, *Bull. Civ.* IV, n°20, *D.* 1957, 267
- obs. sous Cass. Com., 9 janv. 1961, n°58-10.334, *Bull. Civ.* III, n°15, *RTDCom*. 1961, p. 911

HEMARD (J.), BOULOC (B.),

- obs. sous Cass. Com., 1er oct. 1985 n°84-12.015, *Bull. Civ.* IV, n°222, *RTDCom*. 1986, p. 544

HENRY (L.-C.),

- obs. sous Cass. Com., 21 sept. 2010, n°09-68.604, Bull, Civ. IV, n°139, *Gaz. Pal*. 8 janv. 2011, n°8, p. 22

HEYMANN (J.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *RTDCiv*. 2011. 758, *JPC* 2011. 1353

HONORAT (A.),

- obs. sous Cass. Com., 4 févr. 1980, *D.* 1980, IF, 478
- obs. sous Cass. Com., 28 mai 1991, *Bull. Civ.* IV, n°186, *D.* 1991, somm. 333
- note sous Cass. Com., 12 juil. 1994, n°92-14.090, *Bull. Civ.* IV, n°262, *LPA* 9 nov. 1994, n°134, p.24
- note sous Cass. Com., 12 juil. 1994, n°92-14.090, *Bull. Civ.* IV, n°262, *D.* 1994, p. 569
- obs. sous Cass. Com., 12 juil. 1994, n°92-14.090, *Bull. Civ.* IV, n°262, *D.* 1994, p. 573
- obs. sous Cass. Com., 23 janv. 1996, n°92-21.642, *Bull. Civ.* IV, n°25, *D*. 1996, somm. 182
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *D*. 1997, somm. 312

HONORAT (J.),

- obs. sous Cass. Com., 13 mai 2003, n°00-15.404, *Bull. Civ.* IV, n°73, *Rép. Not. Defrénois* 2004, p. 884

HOUIN (R.),

- obs. sous Cass. Com., 9 janv. 1961, n°58-10.334, *Bull. Civ.* III, n°15, *RTDCom*. 1961, p. 473

HOUTCIEFF (D.),

- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296, *Bull. Civ.*, *n*°5, *RDC.* 2005, 1136
- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 17 nov. 2006, *RTDCiv.* 2006, p. 196
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *LPA* 6 août 2007, n°156, pp. 4 et s.
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *Rev. des Contrats*, juil. 2007, n°3 p. 648
- obs. sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *LPA* 9 oct. 2002, n°202, p. 19

HUGON (C.),

- note sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°11-18.585, *Bull. Civ.* IV, n°69, *Gaz. Pal*. 8 avril 2012, n°312-313, p. 19

IDOT (L.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 5 févr. 1991, n°89-14.382, *Bull. Civ.* I, n°44, *Rev. Arb.* 1991 p. 625

JACOB (F.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *Banque et droit* 2009, n°128, p. 64
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, *Bull. Civ.* II, n°224, *Banque et droit* 1er nov. 2008 n°122 p. 47
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *Banque et Droit*, 2005, n°99, p. 61
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *Banque et Droit*, nov.-déc. 2011, p. 53

JAN (P.), BOURDOISEAU (J.),

- obs. sous CConst. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, *LPA* 12 déc. 2011, n°246, p.6

JULIEN (P.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 13 mai 1991, n°90-10.452, *Bull. Civ.* II, n°150, *D.* 1992 somm. p. 128

KENDERIAN (F.),

- note sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-11.915, *Bull. Civ.* IV, n°141, *D*. 1998, p. 479
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *Gaz.-Pal.* Entreprises en difficulté, 20-21 janv. 2012, p. 21

KUHN (C.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *LPA* 19 sept. 2008 n°189 p.6

LABARTHE (F.), JAULT-SESEKE (F.),

- note sous Cass. Com., 10 juin 1997, n°94-12.316, *Bull. Civ.* IV, n°185, *D.* 1998. 2

LABBE (J.-E.),

- note sous Cass. Req, 13 juil. 1874, *S.* 1875, 1, 145
- note sous Cass. Req, 15 juin 1892, *DP*. 92.1.596, *S*. 93.I.281
- note sous Cass. Req, 15 juin 1892, *S.* 1898, 1, 281

LAITHIER (Y.-L.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *RDC* 1er avril 2008 n°2 p. 248

LAPORTE,

- obs. sous Cass. Com., 29 fév. 2000, n°97-14.575, inédit, *RJDA* 2000, n°572, *Procédures* 2000, n°148

LARROUMET (C.),

- note sous Cass. Ch. Mixte, 22 nov. 2002, n°99-13.395, *Bull. ch. Mixte*, n°7, *Act. Proc. Coll*., 2002-20, n°262, *D.* 2003, 445
- note sous Cass. Com., 9 avril 1996, n°93-17.370, *Bull. Civ.* IV, n°116, *D*. 1996, J., p.399
- note sous Cass. Com., 25 mars 1997, n°94-18337, *inédit*, *D*. 1998, p. 91
- obs. sous Cass. Com., 7 déc. 2004, n°02-20.732, *Bull. Civ.* IV, n°213, *D.* 2005, p. 230

LAUVERGNAT (L.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 18 juin 2009, n°08-18.379, *Bull. Civ.* II, n°169, *Gaz. Pal.* 5 sept. 2009 n°248 p.25

LEBEL (C.)

- obs. sous Cass. Com. 11 juin 2014, n°13-13.643, *Bull. Civ* IV, n°136, *JCP E* 2014, n°28, p. 62

LE CANNU (P.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 19 juil. 2000, *Bull. Civ.* III, n°151, *Bull. Joly Société 2000*, 1083

LE CORRE (P.-M.),

- obs. sous Cass. Com., 18 févr. 2003, n°00-11.008, *Bull. Civ.* IV, n°21, *D.* 2003, somm. p. 1620
- obs. sous Cass. Com., 13 mai 2003, n°00-15.404, *Bull. Civ.* IV, n°73, *D.* 2004, somm. p. 52
- note sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *AJDI* 2004.401
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 2004, n°02-12.982, *Bull. Civ.* IV, n°204, *JCP E* 2005, p. 407
- obs. sous Cass. Com., 4 oct. 2005, n°03-17.619, *Bull. Civ.* IV, n°192, *D.* 2005, p. 82

LE CORRE (P.-M.), LE CORRE-BROLY (E.),

- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *Lexbase Hebdo*, 22 juil. 2010, n°404
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-21.146 *Bull. Civ.* IV, n°170, *Lexbase hebdo éd. Affaires* 17 nov. 2011 n°273

LE CORRE-BROLY (E.),

- obs. sous Cass. Com., 5 déc. 2006, n°05-17.885, inédit, *Gaz. Proc. Coll.* 2007/2, p. 57
- obs. sous Cass. Com., 5 juin 2007, n°05-21.349, *Bull. Civ.* IV, n°152, *Act. proc. coll*. 2007, n°153
- obs. sous Cass. Com., 17 févr. 2009, n°07-20.458, *Bull. Civ.* IV, n°22 – Chronique mensuelle de droit des entreprises en difficulté, Lexbase éd. Privée générale, N8944BI4, Mars 2009, n°342.

LE GARS (A.),

- obs. sous Cass. Com., 5 juil. 2005, n°04-12.770, *Bull. Civ.* IV, n°150, *Lexbase* hebdo-édition privée générale, n°183, 29 sept. 2005

LE RUDULIER (N.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13113, *Bull. Civ.* I, n°39, *AJDI* 2012. 460

LEBEL (C.),

- note sous CA Douai, 23 sept. 2010, *JCP E* 2010, 2076
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-21.146 *Bull. Civ.* IV, n°170, *JCP E* n°9 1er mars 2012, 1138
- obs. sous Cass. Com., 28 juin 2011 n°10-15.482., *JCP E* 2011, act. 375
- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *Act. Proc. Coll*. 2010, n°194

LEBORGNE (A.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 6 déc. 2012, n°11-24.443, Publié, *Procédures*, avril 2013, n°5, p. 11

LEFAILLET (C.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *Option finance* 17 déc. 2007, n°960 p. 34

LEGEAIS (D.),

- note sous Cass. Ch. Mixte, 22 nov. 2002 ; JCP E 2003, 397, note **D. LEGEAIS**
- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 17 nov. 2006, *RTDCom.* 2007, p.215
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *JCP E* 2007, n°23, p. 13

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *RDBF*. 2009, n°6, p. 56
- comm. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13113, *Bull. Civ.* I, n°39, *RDBF*, mai 2012, comm. 87
- obs. sous Cass. Com., 17 juin 1997, n°95-14.105, *Bull. Civ.* IV, n°188, *JCP E* 1997, II, 1007
- obs. sous Cass. Com., 10 oct. 2000, n°97.12-910, *Bull. Civ.* IV, n°151, *RDBF*. 2000, n°6, p. 354
- obs. sous Cass. Com., 13 mai 2003, n°00-15.404, *Bull. Civ.* IV, n°73, *Actu. Proc. Coll*. 2003, n°173
- obs. sous Cass. Com., 2 juin 2004, n°02-12.626, *Bull. Civ.* I, n°157, *RDBF*, juil.-août 2004
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *RDBF*. 2005, p. 20
- obs. sous Cass. Com., 15 nov. 2005, n°03-18.437, *Bull. Civ.* IV, n°228, *RDBF*., janv.-févr. 2006, p. 20

- obs sous Cass. Com. 22 nov. 2005, n°03-15.669 ; *Bull. Civ*. IV n°230 ; *RTDCom*. 2006, p. 170
- obs. sous Cass. Com., 3 mai 2006, n°04-15.262, *Bull. Civ.* IV, n°106, *RDBF* 2006, p. 20
- obs. sous Cass. Com., 3 juin 2008, n°07-12.017 et 07-15.228, *Bull. Civ.* IV, n°114, *RDBF*. juill.-août 2008. 55
- note sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *JCP E* 2009, 1399
- obs. sous Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-19.458, Inédit, *RDBF*, 2010, n°1, p. 41, 42
- note sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-65812, *JCP E* 2010, 1601
- obs. sous Cass. Com., 14 déc. 2010, n°09-71.767, *Bull. Civ.* IV, n°199, *RTDCom*. 2011, p.622
- comm. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *RDBF* 2012, com. 17
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-211.46, *Bull. Civ.* IV, n°170, *D.* 2001, p. 2724
- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; *Bull. Civ.* IV, n°68 ; *RTD Com.* 2012. 384
- obs. sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *RDBF* mars 2013, p. 53

LEMOULAND (J.-J.),

- obs. sous CA Paris, 18 sept. 2001, *D.* 2002, Somm. 2161

LEVENEUR (L.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.113, *Bull. Civ.* I, *n°39, CCC*, mai 2012, n°5, comm. 16
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13113, *Bull. Civ.* I, n°39, *CCC* 2012. 116
- obs. sous Cass. Civ. 3ème,11 mai 2011**,** n°10-12.875, *CCC* 2011, comm. 186

LIECHABER (R.),

- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-11.915, *Bull. Civ.* IV, n°141, *D*. 1998, somm. p. 115

LIENHARD (A.),

- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 22 nov. 2002, n°99-13.395, *Bull. ch. Mixte*, n°7, *Act. Proc. Coll*., 2002-20, n°262, *D*. 2002, 3270
- note sous Cass. Civ. 3ème, 1er avril 1998, *D. Aff*. 1998, p. 805
- note sous Cass. Civ. 3ème, 6 déc. 2000, n°99-11.332, *D. Aff*. 2001, 311
- obs. sous Cass. Com., 6 janv. 1998, *Bull. Civ.* IV, n°9, *D. Aff.* 1998 p. 157
- obs. sous Cass. Com., 15 fév. 2000, n°97-11.670, *Bull. Civ.* IV, n°30, *D*. 2000, AJ, p. 127
- obs. sous Cass. Com., 23 janv. 2001, n°97-15.817, Inédit, *D*. 2001, p. 702
- obs. sous Cass. Com., 2 oct. 2001, n°98-22.304, *Bull. Civ.* IV,n °155, *D.* 2001 p. 3043
- obs. sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *D.* 2002, p. 805
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 2002, n°98-17.585, *Bull. Civ.* IV, n°48, *D.* 2002, AJ p. 1139
- obs. sous Cass. Com., 18 févr. 2003, n°00-11.008, *Bull. Civ.* IV, n°21, *D.* 2003, p. 766
- obs. sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *D.* 2003, AJ 2094
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 2004, n°02-12.982, *Bull. Civ.* IV, n°204, *D*. 2005, AJ, p.142
- obs. sous Cass. Com., 7 déc. 2004, n°02-20.732, *Bull. Civ.* IV, n°213, *D.* 2005, p. 77
- obs. sous Cass. Com., 24 mai 2005, n°04-13.464, *Bull. Civ.* IV, n°110, *D*. 2005, p.1633
- obs. sous Cass. Com., 4 oct. 2005, n°03-17.619, *Bull. Civ.* IV, n°192, *D*. 2005, p. 2806
- obs. sous Cass. Com., 7 févr. 2006, Sté CMM Beirens c/Sté Wartsila NSD France, pourvoi n°04-11.867, *Bull.Civ*. IV, n°31, *D*. 2006. AJ., p. 576
- obs. sous Cass. Com., 5 juin 2007, n°05-21.349, *Bull. Civ.* IV, n°152, *D.* 2007. *Actu Jurisp*., p. 1729
- obs. sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *D.* 2008, p. 348
- obs. sous Cass. Com., 3 juin 2008, n°07-12.017 et 07-15.228, *Bull. Civ.* IV, n°114, *D.* 2008. 1691
- obs. sous Cass. Com., 3 févr. 2009, n°08-10.333, *D*. 2009, p. 494
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-65.812, *Bull. Civ.* IV, n°98, *D*. 2010, p.1412
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388, *Bull. Civ.* IV, n°94, *RTDCiv*. 2010, p.1340

- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *D.* 2010, p. 1478
- obs. sous Cass. Com., 21 sept. 2010, n°09-68.604, Bull, Civ. IV, n°139, *D.* 2010, AJ, p.2232
- obs. sous Cass. Com., 14 déc. 2010, n°09-71.767, *Bull. Civ.* IV, n°199, *D.* 2011, p. 8
- obs. sous Cass. Com., 18 janv. 2011, n°07-14.181, *D.* 2011. *Actu*, p. 368
- obs. sous Cass. Com., 28 juin 2011 n°10-15.482., *D.* 2011, p. 1751
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-21.146 *Bull. Civ.* IV, n°170, *D.* 2011 p.2724
- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; *Bull. Civ.* IV, n°68 ; D. 2012, p. 870
- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°11-18.585, *Bull. Civ.* IV, n°69, *D.* 2012, p. 942
- obs. sous CA Paris, 3°ch. C, 3 avril 1998, *Me Du Buit, ès qualités et autres c/ Sté OCP Répartition SAS* et Paris, 26 juin 1998, *Pharmacie Riffault et autres c/ SA OCP Répartition*, *D. Aff.* 1998, p. 845
- obs. sous CA Paris 12 mai 2000, *OCP Répartition c/ Appourchaux*, *D.* 2000, Cah. Dr. Aff., Actu, J., p. 329

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.),

- obs. sous CE, 27 oct. 1995, Commune de Morsan sur Orge, *RFDA* 1995, 1204, cc. Frydman, *GAJA*, 2009, 17ème éd. n°98, p. 701

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.),

- comm. sur CE, 19 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. Lebon 1951, n°151, *GAJA*, 2009, 17ème éd.
- obs. sous CE, 23 nov. 1923, Couitéas, *GAJA*, 17 éd. 2009, p. 239, arrêt n°40

LOQUIN (E.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *RTDCom.* 2009. 546

DE LOYNES (P.),

- note sous Cass. Req. 9 janv. 1893, *DP* 1893, 1, 105
- note sous Cass. Civ. 19 déc. 1911, *DP* 1913, 1, p. 505
- note sous Cass. Civ. 9 mai 1905, *DP* 1909, 1, 225

LUCAS (F.-X),

- obs. sous Cass. Com., 13 mai 2003, n°00-15.404, *Bull. Civ.* IV, n°73,*RDBF*, 2003, 192
- obs. sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *RDBF* 2003/6, p.369, n°234
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 2004, n°02-12.982, *Bull. Civ.* IV, n°204, *D.* 2005, p. 292
- obs sous Cass. Com. 7 déc. 2004, n°02-207.32 ; Bull. Civ. IV, n°213 ; *JCP* 2005, 639, n°4, *RDBF* avril 2005, p. 23
- obs. sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *Act. Proc*. Coll. 2008, n°69
- obs. sous Cass. Com, 19 févr. 2013, pourvoi n° 11-21.763, FS-P+B+R+I ; *LEDEN* 10 mars 2013 n° 3, p. 1
- obs. sous CA Versailles, 28 févr. 2013, n°12/06573, *LEDEN* 2 mai 2013, n°5, p. 1

LUCAS (F.-X.), SENECHAL (M.),

- obs. sous Cass. Com., 21 sept. 2010, n°09-68.604, Bull, Civ. IV, n°139, *LEDEN* 2010, n°10, p. 1

MACORIG-VENIER (F.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème., 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *Dr et Patr.* juil 2008, n°172, p. 114
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 2007, n°07-00.013, *Dr. et Patr*. 2008, n°172, p. 114
- note sous Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ*. II, n°59, *BJE* 2014, n°4, p. 245
- obs. sous Cass. Com., 2 févr. 1999, Rev. Proc. Coll. 2000. p.11
- obs. sous Cass. Com., 21 sept. 2010, n°09-68.604, Bull, Civ. IV, n°139, *BJE*, mars 2011, p. 22
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *BJE*, mars 2012, p. 92 §56

MAINGUY (D.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 11 mai 2011**,** n°10-12.875, *D.* 2011, p. 1460

MARIN,

- note sous Cass. Com., 11 juin 1969, *Banque* 1971, 518

MARRAUD DES GROTTES (G.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *RLDCiv*. mai 2007, p.35
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *Revue Lamy droit civil* 1er janv. 2008 n°45 p. 38
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.113, *Bull. Civ.* I, n°39, *RLDCiv.* mai 2012. 32
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, *Bull. Civ.* II, n°224, *RLDCiv.* 1er nov. 2008 n°54 p. 30
- obs. sous Cass. Com., 5 juil. 2005, n°04-12.770, *Bull. Civ.* IV, n°150, *RLDCiv.* 2005 n°20 p.35

- obs. sous Cass. Com., 15 nov. 2005, n°03-18.437, *Bull. Civ.* IV, n°228, *RLDC*, févr. 2006, p. 29 s.
- note sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *RLDC* mai 2009, n°60, p. 33

MARTIAL-BRAZ (N.),

- obs. sous Cass. Com., 19 févr. 2013, n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *JCP G 2013*, n°19, p. 930

MARTIN (D. R.),

- note sous Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ*. II, n°59, *D*. 2014, p. 1081,

MARTIN (D.-R.), SYNVET (H.),

- obs. sous Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-19.458, Inédit, *D*. 2011, p. 1643-1653

MARTIN (X.),

- obs. sous Cass. Civ. 1er, 17 nov. 1959, *Bull. Civ.* I, n°480, *Banque* 1980, p. 160

MARTIN-SERF (A.),

- obs. sous Cass., Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296, *Bull. Civ., n*°5, *RTDCom.* 2005, p. 844
- obs. sous Cass. Com., 1er oct. 1991 n°89-18254, *Bull. Civ.* IV, n°252, *RTDCom*. 1992, p. 468
- obs. sous Cass. Com., 15 oct. 1991, n°90-10.784, *Bull. Civ.* IV, n°288, *RTDCom*. 1992, 464
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 1993, *Bull. Civ.* III, n°314, *RTDCom*. 1994, 570
- obs. sous Cass. Com., 24 oct. 1995, n°93-10.351, *Bull. Civ.* IV, n°255, *RTDCom.* 1996, p. 526
- note sous Cass. Com., 19 déc. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°305, *RTDCom.* 1996, 533
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-11.915, *Bull. Civ.* IV, n°141, *RTDCom*. 1998, p. 202
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *RTDCom*. 1998, p. 205
- obs. sous Cass. Com., 14 oct. 1997, *Bull. Civ.* IV, n°265, *RTDCom.* 1998. 404 et 1999. 747
- obs. sous Cass. Com., 25 nov. 1997, *Bull. Civ.* IV, n°301, *RTDCom.* 1997, p.192
- note sous CA Paris, 3°ch. C, 3 avril 1998, Me Du Buit, ès qualités et autres c/ Sté OCP Répartition SAS et Paris, 26 juin 1998, Pharmacie Riffault et autres c/ SA OCP Répartition, *RTDCom.* 2000, p. 180
- obs. sous Cass. Com., 15 févr. 2000, n°97-11.670, *Bull. Civ.* IV, n°30, *RTDCom*. 2000, p. 1014
- obs. sous Cass. Com., 2 oct. 2001, n°98-22.304, *Bull. Civ.* IV, n °155, *RTDCom.* 2002 p. 159
- note sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *RTDCom*. 2002, p. 542
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 2002, n°98-17.585, *Bull. Civ.* IV, n°48, *RTDCom*. 2002, p. 544
- obs. sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *RTDCom*. 2004, 371, n°2
- obs. sous Cass. Com., 8 oct. 2003, n°99-21682, et n°00-14.760, *Bull. Civ.* IV, n°151 et 152, *RTDCom*. 2004, p. 368
- note sous Cass. Com., 7 févr. 2006, Sté CMM Beirens c/Sté Wartsila NSD France, pourvoi n°04-11.867, *Bull.Civ*. IV, n°31, *RTDCom.* 1er janv. 2007, p. 232
- obs. sous Cass. Com., 5 juin 2007, n°05-21.349, *RTDCom*. 2008. 622
- note sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *Rev. Proc. Coll*. Juil. 2009, n°4, p.58
- obs. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-65.812, *Bull. Civ.* IV, n°98, *RTDCom*. 2011, p.785

MATHEY (N.),

- obs. sous Cass. Com., 12 juil. 2011, n°10-21551, *Contrats concurrence consommation*, n°11 nov. 2011 com. n°237
- obs. sous Cass. Com., 19 févr. 2013, n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *JCP E* 2013, n°21, p. 39

MATHIEU (B.),

- obs. sous Cconst., 19 janv. 1995 n°94-359 DC, *LPA* 1995, n°68, p. 9

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), MACAYA (A.),

- obs. sous CConst. 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, *JCP G* 2007, 27, 1844

MATTOUT (J.-P.), PRÜM (A.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 3 juil. 2008, n°07-15.223, *Bull. Civ.* II, n°165, *Dr et Patr*. janv, 2009, n°184, p. 124
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 19 mars 2009, n°07-20.315, *Bull. Civ.* II, n°79, *Dr et Patr*. janv, 2009, n°184, p. 124

MAUBLANC (J.-P.),

- obs. sous Cass. Com., 28 mars 2006, n°03-13.822, *Bull. Civ.* IV, n°80, *AJDI* 2007, p.403

MAURICE (R.),

- note sous Cass. Civ. 1er, 7 avr. 1992, n°89-12.247, *RGAT* 1992, p. 508

MAZEAUD (D.),

- note sous Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. Civ.* III, n°174, Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993 n°91-14.999, inédit, *JCP G* 1995, II, 22366

- note sous Cass. Civ. 3ème, 11 mai 2011**,** n°10-12.875, *Bull. Joly* 2011. 652
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 11 mai 2011**,** n°10-12.875, *D*. 2011, p. 1457

MELIN (F.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *Gaz.-Pal.* 16 juil. 2009, n°207-209, p. 9

MESTRE (J.),

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. Civ.* III, n°174, Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993 n°91-14.999, inédit, *RTDCiv*. 1994. 584
- note sous Cass. Com., 12 fév. 1979, *D.* 1979. 354
- note sous Cass. Com., 3 nov. 1983, n°82-13.297, *Bull. Civ.* IV, n°67, *JCP G* 1984, II, 20234
- note sous CA Toulouse, 11. Févr. 1977, *D.* 1978, p. 206

MESTRE (J.), FAGES (B.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 14 janv. 2003, n°01-01.304, *Bull. Civ.* I, n°11, *RTDCiv*. 2003, p. 197
- obs. sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *RTDCiv*. 2003.708, n°11

MIGNOT (M.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13113, *Bull. Civ.* I, n°39, *L'essentiel du droit bancaire*, 1er avril 2012, n°4, p. 4
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *L'essentiel du droit bancaire*, 1 déc. 2012, n°11, p. 2
- obs. sous Cass. Com., 13 mars 2012, n°11-10.289, *L'Essentiel du droit bancaire*, 1er mai 2012, n°5, p. 7, spéc. n°65
- note sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *Gaz Pal*. 28 mars 2013, n°87, p. 9
- obs. sous Cass. Com., 9 juil. 2013 n°12-19.949, Inédit, *L'essentiel du Droit bancaire*, 1er oct. 2013 n°9, p. 4
- obs. sous Cass. Com. 11 juin 2014, n°13-13.643, *Bull. Civ* IV, n°136, *Gaz. Pal.* 13 juil. 2014, p. 10

MILLEVILLE (S.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.113, *Bull. Civ.* I, n°39, *LPA*, 5 juil. 2012, n°134, p. 15

MOFESSIS (N.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 4 avril 2001, n°98-13.285, *Bull. Civ.* I, n°105, *RTDCiv.* 2001 p. 699

MONSERIE-BON (M.-H.),

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 6 déc. 2000, n°99-11.332, *RTDCom*. 2001, p. 165
- obs. sous Cass. Com., 27 oct. 1998 : n°95-17.463, *Bull. Civ.* IV, n°105, *Dr. et Patr*. 1999, n°68, p. 113
- obs. sous Cass. Com., 7 févr. 2006, Sté CMM Beirens c/Sté Wartsila NSD France, pourvoi n°04-11.867, *Bull.Civ*. IV, n°31, *Rev. Proc. Coll*., 2006., p. 362
- obs. sous Cass. Com., 5 juin 2007, n°05-21.349, *Bull. Civ.* IV, n°152, *Rev. proc. coll*. 2007. 224

MORIN,

- note sous Cass. Civ. 3ème, 17 janv. 1978, n°76-12442, *Bull. Civ.* III, n°38, *Rep. Not. Defrénois*, 1979, art 32128
- note sous Cass. Civ. 3ème, 27 févr. 1979, *Rep. Not. Defrénois*, 1979, art 32128

MORTIER (R.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *JCP N* 1er fév. 2008 n°5 p.28
- obs. sur Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *Dr. sociétés* 2011, comm. 211

MOURALIS (D.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *LPA* 2009, n°144

NAQUET (E.),

- note sous Cass. Civ. 19 déc. 1911, *S.* 1913, 1, p. 9

PACLOT (Y.), MOREAU (E.),

- note sous Cass. Civ. 3ème,11 mai 2011**,** n°10-12.875, *JCP E* 2011. 1504

PAISANT (G.),

- note sous Cass. Civ. 2ème., 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *RTDCom.* 2007, p. 615
- note sous Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 2007, n°07-00.013, *Bull. Civ.* Avis, n°7, *RTDCom*. 2008, p. 194
- note sous Cass. Civ. 2ème, 3 juil. 2008, n°07-15.223, *Bull. Civ.* II, n°165, *RTDCom*. 2008, p. 635

PARMENTIER (M.),

- obs. sous CE, 2 sept. 2009, n°297126, Société Slibail Immobilier, *Lexbase Hebdo*, édition privée générale n°364 24 sept. 2009

PERINET-MARQUET (H.),

- obs. sous CE, 2 juil. 2003, n°254536, *JCP G* 2004, I, 125, n°3

PEROCHON (F.),

- note sous Cass. Com., 14 mars 1988, *D*. 1988, p. 330
- obs. sous Cass. Com., 3 janv. 1995, n°93-11.093, *Bull. Civ.* IV, n°3, *D.* 1996, p. 219
- note sous Cass. Com., 21 nov. 1995, n°93-20.531, *D.* 1996, somm. 214
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 1996, *D.* 1996, Somm. p. 122
- obs. sous Cass. Com., 5 juin 2007, n°05-21.349, *Bull. Civ.* IV, n°152, *Gaz. Pal.* 20-21 juill. 2007, p. 54
- comm. sous Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388, *Rev. Proc. Coll* n°5, 2010, comm. 176
- obs. sous Cass. Com., 18 janv. 2011, n°07-14.181, *Gaz. Pal.* 1er-2 avr. 2011, p. 36
- note sous Cass. Com., 28 juin 2011 n°10-15.482., *JCP E* 2011, 1551
- obs. sous Cass. Com., 28 juin 2011, n°10-15.482, *Bull. Civ.* IV, n°109, *JCP E* 2011, 1551, spéc. nos 17 et s.

PERROT (R.),

- obs. sous Cass. Avis, 16 déc. 1994, n°09-10.021, *Bull. avis*, n°24, *RTDCiv.* 1995, p. 965
- note sous Cass. Ch. Mixte, 22 nov. 2002, n°99-13.395, *Bull. ch. Mixte*, n°7, *Procédures*, janv. 2003, n°8
- obs sous Cass. Mixte, 22 nov. 2002 ; *RTDCiv*. 2003, p. 146.
- note sous Cass. Civ. 1ère, 9 oct. 1985, *Bull. Civ.* I, n°348, *RTDCiv.* 1986, p. 427
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 10 juil. 1996, n°94-40.021, *Bull. Civ.* II, n°209, *RTDCiv*. 1996, p. 716
- obs.sous Cass. Civ. 2ème, 18 juin 2009, n°08-18.379, *Bull. Civ.* II, n°169, *Procédures* août 2009 n°8, comm. 274
- obs. sous Cass. Civ.2ème, 5 mai 2011, n°10-15.977, inédit, *Procédures* 2011, com. 224

PETEL (P.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *JCP E* 2009, 1814, n°2
- obs. sous Cass. Com., 1er oct. 1991 n°89-18254, *Bull. Civ.* IV, n°252, *JCP E* 1991, I, 102, n°2
- obs. sous Cass. Com., 19 déc. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°305, *JCP E* 1996, I, 554, n°13
- note sous Cass. Com., 11 mars 1997, n°94-19207, *Bull. Civ.* IV, n°69, *JCP E* 1997, I, 681, n°8
- note sous Cass. Com., 25 mars 1997, n°94-18337, *inédit*, *JCP E* 1997, II, n°991
- obs. sous Cass. Com., 27 oct. 1998, n°95-17.463, *Bull. Civ.* IV, n°105, *JCP E* 1998, p. 2064
- obs. sous Cass. Com. 7 déc. 2004, n°02-207.32 ; Bull. Civ. IV, n°213 ; *JCP* 2005, 639, n°4
- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *JCP E* 2010, 1742, n°4
- obs. sous Cass. Com., 14 déc. 2010, n°09-71.767, *Bull. Civ.* IV, n°199, *JCP E* 2011, 1263
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-211.46, *Bull. Civ.* IV, n°170, *JCP E* 2012, 1000, n°5
- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077, *Bull. Civ.* IV, n°68, *Bull. Joly Sociétés*, juin 2012, p. 493
- obs. sous CA Lyon, 5 nov. 1999, *Ayanian et a. c/ Bourely Répartition Gaspa*, *JCP E* 2001, p. 221
- obs. sous CA Paris 12 mai 2000, *OCP Répartition c/ Appourchaux*, *JCP E* 2001, p. 221

PICARD (E.),

- note sous Cass. Civ., 4 déc. 1946, non publié, *RGAT* 1947, p. 63

PILLET (G.),

- note sous Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ*. II, n°59, *L'essentiel Droit des contrats*, avr. 2014, n° 4, p. 3

PIEDELIEVRE (S.),

- obs. sous Cass., Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296, *Bull. Civ., n*°5, *D.* 2005, 2020
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 18 déc. 2000, n°97-19.473, *Bull. Civ.* I, *D. 2000*, p. 391
- note sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *Gaz. Pal.* 2009, p. 13
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *RDBF* juil. 2007, n°4, p. 26
- note sous Cass. Civ. 2ème, 19 mars 2009, n°07-20.315, *Bull. Civ.* II, n°79, *RDBF* mai 2009, n°3, p. 68
- comm. sous Cass. Civ. 2ème, 18 juin 2009, n°08-18.379, *Bull. Civ.* II, n°169, *RDBF* n°4 juil. 2009, com. 138, p.58
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 12 oct. 1994, *Bull. Civ.* III, n°180, *JCP N* 7 avril 1995 n°14 p. 571

- note sous Cass. Com., 14 juin 1994, *Bull. Civ.* IV, n°209, *Rep. Not. Defrénois*, 1995, art. 35978, p. 96
- obs. sous Cass. Com., 19 déc. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°305, *D.* 1996, Somm. 390
- obs. sous Cass. Com., 9 avril 1996, n°93-17.370, *Bull. Civ.* IV, n°116, *D.* 1996, Somm. 385
- obs. sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *D.* 1998. Somm. 102
- obs. sous Cass. Com., 17 juin 1997, n°95-14.105, *Bull. Civ.* IV, n°188, *LPA* 1998, n°63, p.33
- obs. sous Cass. Com., 14 oct. 1997, *Bull. Civ.* IV, n°265, *D.* 1998. Somm. 105
- note sous Cass. Com., 6 janv. 1998, *D. Aff.* 1998, p.375
- obs. sous Cass. Com., 6 janv. 1998, n°95-17.399, *Bull. Civ.* IV, n°9, *D.* 1998, somm., p. 375
- obs. sous Cass. Com., 3 févr. 1998, n°95-18.690, *Bull. Civ.* IV, n°59, *D.* 1998, p. 375
- obs. sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *Act. Proc. Coll.* 10 mai 2002, n°100
- obs. sous Cass. Com., 26 nov. 2003, n°01-03.685, *Bull. Civ.* IV, n°176, *RDBF* 2004, comm. 85
- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 2004, n°01-00.863, *Bull. Civ.* IV, n°176, *JCP G* 2004, II, n°10191
- obs. sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *Gaz. Pal.* 27 mai 2009, n°140-141, p.9
- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°11-18.585, *Bull. Civ.* IV, n°69, *RDBF*. 2012, n°3, p. 65
- obs. sous CA Versailles, 26 mars 1998, *D.* 1998, Somm. 381

PIETTE (G.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *RLDAff*, frév. 2008, n°24, p. 116
- obs. sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *LexbaseHebdo éd. privé*, 14 mai 2009, n°350

POISSON (S.),

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, *Bull. Civ.* II, n°224, *Droit et procédures-la revue des huissiers de justice* 1er mars 2009 n°2 p. 96

PREVAULT (J.),

- note sous Cass. Ass. Plén. 11 mai 1990, n°89-12.144, *Bull. A.P.*, n°8, p.13, *D.* 1990 p. 533
- note sous Cass. Com., 23 janv. 1996, n°92-21.642, *Bull. Civ.* IV, n°25, *D.* 1996, J, 425

PUTMAN (E.),

- note sous Cass. Ch. Mixte, 22 nov. 2002, n°99-13.395, *Bull. ch. Mixte*, n°7, *Dr. et Proc.* 2003, 120
- note sous Cass. Civ. 2ème, 10 juil. 1996, n°94-40.021, *Bull. Civ.* II, n°209, *JCP* 1996, II, 22723
- note sous Cass. Com., 24 oct. 1995, n°93-10.351, *Bull. Civ.* IV, n°255, *JCP* 1996, II, 22578
- obs. sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *Dr. et Proc*. 2004/1, p. 31

RABREAU (A.),

- note sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *Bull. Joly* 2008, p. 421

RAKOTOVAHINY (M.-A.),

- obs. sous Cass. Com., 16 juin 2004, *Bull. Civ.* IV, n°125, p. 128, *JCP E* n°49 2 déc. 2004, 1772

RAMAROLANTO-RATIARAY (R.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 7 janv. 1992, n°90-14.545, *JCP G* 1992, II, n°21971

RAYMOND (G.),

- note sous Cass. Civ. 2ème, 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *Contrats, Conc., Consom.* 2007, comm. 140
- comm. sous Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 2007, n°07-00.013, *Bull. Civ.* Avis, n°7, *Contrats, Concu. Conso*, 2007, comm. 140
- note sous Cass. Civ. 2ème, 19 mars 2009, n°07-20.315, *Bull. Civ.* II, n°79, *Contrats, Concu. Cons*, juil. 2009, p.36

REGNAUT-MOUTIER (C.),

- note sous Cass. Com., 21 nov. 1995, n°93-20.531, *Bull. Civ.* IV, n°266, *D.* 1996, 211
- obs. sous Cass. Com., 8 juil. 2003, n°00-13.309, *Bull. Civ.* IV, n°132, *Act. Proc. Coll*. 2003-14, n°185
- obs. sous Cass. Com. 7 déc. 2004, n°02-207.32 ; Bull. Civ. IV, n°213 ; *Act. Proc. Coll*. févr. 2005, p. 23,
- obs. sous Cass. Com. 30 mars 2005, n°03-15.531, *Inédit* ; *Act. Proc. Coll*. août 2008, n°98,

REMERY (J.-P),

- rapp. sur Cass. Com., 14 déc. 1993, nos 93-10.696 et 93-12.544, *Bull. Civ.* IV, n°471, D. 1994, I.R., p. 31, *JCP G* 1994, II, 22200

- rapp. sur Cass. Com., 12 juil. 1994, n°92-14.090, *Bull. Civ.* IV, n°262, *D.* 1994, p. 569
- rapp. sur Cass. Com., 25 juin 1996, n°94-12.402, *Bull. Civ.* IV, n°187 p.160, *Le droit maritime français,* 1996, n°565
- rapp. sur Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *RJ com*. 1997. 308
- note sous Cass. Com., 11 juil. 2002, n°00-20.981, *Bull. Civ.* IV, n°103, *JCP E* 2002, II, 10116
- obs. sous Cass. Com., 28 juin 2011 n°10-15.482., *Dict. perm. diff. entr.*, n°328, p. 2

REMY (P.),

- obs. sous Cass. Com., 3 nov. 1983, n°82-13.297, *Bull. Civ.* IV, n°67, *RTDCiv*. 1984, p. 526

REVET (T.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *RTDCiv.* 2008 p. 126
- obs. sous Cass. Civ. 3ème., 18 déc. 2002, n°31-12.143, *Bull. Civ.* III, n°261, *RTDCiv*. 2003, p. 319
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 12 janv. 2011, n°10-10.667, *RTDCiv*. 2011. 369
- obs. sous Cass. Com., 5 mars 2002, n°98-17.585, *Bull. Civ.* IV, n°48, *RTDCiv*. 2002, p. 327
- obs. sous Cass. Com., 3 mai 2006, n°04-15.262, *Bull. Civ.* IV, n°106, *RTDCiv.* 2006, p. 584

RIASETTO (I.),

- note sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; *Bull. Civ.* IV, n°68 ; *Rev Sociétés*, 2013, p. 91

RIVES LANGE (J.-L.),

- obs. sous Cass. Com., 15 oct. 1991, n°90-10.784, *Bull. Civ.* IV, n°288, *Banque* 1992, 102

RIVET (COMMISSAIRE AU GOUVERNEMENT),

- concl. sur CE, 23 nov. 1923, Couitéas, *D.* 1923. 3. 59, *S.* 1923. 3, *S.* 1923. 3. 51

ROBERT (A.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 25 avril 1990, *D.* 1991. 20

ROBERT (J.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 8 mars 1988, n°86-12.015, *Bull. Civ.* I, n°65, *D*. 1989, p.577

ROLLAND (B.),

- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *Procédures* 2009. 236
- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *Procédures* 2010, n°318
- comm. sous Cass. Com., 16 mai 2013, n°12-16.216 publication à venir, *Procédures* n°8 août 2013 com. 254

ROME (F.),

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *D.* 2011, p.2649

RONDEY (C.),

- note sous Cass. Civ. 2ème, 8 mars 2007, 06-10.836, *Bull. Civ.* II, n°969, *D.* 2007, p. 1012
- note sous Cass. Civ. 2ème, 28 oct. 2007, n°07-00.013, *Bull. Civ.* Avis, n°7, *D*. 2007, p. 2669

RONTCHEVSKY (N.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *Banque et Droit*, mai-juin 2007, p. 60
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.113, *Bull. Civ.* I, n°39, *Banque et Droit*, mars-avr. 2012, n°142, p. 41
- obs. sous Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-19.458, Inédit, *Banque et Droit*, 2010, n°129, p. 49
- obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *Banque et Droit* mai-juin 2014. 58,.

ROUSSEAU,

- note sous Cass. Civ., 31 oct. 1906, *DP* 1906. 1. 528, *S.* 1922. 1. 313

ROUSSEL GALLE (P.),

- obs. sous Cass. Com., 16 juin 2004, *Bull. Civ.* IV, n°125, p. 128, *Rep. Not. Defrénois* 30 avril 2005 n°8 p. 695
- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *Gaz. Pal*. 15 oct. 2010, n°288-289, p. 411
- obs. sous Cass. Com., 28 juin 2011 n°10-15.482., *Dict. perm. diff. entr.*, n°328, p. 4
- comm. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-25.257, *Bull. Civ.* IV, n°171, *Rev. Proc. Coll*. 2012, com. 132
- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; *Bull. Civ.* IV, n°68 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 398

ROUTIER (R.),

- rapp. sur Cass. Civ. 3ème, 11 mai 2011**,** n°10-12.875, *JCP N* 2011. 1163
- note sous Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13.034, *Bull. Civ.* IV, n°43, *JCP E* 2009, 2020, n°44, p. 14

- obs. sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°10-20.077 ; *Bull. Civ.* IV, n°68 ; *Gaz. Pal.* 4 août 2012, n°13
- obs. sous Cass. Com., 11 déc. 2012, n°11-25.795, *Gaz. Pal.* 4 mai 2013, n°124, p. 37

P. RUBELLIN,

- obs. sous. Cass.Com, 14 déc. 2010, n° 09-71.767 ; Bull. Civ. IV, n°199, LEDEN 1er fevr. 2011, n°2, p. 3

DE RUDULIER (N.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 févr. 2012, n°09-13.113, *Bull. Civ.* I, n°39, *AJDI* 2012, p. 460

DE RUSQUEC (E.),

- comm. sous Cass. Civ. 2ème, 10 juil. 2003, jurisdata n°2003-019923, *JCP* 2004, II, 10001

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 5 févr. 1991, n°89-14.382, *Bull. Civ.* I, n°44, *Rev. des proc. coll.* 1992-2 p. 169
- note sous Cass. Civ. 3ème, 1er avril 1998, *RTDCom.* 1998, p. 929
- note sous Cass. Com., 20 mai 1997, n°95-12.925, *Bull. Civ.* IV, n°151, *RJ com*. 1997, 308
- obs. sous Cass. Com., 6 janv. 1998, *RJCom*. 1998, 297, n°57
- obs. sous Cass. Com., 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. Civ.* IV, n°27, *Rev. Proc. Coll*. 2003, p. 144
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 2004, n°02-12.982, *Bull. Civ.* IV, n°204, *RTDCom*. 2005, p. 596
- obs. sous CA Nancy, 17 janv. 1990, *Rev. Proc. Coll.* 1991, 210

SCHILLER (S.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *RS* 2008 p. 321
- étude sur Cass. Civ. 3ème, 6 sept. 2011**,** n°10-19.526 (F-D), *JCP E* 2011. 1849

SCHOETTI (J.-E.),

- chron. sous CConst. 29 avril 1998, n°98-403DC, JO 31 juil. 1998, spéc. considérants 44 à 47, *AJDA* 1998, p. 705

SCORDOPOULOS (C.),

- obs. sous TI Brignoles, 18 janv. 2005, *Dr. et Proc*. 2005, p. 237

SENECHAL (J.-P.),

- note sous Cass. Com., 12 juil. 1994, *Bull. Civ.* IV, 262, *Rép. Not. Defrénois* 1995, 269
- obs. sous Cass. Com., 24 oct. 1995, n°93-10.351, *Bull. Civ.* IV, n°255, *Rep. Not. Defrénois* 1996, p. 256
- obs. sous Cass. Com., 19 déc. 1995, *Bull. Civ.* IV, n°305, *Rép. Not. Defrénois* 1996, 237
- note sous Cass. Com., 23 janv. 1996, n°92-21.642, *Bull. Civ.* IV, n°25, *Rép. Not. Defrénois*, 1996, art. 36371, p. 940
- obs. sous Cass. Com., 11 mars 1997, n°94-19207, *Bull. Civ.* IV, n°69, *Rép. Not. Defrénois*, 1997, p. 941

SENECHAL (M.),

- obs. sous Cass. Mixte, 22 nov. 2002 ; *LPA* 22 févr. 2004
- obs. sous Cass. Com., 18 févr. 2003, n°00-11.008, *Bull. Civ.* IV, n°21, *RLDA* mai 2003, n°60, p. 21
- obs. sous Cass. Com., 3 févr. 2009, n°08-10.333, *Bull.Joly Société*, mars 2009, p. 226

SEUBE (J.-B.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 sept. 2009, n°08-10.152, *Bull. Civ.* I, n°178, *Dr. et Patr*. 2009, n°188, p. 75
- obs. sous Cass. Com., 3 mai 2006, n°04-15.262, *Bull. Civ.* IV, n°106, *Dr. et Patr*. 2006, n°153, p. 95

SIMLER (P.),

- note sous Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21296, *Bull. Civ., n*°5, *JCP* 2005, II, 10130
- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 17 nov. 2006, *JCP G* 2005, II, 10130
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2007, n°06-12.531, *Bull. Civ.* I, n°138, *JCP G* 2007, I, 158, spéc. n°13
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 20 déc. 1989, *Bull. Civ.* III, n°426, *RDImm*. 1990, 234, Cass. Civ. 3ème, 16 juil. 1987, *Bull. Civ.* III, n°145, *RDImm.*1988, 331

SIMLER (P.), DELEBECQUE (P.),

- obs. sous Cass. Civ. 1er, 21 janv. 1997, n°94-16.157, *RDI* 1997 p.276
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 15 janv. 1992, n°90-18.206, *Bull. Civ.* II, n°18, *RDI* 1992 p. 359
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, *Bull. Civ.* II, n°224, *JCP G* n°23, 3 juin 2009, I, 150
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 19 déc. 1990, *Bull. Civ.* III, n°269, *RDI* 1991 p. 369
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 6 mars 1996, n°94-13.242, *Bull. Civ.* III, n°63, *JCP G*, 1996, I, 3942

- obs. sous Cass. Com., 5 oct. 1993, *Bull. Civ.* III, n°314, *JCP G* 1994, I, 3765, n°19
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 1993, n°91-16846, *Bull. Civ.* IV, n°420, *JCP G* 1994, I, 365, n°21
- obs. sous Cass. Com., 9 avril 1996, n°93-17.370, *Bull. Civ.* IV, n°116, *JCP G* 1997, I, 3991, n°18

SOHM-BOURGEOIS (A.-M.),
- note sous CA Agen, 25 févr. 1985, *JCP G* 1986, II, 20604

SOINNE (B.),
- obs. sous Cass. Com., 23 nov. 1993, n°91-16846, *Bull. Civ.* IV, n°420, *LPA* 26 janv. 1994, n°11, p. 13

SOLUS (H.),
- obs. sous Cass. Civ. 1er, 17 nov. 1959, *Bull. Civ.* I, n°480, *RTDCiv*. 1960, p. 138
- note sous Cass. Com., 15 janv. 1957, *Bull. Civ.* IV, n°20, *RTDCiv*. 1957, 556

SOMMER (J.-M.), NICOLETIS (C.),
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 23 oct. 2008, n°07-20.035, *Bull. Civ.* II, n°224, *D.* 2009 p. 757

SORTAIS (J.-P.),
- obs. sous Cass. Com., 18 févr. 2003, n°00-11.008, *Bull. Civ.* IV, n°21, *RJCom*. 2004, n°1, p. 31
- obs. sous Cass. Com., 7 févr. 2006, Sté CMM Beirens c/Sté Wartsila NSD France, pourvoi n°04-11.867, *Bull.Civ*. IV, n°31, *RJ Com*. 2006. 398
- note sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *LPA* 2 juin 2008
- obs. sous Cass. Com., 8 juin 2010, n°09-68.594, n°09-68.594, *Bull. Civ.* IV, n°109, *RJCom*. Févr. 2011, p. 58
- obs. sous Cass. Com., 11 déc. 2012, n°11-25.795, *RJCom*. mai-juin 2013, p. 248

STAES (O.),
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *Rev. Proc. Coll*. Janv. 2010, p.29
- note sous Cass. Com., 27 mars 2012, n°11-18.585, *Bull. Civ.* IV, n°69, *Rev. Proc. Coll*. n°3, Avril 2012, étude 18

STAPYLTON-SMITH (D.),
- étude sur Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. Civ.* III, n°174, Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993 n°91-14.999, inédit, *AJDI* 1996. 568

STEFANIA (T.),
- note sous Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, *Bull. Civ*. II, n°59, *LPA* 2014, n° 99, p. 7,

STOEFFEL-MUNCK (P.)
- Cass. Com. 7 déc. 2004, n°02-207.32 ; Bull. Civ. IV, n°213 ; D. 2005, p. 100

TAISNE (J.-J.),
- note sous Cass. Com., 25 oct. 1976, n°75-10.654, *Bull. Civ.* IV, n°267, *D.* 1977, 380

TAORMINA (G.),
- obs. sous Cass. Ch. Mixte, 22 nov. 2002, n°99-13.395, *Bull. Ch. Mixte*, n°7, *Act. Proc. Coll.*, 2002-20, n°262, *D.* 2003, p. 1472
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 10 mars 2005, *Bull. Civ.* II, n°66, *D.* 2005, Somm. P. 1604
- obs. sous Cass. Com., 26 nov. 2003, n°01-03.685, *Bull. Civ.* IV, n°176, *D.* 2004, p. 1485

TAVERNIER (P.),
- obs. sous CEDH 31 mars 1992 X c,/ France, série A, n°236, *Journal du droit international* (Clunet), 1er juil. 1993 n°3 p. 729
- obs. sous CEDH, 22 nov. 1995, SW c/ Royaume Uni Série A 335B§44, *Journal du droit international* (Clunet), 1er janv. 1996 n°1 p.267

TCHOTOURIAN (I.),
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 19 mars 2009, n°07-20.315, *Bull. Civ.* II, n°79, *D.* 2009, p. 945

TEYSSIER (D.), D'AVOUT (L.), DANOS (F.),
- note sous Cass. Com., 19 févr. 2013, pourvoi n°11-21.763, FS-P+B+R+I, *RTDF* 2013, n°2, p. 54

THERON (J.),
- obs. sous Cass. Com., 11 juil. 2002, n°00-20.981, *Bull. Civ.* IV, n°103, *Rép. Not. Defrénois*, 2003, art. 37691, n°24, p. 417 et s.
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-21.146 *Bull. Civ.* IV, n°170, *Gaz. Proc. Coll.* 20 janv. 2012 n°20-21 p.29-30

THOMASSIN (N.),
- obs. sous Cass. Com., 14 déc. 2010, n°09-71.767, *Bull. Civ.* IV, n°199, *RLDCiv*. Juin 2011, p.27

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.),

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *D.* 2008 p. 963

THULLIER (B.),
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 31 oct. 2007, *Bull. Civ.* I, n°337, *Rep. Not. Defrénois* 15 juil. 2008 n°13 p. 1485

TISSIER,
- note sous TCom Châteauroux, 19 juin 1899, *S.* 1900. 2. 217

TOSI (I.),
- obs. sous Cass. Com., 25 oct. 2011, n°10-21.146, *Bull. Civ.* IV, n°170, *Gaz. Pal.* 5 janv. 2012 n°5 p. 11

TOURNAFOND (O.),
- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993, n°91-10.199, *Bull. Civ.* III, n°174, Cass. Civ. 3ème, 15 déc. 1993 n°91-14.999, inédit, *D.* 1994, p. 230

VALLANSAN (J.),
- Obs. sous CA Orléans, 15 mai 2008, *Act. Proc. Coll*. 2008, comm. 239

VASSEUR (M.),
- obs. sous CA Agen, 25 févr. 1985, D. 1987, somm., p. 293

VAUVILLE (F.),
- obs. sous Cass. Com., 18 févr. 2003, n°00-11.008, *Bull. Civ.* IV, n°21, *JCP N* 2003, n°47, p. 1701
- obs. sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *JCP N* 2009, 1278

VIDAL (D.),
- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ.* I, n°86, *Gaz.-Pal.* 30 oct. 2009, n°303-304, p. 3

VIENNOIS (J.-P.),
- rapp. sur Cass. Ass. Plén., 26 oct. 1984, n°83-10.055, *Bull. Civ.*, n°6, *JCP G* 1985, II, 20342

VIGNERON (B.),
- note sous Dijon, 22 mars 1974, *D.* 1974, J, p. 387

VINCKEL (G.),
- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 18 juin 2009, n°08-18.379, *Bull. Civ.* II, n°169, *Dr. et Proc*. 2009, p. 353

VOINOT (D.),
- obs. sous Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-20.766, *Bull. Civ.* IV, n°11, *Gaz. Proc. Coll.* 29 avril 2008, p. 23

VOIRIN (P.),
- note sous Cass. Civ. 1er, 26 déc. 1961, *D.* 1962, 581

ZENATI (F.),
- obs. sous Cconst., 19 janv. 1995 n°94-359 DC, *LPA* 12 janv. 1996 n°6 p.14
- note sous Cass. Civ. 1er, 7 févr. 1989, n°85-17531, *Bull. Civ.* I, n°57, *RTDCiv*. 1990, p. 109
- obs. sous Cass. Com., 3 janv. 1995, n°93-11.093, *Bull. Civ.* IV, n°3, *RTDCiv.* 1996

Eléments bibliographiques non juridiques

ACADEMIE FRANÇAISE

- *Dictionnaire :* http://atilf.atilf.fr

D'AQUIN (T.)

- *Commentaire du Traité De l'âme d'Aristote*, traduction inédite, présentation, notes et bibliographie par **J.-M. VERNIER**, Paris,Vrin, 2007

ARISTOTE,

- *De l'âme*, traduction inédite, présentation, notes et bibliographie par **R. Bodéüs**, Paris, Flammarion, GF 711, 1993

BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.), DRAI (A.-M.),

- *Dictionnaire de science économique*, Armand Collin, 3ème éd. revue et commentée, 2010

BETBEZE (J.-P.),

- Les six ressorts et les six resorts de la crise actuelle, *Revue d'économie financière*, 2008, supplément, p. 107

Catéchisme de l'église catholique

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES

- www.cnrtl.fr

DUNANT (H.),

- *Le souvenir de Solferino*, Genève, 1863

FIJALKOW (Y.),

- *Sociologie du logement*, La découverte, Repères, 2011

JARDIN (A.),

- *Des gens très bien*, Grasset, Le livre de poche, édition revue par l'auteur, 2001

KANT,

- *Fondamentaux de la métaphysique des mœurs*, éd. Hachette, Paris, 1915

LALANDE (A.)

- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Puf, Quadrige, 2010

PIC DE LA MIRANDOLE,

- *De la dignité de l'Homme*, 1496

PLOTIN,

- *Les énneandes*, par **BOUILLET**, tome II, Paris 1859, pp. 567 et s.

REY (A.) ET ALII,

- *Dictionnaire Le Robert*, Paris, Robert, 2013

REY (A.), TOMI (M.), HORDE (T.), TANET (C.),

- *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaire Le Robert, Paris, 1992

ROMEY (C.), DRUT (B.),

- Une analyse de la notation sur le marché RMBS « subprime » aux USA, *Risques et Tendences*, janv. 2008

SERRES (M.),

- *Petite poussette*, éd. Le pommier, Manifeste, 2012

TZITZIS (S.),

- *Droit et valeur humaine, L'autre dans la philosophie du droit, de la Grèce antique à l'époque moderne*, Buenos Books International, 2010

ZOLA,

- *L'Assommoir*, 1876

Index

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes.)

A

Abus de droit : 144, 340 et s., 391, 394, 407, 503

Accessoire

- Défaillance du débiteur : 95, 99, 102 et s.
- Principe de non enrichissement : Voir ce mot
- Volonté de réaliser : Voir « Réalisation – Liberté »

Action de in rem verso : 282, 542

Action directe : 127, 133, 282, 303

Action en restitution : 75, 290

Agent de sûreté : 536 et s.

Agrément : 371, 372, 375

Agriculteur : 579 et s.

Antichrèse : Voir « Gage immobilier »

Assiette

- Individualisation : 111
- Indivisibilité : 147, 148, 149
- Subrogation réelle : 107, 112 et s., 122, 124 et s., 131 et s., 139

Attribution Conventionnelle

- Automaticité du transfert de propriété : 84, 85, 102
- Conditions : 86 et s., 89 et s., 99
- Domaine : 26, 32, 33
- Evaluation à dire d'expert : 493, 495, 503, 506, 512, 518, 519
- Liberté contractuelle : 84, 88, 92, 99
- Mode de réalisation extrajudiciaire : 73, 74
- Nullités de période suspecte : 294
- Résidence principale : 443

Attribution en propriété

- Abus : 340 et s., 395
- Attribution créancier de second rang : 285 et s., 289 et s.,
- Condition : 372
- Domaine : 26, 30, 31, 34, 38
- Garantie d'éviction : 288
- Nature : 25
- Notion : 24 et s., 77, 78
- Pacte de préférence : 380
- Purge : 113, 114, 199, 287, 288, 307, 399, 525, 595
- Vices cachés : 289

Attribution Judiciaire

- Domaine : 27 et s., 442 et s.
- Liquidation judiciaire : 298, 327, 333
- Nature : 80
- Régime : 373, 399, 489 et s., 494, 496
- Sauvegarde / Redressement : 352

Attribution Légale

- Condition : 84, 99
- Evaluation à dire d'expert : 493, 495, 506, 512, 519

- Nature : 41
- Transfert de propriété : 42, 84, 85, 102

Avis à tiers détenteur : 215

B

Bénéfice de discussion : 148, 390 et s., 427

Bien nécessaire à la vie et aux soins : 407, 410, 412, 419

Bien professionnel : 427

Bien utile au sauvetage de l'entreprise en difficulté : 356, 358

C

Caducité : 18, 123, 443, 563 et s.

Cautionnement : 390 à 401
- Bénéfice de discussion : 390 et s.
- Bénéfice de subrogation : 393 et s.

Cession de créance : 1, 39, 276, 283, 284, 314

Classement des créanciers : 156 et s., 181 et s.
- Classement externe : 169, 172 et s.
- Classement interne : 156, 157, 169, 171, 319,
- Critère objectif (antériorité de la publicité) : 158, 162, 166, 181, 182, 226 et s.
- Critère subjectif (qualité de la créance) : 167
- Procédures collectives : 559, 561
- Surendettement : 550 et s.

Clause de déchéance du terme : 87 et s.

Clause de netting out : 88, 259, 304

Clause de réserve de propriété : Voir « Réserve de propriété »

Clause de voie parée : 10, 54, 66 et s., 68, 413, 414

Clause exonératoire de responsabilité : 539

Clause pénale : 488

Compensation : 133, 255 et s., 259, 303

Complément de rémunération : 488

Conflits de droits exclusifs :
- Droit de propriété v/ droit au paiement direct : 285
- Droit de rétention v/ droit au paiement direct : 286
- Droit de rétention v/ droit de propriété : 283
- Droit de rétention effectif v/ droit de rétention fictif : 279
- Entre deux droits de rétention fictifs : 281
- Entre deux droits au paiement direct : 282
- Réservataire v/ cessionnaire du prix : 276
- Réservataire v/ bénéficiaire d'une lettre de change : 277
- Titulaire v/ Rétenteur de la créance : 284

Conflits (autre)
- Pacte de préférence v/ sûretés réelles : 386 et s.

Crédit et sûretés liens : 9

Cumul de demandes de réalisation : 100

Cumul de sûretés : 342, 345, 369, 388, 391

D

Déchéance du terme : 87, 107

Déclaration de créance : 104 et s.

Déclaration notariée d'insaisissabilité

- Interdiction de réalisation : 433 et s.
- Procédure collective : 202, 436 et s.

Défaillance du débiteur *in bonis* : 86, 89, 90, 93

Déjudiciarisation : 60, 62, 72, 73, 74

Délais

- Expulsion : 581 et s., 592 et s.
- Procédures collectives : 579, 581 et s.

Désaffectation : 44 et s.

Dignité de la personne humaine : 407, 408, 446, 583, 591

- Surendettement : 446

Discipline collective

- Discipline collective : 191, 239, 243, 328, 330, 344, 347, 348, 352, 360 et s., 364 et s.
- Principe d'égalité tempérée : 328, 352, 359, 364, 365, 366, 367, 368

Distribution

- Amiable : 61, 63, 71, 115
- Caducité (procédures collectives) : 472, 521, 525, 527, 531, 538, 563 et s., 568 et s.
- Effet attributif : 572 à 574

Droit au paiement direct : 66, 246, 249, 253 et s., 255, 266, 285, 286

Droit commun : 12 et s., 600 et s.

Droit de préemption : 338, 378 et s., 593 et s.

Droit de préférence

- Classement : Voir ce mot
- Né du précédent propriétaire : 173, 323

Droit de rétention

- Opposabilité : 261, 319, 320, 330

Droit de rétention effectif : 160, 183, 185, 277 et s., 308, 319, 321

- Procédures collectives : 272, 320, 321, 322, 329, 366, 368

Droit de rétention fictif: 186, 212, 239, 244, 262, 325, 357

- Conflits : « Conflits de droit exclusifs »
- Gage de véhicule automobile : Voir ce mot
- Gage immobilier : Voir ce mot
- Gage spéciaux : Voir « Gages de Véhicules automobiles », « Warrants »
- Nantissement : Voir ce mot
- Procédures collectives : 272, 308, 321, 329, 366, 368

Droits sociaux 35, 252, 370 et s., 500

Droit de suite

- Purge : 113, 114, 199, 187, 188, 307, 399, 527
- Quote-part : 194 et s., 198, 239, 240
- Transfert de sûreté : 239

E

Efficacité : 9, 15 et s., 20 et s.

Egalité des créanciers : 191, 239, 243, 328, 330, 344, 347, 348, 352, 360 et s., 364 et s.

Enrichissement injuste

- Action *de in rem verso* : 483, 542
- Principe de non-enrichissement : Voir ce mot
- Répétition de l'indu : 543
- Soulte : Voir ce mot

Evaluation

- Evaluation à dire d'expert : 505, 506, 507 et s., 512, 513 et s.
- Sous évaluation : 503

Exclusivité

- Absence de concours : 261, 264, 265
- Conflit de droit exclusif : Voir ce mot
- Droit au paiement direct : 66, 246, 249, 253 et s., 255, 266, 285, 286
- Procédure collective : 456, 587
- Propriété : 252, 276, 277
- Rétention : 253, 258, 278, 279, 283, 286

Expertise : 505, 506, 507 et s., 512, 513 et s.

Expulsion (procédure) : 445, 456, 584

- Condition : 586 et s.
- Force publique : 589, 590
- Procédures collectives : 456, 487
- Surendettement : 456, 464, 577, 580

F

Fiduciaire

- Missions : 536 et s.
- Propriété (droit de) : 34

Fiducie-sûreté

- Acceptation : 91
- Attribution légale: 41, 42, 84, 85, 99, 102, 493, 495, 506, 512, 519
- Convention de mise à disposition : 106, 304, 306 et s., 325, 326, 355, 356, 366
- Désaffectation : 44 et s.
- Propriété fiduciaire : 34, 41
- Réalisation (transfert de propriété) : 40, 42, 44 et s.
- Vente : 66, 68, 113

Fiducie-sûreté, sauvegarde / redressement judiciaire : 326, 355, 356, 362, 364

Force publique : 588, 589

Forum shopping : 190

G

Gage de droit commun : 212

Gage de droit commun avec dépossession : 183, 185, 279, 319, 321

Gage de droit commun sans dépossession : 186, 212, 239, 244, 262, 325, 357

Gage de matériel et d'outillage : 13, 212

Gage de stocks du code de commerce : 106, 210

Gage de véhicule automobile : 1, 33, 124, 212

Gage immobilier : 258, 264, 299

- Gage modes de réalisation : Voir « Pacte commissoire », « Attribution judiciaire », « Vente forcée »
- Garanties financières : 89, 258, 334

Garantie d'éviction : 287

H

Hypothèque

- Attribution en propriété : 51
- Classement : 158 et s., 558
- Déclaration d'insaisissabilité : 436 et s.
- Indivisibilité : 41 et s., 47 et s.
- Réalisation : Voir « Pacte commissoire », « Attribution judiciaire », « Vente forcée »
- Publicité : Voir ce mot

Hypothèque judiciaire : 163, 164, 287

Hypothèque légale : 30, 171, 342, 430

Hypothèque rechargeable : 51, 163, 164

I

Inaliénabilité : 412, 431, 432, 433

Indemnité d'assurance : 125, 126, 128, 129, 130, 133

Indemnité d'occupation : 581

Indisponibilité : 144 et s., 432

Individualisation de l'assiette : 111

Indivisibilité

- de l'assiette : 148, 149, 150
- de la créance : 142 et s., 146

Insaisissabilité : 402, 412, 413, 414, 416, 419, 431

- Déclaration notariée : 430, 431
- Droit de réaliser (limites) : 413, 414
- Procédures collectives : 402

Interdiction de la réalisation

- Insaisissabilité : 402, 412, 413, 414, 416, 419, 431
- Procédures collectives : 328, 352, 359, 364, 365, 366, 367, 368
- Surendettement : 453 et s., 459 et s.

Intérêt général : Voir « Ordre public »

J

JEX

- Protection : 536 et s.

L

Liquidation judiciaire 106, 193 et s., 238, 239, 293 et s., 300 et s., 328 et s., 341, 353 et s., 364, 382, 395, 440, 547, 559 et s., 579, 586

Liquidation judiciaire simplifiée 61

Logement

- Attribution en propriété : 442
- Décalaration notariée d'insaisissabilité : 430, 431
- Expulsion : 445, 456, 584, 586 et s.

M

Maintien dans les lieux

- Agriculteur : 578 et s.,
- Article L. 622-9 Ccom: 581 et s.
- Expulsion : Voir ce mot

Modes de réalisation

- Attribution en propriété : Voir ce mot
- Choix ou option : 391,
- Cumul : 100 et s.
- Déjudiciarisation : 56 et s.
- Restitution : Voir ce mot
- Revendication : Voir ce mot

- Vente forcée : Voir ce mot

Modes de réalisation alternatifs: 51 et s., 76, 81 et s.

Modes de réalisation de droit commun : 42, 43, 47 et s ., 51, 75, 76

Modes de réalisation judiciaires : 72, 74

Modes de réalisation amiables : 73, 74

N

Nantissement

- Compte de titre : 252
- Créance : 32, 35, 47, 66, 282, 303
- Fonds de commerce : 1, 33, 37, 136, 173, 180
- Fonds de commerce attribution en propriété : 33
- Judiciaire : 37
- Parts ou actions : 35, 370 et s., 500

Non enrichissement (principe de)

- Défaillance du débiteur : 198 et s.
- Domaine : 471 et s., 482, 483, 484
- Ordre public : 469 et s., 484 et s., 491, 494 et s., 504 et s., 512 et s.
- Principe : 466, 497
- Respect : 486 et s. 536 et s.
- Soulte : 488 et s.

Nullité :50,200,276, 294, 375, 381, 408, 414 et s., 426, 431

O

Obligation de donner : 84

Opposabilité

- *Erga omnes* : 261, 319, 320, 330
- Par dépossession : 158, 160, 243, 313, 322
- Par notification : 47
- Par enregistrement : Voir « Publicité »

Option pour le mode de réalisation : Voir « Réalisation »

Ordre public

- Classement : 161
- Dignité de la personne humaine : 404, 408, 423
- Non-enrichissement : 469 et s., 484 et s., 491, 494 et s., 504 et s., 512 et s.
- Procédures collectives : 344, 547
- Voies d'exécution : 65, 145

P

Pacte commissoire (Voir « Attribution conventionnelle »)

Plan de cession : 193, 241, 299, 306, 307, 328, 353, 356, 382

Pacte de préférence : 377 et s., 382 et s., 385

Plan de sauvegarde : 194, 307, 349, 353, 357, 364, 367, 368

Possession : 185

Privilèges

- Privilège du Bailleur : 551, 580
- Classements : 167 et s., 169, 170, 175, 176, 179, 181, 182
- Des frais de justice : 217, 218, 243
- Généraux – Subsidiarité : 174, 177, 180, 343, 428, 561
- Privilège des salaires : 216, 224, 228
- Publicité : 222

- Spéciaux immobiliers : 225
- Spéciaux mobiliers : 219, 220, 224
- Super privilège des salaires : 194, 216, 547, 554, 557
- Suppression : 214, 235, 236
- Syndic : 175, 384
- Trésor de la Sécurité Sociale : 214 et s., 223, 235, 236

Privilège de conservation : 189, 224

Privilèges de la procédure
- Poids : 561

Prix
- Distribution : Voir ce mot
- Séquestration : 114, 115, 119, 566

Procédures civiles d'exécution
- Clause de voie parée : Voir ce mot
- Code : 604
- Déjudiciarisation : 62
- Expulsion : Voir ce mot
- Insaisissabilité : Voir ce mot
- Mode de réalisation de droit commun : Voir ce mot
- Mode de réalisation judiciaire : Voir ce mot
- Notion : 77

Procédures collectives
- Attribution et plan de cession : 300
- Attribution judiciaire, liquidation judiciaire : 298, 301
- Caducité des procédures de distribution : 472, 521, 525, 527, 531, 538, 563 et s., 568 et s.
- Classements : 559, 561
- Créanciers « antéropostérieurs » : 560
- Créanciers privilégiés par la procédure : 557 et s., 562 et s.
- Déclaration de créance : 106, 193
- Déjudiciarisation : 62 et s.
- Délai : 581, 583 et s.
- Discipline collective : 191, 239, 243, 328, 330, 344, 347, 348, 352, 360 et s., 364 et s.
- DNI : 202, 436 et s.
- Droit de rétention effectif : 272, 320, 321, 329, 366, 368
- Droit de rétention fictif : 272, 308, 321, 329, 366, 368
- Droit de rétention gage sans dépossession de droit commun : 357
- Droit de priorité né du fait du précédent propriétaire : 193
- Exclusivité : 456, 585
- Expulsion : 456, 487
- Fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition : 106, 304, 306 et s., 325, 326, 355, 356, 366
- Fiducie-sûreté avec dépossession : 304
- Insaisissabilité : 402
- Interdiction de réalisation : 326, 352, 359, 364, 365, 366, 367, 368
- Nullité de la période suspecte : 294
- Objectifs : 9 et s.
- Ordre public : 344, 547
- Pacte commissoire interdiction : 296, 301
- Plan de cession : 193, 241, 353
- Plan de sauvegarde / redressement : 194, 307, 349, 357, 364, 367, 368

- Principe d'égalité tempérée : 328, 352, 359, 364, 365, 366, 367, 368
- Règlement européen insolvabilité : 189, 190, 305
- Reprise des poursuites : 199, 200
- Réserve de propriété : 107
- Revendication : 107, 117, 132, 297, 305, 357, 359, 368
- Substitution de garantie : 196, 239, 242
- Transfert de sûretés au cessionnaire : 241, 243
- Vente : 74, 193, 194 et s., 198, 239, 240

Procédure d'insolvabilité : Voir « Procédures collectives », « Rétablissement personnel » « Rétablissement professionnel » et « Surendettement »

Propriété-sûreté : Voir « Exclusivité » « Fiducie-sûreté » « Revendication » et « Réserve de propriété »

Publicité
- Modalité : 233 et s.
- Principe : 221, 223, 227, 314
- Registre : 231 et s.

Purge
- Des droits de préemption : 597
- Des inscription : 113, 114, 199, 287, 288 307, 399, 525

R

Rang : Voir « Classement »

Réalisation
- Abus : 340 et s.
- Conditions : 89 et s.
- Droit commun : 13
- Liberté : 22 et s., 436
- Notion : 8, 9
- Option : 20 et s., 95 et s., 99, 100, 102, 106

Redressement judiciaire : Voir « Procédures collectives »

Registre
- De publicité : Voir « Publicité »
- Remembrement de propriété : 121

Répétition de l'indu : 543

Réserve de propriété
- Action en restitution : 22
- Action en revendication : Voir ce mot
- Conflit : Voir ce mot
- Exclusivité : Voir ce mot
- Procédures collectives : Voir ce mot
- Publicité : 315

Résidence principale : Voir « Logement »

Rétablissement personnel : 86, 107, 335, 446, 452 et s.

Rétablissement professionnel : 305, 390, 422, 461, 547

Revendication (action en)
- Débiteur *in bonis* : 62, 75, 93, 297, 306, 314, 319, 502, 584, 589
- Procédure collective : 107, 117, 132, 297, 306, 357, 359, 368
- Surendettement / Rétablissement : 456, 460

S

Saisie immobilière : 31, 53, 58, 61, 62, 74, 104, 414, 422 et s., 435 et s., 440 et s., 455
Saisie vente : 62, 75, 94
Sauvegarde (procédure) : Voir « procédures collectives »
Sauvegarde accélérée : 305
Sauvegarde financière accelérée : 347
Sécurité juridique
- Agrément : Voir ce mot
- Cautionnement : Voir ce mot
- Pactes de préférence : 378 et s., 385 à 388
Soulte
- Action *de in rem verso* : Voir ce mot
- Bénéficiaires : 487, 488, 489, 522, 523, 525 et s.
- Calcul : 499, 500, 518
- Garantie : 535 et s., 540, 541, 542
- Modalité de paiement : 529
- Non enrichissement : Voir ce mot
- Versement (obligation) : 288 et s.
Soutien abusif : 575 et s.
Stipulation pour autrui : 91
Subrogation réelle
- Assiette : 107 et s., 111
- Caducité : 124
- Expropriation : 122
- Indemnité d'assurance : 125 et s., 131, 133
- Indemnité réparatrice : 135 et s.
- Mécanisme : 139
- Notion : 109
- Prix de vente : 113, 115, 117, 123
Subsidiarité
- Privilèges généraux : 174, 177, 180, 343, 428, 561
Substitution de garantie - procédures collectives : 243
Surendettement des particuliers : 9, 336, 447 et s.
- Interdiction de la réalisation : 453 et s., 458 et s.
Sûretés :
- Cumul : 390
- Notion : 6
Sûretés réelles
- Catégories : Voir « Gage Nantissement », « Gage Immobilier », « Hypothèque », « Réserve de propriété », « Fiducie-Sûreté »
- De droit commun : 27
- Notion : 6, 7

T

Théorie de la valeur engagée : 110
Tiers protecteur : 536 et s.
Transfert de propriété : 42, 44, 84, 85, 102
Transfert de sûreté : 239

V

Valeur : 500, 503, 505 et s.
- Expertise : Voir ce mot
- Soulte : Voir ce mot
Vente avec faculté de rachat : 6
Ventes de gré à gré : 74
Ventes par adjudication amiable ou judiciaire : 66, 194

Ventes sous autorité de justice : 66, 74, 194
Vices cachés : 289
Voies d'exécution : Voir « Procédures civiles d'exécution »

W

Warrants : 305

Table des matières

INTRODUCTION **1**

I. L'approche notionnelle de la réalisation des sûretés réelles *6*

II. Le paradoxe, l'efficacité de la sûreté réelle face à la protection des intérêts du constituant et des tiers non constituants *14*

III. La recherche de règles communes *22*

PARTIE 1. L'EFFICACITE DE LA REALISATION POUR LE CREANCIER **27**

TITRE 1. L'OPTION DU CREANCIER POUR LA REALISATION **31**

CHAPITRE 1. LE PRINCIPE DE LIBERTE D'OPTION 33

Section 1. Le premier critère de l'option : l'attribution en propriété ou la vente *36*

§1. La généralisation des attributions en propriété 36

A. Les attributions en propriété dans les sûretés réelles préférentielles, un domaine d'application général 39

1. Les attributions en propriété, modes de réalisation des sûretés réelles préférentielles de droit commun 39

a) La validité de principe des attributions en propriété dans les sûretés réelles de droit commun préférentielles conventionnelles 39

b) Pour une généralisation de la validité des attributions en propriété comme mode de réalisation des sûretés réelles légales et judiciaires 42

2. La généralisation des attributions en propriété dans les sûretés réelles préférentielles spéciales 45

B. L'attribution en propriété dans la fiducie-sûreté 52

1. La nature des droits du fiduciaire , un droit de propriété ordinaire 52

2. La réalisation en nature de la fiducie-sûreté : une attribution légale en propriété 55

a) Le principe : une attribution légale en propriété dans la fiducie-sûreté à trois personnes 55

b) La délicate analyse de la fiducie-sûreté à deux personnes 57

§2. L'extension du domaine de la vente 60

A. La vente, mode de réalisation de droit commun des sûretés réelles fondées sur un droit de préférence 61

B. La vente, mode de réalisation alternatif de la fiducie-sûreté. 63

1. La vente, mode de réalisation de la fiducie-sûreté 63

2. La vente, seul mode de réalisation de la fiducie-sûreté rechargeable 64

Section 2. Le second critère de l'option : la réalisation amiable ou la réalisation forcée *65*

§1. Les causes et les manifestations de la déjudiciarisation 66

A. Les causes de la déjudiciarisation 67

B. Les deux phases de la déjudiciarisation des modes de réalisation 69

1. La déjudiciarisation des procédures d'exécution et des procédures d'insolvabilité 69

2. La création de modes de réalisation extra judiciaires spécifiques aux sûretés réelles 72

§2. Le résultat de la déjudiciarisation, l'élargissement des options du créancier 75

A. Le choix entre un mode de réalisation extra judiciaire ou un mode de réalisation judiciaire 76

B. Le choix entre un mode de réalisation de droit commun et un mode alternatif de réalisation 79

1. L'utilisation de procédures ou de mécanismes de droit commun comme modes de réalisation 79

2. Les modes de réalisation spécifiques aux sûretés réelles 79
a) Les points communs entre les voies d'exécution et les modes de réalisation 80
α) L'objectif commun poursuivi, la satisfaction du créancier 80
β) Les conditions d'exercice 81
b) La qualification de modes alternatifs de réalisation 83
Conclusion du Chapitre 1 ..... *83*
CHAPITRE 2. UNE LIBERTE D'OPTION ENCADREE 85
Section 1. L'accessoire, condition d'exercice de l'option *86*
§1. L'exercice de l'option ouvert lors de la défaillance du débiteur 89
A. Une créance garantie exigible 90
B. La constatation juridique d'un retard dans l'exécution 92
1. L'interpellation nécessaire du débiteur 92
2. Les formes variées de l'interpellation 96
§2. L'exercice volontaire de l'option 97
A. Le droit d'option, un droit quasi-discrétionnaire 98
1. Un droit personnel 98
2. Le cumul possible de plusieurs demandes 100
B. Les formes variées d'exercice de l'option 101
Section 2. L'assiette, domaine protégé de l'option *104*
§1. La subrogation réelle, mécanisme de maintien de l'efficacité de la sûreté 106
A. La subrogation réelle lors de la vente du bien, un mécanisme de maintien de l'assiette 108
1. La subrogation réelle, clé de la satisfaction du créancier par la vente 109
2. La subrogation réelle, instrument de maintien des droits du créancier lors de la vente de gré à gré 110
a) Les règles parcellaires existantes 111
b) Pour une généralisation de la subrogation réelle de la créance de prix 114
B. Vers l'adoption d'un principe général de subrogation de l'indemnité compensatrice 115
1. La subrogation, instrument de préservation de l'assiette des sûretés contre les atteintes portées au droit de propriété du débiteur 116
2. La subrogation réelle, instrument de préservation des droits du créancier contre la destruction du bien 118
a) Pour la consécration d'une généralisation de la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé 118
b) Pour une généralisation de la subrogation de l'indemnité due par le tiers auteur du dommage 125
3. Pour la consécration d'un principe général de subrogation de l'indemnité de réparation 127
§2. L'indivisibilité de l'assiette, caractère nécessaire au maintien de l'efficacité de la sûreté 129
A. L'indifférence de la division de l'obligation garantie 132
1. L'indivisibilité active : l'indivisibilité de la sûreté face à la division de la créance 132
2. L'indivisibilité passive : l'indivisibilité de la sûreté face à la division de la dette 133
3. L'indivisibilité face au paiement partiel 135
B. L'indivisibilité de la sûreté face à la division de l'assiette 136
1. L'assiette composée d'un seul bien 136
2. L'assiette composée de plusieurs biens 137
Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 1. ..... *139*
TITRE 2. LA SATISFACTION DU CREANCIER PAR LA REALISATION 141
CHAPITRE 1. LA SATISFACTION PAR PRIORITE 143

Section 1. De lege lata, une satisfaction imparfaite *144*
§1. La complexité des classements, facteur d'inefficacité et imprévisibilité 144
A. Le classement interne des sûretés réelles, le maintien de principes concurrents 145
1. L'antériorité de la publicité, critère de classement des droits de priorité conventionnels et judiciaires 146
a) Le critère objectif de classement, la date de la publicité 146
b) Les dérogations conventionnelles et légales à l'application du critère objectif 148
2. la qualité du privilège, principal critère de classement des droits de préférence des privilèges 152
a) Le principe de classement subjectif, la qualité de la créance 152
b) Les critères complémentaires de classement 154
B. Le difficile établissement d'un classement externe 156
1. Le sort quasi-unitaire de la sûreté réelle née du fait du précédent propriétaire 156
2. La confrontation entre privilèges et sûretés réelles conventionnelles 157
3. La place variable des privilèges généraux 158
4. Le classement d'une sûreté réelle portant sur un bien compris dans un ensemble grevé d'une sûreté 159
§2. L'efficacité variable du droit de priorité 161
A. La fragilité consubstantielle des droits de priorité mobiliers, le caractère mobile de l'assiette 162
1 Le meuble grevé détenu par un tiers, l'incidence de la possession et de la rétention sur la satisfaction du créancier. 162
2. La complexification de la réalisation et l'affaiblissement de la satisfaction par le transport du meuble grevé à l'étranger 165
B. Les avantages octroyés à certains droits de priorité et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. 167
1. Le sort du créancier titulaire d'une sûreté spéciale lors de la vente du bien grevé 169
2. La reprise et le maintien des poursuites individuelles 174
3. La situation favorable du créancier titulaire d'une sûreté immobilière antérieure à une déclaration notariée d'insaisissabilité. 175
Section 2. De lege ferenda, une satisfaction en quête d'amélioration *177*
§1. La simplification du classement des sûretés réelles 179
A. La simplification par la suppression de certaines sûretés réelles mobilières 179
1. La suppression de certaines sûretés conventionnelles 179
2. La suppression de certains privilèges 183
a) La suppression de certains privilèges généraux 183
b) La suppression des privilèges spéciaux 188
B. La simplification par l'adoption d'un principe général de publicité des sûretés réelles sans dépossession 189
1. Pour un principe général de publicité des sûretés réelles et une axiomatisation des règles de conflits 190
a) L'adoption d'un principe général de publicité des sûretés réelles mobilières sans dépossession 190
b) L'axiomatisation des règles de classement autour des règles applicables en matière immobilière 192
2. La nécessité d'une mise en œuvre efficace de la publicité 194
a) La création d'un registre unique de publicité centralisé et informatisé 195
b) l'adoption de formalités de publicité simples 197
§2. L'amélioration de la satisfaction du créancier titulaire d'un droit de priorité dans la procédure collective 199
A. Les propositions de modifications du classement des créanciers 200
B. Le renforcement des mécanismes de protection existants 203
Conclusion du Chapitre 1 ..... *205*
CHAPITRE 2. LA SATISFACTION PAR EXCLUSIVITE 209

Section 1. De lege lata, une satisfaction pleine de promesses *211*
§1. L'exclusivité facteur d'efficacité 211
A. La simplicité apparente 211
1. L'appréhension aisée des situations d'exclusivité fondées sur un droit de propriété ou de rétention 212
a) Les situations d'exclusivité fondées sur un droit de propriété 212
b) Les situations d'exclusivité fondées sur le droit de rétention. 213
2. La délicate analyse des situations d'exclusivité fondées sur un droit au paiement direct 215
a) L'analyse délicate des fondements de l'exclusivité dans le nantissement de créance 215
b) L'analyse délicate des fondements de l'exclusivité dans le gage immobilier 218
c) L'analyse délicate des fondements de l'exclusivité dans la compensation 219
B. L'absence de concours et d'ordre 220
1. Le principe d'exclusion des droits de priorité 220
a) L'exclusion des droits de priorité par le droit de rétention 220
b) L'exclusion des droits de priorité par le droit de propriété 222
c) L'exclusion des droits de priorité par le droit au paiement exclusif 224
2. Les exceptions, les situations de concours 224
§2. L'efficacité variable 225
A. Le débiteur *in bonis*, la satisfaction attendue du créancier exclusif 225
1. Les conflits internes 226
a) Les conflits entre droits exclusifs de même nature, les conflits fratricides 226
α) Le conflit entre deux droits de propriété. 226
β) Le conflit entre deux droits de rétention 228
γ) Le conflit entre deux droits au paiement direct 230
b) Les conflits externes 230
2. La remise en cause postérieure de la satisfaction du créancier 233
a) La satisfaction précaire du créancier attributaire 233
b) La remise en cause de la satisfaction du créancier par l'action « de in rem verso » ou par l'action en restitution 237
B. L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective, l'efficacité variable du droit exclusif 240
1. Le principe de paralysie des attributions en propriété et ses exceptions 240
a) La réalisation du pacte commissoire avant et après le jugement d'ouverture 240
b) L'exception au principe de paralysie : la validité de l'attribution du gage pendant la liquidation judiciaire 242
c) L'élargissement de la validité de l'attribution en propriété pendant la liquidation judiciaire aux attributions conventionnelles 245
2. Le maintien total ou partiel de l'efficacité des situations d'exclusivité ab initio 245
a) L'absence totale d'influence de l'ouverture d'une procédure collective 246
b) Les modifications procédurales apportées aux modes de réalisation par l'ouverture d'une procédure collective 249
c) L'efficacité conditionnée mais conservée de certaines situations d'exclusivité 255
Section 2. De lege ferenda, l'harmonisation de la satisfaction par exclusivité *257*
§1. Les suggestions d'amélioration de la satisfaction par exclusivité hors des procédures collectives 258
A. L'harmonisation des règles d'opposabilité et de règlement des conflits 258
1. L'adoption du principe général de publicité des sûretés exclusives 259
2. L'adoption de la règle de l'antériorité de la publicité comme règle de résolution des conflits 260

B. L'articulation facilitée entre droits exclusifs et droits de priorité 262
1. Le renforcement des droits antérieurs opposables face au droit de rétention 262
2. L'opposabilité du droit de priorité antérieur assorti d'un droit de suite au créancier exclusif postérieur 264
§2. L'harmonisation du traitement des droits exclusifs dans les procédures collectives 265
A. L'impossible survie de l'entreprise comme critère d'efficacité de la sûreté exclusive 266
B. Le débat sur l'élargissement de l'efficacité circonstanciée à l'ensemble des droits exclusifs 267
Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 2 ..... *271*
Conclusion de la Partie 1 ..... *272*

PARTIE 2. LA PROTECTION DU CONSTITUANT ET DES TIERS ET LA REALISATION DES SURETES REELLES 275

TITRE 1. LE CONSTITUANT ET LES TIERS FACE A L'OPTION 281

CHAPITRE 1. LES REGLES COMMUNES DE PROTECTION DES PERSONNES PHYSIQUES OU MORALES 285
Section 1. La protection de l'entreprise en difficulté *287*
§1. De lege lata, les hypothèses de paralysie de la réalisation 290
A. L'interdiction de principe de la réalisation des sûretés réelles préférentielles 291
B. L'interdiction conditionnée de la réalisation de certaines sûretés exclusives 294
§2. De lege ferenda, la généralisation de l'interdiction de la réalisation 299
A. Les propositions doctrinales favorables à l'application stricte du principe d'égalité des créanciers 299
B. Pour une application tempérée du principe de soumission à la discipline collective 302
Section 2. La protection des intérêts des titulaires de pactes de préférence, de clauses d'agrément et de la caution, le maintien de la sécurité juridique *305*
§1. La protection des bénéficiaires d'agrément et de pactes de préférence 307
A. L'agrément, frein à l'exercice de l'option 307
1. Le respect de l'agrément et la réalisation du nantissement grevant des parts ou actions 308
2. L'accord et le refus de l'agrément, retard et obstacle à la réalisation du nantissement 311
B. Le pacte de préférence, obstacle variable à l'exercice de l'option 312
1. La réalisation des sûretés réelles, le pacte de préférence, et les mécanismes voisins 312
2. Le respect variable du pacte de préférence par le créancier poursuivant ou attributaire 316
§2. La protection des intérêts de la caution 320
A. Le bénéfice de discussion de la caution simple, instrument d'orientation des poursuites 321
B. Le bénéfice de subrogation de la caution, instrument d'orientation des poursuites 324
1. L'évolution jurisprudentielle 325
2. Le régime du bénéfice de subrogation et l'ordre de réalisation des sûretés 328
a) Les conditions 329
b) La déchéance, instrument d'orientation des poursuites 330
Conclusion du Chapitre 1 ..... *331*
CHAPITRE 2. LA PROTECTION SPECIALE DU CONSTITUANT PERSONNE PHYSIQUE 333
Section 1. La protection du cadre de vie *337*
§1. De lege lata, l'insaisissabilité de certains biens du débiteur personne physique 338
§2. De lege ferenda, l'interdiction de toute forme de réalisation sur les biens insaisissables 343
A. La généralisation naturelle de l'interdiction de la réalisation des biens insaisissables aux modes de réalisation alternatifs des sûretés préférentielles 344

B. L'extension délicate de l'interdiction de la réalisation des biens insaisissables aux propriétés-sûretés 347
Section 2. La protection du logement *349*
§1. La protection du logement par le droit des voies d'exécution 351
A. La protection renforcée du logement de l'incapable 351
B. Le respect des règles d'orientation des poursuites sur les biens professionnels de l'entrepreneur individuel 355
C. La question du respect des insaisissabilités volontaires 357
1. L'insaisissabilité du logement fondée sur les inaliénabilités conventionnelles 358
2. L'insaisissabilité volontaire du logement : la déclaration notariée d'insaisissabilité 362
a)L'extension des effets de la déclaration d'insaisissabilité 363
b) La question de l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité aux procédures collectives 365
§2. La protection du logement par le droit des sûretés 368
A. La paralysie de l'attribution en propriété de la résidence principale du débiteur 369
B. La question délicate de l'application de la règle aux propriétés-sûretés 371
Section 3. La protection contre la marginalisation *372*
§1. La protection de la partie faible par l'interdiction du pacte commissoire 373
A. La protection du consommateur contre l'usure : la prohibition du pacte commissoire en matière de crédit à la consommation. 374
B. L'extension inopportune de la prohibition 375
§2. Le surendettement des particuliers et le rétablissement personnel, remparts contre la marginalisation 378
A. De lege lata, le caractère limité de la paralysie de la réalisation des sûretés réelles 378
B. De lege ferenda, l'interdiction de la réalisation des sûretés réelles 382
Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 1 ..... *386*

TITRE 2. LE CONSTITUANT ET LES TIERS FACE A LA SATISFACTION 389

CHAPITRE 1. LE PRINCIPE DE NON ENRICHISSEMENT, REGLE GENERALE DE PROTECTION 391
Section 1. Le principe général d'ordre public de non enrichissement du créancier *392*
§1. Le principe général de non enrichissement du créancier 393
A. Un principe général révélé par son domaine d'application 394
1. Un principe général non écrit 394
2. Un principe général circonscrit à la réalisation 397
B. Un principe général révélé par ses fondements théoriques, l'accessoire et l'équité 398
1. Un principe fondé sur le caractère accessoire de la sûreté réelle 399
2. Un principe fondé sur l'interdiction de l'enrichissement injuste 400
§2. Un principe général d'ordre public 402
A. L'exclusion de toute dérogation contractuelle à l'obligation de restitution 403
1. Les propositions doctrinales, les clauses de conservation de l'excédent de valeur 403
2. Le rejet des propositions doctrinales 404
B. La reconnaissance du caractère d'ordre public du principe de non enrichissement 406
1. Le principe de non enrichissement, un principe impératif 407
2. La protection de l'intérêt général, révélateur du caractère d'ordre public du principe de non enrichissement 409
3. Vers la consécration légale du principe de non enrichissement. 411
Section 2. La mise en œuvre diversifiée du principe de non enrichissement *412*
§1. La nécessaire détermination de la valeur du bien 412
A. La valeur manifeste du bien 413

1. Les biens à valeur objectivement déterminable 414
2. Le prix de vente, la valeur du bien 416
B. La valeur non apparente du bien, le recours à l'évaluation à dire d'expert 417
1. Le domaine d'application de l'évaluation à dire d'expert 417
2. Les modalités floues de l'évaluation 419
3. Le rôle et la portée de l'évaluation 423
a) L'effet obligatoire variable de l'évaluation 423
b) Le rejet de l'expertise comme condition suspensive du transfert de propriété. 425
§2. Le sort de l'excédent de valeur 427
A. Le principe de restitution, la soulte 428
1. Le principe, la soulte versée au constituant 428
2. Les exceptions liées à la protection de certains créanciers 430
B. Le paiement de la soulte 434
1. Le paiement d'une somme d'argent 434
2. Les modalités de paiement 434
C. La question de la protection du créancier de la soulte contre l'impayé 436
1. La protection liée à l'existence de la sûreté réelle initiale 437
a) L'intervention d'un tiers, vecteur de sécurisation de la créance de soulte 437
b) La protection par l'octroi d'un droit de rétention 440
2. La protection par les actions civiles de droit commun 441
a) Les procédures civiles d'exécution forcée et les mesures conservatoires 441
b) Les actions de droit commun ouvertes au créancier de la soulte 442
Conclusion du Chapitre 1 ..... *444*
CHAPITRE 2. LES REGLES PARTICULIERES DE PROTECTION DU CONSTITUANT ET DES TIERS 447
Section 1. La protection des intérêts économiques *448*
§1. La sauvegarde des intérêts économiques du constituant et des tiers, fondement des modifications des classements 449
A. Le changement de classement par les procédures d'insolvabilité des particuliers 450
B. Le bouleversement des classements par les procédures collectives 451
1. Les créances dotées de rangs préférentiels par la procédure 452
a) Les catégories de créances privilégiées par l'ouverture de la procédure collective 452
b) La rétrogradation des autres créanciers. 456
2. La complexité marquée des classements dans les procédures collectives 458
§2. La sauvegarde des intérêts économiques du constituant, fondement de la remise en cause de la satisfaction du créancier 460
A. La remise de fonds, conséquence de la caducité de la procédure de distribution 460
1. Les textes anciens et les difficultés d'interprétations 461
2. L'ordonnance du 18 décembre 2008 et la caducité des procédures de distribution non définitives 463
a) La caducité des procédures de distribution n'ayant pas produit un effet attributif 463
b) La détermination du moment de l'effet attributif de la distribution 464
B. La remise de fonds, conséquence de la sanction du soutien abusif 466
Section 2. La protection du débiteur personne physique *469*
§1. Le respect de l'humanité du débiteur par les procédures collectives 470
A. Le maintien provisoire du seul débiteur agriculteur sur l'exploitation avant l'ordonnance du 12 mars 2014 470

B. Le maintien provisoire dans la résidence principale de tout débiteur personne physique depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 472
§2. Le respect de l'humanité du débiteur par les procédures civiles d'exécution 474
A. L'extension du domaine de la procédure d'expulsion par la réforme des sûretés 475
B. Les règles protectrices applicables 476
1. Les dispositions communes 476
2. Les dispositions particulières relatives au logement 482
Section 3. Le respect des droits de préemption légaux 484
§1. Le respect du droit de préemption par l'ensemble des modes de réalisation translatifs de propriété 485
§2. Les problèmes techniques spécifiques de mise en œuvre du droit de préemption dans les attributions en propriété 488
Conclusion du Chapitre 2 et du Titre 2 490
Conclusion de la Partie 2 492
CONCLUSION GENERALE 494
ANNEXE 499
BIBLIOGRAPHIE 503
INDEX 553