UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

ECOLE DE MANAGEMENT DE LA SORBONNE
UFR 06 – GESTION

LES SÛRETÉS RÉELLES FACE AUX PROCÉDURES COLLECTIVES

Mémoire
présenté en vue de l'obtention du

MASTER COMPTABILITÉ – CONTROLE - AUDIT

Stage effectué au sein du cabinet Legoux et Associés

Bokobza Mindy ***JUIN 2022***

UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON - SORBONNE – EMS - UFR 06
17, rue de la Sorbonne – 75231 PARIS cedex 05

L’Université Paris 1 n’entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les mémoires. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je voudrais exprimer, en premier lieu, toute ma reconnaissance à Madame Tabourot pour son soutien sans faille tout au long de mon Master 2, sa disponibilité permanente, ses encouragements constants et ses précieux conseils tant pour le mémoire que pour mon projet professionnel.

Je voudrais également adresser tous mes remerciements à Madame Raynier pour ses précieux conseils qui ont permis d'alimenter ma réflexion ainsi que pour ses encouragements.

Je tiens à remercier sincèrement Marine Julien pour sa relecture et ses encouragements.

J'aimerais également remercier tous les professionnels pour leur disponibilité et le temps qu'ils ont accordé à mes questions :

- Maître Olivier Buisine, Administrateur judiciaire au sein de l'étude d'administrateur judiciaire AJ UP ;
- Monsieur Vincent Doucede, Associé greffier du Tribunal de commerce de Bobigny ;
- Maître Michael Elancry, Mandataire judiciaire au sein de l'étude MJ Synergie ;
- Maître Lou Fléchard, Administrateur judiciaire au sein de l'étude CBF associés.

Leurs expériences personnelles et professionnelles, leurs critiques et leurs conseils m'ont permis d'enrichir ma culture dans ce domaine. J'ai particulièrement apprécié ce privilège de pouvoir échanger directement avec des professionnels compétents.

Enfin, je tiens à remercier mes très chers parents, sœurs et grands-parents pour leur soutien et leurs encouragements.

LISTE DES ABREVIATIONS

Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CEDAG	Centre de Droit des Affaires et de Gestion
CNG	Conseil National des Greffiers
De lege lata	La loi telle qu'elle existe
De lege ferenda	Ce que devrait être la loi
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IFFPC	Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives
Ibid.	*Ibidem*
JCP E	La Semaine juridique – Entreprises et affaires
JCP G	La Semaine juridique – Éditions générales
PGE	Prêt Garanti par l'État
RDBF	Revue de Droit Bancaire et Financier
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
S.	suivants

SOMMAIRE

INTRODUCTION 1

Partie I. Les sûretés réelles, une diversité de régimes inadaptée aux procédures collectives 7

Chapitre I. La pluralité des sûretés, une source d'inégalité entre les créanciers . 8

Section 1. Les sûretés réelles face à la sauvegarde et au redressement judiciaire 8

Section 2. Les sûretés réelles face à la liquidation judiciaire 18

Chapitre II. La pluralité des sûretés, un équilibre recherché par la réforme..... 25

Section 1. L'instauration des classes de parties affectées, de nouveaux enjeux..... 25

Section 2. Les nouveaux concepts à respecter, de nouvelles difficultés..... 33

Partie II. Les sûretés réelles, une coordination à envisager avec les procédures collectives 40

Chapitre I. La nécessaire coordination, une garantie réelle unique à concevoir 41

Section 1. Vers la fin d'une multitude de sûretés réelles..... 41

Section 2. L'instauration d'une garantie réelle unique 48

Chapitre II. La nécessaire coordination, un nouveau régime juridique des sûretés réelles propre aux procédures collectives à concevoir..... 55

Section 1. L'établissement de règles communes dans les procédures collectives .. 55

Section 2. Le traitement de la sûreté en fonction de la procédure collective 62

CONCLUSION 71

BIBLIOGRAPHIE..... 72

ANNEXES 90

TABLE DES MATIERES..... 115

INTRODUCTION

« Au bal des procédures collectives, il n'y a pas de créanciers heureux »[1].

Le droit des entreprises en difficulté est à la frontière entre une multitude de droits : le droit social, le droit des sociétés, le droit pénal, le droit de la concurrence et également le droit des sûretés. C'est avec le droit des sûretés que ses relations sont les plus conflictuelles[2]. En effet, les deux matières poursuivent des objectifs opposés.

Le droit des sûretés vise à protéger ses titulaires contre l'inexécution de l'obligation du débiteur. Au contraire, depuis 1985 le droit des entreprises en difficulté a pour objectif la poursuite de l'activité, puis le maintien de l'emploi et en dernier lieu l'apurement du passif. Avant 1985, lorsqu'une entreprise se trouvait en procédure collective, la priorité était donnée au paiement des créanciers. De ce fait, les créanciers titulaires de sûretés réelles étaient libres d'exercer leur sûreté hors de la procédure collective. Mais, depuis la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises[3], la priorité a été donnée au maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté. Suite à ce changement, les créanciers titulaires de sûretés personnelles et réelles ont été fortement impactés. Les procédures collectives sont *« devenues la terreur des créanciers dans la vie des affaires et constituent une zone de crash test des sûretés qu'*[il] *malmène en général »*[4]. Les titulaires de sûretés sont désormais soumis au « gel du passif » comprenant l'arrêt des poursuites et inscriptions, l'interdiction des paiements des créances antérieures, la déclaration de créances, la soumission à de longs délais lors d'un plan en sauvegarde ou en redressement judiciaire… Les créanciers possèdent plusieurs techniques pour se protéger contre la défaillance du débiteur : les sûretés mais également les garanties. Toute sûreté est une garantie en revanche toute garantie n'est pas une sûreté. Les deux notions sont très proches, la notion de garantie étant plus large. Selon Y. Diallo, la distinction est difficile à appréhender voire impossible[5]. La sûreté est accessoire, elle

[1] F. Macorig-Venier, « L'évolution chaotique de la situation des créanciers titulaires de sûretés », *RLDA*, 2005, n°80, p.15

[2] C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, éd. LGDJ, 2020

[3] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000693911/

[4] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *RDBF*, 2016, n°16, p.1

[5] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, éd. Harmattan, 2016, n°14, p.25

suit le sort de l'obligation qu'elle vient garantir. Elle peut être conventionnelle, judiciaire ou légale[6]. Il semble dès à présent nécessaire de distinguer les sûretés personnelles et les sûretés réelles car la loi ne leur réserve pas le même sort en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur. Les sûretés personnelles ont été définies comme « *l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal »*[7]. Elles sont composées du cautionnement, de la garantie autonome et de la lettre d'intention[8]. En outre, les sûretés réelles sont définies à l'article 2323 du Code civil depuis l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés[9]. Selon l'article précité : *« La sûreté réelle est l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier »*[10]. Les sûretés réelles sont composées des sûretés réelles conférant un droit de préférence telles que l'hypothèque, le gage sans dépossession, certains nantissements, et des sûretés réelles conférant un droit exclusif telles que la fiducie-sûreté, le droit de rétention, la clause de réserve de propriété mais également de la sûreté réelle pour autrui. Depuis la réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021[11], le régime de la sûreté réelle pour autrui a été défini[12]. Il est appliqué à la sûreté réelle pour autrui, par renvoi, certaines dispositions du cautionnement notamment le devoir de mise en garde, d'obligation d'information annuelle et même d'information en cas de défaillance du débiteur. La sûreté réelle pour autrui suit le régime du cautionnement, c'est pour cette raison qu'elle sera écartée. S'agissant des sûretés personnelles, grâce aux réformes successives et notamment celle de 2005[13], elles sont désormais soumises à un régime commun au sein des procédures collectives. En revanche, tel n'est pas le cas pour les sûretés réelles qui sont traitées de manière

[6] C. civ., art. 2324
[7] Art. 2286-1 de l'avant-projet de réforme établi par le Groupe de travail Présidé par Michel Grimaldi sous l'égide de l'association Henri Capitant. Consultable à l'adresse suivante : http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf
[8] C. civ., art. 2287-1
[9] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044044441
[10] C. civ., art. 2323
[11] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés
[12] C. civ., art. 2325
[13] Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000632645/
Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000019951175/
et Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce

« profondément disparate »[14] dans les procédures du livre VI du Code de commerce. C'est pour cette raison que les sûretés personnelles seront écartées. Ainsi, seules les sûretés réelles conventionnelles seront retenues dans le cadre du présent mémoire. Selon C. Favre Rochex : *« Les règles de réalisation de la sûreté, la faculté de résistance à la procédure et le poids des privilèges sont autant de points de divergence, dont les justifications ne sont pas toujours aisément perceptibles »*[15]. En effet, les sûretés réelles préférentielles et exclusives ne sont pas soumises au même sort en cas de défaillance du débiteur. La sûreté réelle garantie à son titulaire qu'il sera payé, en priorité sur le bien affecté en garantie en cas de défaillance du débiteur. Cependant, les créanciers munis de sûretés réelles ne sont pas tous traités de la même façon. Certains ont un droit au paiement préférentiel, d'autres un droit au paiement exclusif. Le créancier ayant une position d'exclusivité est certain d'être payé, il prime sur tous les autres créanciers contrairement aux créanciers titulaires d'une sûreté réelle préférentielle. Les créanciers titulaires de sûretés préférentielles sont ainsi pleinement soumis à la discipline collective en revanche, les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives y échappent alors qu'il s'agit d'un principe essentiel des procédures collectives. Par définition *: « Une procédure collective réduit les droits des créanciers et les oblige à se soumettre aux contraintes d'un traitement collectif »*[16]. La soumission des créanciers à la discipline collective entraine naturellement le respect de l'égalité entre les créanciers, principe fondateur de la matière selon F. Pérochon[17]. Les procédures collectives : sauvegarde, redressement judiciaire et liquidation judicaire diffèrent donc des procédures amiables que sont la conciliation et le mandat ad hoc. En effet, les procédures amiables n'engagent que les créanciers volontaires, ils ne sont donc pas soumis à la discipline collective. Cela leur permet néanmoins de conserver un caractère confidentiel qui contribue largement à leur succès. Pour cette raison, les procédures amiables seront écartées et seules les procédures collectives seront retenues dans le présent mémoire. Également, il semble nécessaire de déterminer si la procédure de sauvegarde accélérée doit être retenue. Cette variante de la sauvegarde demeure une procédure de sauvegarde produisant le même effet réel et instituant une discipline collective pour les créanciers, avec cette originalité toutefois de

[14] C. Favre-Rochex, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives », *Recueil Dalloz*, 2021, p. 190
[15] *Ibid*, p.190
[16] P. Pétel, *Procédures collectives*, 9e éd. Dalloz, 2017, n°176, p.95
[17] F. Pérochon, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté : la discipline collective*, éd Dalloz, 2018, p.2

ne produire ses effets qu'à l'égard des parties affectées que le débiteur a sollicitées au cours de la conciliation préalable. Par ailleurs, la durée de la procédure de sauvegarde accélérée est de 2 mois renouvelable une fois[18] contre 6 mois renouvelable en procédure de sauvegarde classique. De ce fait, en sauvegarde accélérée, seuls les créanciers ayant été consultés dans la conciliation préalable sont soumis à la discipline collective et du fait de sa courte durée, les intérêts des créanciers sont moins pris en compte que dans les procédures collectives. La procédure de sauvegarde accélérée ne sera donc pas retenue. Par ailleurs, la procédure de traitement de sortie de crise créée par l'article 13 de la loi n° 2021-689 du 31 mai relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire[19] sera également écartée dans le sens où elle constitue un redressement judiciaire accéléré et simplifié et que toutes les entreprises ne sont pas éligibles[20]. Seules seront ainsi retenues les procédures collectives et les sûretés réelles conventionnelles. En cas de défaillance du débiteur, les sûretés réelles se retrouvent face aux procédures collectives, autrement nommées *« Le couple infernal »*[21]. Les créanciers ayant prévu une potentielle défaillance du débiteur se sont protégés grâce à une sûreté réelle. Cependant, en cas d'ouverture d'une procédure collective, la citation : *« il vaut mieux prévenir que guérir »* perd tout son sens. En effet, les créanciers titulaires de sûretés réelles ne peuvent pas demander la réalisation du bien grevé de la sûreté en cas d'ouverture d'une procédure collective, selon le principe de l'interdiction des paiements des créances antérieures. Également, selon le principe de l'interdiction des poursuites en procédures collective, les créanciers titulaires de sûretés réelles ne peuvent pas poursuivre le débiteur afin de réaliser le bien grevé de la sûreté pour assurer leur paiement. Les sûretés réelles sont donc confrontées aux procédures collectives. Il faut cependant nuancer ce propos, car ces principes ne sont aujourd'hui applicables qu'aux sûretés réelles préférentielles. En effet, les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives échappent à la discipline collective. Par conséquent, cela engendre une inégalité de traitement entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles. De plus, dû au changement d'objectif des procédures collectives, les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles et du débiteur s'affrontent désormais. Les ordonnances jumelles avaient pour objectif de : *« Simplifier, clarifier et moderniser les*

[18] C. com., art. L. 628-8
[19] Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043567200
[20] Seules sont éligibles les entreprises ayant moins de 20 salariés et un total passif hors capitaux propres inférieur à 3 millions d'euros.
[21] P. Roussel Gale et F. Pérochon, « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *Revue des procédures collectives*, 2016, n°1, doss 12.

règles relatives aux sûretés et aux titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives »[22]. Cependant, au regret des professionnels et universitaires, aucun bouleversement majeur n'a été réalisé. Mais quand le malheur des uns fait le bonheur des autres, comment concilier l'inconciliable ? Une réelle articulation semble avoir été trouvée entre les sûretés personnelles et procédures collectives, alors pourquoi pas avec les sûretés réelles ?[23]. Selon D. Legeais : *« Il ne faut pas traiter le droit des sûretés et le droit des procédures collectives en droits antagonistes. Il faut au contraire rechercher la conciliation »*[24].

La multitude de sûretés réelles existantes entraine une diversité de régimes juridiques existants qui ne sont pas adaptés aux procédures collectives. En effet, la diversité de régimes entraine une inégalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles dans les procédures collectives. Les sûretés réelles préférentielles sont pleinement soumises à la discipline collective contrairement aux sûretés réelles exclusives. Les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives sont traités de manière très avantageuse tant en sauvegarde et redressement judiciaire qu'en liquidation judiciaire à l'inverse des créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles. La complexité des matières ne faisant que de croitre, le législateur a essayé de trouver un équilibre entre les sûretés réelles et les procédures collectives. Cet objectif a fait l'objet de deux nouvelles ordonnances[25] ayant donné lieu à l'instauration en France des classes de parties affectées et des nouveaux concepts à respecter lors de l'ouverture d'une procédure collective. La volonté du législateur d'essayer de concilier les sûretés réelles et les procédures collectives a été saluée. Cependant, ces nouveautés inspirées du droit américain et allemand soulèvent de nouvelles difficultés ainsi que de nouveaux enjeux dans les procédures collectives françaises. La diversité de régimes existants des sûretés réelles dans les procédures collectives entraine ainsi une confrontation entre les matières. Il semblerait alors nécessaire d'envisager une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives.

---

[22] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044044563

[23] P. Roussel Galle, « Procédures collectives et sûretés réelles : à la recherche d'équilibres et d'articulations », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4, p.15

[24] D. Legeais, *«* Quelle réforme pour le droit des sûretés ? *»*, *RDBF*, 2016, p.2

[25] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce

De ce fait, à quelles conditions la création d'un nouveau régime juridique favoriserait-elle une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives ?

Si la diversité de régimes des sûretés réelles est inadaptée aux procédures collectives et que les réformes respectives du droit des sûretés et des entreprises en difficulté ont essayé de trouver un équilibre **(Partie I)**, la coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives ne pourrait être trouvée que par la conception d'un nouveau régime juridique unique des sûretés réelles propre aux procédures collectives **(Partie II)**.

Partie I. Les sûretés réelles, une diversité de régimes inadaptée aux procédures collectives

Quand le débiteur est *in bonis,* une sûreté réelle est toujours efficace. Mais c'est lors de l'ouverture d'une procédure collective qu'il est possible de juger sa véritable efficacité. En général, c'est principalement dans les procédures collectives qu'elle est mise en œuvre. La situation des créanciers titulaires de sûretés réelles varie selon la procédure mais également selon la sûreté. En droit des sûretés, il existe historiquement les sûretés réelles dites « classiques » telles que le gage, le nantissement et l'hypothèque conférant un droit de préférence. Ces sûretés ont perdu leur efficacité dans les procédures collectives au fil du temps. C'est la raison pour laquelle, le législateur a créé et continue de créer de nouvelles sûretés telles que la fiducie-sûreté, autrement nommée « reine des sûretés », conférant un droit d'exclusivité. Ces nouvelles sûretés sont particulièrement efficaces au cours des procédures collectives. Il en résulte une multitude de sûretés réelles en droit français et un régime à deux vitesses. En effet, les sûretés réelles exclusives résistent à la procédure collective alors que les sûretés réelles préférentielles peuvent s'avérer inefficaces notamment face aux créanciers privilégiés et aux salariés super privilégiés. Il en ressort une situation à géométrie variable en fonction du type de sureté[26]. Cela crée une certaine inégalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles puisque certains échappent à la discipline collective. Il est ainsi très difficile d'établir un état des lieux fidèle des sûretés réelles face aux procédures collectives. Selon D. Legeais, « *Il n'existe pas moins de dix sûretés modèles, qui ont chacune donné naissance à des familles. Il y a cinq procédures applicables aux entreprises en difficulté sans compter les variantes et les différentes phases de chacune d'entre elles. Si l'on s'attache à l'efficacité de chaque prérogative, de chaque sûreté dans chacune des phases des différentes procédures, on peut recenser plus de 1 500 cas de figures !* »[27]. La réforme du 15 septembre 2021[28] du droit des entreprises en difficulté a essayé de trouver un équilibre entre les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles et ceux du débiteur. Elle a instauré les classes de parties affectées et trois nouveaux concepts à respecter. Cependant, ces nouveautés sont sources de nouvelles difficultés.

[26] R. Dammann et V. Rotaru, « Pour une réforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco-allemande », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4,23, p.1

[27] D. Legeais, « Procédures collectives et sûretés réelles. Quelques vœux pour la réforme à venir », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4,21, p.1

[28] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce

Dans un premier temps, il conviendra d'analyser qu'il existe une inégalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles dans les procédures collectives, des solutions seront alors proposées **(Chapitre I)**. Puis, il s'agira d'analyser les principaux apports de l'ordonnance portant réforme du droit des entreprises en difficulté[29] et les nouveaux enjeux qu'ils impliquent **(Chapitre II)**. Ainsi, dans cette première partie il conviendra de trouver des solutions pour favoriser une coordination entre le droit des sûretés et le droit des entreprises en difficulté tel qu'il existe aujourd'hui.

Chapitre I. La pluralité des sûretés, une source d'inégalité entre les créanciers

Les dernières réformes ont abouti à la paralysie de certaines sûretés réelles en sauvegarde et en redressement judiciaire alors que d'autres sont pleinement efficaces. Il en résulte alors une inégalité de traitement entre les titulaires de sûretés réelles dans les procédures collectives. Il faudra dans un premier temps analyser la situation des différents créanciers titulaires de sûretés réelles dans les procédures visant le maintien de l'activité : la sauvegarde et le redressement judiciaire **(Section 1)**. Puis, dans un second temps, il conviendra d'analyser la situation des différents créanciers titulaires de sûretés réelles dans le cas d'une liquidation judiciaire **(Section 2)**. Ces analyses permettront de faire ressortir les inégalités de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles dans les procédures collectives.

Section 1. Les sûretés réelles face à la sauvegarde et au redressement judiciaire

Les procédures collectives visant le maintien de l'activité sont la sauvegarde et le redressement judiciaire. En période d'observation il y a des principes tels que l'interdiction des paiements des créanciers antérieurs et la suspension des poursuites. Ces principes s'appliquent de plein droit aux créanciers titulaires de sûretés préférentielles mais ne s'appliquent pas aux créanciers titulaires de sûretés exclusives qui peuvent souvent récupérer le bien affecté en garantie. Il s'agira d'analyser dans cette section le sort des sûretés réelles préférentielles et exclusives en sauvegarde et en redressement judiciaire. Un équilibre a cependant été trouvé grâce au régime de la fiducie-sûreté **(§1)**. Pour assurer une coordination entre toutes les sûretés réelles dans les procédures de

[29] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce

sauvegarde et de redressement judiciaire, la solution serait de diminuer l'efficacité des droits exclusifs **(§2)**.

§1. La multitude de régimes en période d'observation

En droit des sûretés, il existe historiquement les sûretés réelles dites « classiques » qui ont perdu efficacité lors de la période d'observation au fil du temps. C'est la raison pour laquelle, le législateur a créé et continue de créer de nouvelles sûretés conférant un droit d'exclusivité au détriment de la poursuite de l'activité du débiteur. Ces nouvelles sûretés sont particulièrement efficaces dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Il s'agira alors d'analyser le principe ainsi que ses exceptions **(1)**, puis d'analyser le régime de la fiducie-sûreté, reine des sûretés **(2)**.

1- Le principe et ses exceptions

Pour commencer, il semble important de rappeler le principe en sauvegarde et en redressement judiciaire. Pendant la période d'observation, il existe l'interdiction des paiements[30] et l'interdiction des poursuites[31] visant tous les créanciers antérieurs sans aucune distinction. Cette restriction vise à favoriser le maintien de l'activité du débiteur. De ce fait, le titulaire d'une sûreté réelle ne peut en principe la réaliser. Il sera donc soumis au plan comme un créancier chirographaire. Cela est le cas pour les sûretés préférentielles telles que le gage avec droit de rétention fictif, certains nantissements et l'hypothèque. Les créanciers hypothécaires et gagistes ne bénéficiant pas d'un droit de rétention réel et les créanciers munis d'un nantissement portant sur des actifs incorporels subissent « *de plein fouet la contrainte collective* »[32]. Le débiteur continue à utiliser les biens grevés d'une garantie[33]. En revanche, comme à tout principe, il existe des exceptions telles que le paiement des créances alimentaires, le paiement des créances connexes et les paiements qui peuvent être autorisés par le juge-commissaire. Les paiements autorisés par le juge-commissaire, énumérés à l'article L. 622-7, II du Code de commerce, sont les suivants :

---

[30] C. com., art. L.622-7, I

[31] C. com., art. L.621-40

[32] A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Grimaldi*, éd. Defrénois, 2020, p.259 à p.274

[33] Le bien peut cependant être vendu selon l'article, L. 622-8 du Code de commerce : « *En cas de vente d'un bien grevé d'une sûreté réelle spéciale ou d'une hypothèque légale, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Après l'adoption du plan, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux et conformément à l'article L. 626-22 lorsqu'ils sont soumis aux délais du plan.* Ces articles ont été modifiés et simplifiés par la réforme du droit des entreprises en difficulté : Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 - art. 16. Ils énonçaient auparavant le nantissement, le gage et hypothèque. Dorénavant, il est simplement indiqué *« les biens grevés d'une sûreté réelle spéciale ou d'une hypothèque légale ».*

- Il existe une exception en cas de rétention d'un bien mais uniquement avec un droit de rétention effectif. Selon l'article L. 622-7, II, alinéa 2 du Code de commerce, le juge-commissaire peut autoriser le paiement de créances antérieures pour retirer un gage ou une chose légitimement retenue si ce retour est justifié par la poursuite de l'activité[34]. Ce créancier bénéficie d'une situation très favorable puisqu'il échappe complètement à l'article L. 622-7, I du Code de commerce visant l'interdiction des paiements des créances antérieures au jugement d'ouverture.
- Par ailleurs, il est possible dans certains cas de lever l'option d'un crédit-bail. Selon l'article L622-7, II, alinéa 2 du Code de commerce, il est possible de lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement est inférieur à la valeur vénale du bien[35]. Le crédit-bailleur bénéficie lui aussi d'une situation très favorable sous certaines conditions.
- Il existe également la possibilité de payer en vue du retour des biens fiduciaires dans le patrimoine du débiteur si ce retour est nécessaire à la poursuite de l'activité[36].
- Enfin, Selon l'article L. 622-7, II alinéa 1 du Code de commerce, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure[37], à payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du Code de commerce[38] ou à compromettre ou transiger. Néanmoins, si l'un de ces actes est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure, le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public[39].

À noter qu'il est impossible de conclure ou réaliser un pacte commissoire pendant la période d'observation. Le créancier titulaire d'un pacte commissoire voit l'efficacité de sa sûreté disparaitre au moment où elle aurait été la plus efficace. Par ailleurs, il existe

[34] C. com., art. L.622-7, II, alinéa 2
[35] *Ibid.*
[36] *Ibid.*
[37] L'article L. 622-7, II, du code de commerce prévoit désormais que le juge-commissaire peut autoriser la constitution d' « *une sûreté réelle conventionnelle* » et non plus simplement d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement. Il s'agissait d'une restriction qui était dépourvue de sens et ne paraissait pas suivie en pratique.
[38] C. com., art L.132-8
[39] C. com., art. L.622-7, II, alinéa 1. Cet alinéa a été modifié par l'Ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 - art. 15 en rajoutant le fait qu'il est possible d'autoriser le paiement au transporteur. J-L, Vallens, « Quelques innovations bienvenues en marge des classes de créanciers », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2021, n°6, p.33

des conditions spécifiques inscrites à l'article L. 624-16, alinéa 2 du Code de commerce s'il existe une clause de réserve de propriété : elle doit toujours être mentionnée dans un écrit, convenue entre les parties (tacite ou expresse), établie au plus tard lors de la livraison et le bien doit se retrouver en nature[40]. Pour éviter la restitution du bien, il est possible pour le juge-commissaire d'autoriser le paiement immédiat du créancier ou encore d'accorder un délai de règlement mais seulement avec l'accord du créancier[41]. Ce dispositif accorde une situation de faveur au créancier qui s'est réservé la propriété. Enfin, l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés a conféré au nantissement de créance un droit de rétention qui lui assure sa pleine efficacité[42]. Cependant, il est difficile de comprendre comment il sera exercé alors qu'il s'agit d'un bien incorporel[43]. L'ordonnance a également instauré deux nouvelles sûretés-propriétés : la cession de somme d'argent à titre de garantie[44], création prétorienne[45] autrement appelée gage espèces, et la cession de créance à titre de garantie[46]. Ces nouvelles sûretés réelles exclusives ont une grande efficacité car elles résistent à la procédure collective du débiteur. Ces sûretés-propriétés pourraient conduire à l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'une entreprise dépossédée de tous ses actifs. Par conséquent, il en ressort une diversité de sûretés réelles. Deux situations sont mises en avant : la situation des sûretés réelles préférentielles qui perdent toute leur efficacité dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire et la situation des sûretés réelles exclusives privilégiées par les créanciers au regard de leur efficacité. Cependant, un équilibre semble avoir été trouvé avec la fiducie-sûreté, nommée reine des sûretés.

2- Regards sur la fiducie-sûreté, reine des sûretés

Suite à la réforme du droit des sûretés de 2007[47], la fiducie-sûreté, autrement nommée « reine des sûretés » inspirée du *trust* américain a fait son apparition. La fiducie-sûreté,

---

[40] C. com., art. L.624-16, alinéa 2
[41] *Ibid*, alinéa 4
[42] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. C. civ., art. 2363. D. Legeais, « Ce qu'il faut retenir de l'ordonnance réformant le droit des sûretés », *RDBF*, 2021, n°5, p.1
[43] L. Andreu, « Les principaux apports de la réforme du droit des sûretés » *Actualité des procédures collectives*, 2021, n°18, p.1 - 2
[44] C. civ., art. 2374 à 2374-6
[45] Cass. com., 23 avr. 2003, n° 02-11.015, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007465492
Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036877
[46] C. civ., art. 2373 à 2373-3
[47] Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000821047

définie par l'article 2011 du Code civil, est un mécanisme de transfert de la propriété à titre de garantie. Celle-ci permet au constituant de transférer des biens dans un patrimoine fiduciaire. Ce patrimoine est géré par un tiers, le fiduciaire, au profit d'une tierce personne, le bénéficiaire. La fiducie est une dérogation au principe d'unicité du patrimoine puisque les biens quittent le patrimoine du constituant pour entrer dans un patrimoine fiduciaire. La fiducie-sûreté est difficile à mettre en place car elle doit respecter un formalisme très rigoureux et son coût est élevé par rapport aux sûretés réelles classiques. Cependant, la réforme du droit des sûretés[48] a tenu à simplifier la constitution d'une fiducie-sûreté afin qu'elle soit plus utilisée. Malgré ses difficultés de constitution, la principale difficulté tenait à l'articulation de la fiducie-sûreté avec le droit des procédures collectives. L'ordonnance de 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté[49] a trouvé un compromis entre les intérêts des créanciers et du débiteur. Un équilibre intéressant a été proposé reposant sur les chances de sauvetage de l'entreprise. Deux auteurs s'en sont inquiétés[50] et pourtant l'équilibre semble avoir été atteint[51]. « *Tour à tour, chacune des forces s'imposent, sans pour autant annihiler l'autre* » [52].

En droit des entreprises en difficulté, la fiducie sûreté est l'art de concilier l'inconciliable. Le législateur a limité les effets et donc l'efficacité de la fiducie-sûreté lorsque le sauvetage de l'entreprise était en jeu[53]. En sauvegarde et en redressement judiciaire, le sort de la fiducie-sûreté diffère selon que le débiteur constituant est demeuré en possession ou non du bien faisant l'objet de la fiducie. C'est lorsque le bien objet de la fiducie-sûreté est nécessaire à la poursuite de l'activité et a été laissé à la disposition du débiteur que sa mise en œuvre est paralysée. Dans le contrat de fiducie, les parties au contrat, le fiduciaire et le constituant peuvent convenir grâce à une convention de mise à disposition que le constituant conserve l'usage ou la jouissance du bien objet de la fiducie. Il s'agit donc d'une fiducie-sûreté sans dépossession. Dans ce cas, puisque le bien est considéré utile à la poursuite de l'activité, il n'est pas possible de réaliser la sûreté. Il est à noter que la convention de mise à disposition peut être conclue que le fiduciaire[54] soit

[48] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. Désormais, sa constitution ne suppose plus l'évaluation du bien.
[49] Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté
[50] F-X Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *Recueil Dalloz*, 2008, p.29
[51] Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4, p.1
[52] M. Combe, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », *Petites Affiches*, 2011, n°30, p.8
[53] P. R. Galle, *Entreprises en difficulté*, Éd. Lexis Nexis, 2012, p.407-430
[54] La qualité du fiduciaire est réservée qu'à seulement très peu de personnes selon l'article 2015 du Code civil : « S*euls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même*

le créancier ou non. Le créancier sera soit fiduciaire, soit bénéficiaire de la fiducie dans le cas où il n'est pas fiduciaire. La convention de mise à disposition est un contrat en cours[55] et ne peut être résiliée par l'application d'une clause résolutoire de plein droit pour cause d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Elle peut faire l'objet d'une continuation forcée par l'administrateur judiciaire ou, en son absence par le débiteur sur avis conforme du mandataire judiciaire. L'administrateur peut également décider de ne pas continuer la convention s'il estime qu'elle n'est pas utile pour l'entreprise. Ce qui est peu probable. En cas de convention de mise à disposition, le créancier doit déclarer sa créance dans les 2 mois suivant la publication du jugement d'ouverture au BODACC. S'agissant de la fiducie-sûreté avec dépossession, en l'absence de convention de mise à disposition, la réalisation de la fiducie-sûreté est alors possible. Les biens sont considérés ne pas être utiles au maintien de l'activité du débiteur. Le créancier, s'il est fiduciaire, acquiert la propriété du bien et la valeur du bien sera déterminée par un expert. Le créancier devra restituer la différence entre la valeur du bien et sa créance. Si le créancier n'est en revanche pas le fiduciaire, il pourra demander au fiduciaire de lui remettre le bien dont il acquiert la libre disposition. Le bien sera évalué[56]. Également, si la fiducie est avec dépossession mais que le bien est jugé utile à l'activité, il est possible, comme vu précédemment, de payer contre retour du bien dans le patrimoine du débiteur sur autorisation du juge-commissaire[57]. Dans le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la convention de mise à disposition a une importance particulière. En son absence, le créancier titulaire de la fiducie-sûreté ne se voit pas imposer les délais du plan. Alors qu'en sa présence, les dispositions du plan lui sont applicables. En cas de constitution de classes de parties affectées[58], la loi a pris en compte la situation de la fiducie-sûreté à l'article L626-30, V du Code de commerce[59]. Le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté ne participe pas au vote au sein de sa classe pour le montant garanti par cette sûreté. Cette disposition est pour le moins étonnante pour le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession car il est affecté par les dispositions du plan. En cas de liquidation judiciaire, la fiducie-sûreté est pleinement

code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire. »

[55] En revanche, la fiducie-sûreté n'est pas un contrat en cours. S. Farhi, « La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal*, 2018, n°2, p.81

[56] C. civ., art. 2372-4 et Art. 2488-4

[57] C. com., art. L.622-7

[58] Voir *Infra* : L'instauration des classes de parties affectées, de nouveaux enjeux

[59] C. com., art. L.626-30, III

efficace qu'elle soit ou non accompagnée d'une convention de mise à disposition. Dans tous les cas, le créancier fiduciaire n'a pas à subir le concours d'aucun créancier privilégié du débiteur[60]. Le régime de la fiducie-sûreté prend incontestablement en compte les intérêts des parties dans les procédures collectives puisqu'il dépend de la situation où le bien affecté en garantie est utile ou non au maintien de l'activité. L'état des lieux fait ressortir une diversité de régimes et permet de mettre en évidence une inégalité entre les différents types de sûretés réelles dans les procédures collectives. La différence mise en évidence est le droit d'exclusivité particulièrement plus protecteur que le droit de préférence qui s'avère inefficace. Le régime trouvé pour la fiducie-sûreté a permis d'atteindre un équilibre en limitant les atteintes aux droits des créanciers bénéficiaires des sûretés réelles dans le cas où le bien n'est pas nécessaire au maintien de l'activité du débiteur. Selon D. Legeais, « *La prédominance des sûretés conférant une situation d'exclusivité est maintenue, ce qui est tout à fait regrettable. Notre droit va ainsi laisser subsister des sûretés réelles classiques, privées d'une part de leur efficacité et des sûretés contraires à notre tradition française qui vont être confortées. L'incohérence va donc perdurer »*[61]. Deux solutions semblent pertinentes. Dans un premier temps, il pourrait être envisageable de généraliser le régime de la fiducie-sûreté à l'ensemble des sûretés réelles[62]. Cette solution sera analysée au second chapitre de la seconde partie de ce présent mémoire[63]. Une seconde solution qui sera étudiée dans cette section, serait de restaurer l'efficacité du droit de préférence[64] en diminuant l'efficacité des droits exclusifs. Il aurait été souhaitable que la réforme du droit des sûretés ne maintienne pas une prédominance des sûretés conférant une situation d'exclusivité.

§2. La diminution de l'efficacité des droits exclusifs

Afin d'assurer une égalité entre les sûretés réelles préférentielles et exclusives, il faudrait diminuer l'efficacité des droits exclusifs en période d'observation en soumettant les

---

[60] Voir *Infra* : Les sûretés réelles à l'épreuve des privilèges

[61] D. Legeais, « Propositions en vue de l'articulation du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », *RDBF*, 2021, n°2, p.25

[62] A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », *op.cit,* p.259 à p.274
N. Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *op.cit.*, p.2

[63] Voir *Infra :* La nécessaire coordination, un nouveau régime juridique des sûretés réelles propre aux procédures collectives à concevoir

[64] C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, Paris 2, 2020

sûretés réelles exclusives à la discipline collective **(1)** puis limiter les actions en revendication **(2)**.

1- La soumission des sûretés réelles exclusives à la discipline collective

« Le système idéal mettrait en place un véritable droit commun des garanties réelles dans le contexte du livre VI du Code de commerce en étendant les grands principes de la discipline collective aux bénéficiaires de l'exclusivité, qui ne s'appliquent majoritairement qu'aux titulaires de sûretés préférentielles »[65]. Dans un premier temps, il avait été proposé de soumettre aux nullités de la période suspecte toutes les sûretés, quelles qu'elles soient, contractées pour garantir une dette antérieure. La période suspecte est la période entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture. Elle vise à annuler les actes frauduleux qui ont pu être réalisés par le débiteur au cours de cette période. L'ordonnance du 15 septembre 2021[66] portant réforme du droit des entreprises en difficulté l'a pris en compte. Désormais, la liste des sûretés inopposables de plein droit en période suspecte est allongée et comprend « *toute sûreté réelle conventionnelle ou droit de rétention conventionnel constitués sur les biens ou droits du débiteur pour les dettes antérieurement contractées* »[67]. Il existe également deux nullités de droit en période suspecte concernant la fiducie-sûreté[68]. Deux exceptions sont cependant prévues. Dans un premier temps, la substitution de sûretés est possible lorsque la nouvelle sûreté vient remplacer une sûreté antérieure de nature et d'une assiette au moins équivalente[69]. Cette substitution de sûreté ne nuit pas au gage commun, il n'y a donc pas d'utilité d'en faire un cas de nullité[70]. La seconde exception est celle en cas de cession Dailly. Il s'agit de ne pas annuler la cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier[71] lorsqu'elle est intervenue en exécution d'un contrat-

---

[65] *Ibid.,* p.614. C'est également l'idée de C. Favre Rochex dans la thèse : C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives, thèse préc*., n°358 et s., p. 359 et s.

[66] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce

[67] C. com., art. L.632-1. D. Legeais, « Ce qu'il faut retenir de l'ordonnance réformant le droit des sûretés », *op.cit,* p.1.

[68] C. com., art. L.632-1, 10° et 11°: *« Est nul : « Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ; » et « Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant »*.

[69] Il s'agit de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-10421, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000033177261

[70] P. Rubellin, « Nullité de droit de la période suspecte : peu de modifications », *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 2021, n°09, p.3

[71] C. mon.fi., art. L.313-23

cadre conclu antérieurement à la date de cessation des paiements[72]. La situation des créanciers titulaires de sûretés est alors véritablement figée à la date de l'état de cessation des paiements fixée par le Tribunal[73]. Il était nécessaire de prendre en compte toutes les sûretés réelles conventionnelles ainsi que le droit de rétention conventionnel afin de diminuer l'efficacité des droits exclusifs et de restaurer l'efficacité du droit de préférence en période d'observation. Deux autres innovations ont été réalisées grâce à l'ordonnance portant réforme du livre VI du Code de commerce. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait rendu une décision très critiquée[74], selon laquelle la déclaration irrégulière d'une sûreté emporte l'extinction de celle-ci[75]. Grâce à cette solution, le créancier était mieux traité que celui procédant à une déclaration. Cette solution était particulièrement avantageuse pour les sûretés personnelles telles que la caution. La créance avec une sûreté doit être inopposable plutôt qu'éteinte. La réforme a pris en compte les critiques et désormais, l'article L. 622-26 alinéa 2 du Code de commerce mentionne : « *Les créances **et les sûretés** non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur… »*. De plus, l'article L. 622-25 du Code de commerce a été modifié et la déclaration de la créance doit désormais porter sur l'assiette de la sûreté et non plus seulement sur la nature[76]. Au-delà de la réforme, tous les créanciers propriétaires et rétenteurs devraient avoir l'obligation de faire savoir aux organes de la procédure leurs créances et leurs garanties afin qu'ils aient une vision complète de l'état du passif du débiteur[77]. Si la déclaration de la créance par un créancier bénéficiaire d'une sûreté propriété ou pouvant exercer une action en revendication n'est pas la plus optimale car elle pourrait « *être créatrice de désordre* »[78] d'autant plus que les délais de déclaration des créances et des actions en revendication ne sont pas les mêmes. Il pourrait être

[72] Il s'agit ici également de la prise en compte d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation. Cass. com., 28 sept. 2004 n° 02-10943, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007482323
et Cass. com., 28 sept. 2004 n°03-13336, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007482032

[73] C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, *thèse. préc*, n°760 et S., p.612 et s.

[74] C. Favre-Rochex, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives », *op.cit.*, p.190

[75] Cass. Com., 4 mai 2017, n° 15-24.854, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000034654342

[76] Il faut noter que l'accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel est interdit durant la période d'observation selon l'article L. 622-21 du code de commerce

[77] C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, *thèse. préc*, n°760 et S., p.612 et s.

[78] *Ibid*, n°760 et s, p.612 et s.

recommandé de modifier l'alinéa 1 de l'article L 622-25 du Code de commerce afin qu'il soit rédigé ainsi « … *Elle précise la nature et l'assiette de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie* ***ou l'existence d'un droit de rétention ou d'un droit de propriété*** *…* » [79]. Enfin, il est prévu à l'article L622-30 du Code de commerce que : « *Les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture* » [80]. Rien n'est mentionné quant à la fiducie-sûreté et les autres sûretés réelles exclusives, seules sont visées les sûretés réelles classiques. Même s'il semble très peu probable que le débiteur puisse constituer une sûreté réelle exclusive telle une fiducie-sûreté lors de la période d'observation, pour plus de lisibilité et de protection, il faudrait ainsi modifier l'article L622-30 du Code de commerce afin que sa première phrase soit rédigée ainsi : « ***Toutes les sûretés réelles conventionnelles*** *ne peuvent plus être inscrites postérieurement au jugement d'ouverture… ».* Grâce à ces dispositions, une certaine égalité pourrait être restaurée entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles.

2- La limitation des actions en revendication

L'IFFPC observe une inflation des revendications qui vident les entreprises et dans des conditions très favorables aux revendiquants[81]. Cela se fait au détriment de la survie de l'entreprise, ou bien des créanciers titulaires d'une sûreté réelle préférentielle. Selon l'IFFPC, le formalisme actuel ne garantit pas l'acceptation de la clause par l'acheteur et apparaît léger. Par ailleurs, le délai de revendication est de trois mois à compter de la publication au BODACC du jugement d'ouverture alors que le délai de déclaration des créances, en principe est de deux mois. Les solutions retenues proposées par l'IFPPC sont les suivantes : Il faut subordonner la validité de la clause de réserve de propriété à une acceptation expresse de l'acheteur, permettre au juge-commissaire, en période d'observation, d'imposer un délai de règlement du prix d'un bien vendu sous réserve de propriété lorsque ce bien est nécessaire à l'exploitation et aligner le délai de revendication des biens meubles sur le délai de déclaration des créances. L'article L. 624-9 du Code de commerce serait rédigé comme suit : « *La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de* ***deux mois*** *suivant la publication du jugement ouvrant la procédure* ». Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article L. 624-16 du Code de commerce

[79] C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives, thèse préc.*, n°371, p.348
[80] C. com., art. L.622-30
[81] IFPPC, « Réforme du droit des sûretés : Les propositions de l'IFPPC », consultable à l'adresse suivante : https://www.ifppc.fr/ifppc/actualites/1578

serait modifié et rédigé comme suit : « *Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété.* ***Cette clause n'est opposable à la procédure que si elle a été acceptée expressément par le débiteur dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison*** **».** Enfin, dans l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 du Code de commerce : « *Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut également, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement* »[82], les mots **« *avec le consentement du créancier requérant* »** sont supprimés. Ainsi, en diminuant l'attractivité de droits exclusifs, une cohérence pourrait revenir entre les créanciers titulaires de sûretés réelles conférant un droit de préférence et les créanciers titulaires de sûretés réelles conférant un droit d'exclusivité dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Cependant, si une cohérence pourrait être trouvée en sauvegarde et en redressement judiciaire afin d'assurer une égalité de traitement entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles, il est également nécessaire de trouver une cohérence en cas de liquidation judiciaire.

Section 2. Les sûretés réelles face à la liquidation judiciaire

La liquidation judiciaire marque la fin de l'activité du débiteur et le retour de l'efficacité des sûretés réelles puisqu'il n'y a aucune raison d'entraver leur mise en œuvre. Cependant, en cas de liquidation judiciaire, les sûretés réelles traditionnelles se retrouvent primées par les créanciers privilégiés qui sont de plus en plus nombreux. Dû à ces privilèges, les sûretés réelles traditionnelles perdent leurs chances d'être recouvrées. En revanche, les créanciers bénéficiant d'une sûreté réelle exclusive tel un droit de rétention, une fiducie-sûreté, une clause de réserve de propriété ne sont pas concernés par ces privilèges et sont pleinement efficaces en cas de réalisation du bien affecté en garantie. Pour mettre en cohérence les sûretés réelles en liquidation judiciaire, il est nécessaire d'instaurer un nouvel ordre des paiements **(§1)** mais également de restaurer l'efficacité du droit de préférence en le renforçant **(§2)**.

[82] C. com., art. L. 624-16

§1. Les sûretés réelles à l'épreuve des privilèges

Lorsque les biens du débiteur sont réalisés lors d'une liquidation judiciaire, les créanciers qui s'étaient protégés avec une sûreté réelle avant l'ouverture de la procédure se retrouvent lésés car ils ne sont payés qu'après les titulaires de privilèges. C'est le cas pour les créanciers titulaires d'une sûreté réelle préférentielle et non pour les créanciers titulaires d'une sûreté réelle conférant un droit exclusif. Cependant, même au sein des sûretés réelles préférentielles, il existe une inégalité de traitement dans l'ordre des paiements. Dans ce paragraphe, il sera nécessaire d'analyser, de *lege lata*, quel est l'ordre des paiements **(1)**. Puis dans un second temps, il conviendra de déterminer quel devrait être l'ordre des paiements, de *lege ferenda* **(2)**.

1- L'ordre des paiements, de *lege lata*

En cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire, l'objectif n'est plus d'assurer la poursuite de l'activité du débiteur à partir d'un plan mais de *« mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* »[83]. La poursuite de l'activité n'est plus un motif pour limiter les biens des créanciers titulaires de sûretés[84]. Une « *mission impossible* », avait énoncé B. Soinne[85] au sujet des opérations de répartition dans les procédures collectives. L'ordonnance du 15 septembre 2021[86] portant réforme du droit des entreprises en difficulté a simplifié et clarifié le classement des sûretés réelles figurant à l'article L.643-8 du Code de commerce[87]. Sauf pour l'instauration du privilège de *post money*, ces nouvelles règles ne modifient pas l'ordre des créances tel qu'il existait auparavant. Selon C. Basse : *« Si rien ne change, quelle a été la motivation du législateur à vouloir clarifier le classement des créanciers en liquidation judiciaire* ?»[88]. L'enjeu de cette simplification est d'une certaine importance puisque la nouvelle hiérarchie des créanciers en liquidation judiciaire constitue à présent le critère permettant au Tribunal de vérifier qu'un plan, élaboré dans le cadre des nouvelles classes de parties affectées, satisfait au *best interest test*, selon lequel les parties affectées dissidentes ne doivent pas être traitées plus défavorablement

[83] C. com., art. L.640-1, alinéa 2
[84] A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », *op. cit,* p.259 à p.274.
[85] B. Soinne, « Les répartitions ou la mission impossible », *Revue des procédures collectives*, 1997, p. 249
[86] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce
[87] Annexe n°3 : Ordre des paiements des créanciers en liquidation judiciaire
[88] C. Basse, « Procédures collectives – Classement des sûretés : Le nouvel article L. 643-8 du code de commerce », *Recueil Dalloz*, 2022, p.306

du fait du plan que dans l'hypothèse où serait, notamment, ouverte une procédure de liquidation judiciaire[89]. Les répartitions consistent à distribuer à l'ensemble des créanciers les sommes issues de la réalisation des actifs de l'entreprise en difficulté. Les créanciers ayant un droit de rétention ou un droit de propriété ne sont pas affectés par cet ordre. Il faut noter une multiplicité des privilèges introduits par le législateur au cours des dernières années. Aux côtés du super privilège des salariés et des frais de justice, la loi a créé en 2005 deux nouveaux privilèges. Le premier est en faveur de créances nées dans le cadre d'une procédure de conciliation (privilège de *new money)*[90] si l'accord est homologué, qu'il y a de nouveaux apports en trésorerie (et non en en capital) ou la fourniture d'un bien ou d'un service en vue de la poursuite de l'activité. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ils sont payés en priorité par rapport aux autres créanciers. Les créances garanties par ce privilège ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par leur titulaire. Le second est en faveur de créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. Sont visées : « *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…* » [91]. Également, l'ordonnance portant réforme du droit des entreprises en difficulté[92] a instauré un nouveau privilège : le privilège de *post money*[93]. Ce privilège bénéficie aux créanciers qui consentent un nouvel apport en trésorerie au débiteur lors de la période d'observation ou lors de l'exécution du plan en vue d'assurer la pérennité et la poursuite de l'activité pour la durée de la procédure ou pour l'exécution du plan, il ne bénéficie pas aux actionnaires en cas d'augmentation de capital. Ce privilège doit être autorisé par le juge-commissaire et sa décision doit être publiée. Les créances garanties par ce privilège ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par leur titulaire. Il permet également pour ceux qui financent le plan de ne pas être soumis, en cas d'échec du premier plan, au même sort que les créanciers antérieurs dans le cadre d'un deuxième plan. Cependant, selon M-H Monsièré-Bon : « *La faveur restera souvent lettre morte puisqu'elle suppose que deux*

[89] C. Favre-Rochex, « Les répartitions en liquidation judiciaire après la réforme du livre VI du Code de commerce », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2021, n°06, p. 49
[90] C. com., art. L.611-11
[91] C. com., art. L.622-17
[92] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce
[93] C. com., art. L. 622-17, L.626-10, L.626-26

plans de sauvegarde et de redressement judiciaire s'enchaînent… »[94]. Il n'est donc pas certain que ce privilège permette de favoriser un meilleur redressement des entreprises en difficulté, au contraire… D'autant plus que, les chances de percevoir un paiement pour les créanciers bénéficiant d'un privilège de *post money* sont infimes dans le sens où, ce privilège figure au 8e rang dans l'ordre des paiements en liquidation judiciaire[95]. Ce nouveau privilège est donc questionnable quant à son utilité. Les privilèges ont été multipliés au cours des dernières années. Cependant, l'ordre des paiements se doit d'être modifié pour assurer une égalité de traitement entre les créanciers titulaires d'une sûreté réelle immobilières et les autres créanciers titulaires de sûretés réelles.

2- L'ordre des paiements, de *lege ferenda*

Il est nécessaire de constater que les créanciers titulaires de sûretés immobilières ne sont pas soumis au même traitement que les créanciers titulaires des autres sûretés réelles. Depuis la loi de 1994[96], les créanciers munis d'une sûreté immobilière sont payés en rang n°6. En revanche, les créanciers titulaires d'un nantissement sont payés en rang n°13. Pourquoi le législateur a-t-il fait ce choix ? Cela impacte négativement l'efficacité des sûretés réelles. Par ailleurs, rien n'est mentionné quant au gage sans dépossession ou droit de rétention fictif, et son sort n'est pas clair. Conformément à l'article L.643-8 du Code de commerce, depuis 2006, le gage sans dépossession a un droit de rétention certes, mais fictif. Il ne confère aucun droit de blocage. Selon A. Aynès, « *On ne voit pas pour quelle raison un sort particulier serait réservé au gagiste sans dépossession (dont le débiteur serait tenu d'assurer la parfaite efficacité) et pas au créancier hypothécaire* »[97]. Il faudrait que le législateur mette sur un pied d'égalité toute les sûretés réelles dans l'ordre des paiements de réalisation des actifs lors de la liquidation judiciaire. Pour préserver l'efficacité des sûretés réelles, toutes les sûretés réelles seraient payées au même titre que les sûretés réelles immobilières. Cependant, force est de constater que les sûretés réelles traditionnelles ayant un droit de préférence ne subissent pas le même sort que les sûretés réelles ayant un droit d'exclusivité. En effet, ces dernières ne sont pas impactées par l'ordre des paiements.

---

[94] M-H. Monsièré-Bon, « En même temps ! », *Bulletin Joly des Entreprises en difficulté*, 2021, n°06, p.1
[95] C. com., art. L.643-8
[96] Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000731608
[97] A. Aynès, « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G*, 2009, I, p.119

§2. La restauration de l'efficacité du droit de préférence

Lors de la réalisation d'un bien en liquidation judiciaire, les sûretés réelles préférentielles sont subordonnées au paiement des créanciers privilégiés alors que les sûretés réelles exclusives ne le sont pas. Il en résulte une inégalité de traitement entre les différents créanciers titulaires de sûretés réelles en liquidation judiciaire **(1)**. Pour assurer une coordination entre les différents intérêts en liquidation judiciaire, il est nécessaire de renforcer l'attractivité du droit de préférence **(2)**.

1- L'inégalité de traitement entre les créanciers en liquidation judiciaire

En liquidation judiciaire, les sûretés réelles retrouvent pleinement leur efficacité. En effet, en cas d'inaction du liquidateur, les créanciers titulaires de sûretés réelles peuvent reprendre les poursuites individuelles à l'encontre du débiteur dans un délai de 3 mois à compter du jugement prononçant la liquidation judiciaire[98]. Cependant, cela n'a pas pour effet de modifier l'ordre des paiements analysé précédemment mais a seulement pour but d'accélérer la réalisation des actifs. Néanmoins, les créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles pourraient ne recevoir aucun paiement en raison de l'ampleur des créances privilégiées et super privilégiées. Face à cette insécurité, les créanciers délaissent progressivement les sûretés réelles traditionnelles, moins coûteuses mais aussi moins efficaces et privilégient les sûretés réelles conférant un droit d'exclusivité telles que les sûretés-propriétés ou assorties d'un droit de rétention. En effet, force est de constater qu'il est mentionné à l'article L.643-8 du Code de commerce que les créanciers ayant un droit de rétention et un droit de propriété ne sont pas affectés par cet ordre et leur créance leur sera leur intégralement payée. Ils disposent alors d'une position très avantageuse par rapport aux créanciers munis d'une sûreté réelle traditionnelle. Il s'agit des créanciers bénéficiant d'une fiducie-sûreté (avec ou sans dépossession), ou d'un gage (avec droit de rétention effectif)[99] ou d'un nantissement de créance. Cette distinction est peu compréhensible et remet en cause la lisibilité du droit français[100]. En outre, en cas de cession de l'entreprise dans le cadre de la liquidation judiciaire comme en redressement judiciaire, le paiement complet du prix emporte purge des inscriptions. Selon l'article L. 642-12 du Code de commerce, la charge de certaines sûretés est transmise au repreneur.

---

[98] C. com., art. L. 643-2

[99] En principe, le droit de rétention fictif devrait être dans cette liste mais au regard de ce qui a été démontré précédemment p.20, il faut écarter le droit de rétention fictif.

[100] A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », *op.cit.*, p.259 à p.274

Sont concernées : « *les sûretés réelles spéciales, garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés* »[101]. Le cessionnaire doit alors payer les échéances convenues qui restent dues au moment de la cession. De plus, il est possible de demander l'attribution judiciaire du gage en liquidation judiciaire[102]. Dès qu'il a déclaré sa créance sans même qu'elle soit admise, le créancier gagiste peut demander l'attribution judiciaire du gage et n'est pas soumis au délai de revendication de 3 mois[103]. Seul le créancier gagiste est concerné qu'il possède un droit de rétention fictif ou non. L'attribution judiciaire bouleverse l'ordre des paiements. Mais pourquoi cette faculté est-elle réservée seulement au créancier gagiste ? Ne devrait-elle pas être étendue aux autres sûretés réelles, notamment l'hypothèque ?

2- Le renforcement de l'attractivité du droit de préférence

Il a été jugé qu'une attribution judiciaire ne peut être demandée par le créancier hypothécaire[104]. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés[105] envisageait la possibilité de demander l'attribution judiciaire en cas de liquidation judiciaire, mais cela n'a pas été retenu dans le cadre de l'ordonnance de septembre 2021 relative à la réforme des sûretés[106]. Cela est regrettable pour les créanciers mais ne préservait seulement leurs intérêts car cette attribution allait à l'encontre de l'ordre des paiements instauré à l'article L. 643-8 du Code de commerce et constituait un obstacle à une éventuelle cession de l'entreprise. L'IFPPC recommande alors des solutions alternatives[107] : Il faut suspendre le droit d'attribution pendant la période de maintien provisoire d'activité permettant d'envisager une cession d'entreprise, et laisser au liquidateur un délai de trois mois à compter du jugement de liquidation judiciaire ou de la fin du maintien provisoire d'activité pour entreprendre la réalisation de ces actifs, sur le modèle de l'article L.643-2 du Code de commerce. Il faut également au minimum prévoir la désignation d'un expert par le juge-commissaire pour évaluer le bien faisant l'objet d'une demande d'attribution

---

[101] C. com., art. L.642-12

[102] C. com., art. L.642-20-1, alinéa 2

[103] Cass. Com., 28 janvier 1997, n°93-21.662, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036886

[104] Cass. Com., 28 juin 2017, n°16-10.591, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035077376

[105] Association Henri Capitant, Avant-Projet de réforme du droit des sûretés. Consultable à l'adresse suivante : http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf

[106] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés

[107] IFPPC, « Réforme du droit des sûretés : Les propositions de l'IFPPC », consultable à l'adresse suivante : https://www.ifppc.fr/ifppc/actualites/1578

judiciaire ou conventionnelle. Le deuxième alinéa de l'article L.642-20-1 serait supprimé[108]. À la fin du premier alinéa de l'article L.643-2, il serait ajouté une phrase rédigée comme suit *: « Ce droit inclut, dans les conditions prévues par le droit commun des sûretés, la faculté de demander l'attribution judiciaire du meuble ou de l'immeuble grevé ».* Ainsi, tous les créanciers bénéficiaires d'une sûreté réelle pourraient court-circuiter les créanciers privilégiés en devenant propriétaire de l'actif meuble ou immeuble. Une telle réforme serait souhaitable mais pourrait s'avérer relativement lourde pour les créanciers qui s'encombreraient de biens[109] alors qu'ils souhaitaient en premier lieu le remboursement de leur créance. La solution serait alors dans un premier temps de réaliser les actifs dépourvus de sûreté. Les titulaires de privilèges généraux seraient désintéressés et auraient davantage de chance d'être payés. Le classement légal de l'article L. 643-8 du code de commerce serait respecté. Puis, les biens grevés de sûretés seraient réalisés et les bénéficiaires de sûretés réelles encaisseraient en exclusivité le montant de la vente à hauteur de leur créance et les créanciers privilégiés ne seraient désintéressés qu'à partir de la valeur résiduelle des actifs affectés en garantie et sur les actifs libres du débiteur, par priorité aux créanciers chirographaires[110]. Ainsi, le bien réalisé non grevé d'une sûreté suivra l'ordre des paiements inscrit à l'article L. 643-8 du Code de commerce. En revanche, lorsqu'un bien grevé d'une sûreté sera réalisé, le créancier titulaire d'une sûreté réelle sera payé en priorité sur le bien et les autres créanciers privilégiés seront payés avec le prix résiduel. Cette solution permettra de simplifier l'application du *best interest test* analysé dans le prochain chapitre.

Ainsi, il est nécessaire d'assurer une cohérence entre toutes les sûretés réelles dans les procédures collectives que sont : la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire. La nouvelle réforme des entreprises en difficulté a essayé de trouver un équilibre entre les sûretés réelles et les procédures collectives par l'instauration en droit français des classes de parties affectées et de trois nouveaux concepts. Cependant, ces nouveautés impliquent de nouveaux enjeux et de nouvelles difficultés.

---

[108] C. com., art. L. 642-20-1, alinéa 2: « *Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou en partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.* »

[109] A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », *op.cit.*, p.259 à p.274

[109] C. com., art. L.642-12

[110] C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, *thèse. préc*, n°773, p.625

Chapitre II. La pluralité des sûretés, un équilibre recherché par la réforme

L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des entreprises en difficulté[111] n'a pas bouleversé le livre VI du Code de commerce. Son innovation majeure est l'instauration en droit français des classes de parties affectées. Ces dernières remplacent les comités de créanciers souvent critiqués. Cependant, elles soulèvent de nouveaux enjeux et sont assez difficiles à mettre en place d'autant plus qu'elles ne sont applicables qu'à une infime partie des entreprises **(Section 1)**. Aux côtés des classes de parties affectées, le législateur a instauré trois nouveaux concepts : le test du meilleur intérêt des créanciers, le principe de priorité absolue et l'application forcée interclasse. Également, ces nouveaux concepts soulèvent de nouvelles difficultés **(Section 2)**.
Il s'agira de trouver des solutions afin de faciliter la mise en place de ces nouveautés.

Section 1. L'instauration des classes de parties affectées, de nouveaux enjeux

O. Gout, estime que « *L'efficacité d'une sûreté se mesure en grande partie à l'aune de sa résistance face à une procédure collective* »[112]. Il est nécessaire de trouver un équilibre entre les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles et la poursuite de l'activité du débiteur. Cet équilibre est notamment recherché lors de l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Les règles d'élaboration de ce dernier ont fait l'objet d'une réforme grâce à l'ordonnance du 15 Septembre 2021[113] entrée en vigueur le 1er octobre 2021 dans le cadre de la transposition de la directive européenne « *Restructuration et Insolvabilité* »[114]. Le législateur a introduit les classes de parties affectées. Les comités de créanciers laissent alors la place aux classes de parties affectées. Les classes de parties affectées sont des nouvelles assemblées au sein desquelles va se négocier le plan du débiteur. Seules les parties affectées par le projet de plan sont appelées au vote. Cette évolution était très attendue puisque la complexité et le manque de sécurité juridique du système des comités des créanciers ont souvent été dénoncés[115]. Il s'agira dans cette première section d'analyser comment la réforme du droit des entreprises en difficulté a essayé de trouver un équilibre entre les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles et la poursuite de l'activité du débiteur grâce à l'instauration des classes de

[111] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce
[112] O. Gout, « Les sûretés face aux procédures collectives », *JCP – Notariale et Immobilière*, 2020, n°40, 1339, p.1
[113] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce
[114] Directive Restructuration et Insolvabilité du Parlement européen et du Conseil n°2019-1023 du 20 juin 2019
[115] R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemandes des procédures d'insolvabilité, in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz,* éd. *Lexis Nexis*, 2018, p.221

parties affectées **(§1)**. Cependant, des critiques peuvent être apportées au regard de cette nouveauté, il conviendra alors de trouver plusieurs solutions pour assurer une meilleure coordination entre le droit des sûretés réelles et le droit des procédures collectives, aux finalités opposées **(§2)**.

§1. La constitution des classes

À la suite de la transposition de l'article 9 de la directive Restructuration et Insolvabilité, les comités de créanciers ont été remplacés depuis le 1er octobre 2021 par les classes de parties affectées. Les comités de créanciers souvent critiqués étaient constitués selon la qualité du créancier. Il existait des comités de créanciers d'établissements de crédit, de fournisseurs ou obligataires qui n'assuraient pas de protection suffisante pour les créanciers munis de sûretés réelles et mélangeaient les créanciers chirographaires avec les créanciers privilégiés notamment titulaires de sûretés réelles. Il s'agissait d'un véritable « *mélange de genre* »[116] puisque les titulaires de sûretés réelles se retrouvaient à voter dans les mêmes comités que les créanciers chirographaires. L'introduction des classes de parties affectées en droit français était alors nécessaire. Mais que sont les classes de parties affectées ? Comment sont-elles constituées ? **(1)** Quelles sont leurs difficultés de constitution ? **(2)**

1- Les classes de parties affectées au service des créanciers titulaires de sûretés réelles

En introduisant les classes de parties affectées dans le livre VI du Code de commerce, un équilibre a été recherché entre les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles et la poursuite de l'activité du débiteur lors de l'élaboration du plan. Les classes de parties affectées ont été introduites aux articles L626-29 à L626-34 du Code de commerce et ont remplacé les comités de créanciers souvent critiqués. Leur mise en place est obligatoire en sauvegarde et en redressement judiciaire à partir de certains seuils : 250 salariés au moins et 20 millions de chiffre d'affaires net ou 40 millions de chiffre d'affaires net[117]. Ces seuils sont appréciés au niveau du groupe de sociétés. Les classes de parties affectées peuvent également être volontairement constituées en dessous de ces seuils, cela sera rare en pratique au vu des difficultés qu'elles engendreront et qui seront exposées ci-après.

Les classes de parties affectées doivent être obligatoirement constituées en sauvegarde accélérée. Le Tribunal de commerce de Lyon en a fait une première application par un

[116] *Ibid*., p°221.
[117] C. com., art. L.626-29 et R. 626-52

jugement du 13 avril 2022[118]. En constituant les classes de parties affectées, l'administrateur judiciaire doit respecter les règles de l'article L.626-30, III du Code de commerce. En ce sens, il doit répartir dans des classes distinctes les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur pour leurs créances garanties et les autres créanciers. Par ailleurs, la constitution en classe doit respecter les accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure et les détenteurs de capital doivent former une ou plusieurs classes. Il est prévu qu'il est possible de créer des classes additionnelles avec comme critère la personne du créancier ou s'il est utile de créer une classe additionnelle pour les besoins de la procédure. Une marge de manœuvre importante est laissée à l'administrateur judiciaire, en fonction du passif de l'entreprise et de son activité. L'administrateur judiciaire devra toutefois s'assurer de répartir les parties affectées en classes représentatives d'une « communauté d'intérêt économique suffisante », sur la base de « critères objectifs vérifiables ». Après le vote des classes de parties affectées, le Tribunal devra contrôler le contenu du projet d'apurement du passif et validera judiciairement le plan. Il vérifiera 5 éléments conformément à l'article L. 626-31 du code de commerce : la régularité de la procédure, l'égalité de traitement des parties affectées, le respect des notifications du plan à toutes les parties affectées, s'il existe une contestation soulevée par une partie affectée et le caractère nécessaire de tout nouveau financement pour mettre en œuvre le plan ainsi que l'absence d'atteinte excessive aux intérêts des parties affectées. En séparant les créanciers titulaires de sûretés réelles et les créanciers chirographaires auparavant réunis dans le même comité, le législateur a souhaité préserver davantage les intérêts des créanciers munis de sûretés réelles. En revanche, les classes de parties affectées laissent place à certaines difficultés et laissent penser que leur application s'avérera très complexe dans les procédures collectives.

2- Les difficultés liées à la constitution des classes

La notion même de classes de parties affectées est difficile à appréhender[119]. Les parties affectées doivent être réparties par l'administrateur judiciaire entre plusieurs classes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante. Là aussi cette notion est difficile à percevoir par les professionnels autrement dénommée le « *nœud gordien de la*

[118] Affaire : La société BCM ENERGY / G.T.C. LYON, N° 2021F3177 (Annexe n°1 et Annexe n°4 avec le détail de la constitution des classes)
[119] D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées », *JCP E*, 2021, n°49, p.29

constitution des classes de créanciers »[120]. Selon D. Robine, la communauté d'intérêt suffisante repose en principe sur le rang de la créance[121]. La communauté d'intérêt étant économique, elle ne peut se résumer à un critère purement juridique ou financier[122]. Par exemple, deux créanciers titulaires de sûretés de même rang ayant une hypothèque sur deux immeubles différents. Il n'existe entre eux aucune communauté d'intérêt surtout si l'un des immeubles a une valeur très élevée et l'autre une valeur moindre. Dans ce cas, les créanciers bénéficient de sûretés de même rang mais sur des actifs différents. L'administrateur judiciaire doit prendre en compte des critères objectifs suffisants. Cependant, certaines interrogations peuvent se poser. Notamment, au sein d'une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles, des créanciers titulaires de sûretés réelles différentes peuvent exister au sein de cette classe. Comme il a été démontré précédemment[123], il existe une multitude de sûretés réelles n'ayant pas toutes le même régime lors de l'ouverture d'une procédure collective. La loi a pris en compte la situation de la fiducie-sûreté à l'article L626-30, V du Code de commerce. Le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté ne participera pas au vote au sein de sa classe pour le montant garanti par cette sûreté. Cette solution est critiquable pour le créancier titulaire d'une fiducie-sûreté sans dépossession car il est affecté par le plan et se voit imposer ses dispositions, il devrait ainsi voter au sein des classes. Par ailleurs, la loi n'a pas pris en compte le fait qu'il pourrait exister une inégalité de traitement entre les sûretés réelles, notamment entre les sûretés réelles classiques telles que le gage sans dépossession, le nantissement et l'hypothèque et les sûretés réelles conférant un droit d'exclusivité (sauf pour la fiducie-sûreté mentionnée précédemment). Comment par exemple prendre en compte l'existence d'un droit de rétention d'un créancier ? Il semble possible selon R. Dammann et T. Bos d'exclure de la catégorie des parties affectées tous les créanciers bénéficiant d'un droit exclusif sur la valeur de l'actif affecté à titre de garantie[124] puisqu'elles ne sont pas affectées par le plan, exception faite de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition. Le régime des classes de parties affectées se doit alors d'être clarifié et également simplifié afin de respecter le principe d'égalité des traitements dans chaque

[120] E. Lacroix, « La « communauté d'intérêt suffisante » ou le nœud gordien de la constitution des classes de créanciers », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2021, n°05, p. 42
[121] D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées », *opt.cit.*, p.29
[122] F. Abitbol, « L'institution de classes de parties affectées – Exemple de situation de communauté d'intérêt suffisante », *JCP E*, 2021, n°49, p.30
[123] Voir *Supra* : Les sûretés réelles, une diversité de régimes inadaptée aux procédures collectives
[124] T. Bos et R. Dammann, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *Recueil Dalloz*, 2021, n°37, p.4

classe. Il pourrait alors être envisagé de constituer des sous-classes de créanciers titulaires de sûretés réelles par type de sûreté réelle. Par exemple, l'administrateur judiciaire pourrait créer une sous-classe classe de créanciers titulaires d'une hypothèque, une sous-classe de créanciers titulaires d'un gage sous réserve qu'ils aient une communauté d'intérêt économique suffisante… Il pourrait être envisagé de modifier l'article L626-30, V du Code de commerce afin qu'il soit rédigé de la manière suivante : « *Pour les parties affectées bénéficiaires d'une* ***sûreté réelle conférant un droit exclusif*** *à titre de garantie par le débiteur, sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté,* ***exception faite de la fiducie-sûreté conclue avec une convention de mise à disposition***. » Cependant, l'administrateur judiciaire devra vérifier qu'il existe bien entre les créanciers titulaires de sûretés réelles une communauté d'intérêt suffisante. Il ne faut néanmoins pas aboutir à la constitution d'une multitude de classes avec un seul créancier. « *L'administrateur judiciaire devra alors exercer son nouveau rôle de chef d'orchestre avec talent pour éviter la cacophonie* »[125]. Ces solutions relatives aux classes de parties affectées devraient permettre de trouver en partie un équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers titulaires de sûretés réelles.

§2. Les enjeux liés à la mise en œuvre des classes

Les classes de parties affectées soulèvent de nombreux enjeux. Elles sont obligatoirement mises en place à partir de certains seuils[126] assez élevés au regard des procédures collectives ouvertes par les débiteurs. Si les classes de parties affectées ont pour objectif d'améliorer la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles, leurs intérêts seront très rarement préservés car il est rare que des entreprises d'une telle envergure, heureusement, tombent en procédure collective. Mais qu'en est-il des sûretés réelles dans les procédures collectives ne satisfaisant pas les seuils ? Les créanciers titulaires de sûretés réelles se retrouvent, comme avant la réforme, lésés puisqu'il sera rare que le débiteur fasse le choix volontairement de constituer des classes de parties affectés. Il sera envisagé premièrement dans ce paragraphe de trouver des solutions quant aux seuils **(1)**. Par ailleurs, lors du vote du plan, qu'en est-il lorsque la valeur réelle d'une sûreté réelle est inférieure à la valeur comptable de la créance ? Dans quelle classe le créancier vote-t-il ? Les avis divergent sur la question et il sera envisagé de trouver une solution pour déterminer dans quelles classes le créancier votera **(2)**.

[125] D. Robine, « Complexité du mécanisme des classes de parties affectées et enjeux de son introduction en droit français », *JCP E*, 2021, n°49, p.28
[126] C. com., art. R.626-52

1- Les seuils

L'institution du mécanisme des classes de parties affectées dans les droits nationaux des États membres est une exigence de la directive Restructuration et Insolvabilité[127]. C'est l'article 626-30 du Code de commerce qui définit le mode d'emploi des classes de parties affectées. La répartition des créanciers est laissée à l'appréciation de l'administrateur judiciaire. En revanche, les créanciers avec et sans garantie ou avec des niveaux de subordination différents ne peuvent se retrouver dans une même classe. Les classes de parties affectées seront obligatoirement constituées dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire si les seuils prévus par l'article R. 626-52 du Code de commerce : 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net sont respectés[128]. Ces seuils sont plus élevés que ceux des anciens comités de créanciers[129]. Très peu de sociétés de cette envergure se retrouvent en procédure collective. En effet, en 2019, avant l'impact de la pandémie, 98%[130] des procédures collectives concernaient des entreprises de moins de 20 salariés contre 97%[131] en 2020 et 88% en 2021[132]. Cela va concerner moins de 1% des entreprises françaises[133].Les classes de parties affectées seront également constituées dans les procédures relatives aux sociétés qui en détiennent ou contrôlent une autre, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3 du code de commerce, dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteint les seuils précités. En revanche, ces seuils n'ont pas toujours à être respectés puisqu'il est possible à la demande du débiteur en sauvegarde ou redressement judiciaire ou de l'administrateur judiciaire en redressement judiciaire de mettre en place les classes de parties affectées en deçà des seuils sous décision du juge commissaire. Cependant, la mise en œuvre des classes de parties affectées est assez complexe et il sera rare de demander leur constitution volontairement. Elle représente par ailleurs un coût

---

[127] Directive Restructuration et Insolvabilité du Parlement européen et du Conseil n°2019-1023 du 20 juin 2019

[128] C. com., art. R.626-52

[129] B. Ghandour, « L'impact de la réforme sur le droit des entreprises en difficulté : un coup de couteau dans la discipline collective », *Revue des procédures collectives*, 2022, n°6, p.1.
C. com., art. D.628-3 ancien : 20 salariés et 3 millions d'euros de chiffres d'affaires hors taxe et 1,5 millions de total bilan.

[130] Altares – BILAN 2019 : défaillances et sauvegardes d'entreprises en France. Consultable à l'adresse suivante : https://www.altares.com/fr/whitepapers/t4-bilan-2019/

[131] Altares – BILAN 2020 : défaillances et sauvegardes d'entreprises en France. Consultable à l'adresse suivante : https://www.altares.com/fr/whitepapers/t4-bilan-2020/

[132] Altares – BILAN 2021 : défaillances et sauvegardes d'entreprises en France. Consultable à l'adresse suivante : https://www.altares.com/fr/whitepapers/etude-de-defaillances-et-sauvegardes-des-entreprises-en-france-t4-et-bilan-2021/

[133] B. Ghandour, « L'impact de la réforme sur le droit des entreprises en difficulté : un coup de couteau dans la discipline collective », *opt.cit.*, p.1

pour l'entreprise. Le débiteur, dans son intérêt ne demandera pas la constitution de classes de parties affectées, au détriment des créanciers titulaires de sûretés réelles qui seront simplement consultées au même rang que les créanciers chirographaires. Il faut également se demander pourquoi les seuils dépendent du chiffre d'affaires et du nombre de salariés qui n'ont pas forcément de lien avec la dette et le montant du passif à rembourser ? Les critères du chiffre d'affaires et du nombre de salariés ne semblent pas cohérents au regard de l'objectif poursuivi car la société pourrait avoir des dettes importantes et la mise en place de classes de parties ne serait pas requise. Les critères définis à l'article L626-29, alinéa 3 et R626-52 du Code de commerce pour la mise en place obligatoire de classe de parties affectées devraient être modifiés afin qu'ils deviennent un critère unique : le montant du passif à rembourser hors capitaux propres devant être supérieur à 10 millions d'euros. Ce critère serait apprécié au sein du groupe de sociétés. Ou bien, il pourrait être envisager d'introduire un critère relatif au total bilan[134]. Par exemple, 20 millions d'euros de total bilan. Ce critère serait également apprécié au sein du groupe de sociétés. Une autre solution serait comme l'a préconisé O. Buisine dans l'interview réalisée de rendre obligatoire la constitution de classes de parties affectées dans les sociétés pour lesquelles le commissaire aux comptes est requis. C'est-à-dire lorsque deux des trois seuils suivants sont dépassés : 8 millions de chiffre d'affaires, 4 millions de total bilan ou 50 salariés[135]. Ces seuils seraient appréciés au sein de chaque société individuellement.

2- Le montant de la dette garantie pris en compte

S'agissant du vote dans les classes, l'administrateur judiciaire est le seul compétent pour décider des modalités de convocation du déroulement des votes. Chaque classe de partie affectée vote à la majorité des deux tiers des voix détenues dans un délai de vingt à trente jours suivant la transmission du plan[136]. Ce délai peut être augmenté ou réduit de quinze jours par le juge-commissaire. Lors du vote dans les classes, le montant des créances pris en compte est celui indiqué par le débiteur et certifié par son commissaire aux comptes. Cependant, il faut déterminer s'agissant d'un créancier ayant une sûreté réelle ayant une valeur moindre que sa créance, dans quelle classe il votera. Cela fait l'objet d'avis divergents. Il convient de prendre un exemple pour illustrer le propos. Un créancier a une créance de 100 € garantie par un gage mais le gage a une valeur réelle de 80 €. Le

[134] T. Bos et R. Dammann, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *op.cit.*, n°37, p.3
[135] Annexe n°1: Interview O. Buisine
[136] C. com., L. 626-30-2

créancier serait-t-il affecté dans 2 classes différentes ? D'une part, il serait affecté dans une classe de créanciers titulaires d'une sûreté réelle à hauteur de 80 €. D'autre part, il serait affecté dans une classe de créanciers chirographaires à hauteur de 20€, montant non garanti par une sûreté réelle. Cette approche serait alors fondée sur la valeur réelle du bien[137] et c'est l'approche retenue par R. Dammann qui estime que « *il semble incohérent de fonder des classes censées refléter la situation réelle des créanciers sur une valeur purement comptable des créances* »[138]. En revanche, ce n'est pas l'avis de D. Robine qui semble suivre le raisonnement de l'article L626-30, III du Code de commerce mentionnant « *pour leurs créances garanties* »[139] où il faut prendre en considération la créance garantie dans une classe de titulaires de sûretés dans son intégralité même si la valeur de l'assiette ne la couvre que partiellement[140]. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle ne pourrait se retrouver à voter dans une classe de créancier chirographaires. La solution de R. Damman paraît être la plus réaliste. En revanche, la position de D. Robine suit le raisonnement de la loi. Il serait envisagé de modifier l'article L626-30, III 1° du Code de commerce afin qu'il soit rédigé comme suit : « *Les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens du débiteur, **pour la valeur réelle des biens de leurs créances garanties,** et les autres créanciers sont répartis en classes distinctes* ». Cela permettrait de ne pas suivre un raisonnement purement comptable mais représentant une situation réaliste, cela est le cas en Allemagne[141]. Cependant, il faut relever la situation du créancier qui possède deux créances. Une garantie par une sûreté et l'autre chirographaire. Il votera alors dans deux classes différentes. Mais, le fait d'avoir plusieurs qualités ne rompt-il pas la communauté d'intérêt économique qui aurait existé en présence d'une seule qualité ? L'administrateur judiciaire se devra d'être pragmatique. Par ailleurs, depuis la réforme de droit des entreprises en difficulté de septembre 2021[142], de nouvelles règles doivent être respectées lors du vote au sein des classes de parties affectées.

[137] V. Leloup-Thomas, « L'institution de classes de parties affectées – Prise en compte de l'efficacité de la sûreté », *JCP E*, 2021, n°49, p.29
[138] A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », *op.cit.*, p.259 à p.274
[139] C. com., art. L626-30, III
[140] D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées – Prise en compte de la totalité de la créance garantie », *JCP E*, 2021, n°49, p.29
[141] R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemandes des procédures d'insolvabilité, *op.cit.*, p.221
[142] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce

Section 2. Les nouveaux concepts à respecter, de nouvelles difficultés

Aux côtés des classes de parties affectées, le législateur a également introduit le *best interest test, l'absolute priority rule* et le *cross-class cram-down*. Ce sont d'importantes modifications apportées par l'ordonnance[143]. Ces nouvelles règles[144] doivent être respectées depuis le 1er octobre 2021 lors du vote au sein des classes. Cependant, inspirées du droit allemand et américain, des incohérences peuvent être relevées quant à leur application en droit français. Ces dernières peuvent être source de difficultés. Il s'agira dans cette section d'analyser dans un premier temps la difficile application du *best interest test* (§1), puis d'analyser les nouveaux enjeux des autres concepts que sont *l'absolute priority rule* et le *cross-class cram-down*. Des solutions seront apportées afin de trouver un équilibre entre les intérêts des parties.

§1. Le *best interest test*, un concept difficilement applicable

Le *best interest test* vise à préserver la situation du créancier titulaire de sûretés réelles dans les procédures collectives. Tout plan doit améliorer la position d'un créancier dissident par rapport à laquelle il se serait trouvé en cas de liquidation judiciaire ou de plan de cession. Sa mise en œuvre pourrait cependant paraître complexe quant à la comparaison des situations dans laquelle il pourrait se trouver. Ce présent paragraphe permettra d'analyser la situation des créanciers munis de sûretés réelles dans le cadre du *best interest test* **(1)** mais également les difficultés de son application **(2)**.

1- La prise en compte des intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles

Le *best interest test* ou test du meilleur intérêt des créanciers est un test visant à vérifier qu'un créancier n'est pas moins bien traité dans le cadre du plan qu'il l'aurait été en cas de liquidation judiciaire ou d'un plan de cession[145]. Un créancier qui s'oppose au plan ne peut se retrouver dans une situation moins favorable qu'il ne l'aurait été en son absence. Ce test vise alors à protéger les droits de parties dissidentes même si la classe à laquelle il appartient a voté majoritairement en faveur du plan. Cela va finalement créer un

---

[143] *Ibid.*

[144] C. com., art. L626-31 et L626-32

[145] En droit américain, il existe depuis 1898 pour les créanciers chirographaires et 1978 pour les créanciers titulaires de sûretés.
V. Rotaru et S. Vermeille, « La directive restructuration : Un texte sans socle intellectuel cohérent, Mais une opportunité unique pour la France », *Droit et croissance*, 2015, p.59 et S.
Cette méthode se trouve aussi au Royaume-Uni et en Allemagne : M. Houssin, « Le test du respect des intérêts des créanciers ou « *best interest test* », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4-19, p. 2

traitement complexe entre les créanciers dissidents et les créanciers ayant accepté le plan. Dans ce cas, il existe deux solutions :

- S'ils sont pareillement traités, le plan leur est imposé ;
- Si par le test du meilleur intérêt les créanciers dissidents auraient eu une situation plus favorable, le plan prévoit un traitement différent entre les créanciers qui ont accepté et ceux qui ont refusé alors qu'ils appartiennent à la même classe. Dans ce cas, le principe d'égalité de traitement n'existe plus, il faudra prouver par le test du meilleur intérêt qu'une liquidation judiciaire aurait été plus avantageuse pour le créancier.

Par ailleurs, l'article L626-31 du Code de commerce envisage le cas d'une « meilleure solution alternative ». Mais comment définir une autre solution alternative autre que la liquidation ou la cession de l'entreprise ? La « meilleure solution alternative » pourrait être un plan alternatif mais cela pourrait rendre la procédure très complexe[146]. D'autant plus que, dans le cadre de la transposition de la directive, les créanciers ne peuvent plus proposer un plan concurrent en sauvegarde même si cela est en revanche maintenu en redressement judiciaire. Les futurs jugements du Tribunal et arrêts de la Cour de cassation éclairciront le point et cela pourrait laisser place à de nombreux débats[147]. Dans le cas du *best interest test*, les créanciers chirographaires accepteront souvent le plan puisqu'ils auront moins de chance d'être payés en liquidation judiciaire. Cependant, cela pourrait paraître comme un compromis entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur, puisque les créanciers titulaires de sûretés réelles sont souvent moins bien traités dans le cadre d'un plan que dans une liquidation judiciaire. En effet, en liquidation judiciaire, le bien sur lequel porte la sûreté sera vendu et il sera payé sur le prix en priorité après les créanciers privilégiés ou non selon la sûreté réelle. Mais comment imposer ou faire accepter un plan à des créanciers munis de sûretés réelles qui auraient une bien meilleure situation en liquidation judiciaire tout en essayant de préserver l'activité de l'entreprise ? Afin d'éviter la problématique, selon R. Dammann, le plan pourrait prévoir une clause de redistribution et au terme du plan le créancier muni d'une sûreté réelle ayant été désavantagé avec le plan par rapport à ce qu'il aurait dû recevoir dans une meilleure solution alternative recevra à une date ultérieure un paiement complémentaire[148]. En

[146] V. Rotaru et S. Vermeille, « La directive restructuration : Un texte sans socle intellectuel cohérent, Mais une opportunité unique pour la France », *op.cit.,* p.59 et S.
[147] Le jugement de l'affaire : La société BCM ENERGY / G.T.C. LYON, N° 2021F3177 a d'ailleurs appliqué les trois nouveaux concepts. (Annexe n°1 et n°4 avec le détail de la constitution des classes)
[148] R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemandes des procédures d'insolvabilité, *op.cit.,* p.221

pratique, le plan doit prévoir à cet effet une réserve de liquidités afin d'indemniser les créanciers en question.

2- L'absence de cohérence

Selon F. Abitbol, la règle de priorité absolue est une source de difficulté notamment au niveau de la valorisation[149]. Pour éviter de nombreux débats sur les techniques de valorisation peu favorables au maintien de l'activité, le législateur européen fait prévaloir, dans ce cas, la valeur de l'entreprise en activité (« valeur d'exploitation ») par opposition à la valeur de liquidation. M. Houssin estime que « *L'appréciation de la valeur du débiteur ne devrait donc pas faire l'économie, dans ces procédures, du respect du principe du « going-concern », c'est à dire de l'hypothèse selon laquelle le débiteur poursuivra ses activités dans le futur* »[150]. Le recours à un expert pourrait être envisagé mais cela représenterait un coût. La mise en œuvre de ce test est aisée quand il est possible de prédire facilement le sort du créancier titulaire d'une sûreté réelle dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de cession[151]. Il faut comparer la valeur liquidative des actifs et le remboursement prévu pour ces créanciers dans le cadre du plan. En revanche, cela s'avère plus compliqué lorsque les titulaires de sûretés réelles sont en compétition avec les créanciers privilégiés. Il faut prendre l'exemple d'un créancier hypothécaire. Ce dernier ne bénéficie que d'un droit de préférence sur le produit de la vente de l'immeuble. Il ne peut pas également demander une attribution judiciaire[152]. Dans le cadre du *best interest test*, il faut simuler la situation du créancier hypothécaire en liquidation judiciaire avec vente d'actifs isolés ou en cas de plan de cession. Or, la simulation de ces situations peut s'avérer impossible car la position du créancier est différente dans les deux cas. En cas de vente d'actifs isolés, le sort du créancier dépend du montant des créances privilégiées et super privilégiées qui ont un rang supérieur. Ce principe instauré en droit français est critiquable puisqu'il a été inspiré du droit allemand où tous les privilèges ont été abrogés en procédure collective. Selon R. Dammann, face à ces difficultés, il serait envisageable de généraliser le régime de la fiducie-sûreté à l'ensemble des sûretés

[149] F. Abitbol, « L'institution de classes de parties affectées – Respect de la règle de la priorité absolue, source de difficultés », *JCP E*, 2021, n°49, p.30
[150] M. Houssin, « Le test du respect des intérêts des créanciers ou « *best interest test* », *op.cit.*, p.3
[151] R. Dammann et V. Rotaru, « Pour une réforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco-allemande », *opt.cit.*, p.1
[152] Cass. Com., 28 juin 2017, n°16-10.591, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035077376

réelles[153]. Également, il peut être estimé que ce nouveau test ne convienne pas forcément aux objectifs premiers des procédures collectives, l'apurement du passif n'intervient qu'en troisième position des objectifs des procédures collectives. Selon M. Houssin, « *Il y a quelque contrariété à adopter un tel test : il s'agira de déterminer s'il n'est pas contraire au livre VI du code de commerce*. »[154].

§2. Les autres concepts, de nouvelles problématiques

Aux côtés du *best interest test*, deux autres règles ont été apportées par la réforme, l*'absolute priority rule* et le *cross-class cram-down.* Cependant, il n'apparait pas évident que *l'absolute priority rule* convienne aux sûretés réelles **(1)**. Par ailleurs, le mécanisme de *cross-class cram-down* nécessite d'être amélioré afin d'envisager l'adoption de plans pour favoriser le maintien de l'activité du débiteur **(2)**.

1- *L'absolute priority rule* et le *cross-class cram-down*

L*'absolute priority rule* ou règle de la priorité absolue est une nouvelle règle indiquant qu'une classe dissidente de créanciers doit être intégralement désintéressée avant qu'une classe de rang inférieur ne puisse bénéficier des répartitions ou conserver un intéressement dans le cadre du plan. Cette règle s'inspire du *Chapter 11* américain[155] et est applicable en cas d'application forcée interclasse décrite ci-dessous. C'est ainsi qu'un créancier chirographaire ne pourra recevoir aucun remboursement au titre du plan à moins que les classes d'un rang supérieur dissidentes soient totalement désintéressées. C'est notamment dans le cadre de subordination de créances que cette règle sera appliquée. En revanche, entre titulaires de sûretés réelles, il est difficilement concevable d'appliquer cette règle[156]. En effet, la formulation « *règle de priorité absolue* » repose sur un classement hiérarchique entre les créanciers, qui ne reflète pas la réalité de la situation des titulaires de sûretés spéciales, dont le droit de préférence s'exerce sur une assiette qui diffère d'un créancier à un autre. Il n'est donc pas toujours possible de dire quelle classe de créanciers titulaires d'un certain type de sûreté réelle est d'un rang préférable à un autre. Par exemple, le rang d'une classe de créanciers hypothécaires n'est pas comparable

---

[153] R. Dammann et V. Rotaru, « Pour une réforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco-allemande », *opt.cit.,* p.2
Voir *Infra* : La nécessaire coordination, un nouveau régime juridique des sûretés réelles propre aux procédures collectives à concevoir

[154] M. Houssin, *La subordination de créance : analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, 2018, LGDJ, n°603

[155] Chapter 11, Title 11, *United States Code*. Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11/subchapter-II

[156] R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemandes des procédures d'insolvabilité, *opt.cit.,* p.221

à celui d'une classe de créanciers nantis sur le fonds de commerce puisque le droit de préférence que confèrent ces sûretés ne s'exerce pas sur la même assiette, de sorte qu'il n'est pas possible de dire laquelle de ces deux classes a un rang inférieur. Selon C. Favre Rochex, « *l'application de cette règle aux titulaires de sûretés réelles devrait être rejetée* » [157]. C'est aussi l'avis de M. Elancry[158]. En revanche, pour R. Dammann, la règle de priorité absolue constitue une protection très efficace en faveur des créanciers munis de sûretés réelles car il semblerait que l'équilibre des forces a été déplacé en faveur des titulaires de sûretés réelles puisqu'un créancier chirographaire ne pourra pas être désintéressé avant que les créanciers munis de sûretés réelles dissidentes le soient[159]. C'est également l'opinion de O. Buisine[160]. À titre d'exemple, si une classe de créanciers hypothécaires est dissidente et refuse de voter le plan, ces créanciers devront être intégralement désintéressés avant toutes les classes qui, dans une liquidation, ne seraient payées qu'après[161]. La règle de la priorité absolue apparaît cependant floue et mériterait d'être éclaircie. Elle pourrait même se révéler impraticable[162]. Il est cependant prévu une exception : le *cross-class cram-down* ou principe d'application forcée interclasse, inspiré également du droit américain, est un mécanisme qui permet à la demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire d'imposer un plan d'apurement du passif à une ou plusieurs classes n'ayant pas approuvé le plan après la vérification de plusieurs conditions. Il ne peut être imposé par le Tribunal que s'il respecte la règle de priorité absolue. Pour que le plan puisse être imposé il faut que le plan ait été approuvé par la majorité des classes et qu'au moins une des classes soit titulaire de sûretés réelles ou avec un rang supérieur aux créanciers chirographaires. Cette condition démontre le pouvoir qui a été donné aux sûretés réelles dans la conception du plan[163]. Mais, si cette condition n'est pas remplie, il est néanmoins possible d'arrêter le plan s'il a été approuvé par au moins une classe autre que celle des associés ou actionnaires. La règle du *cross-class cram-down* combinée à celle du *best test interest,* apparaît complexe et pourrait rendre difficile l'adoption d'un plan. Il existe cependant une dérogation à cette règle sous une double condition : les dérogations doivent être nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan et le plan ne doit

[157] C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives, thèse préc.,* n°446, p. 407
[158] Annexe n° 2 : Interview M. Elancry
[159] D. Legeais et R. Dammann, « Regards croisés sur la réforme du droit des sûretés et des procédures collectives », *RDBF,* 2021, n°6, p.3
[160] Annexe n°1 : Interview O. Buisine
[161] C. Favre Rochex, « Une nouvelle réforme du livre VI du Code de commerce ! », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté,* n°05, p.37
[162] O. Debeine et E. Rosier, « La règle de priorité absolue », Revue des procédures collectives, 2021, n°6,p.1
[163] C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives, thèse préc*., n°445, p. 407

pas porter une atteinte excessive aux intérêts des parties affectées. Ces dérogations pourraient devenir la règle au regard de leur souplesse. Le changement apporté par la réforme est alors considérable[164]. Un nouvel équilibre est alors garanti pour les titulaires de sûretés réelles puisque le Tribunal doit vérifier que « *les intérêts de tous les créanciers soient suffisamment protégés* »[165]. De plus, l'équilibre est garanti pour la poursuite de l'activité puisque le plan pourrait être imposé aux créanciers dissidents si cela est justifié par la nécessaire poursuite de l'activité et la protection de l'emploi. Cependant, ces nouvelles règles peuvent complexifier l'adoption des plans et pourraient même aboutir à ce que l'adoption d'un plan échoue, le Tribunal devrait avoir des prérogatives étendues et plutôt que de rejeter un plan totalement ne respectant pas suffisamment les intérêts des créanciers, il serait souhaitable pour le Tribunal d'évincer les dispositions contestées en réduisant les remises et délais imposés aux créanciers dissidents[166]. Le législateur français s'est inspiré du droit allemand et du droit américain. Certaines nouvelles mesures apportées par la réforme ne semblent pas cohérentes avec le livre VI du Code de commerce.

2- Les pays étrangers, des modèles à imiter ?

Dans le cadre de la réforme du droit des entreprises en difficulté, le législateur français s'est inspiré en partie du droit allemand. Cependant, en Allemagne, lorsqu'une procédure d'insolvabilité[167] est ouverte, la priorité est de payer les créanciers. Cet objectif premier est opposé à l'objectif premier du droit français des entreprises en difficulté : le maintien de l'activité. En droit allemand, les sûretés peuvent être réalisées en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité[168]. Les créanciers munis d'une sûreté peuvent la réaliser et seront payés par règlement séparé lorsque le bien est vendu. Même s'il existe des exceptions et des limites[169] aux droits des créanciers munis de sûretés réelles en Allemagne, les sûretés réelles disposent d'une redoutable efficacité par rapport au droit français. En Allemagne, les titulaires de sûretés réelles priment sur les salariés et sur tous les autres privilèges car contrairement à la France, le droit allemand ne connaît pas de

[164] C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives, thèse préc.*, n°445, p. 407
[165] C. com., art. L626-31
[166] C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives, thèse préc.*, n°454, p. 415
[167] Selon le code de l'insolvabilité allemand (*Insolvenzordnung),* il n'existe pas en Allemagne de procédure préventive ni de sauvegarde. S'agissant du traitement des difficultés, il existe une seule procédure dite régulière qui est comparable en droit français au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire.
[168] P. Gruber, « Procédures collectives et sûretés réelles en droit allemand », *Revue des procédures collectives*, 2018, p. 4 - 22
[169] L'exécution peut être suspendue à la demande de l'administrateur de l'insolvabilité si le bien est nécessaire à l'activité mais le créancier sera indemnisé.

super privilège des salariés. Les sûretés réelles sont alors très efficaces en droit allemand de par l'objectif premier du droit de l'insolvabilité en Allemagne. Le droit allemand correspond au droit des entreprises en difficulté français avant la réforme de 1985[170]. Il faut alors se demander pourquoi le législateur a intégré en droit français des concepts allemands en contradiction avec l'objectif premier du droit des entreprises en difficulté français. De plus, la protection des salariés est un enjeu très important en droit français et l'abrogation du super privilège des salariés ne saurait être une solution. Par ailleurs, en droit américain, les procédures d'insolvabilité représentent une stratégie de gestion pour les entreprises alors qu'en France, elles représentent un échec. Cependant, le droit est quasiment le même puisque les États-Unis ont les mêmes objectifs que la France : la survie de l'entreprise et le maintien de l'emploi[171]. Afin d'envisager une coordination des sûretés réelles et des procédures collectives, il faudrait dans un premier temps, à l'image du droit québécois, adopter une sûreté réelle unique. Selon D. Legeais, « *Loin d'être un plus, la multiplicité des sûretés est facteur de confusion, de difficultés de classement, de conflits entre créanciers. La lisibilité de notre droit passe donc par des remises en causes plus significatives que celles envisagées* »[172]. Il est également nécessaire de rechercher un nouveau régime juridique des sûretés réelles dans les procédures collectives à l'image du *Security Interest* du droit américain[173]. Selon D. Legeais « *Cela suppose des mesures draconiennes* » [174]. Si le législateur français a essayé avec la réforme du droit des entreprises en difficulté de trouver un équilibre entre les intérêts de chaque partie, l'application des nouveaux concepts s'avère complexe et soulève de nombreuses interrogations. Il faut alors aller au-delà des réformes. C'est ce qu'il sera envisagé dans la seconde partie.

[170] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises
[171] L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés – III. Sûretés réelles et faillites*, éd. LGDJ, 2021
[172] D. Legeais, « Procédures collectives et sûretés réelles. Quelques vœux pour la réforme à venir », *op.cit.* p.1
[173] N. Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *op.cit.* p.1
[174] D. Legeais, « Procédures collectives et sûretés réelles. Quelques vœux pour la réforme à venir », *op.cit.* p.1

Partie II. Les sûretés réelles, une coordination à envisager avec les procédures collectives

Il existe en droit français une multitude de sûretés réelles. Le législateur français a fait le choix d'opter pour cette diversité. Cependant, cela entraine de nombreux régimes juridiques applicables tant en droit commun qu'en droit des procédures collectives. Lors de l'ouverture d'une procédure collective, les sûretés réelles exclusives sont particulièrement efficaces contrairement aux sûretés réelles préférentielles[175]. De ce fait, il en résulte une inégalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles dans les procédures collectives. L'ordonnance du 15 septembre 2021[176] portant réforme du droit des entreprises en difficulté a essayé de trouver un équilibre. En vain. Cette dernière n'a apporté aucun bouleversement majeur hormis les classes de parties affectées qui soulèvent de nombreux enjeux. Il existe donc une diversité de régimes de sûretés réelles qui s'avère inadaptée aux procédures collectives. Un changement plus drastique que la réforme est nécessaire. Afin de faire face aux difficultés précitées, il sera nécessaire dans cette seconde partie d'envisager la coordination des sûretés réelles et des procédures collectives. Pour ce faire, il faudra envisager dans un premier temps la suppression de toutes les sûretés réelles existantes afin de confectionner une sûreté réelle unique : la garantie réelle unique. Une garantie réelle unique permettrait de simplifier le droit des sûretés, d'accroître la sécurité juridique des parties mais également d'assurer une égalité de traitement entre tous les créanciers. Il s'agira ainsi de déterminer ses caractéristiques mais également l'efficacité qu'elle aurait dans les procédures collectives. Cependant, afin que la garantie réelle unique soit efficace, son régime juridique dans les procédures collectives devrait permettre de concilier les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles avec ceux du débiteur en difficulté. Il s'agira alors par la suite de concevoir un nouveau régime juridique unique des sûretés réelles propre aux procédures collectives. Ce régime juridique unique s'appliquerait à la garantie réelle unique envisagée. Si le législateur français souhaite en revanche conserver une diversité de sûretés réelles, ce nouveau régime juridique unique serait alors applicable à toutes les sûretés réelles.

Il s'agira dans un premier temps, d'envisager la fin d'une multitude de sûretés réelles et de proposer la création d'une garantie réelle unique **(Chapitre I)**. Dans un second temps, le nouveau régime juridique des sûretés réelles propre aux procédures collectives sera

[175] Annexe n°5 : Schéma de décision : les sûretés réelles en période d'observation, de *lege lata*
[176] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce

conçu **(Chapitre II)**. Ces solutions permettront d'envisager une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives. Elles permettront également de concilier les intérêts des créanciers et ceux du débiteur.

Chapitre I. La nécessaire coordination, une garantie réelle unique à concevoir

Il existe en droit français de nombreuses sûretés réelles. Il existe les sûretés réelles classiques, préférentielles ainsi que les sûretés réelles nouvelles créées par les nouvelles réformes successives du droit des sûretés, les sûretés exclusives. Cependant, cette multitude de sûretés réelles entraine une diversité de régimes inadaptée aux procédures collectives. Il pourrait être envisagé de créer une sûreté réelle unique en France afin d'une part, de simplifier le droit français des sûretés et d'autre part, de favoriser une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives car elle permettrait de réduire le nombre de régimes juridiques. Certains auteurs ont suggéré la création d'une sûreté réelle unique. Il s'agira d'analyser dans le présent chapitre quelles seraient les conditions pour la créer **(Section 1)**. Également, il conviendra de proposer ses caractéristiques et de démontrer son éventuelle efficacité dans les procédures collectives **(Section 2)**.

Section 1. Vers la fin d'une multitude de sûretés réelles

Si une multitude de sûretés réelles existe et que cela entraine de nombreuses difficultés notamment dans les procédures collectives, pourquoi ne faut-il pas créer une sûreté réelle unique qui permettrait à la fois de rendre plus lisible le droit des sûretés mais également de réduire le nombre de régimes existants dans les procédures collectives ? Il s'agira alors ici d'envisager dans un premier temps la suppression de la multitude de sûretés réelles existantes **(§1)** pour déterminer ensuite à quelles conditions cette nouvelle sûreté réelle unique pourrait être créée **(§2)**.

§1. La suppression d'une multitude de sûretés réelles

En constatant que les sûretés réelles préférentielles perdaient toute leur efficacité dans les procédures collectives, le législateur a sans cesse créé de nouvelles sûretés réelles plus efficaces. Cependant, cette multitude de sûretés réelles crée une certaine complexité quant à la lisibilité du droit des sûretés français et des inégalités entre toutes les sûretés réelles dans les procédures collectives. Suite à la réforme du droit des sûretés, le législateur a supprimé des sûretés réelles mais en a créé par la même occasion. Il conviendra d'analyser

dans ce premier paragraphe les apports de la réforme **(1)** ainsi que la problématique liée à l'opposabilité des sûretés réelles due à la multitude de sûretés réelles existantes **(2)**.

1- La suppression et la création de sûretés réelles par la réforme

Si le droit des sûretés est complexe et manque de lisibilité de par son hétérogénéité de sûretés réelles, faut-il créer un monde sans sûreté ? Tous les créanciers seraient soumis à l'article 2285 du Code civil : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* » [177]. Aucun créancier ne disposerait de droits spéciaux sur les biens de son débiteur. « *Ce serait alors le règne de l'égalité… une utopie* »[178]. Cependant, il ne s'agit là que d'un rêve et il semble invraisemblable d'abandonner les sûretés. En effet, un crédit sans sûreté est plus cher puisque le prêteur exige un taux d'intérêt plus important pour limiter ses pertes en cas de défaillance du débiteur. En supprimant les sûretés, le nombre de crédits consentis diminuerait drastiquement et cela aurait une conséquence non négligeable sur l'économie. Cette hypothèse doit donc être rejetée. Si un monde sans sûreté n'est pas envisageable puisque les sûretés réelles permettent aux créanciers d'éviter de s'exposer aux risques liés à la défaillance du débiteur, il est cependant nécessaire de simplifier le droit des sûretés. Depuis les réformes successives du droit des sûretés, le législateur n'a cessé d'en créer. Suite à la réforme du droit des sûretés de septembre 2021[179], le législateur a supprimé certaines sûretés jugées inutiles[180]. Il faut croire que le droit des sûretés a été simplifié, cependant aux côtés de la suppression de certaines sûretés, l'ordonnance en a créées de nouvelles. Le gage commercial, gage de l'outillage et du matériel, gage de stocks, gage de véhicules automobiles, certains warrants (pétroliers, hôteliers), hypothèques légales (frais de fournitures de subsistance, la plupart des hypothèques légales entre époux, etc.) ont été supprimés[181] et deux nouvelles sûretés ont été créés[182]: la cession de somme d'argent à titre de garantie et la cession de créance à titre de garantie. De ce fait, il existe quatre formes de garanties ayant pour assiette les créances[183]. Également, pour les meubles corporels, N. Borga se pose la question de l'intérêt « *d'admettre*

[177] C. civ., art. 2285
[178] M. Claire-Anne, *La concurrence entre les sûretés.* Paris. L.G.D.J, 2018, n°6, p.16
[179] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés
[180] D. Legeais, *«* Quelle réforme pour le droit des sûretés ? *», op.cit.,* p.1 - 2
[181] L. Andreu, *«* Les principaux apports de la réforme du droit des sûretés *», op.cit.,* p.1 - 2
[182] Voir *Supra* : La multitude de régimes en période d'observation
[183] Le nantissement de créances, la cession Dailly à titre de garantie, la fiducie-sûreté portant sur des créances et la cession de créance à titre de garantie.

une fiducie-sûreté sans dépossession dès lors qu'il est possible de se doter du gage modernisé »[184], ce dernier ayant un droit de rétention fictif. Il faut en déduire qu'il existe un trop grand nombre de sûretés réelles soumises à des régimes différents en droit commun et également dans les procédures collectives. Leur coordination est devenue trop complexe. Suite à la réforme, il existe toujours, aujourd'hui, une multitude de sûretés réelles. Cette situation est critiquable car elle ne résout pas le problème de l'inégalité de traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives mais également car l'opposabilité des sûretés réelles *de lege lata* soulève certaines problématiques.

2- La problématique liée à l'opposabilité des sûretés réelles

Il existe aujourd'hui, une multitude de sûretés réelles mobilières, immobilières, corporelles et incorporelles. Toutes ces sûretés doivent être publiées mais sur des registres différents. En matière de sûretés, l'opposabilité a une double fonction : celle d'informer les tiers pour assurer l'efficacité de la garantie et celle de classer les différents créanciers entre eux afin d'en établir la priorité entre chacun d'eux[185]. Deux modalités d'opposabilité sont actuellement envisagées en matière de sûretés réelles : la publicité et la dépossession. La publicité est la modalité la plus habituelle d'opposabilité aux tiers, elle est utilisée notamment pour l'hypothèque, le gage immobilier, le gage mobilier de droit commun. La dépossession est une modalité résiduelle d'opposabilité et se traduit souvent par une publicité[186]. La pluralité des modes d'opposabilité ne pose pas de difficulté. Ce qui pose problème en revanche est la multitude de possibilités de mise en œuvre de cette opposabilité, et particulièrement la publicité. Il existe en effet une pluralité de registres de publicité. Les hypothèques sur les biens immobiliers sont soumises à une publicité foncière, tous les biens immobiliers apparaissent sur le même registre. En revanche, la difficulté apparait pour les biens mobiliers. En effet, s'agissant des biens meubles corporels et incorporels, ils sont pour la plupart inscrits sur des registres différents faisant que l'opposabilité des sûretés réelles portant sur ces biens est problématique[187].

Selon C. Houin-Bressand et F. Pérochon : « *l'absence de centralisation des informations contraint à multiplier les consultations, source de frais, de temps perdu avec un risque d'omission et de perte de l'information* »[188]. Cela se révèle complexe pour les

[184] N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°13, p.1
[185] N. Martial-Braz, « l'opposabilité de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°14, p.1 - 7
[186] *Ibid*, p.1-7.
[187] Annexe n°11 : Rencontre avec V. Doucède au Tribunal de commerce de Bobigny
[188] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.* p.2

administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires qui devraient avoir aisément accès à l'information à partir du nom ou de la dénomination sociale du débiteur. La situation de l'opposabilité de la fiducie-sûreté est la plus critiquable, elle est recensée dans un registre à part dont l'accès est fermé aux tiers, y compris aux professionnels des procédures collectives pour qui l'information est primordiale. Par ailleurs, les informations demandées sur les registres sont abondantes et le requérant n'y a pas forcément accès. Par exemple, le fichier du gage est réparti en 17 rubriques[189] selon la catégorie du bien. La catégorie du bien doit également être indiquée, il y a un grand risque d'erreur[190]. Ces informations ne devraient être seulement facultatives. La Cour de cassation a cependant montré une certaine souplesse dans un arrêt en ne prenant pas en compte l'erreur commise sur des véhicules sur le bon registre mais à la rubrique « location » au lieu de « crédit-bail »[191]. La diversité des registres existants et les informations abondantes demandées complexifient l'opposabilité des sûretés réelles et affectent négativement leur efficacité. L'ordonnance de septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a pris en compte cette difficulté[192]. En effet, la création d'un registre unique des sûretés mobilières a été annoncée afin de mettre un terme à la *« dispersion des dispositions relatives à la publicité des sûretés réelles mobilières »*[193] pour ainsi harmoniser les règles de publicité[194]. Ce registre n'entrera cependant en vigueur qu'à partir du 1er janvier 2023. Il est regrettable que ce dernier ne soit pas rentré en vigueur à compter du 1er janvier 2022. En effet, les échéances des Prêts Garantis par l'État (PGE) seront exigibles à compter de juin 2022 et les praticiens des procédures collectives s'attendent à une augmentation des procédures collectives à compter du remboursement de ces prêts. Il semblerait alors que l'entrée en vigueur du registre unique soit tardive par rapport au remboursement des PGE par les entreprises. Selon D. Legeais, *« Notre droit des sûretés est devenu trop complexe et ne peut plus servir de modèle… Il est donc nécessaire d'avoir un droit attractif, donc plus lisible et nécessairement plus simple »* [195]. Il faudrait de ce fait, simplifier le droit des sûretés. Selon O. Buisine[196], il faudrait

[189] Annexe n°11 : Rencontre avec V. Doucède au Tribunal de commerce de Bobigny
[190] *Ibid, p.2.*
[191] Cass.com, 8 juill. 2014, n°13-18-471, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029246783
[192] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés
[193] F. Kieffer, « Réforme des sûretés : registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes », consultable à l'adresse suivante : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/reforme-des-suretes-registre-des-suretes-mobilieres-et-autres-operations-connexes
[194] Annexe n°11 : Rencontre avec V. Doucède au Tribunal de commerce de Bobigny
[195] D. Legeais, « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *op.cit.*, p.1 - 2
[196] Annexe n°1 : Interview O. Buisine

fusionner le nantissement portant sur des éléments incorporels et le gage et faire simple en n'ayant seulement un gage, une clause de propriété, une hypothèque et éventuellement une fiducie-sûreté. Une autre proposition serait de créer une sûreté réelle unique[197]. C'est cette proposition qui sera retenue dans le cadre du présent mémoire.

§2. La possibilité de création d'une sûreté réelle unique

La création d'une sûreté réelle unique permettrait de restaurer l'égalité entre tous les créanciers et serait valable à la fois pour les biens meubles et les biens immeubles. Jusqu'à aujourd'hui, le législateur français a prôné le modèle de diversité de sûretés réelles. La création d'une sûreté réelle unique aurait pour effet de faire rupture avec la mentalité française datant d'il y a déjà plusieurs siècles. Cependant, cet héritage fait obstacle à la modernisation et à la simplification du droit français des sûretés réelles[198]. Le Québec, qui se trouvait dans une situation similaire à la France auparavant a opté pour l'adoption d'une sûreté réelle unique.

1- Pour ou contre une sûreté réelle unique ?

En 1994, le Québec a adopté le Code civil du Québec[199]. Ce nouveau Code civil lui a permis de réformer le droit des sûretés qui se trouvait avec l'ancien code dans une situation similaire à celle que connait la France aujourd'hui. En effet, il existait une multitude de sûretés réelles entrainant une certaine complexité. La réforme leur a permis d'adopter une sûreté réelle unique dénommée : l'hypothèque unique, pour rationaliser et simplifier le droit des sûretés. L'instauration d'une telle sûreté réelle unique en France fait débat. En effet, force est de constater que certains auteurs sont favorables alors que d'autres s'y opposent. Dans un premier temps, plusieurs principaux arguments défavorables sont à constater[200]. Dans un premier temps, il est argumenté que le droit français est un droit civiliste et ne pourrait pas s'appuyer sur le droit des pays anglo-saxons dont la tradition est celle du *common law*[201]. Par ailleurs, il est argumenté que l'instauration d'une sûreté réelle unique porterait atteinte à la volonté individuelle des parties en matière de sûretés. Selon Y. Diallo, ces arguments ne peuvent être recevables. En effet, s'agissant du premier argument, le Québec est réputé appartenir au système de

---

[197] D. Legeais, « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *op.cit.*, p.1 - 2
[198] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives,* thèse. préc., n°1002, p.491
[199] E. Charpentier, « Regard sur le droit québécois des sûretés », *RDBF*, 2016, n°6, p.1
[200] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives,* thèse. préc., n°1004, p.491
[201] La différence entre le droit civil et le common law repose sur la source principale du droit. Les systèmes basés sur le *common law* considèrent les décisions judiciaires comme la source la plus importante de la loi tandis que, les systèmes basés sur le droit civil se concentrent sur le droit codifié.

droit civil comme en France[202]. Le premier argument est donc rejeté. Par ailleurs, s'agissant du deuxième argument, le législateur québécois a prêté une attention particulière au respect de la liberté contractuelle des parties[203]. Il a été conclu que rien n'empêche au législateur d'imposer une sûreté réelle unique si les parties ont la latitude de déterminer le contenu du contrat. Le second argument est également rejeté. De plus, selon N. Borga, il pourrait paraître paradoxal d'adopter une sûreté réelle unique sans faire de distinction entre les biens meubles immobiliers et mobiliers alors que le droit des sûretés s'articule autour de cela[204]. Cependant, avant l'ordonnance du 23 mars 2006[205], le droit des sûretés n'était pas construit sur l'opposition des meubles et des immeubles mais sur la distinction entre les sûretés avec dépossession appelées nantissement et les sûretés sans dépossession de nature hypothécaire. Selon N. Borga : *« On ne saurait donc voir dans l'opposition des sûretés mobilières et immobilières un horizon indépassable, en réalité le moment est propice au rapprochement »* [206]. Il existe par ailleurs, une sûreté réelle susceptible de porter sur les meubles et les immeubles : la fiducie-sûreté. S'il est vrai que la création d'une sûreté réelle unique venant remplacer la multitude de sûretés réelles existantes serait un bouleversement en droit français, connu pour sa diversité sûretés réelles, certains auteurs et praticiens sont favorables à la création d'une telle sûreté réelle unique[207]. Selon M. Elancry[208], une sûreté réelle unique permettrait de garantir une certaine sécurité juridique pour toutes les parties. En effet, aujourd'hui, très peu de citoyens français ont connaissance des règles applicables pour chacune des sûretés réelles et notamment de leur mise en œuvre dans le cadre des procédures collectives. La sûreté réelle unique permettrait aussi de simplifier le droit afin qu'il soit abordable et compréhensible pour tous les citoyens. Selon M. Julienne : *« L'ensemble de la matière serait gouverné par un corps homogène de principes généraux, auxquels des textes spéciaux viendraient apporter des précisions et dérogations qu'appelleraient certains biens »*[209]. La création d'une sûreté réelle unique en France, dans un souci de

---

[202] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives,* thèse. préc., n°1007, p.493
[203] *Ibid,* n°1008, p.493
[204] N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.1
[205] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000639090/
[206] N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.1
[207] Cf. Annexe 2: Interview M. Elancry. Mais également : *ibid. ;* M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°15 ; C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit ;* N. Martial-Braz, « l'opposabilité de l'hypothèque unique », *op.cit.*
[208] Annexe n° 2 : Interview Michael Elancry
[209] M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *op.it.*, p.1

simplification du droit des sûretés, est une attente des universitaires et également des praticiens. Il faut cependant se demander quelle sûreté réelle existante sera retenue pour devenir la sûreté réelle unique française.

2- Le choix de la sûreté réelle unique

Selon N. Borga : « *S'interroger sur l'hypothèque unique, c'est effectuer un saut dans l'inconnu puisqu'un tel système se situe totalement à l'opposé du droit français des sûretés réelles qui, tout au contraire, se singularise par un éclatement du modèle de sûreté* »[210]. Cependant, selon cet auteur, le moment est « *opportun pour envisager une révolution de la matière* »[211]. C'est à l'occasion d'un colloque organisé par le Centre de Droit des Affaires et de Gestion (CEDAG) que de nombreux auteurs se sont intéressés à la réception en droit français d'une sûreté réelle unique, l'hypothèque unique[212]. C'est l'hypothèque, qui a été retenue lors de ce colloque pour devenir la sûreté réelle unique. Pourquoi les auteurs ont-ils fait ce choix ? Selon N. Borga : *« l'hypothèque est un outil dont la finesse juridique est sans commune mesure »*[213]. En effet, l'hypothèque offre au créancier une garantie sur un actif de valeur et permet au débiteur de se procurer du crédit sans se déposséder. Au Québec, l'hypothèque a été choisie pour être la sûreté réelle unique pouvant à la fois porter sur les biens meubles et immeubles[214]. Cependant, en France, l'hypothèque est connue pour être une sûreté réelle portant sur un bien immeuble. Faire de l'hypothèque l'appellation de la sûreté réelle unique en droit français, pouvant porter sur des biens meubles et immeubles, pourrait engendrer une confusion. La dénomination : hypothèque unique ne devrait donc pas être retenue dans le cadre de la création d'une sûreté réelle unique en France. Par ailleurs, l'adoption de la fiducie-sûreté comme sûreté réelle unique, ayant un régime avantageux dans les procédures collectives, ne peut se concevoir. En effet, la constitution d'une fiducie-sûreté est assez complexe, représente un coût assez élevé et ne peut être consentie que par un faible nombre de professionnels. En revanche, il est possible de s'inspirer du modèle Québécois en adoptant une sûreté réelle unique assortie d'un régime juridique unique. A l'image de la

---

[210] N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.1
[211] *Ibid.*, p.1
[212] *ibid. ;* M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°15 ; C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit. ;* N. Martial-Braz, « l'opposabilité de l'hypothèque unique », *op.cit.*
[213] N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.1
[214] L'article 2660 du Code civil du Québec précise que *« L'hypothèque est un droit sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation, elle confère au créancier le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, de le prendre en possession ou en paiement, de le vendre ou de le faire vendre et d'être alors préféré sur le produit de cette vente suivant le rang fixé par le présent code ».*

sûreté personnelle appelée « garantie autonome » [215], Y. Diallo propose de nommer cette sûreté réelle unique : « la garantie réelle unique » afin d'éviter toute confusion. Ainsi, la sûreté réelle unique française serait : la garantie réelle unique[216]. Si la création d'une sûreté réelle unique française apparaît aller à l'encontre de la tendance du législateur français qui crée sans cesse de nouvelles sûretés réelles, elle pourrait simplifier et éclaircir le droit français des sûretés, assurer une sécurité juridique pour les parties et être efficace lors de l'ouverture d'une procédure collective.

Section 2. L'instauration d'une garantie réelle unique

Si l'instauration d'une garantie réelle unique en droit français apparaît envisageable, il faut en déterminer ses caractéristiques de constitution, d'opposabilité et d'exécution. La garantie réelle unique serait efficace car elle assurerait une certaine sécurité juridique pour les parties tant en droit commun qu'en droit des procédures collectives. En effet la garantie réelle unique aurait un régime juridique unique en droit commun mais également en droit des procédures collectives. Cela permettrait d'assurer un traitement égalitaire entre tous les créanciers et les débiteurs. Il s'agira ainsi dans cette section de définir les caractéristiques de la garantie réelle unique **(§1)** et son éventuelle efficacité dans les procédures collectives **(§2)**.

§1. Les caractéristiques de la garantie réelle unique

Le présent paragraphe permettra d'établir les caractéristiques de la garantie réelle unique. Il s'agira de déterminer quelles seront ses modalités de constitution mais également d'opposabilité aux tiers **(1)**. Enfin, il s'agira de déterminer ses effets, hors des procédures collectives et donc en droit commun **(2)**.

1- Les modalités de constitution et d'opposabilité

L'enjeu de la création d'une garantie réelle unique est qu'elle puisse porter sur tout type de biens. La garantie réelle unique pourrait ainsi porter sur des biens immeubles, meubles qu'ils soient matériels ou immatériels, c'est d'ailleurs le cas aujourd'hui de la fiducie-sûreté. Par ailleurs, la garantie réelle unique pourrait être constituée avec ou sans dépossession du bien[217]. Un droit de rétention effectif serait conféré à la garantie réelle

[215] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives,* thèse. préc., n°1013, p.493
[216] Dans les articles Article L. 225-68 et L225-35 du Code de commerce, il est mentionné *« Les cautions, avals et garantie »*. La garantie réelle unique entrerait bien dans le champ de ces articles.
[217] M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.2

unique avec dépossession. En revanche, contrairement à l'ordonnance de 2006[218], conférant un droit de rétention fictif au gage sans dépossession, aucun droit de rétention fictif ne saurait être conféré à la garantie réelle unique sans dépossession. En effet, comme étudié précédemment[219], il ne confère aucun droit de blocage. S'agissant de la constitution d'une garantie réelle, ses modalités reprendraient les traits généraux des sûretés réelles de *lege lata*. La garantie réelle unique aurait un caractère accessoire et suivrait le sort de l'obligation principale qui vient la garantir et consisterait à investir le créancier d'un droit réel sur un bien déterminé. Le droit réel offre un droit sur la valeur de réalisation de la chose qu'elle produira si elle est réalisée et ne peut être exercé que dans la limite de la valeur juridique et numérique de la dette garantie. Par ailleurs, même si l'appellation de la garantie réelle unique n'est pas l'hypothèque, ses modalités de constitution seront retenues pour constituer une garantie réelle. Dans un premier temps, comme dans tout contrat, les conditions de validité du contrat doivent être réunies (le consentement des parties, leur capacité à contracter et un contenu licite et certain)[220]. Un écrit sera exigé pour constituer une garantie réelle unique. L'acte devra mentionner le constituant de la garantie et son bénéficiaire et faire mention du ou des biens donnés en garantie. Il faudra cependant prendre en compte les spécificités de certains biens notamment les biens immobiliers et incorporels. En effet, derrière une appellation commune se profileront plusieurs biens. Si la garantie réelle unique ne peut être synonyme d'uniformité pour toutes ses règles, elle pourrait correspondre selon N. Borga : *« à un modèle de sûreté dont les traits dominants rayonneraient malgré tout par-delà les différences de nature entre les biens grevés »*[221]. En outre, s'agissant de l'opposabilité, le régime de la garantie réelle unique doit respecter la double fonction de l'opposabilité : informer les tiers et classer les différents créanciers entre eux. Seule la publicité serait retenue comme modalité d'opposabilité et non pas la dépossession puisque l'écrit sera exigé lors de la constitution d'une garantie réelle unique, la publicité sur le registre sera donc possible. L'opposabilité devrait pouvoir être réalisée par la publicité sur un registre unique. Il a été démontré précédemment[222] qu'il existait aujourd'hui un grand nombre de registres de publicité des sûretés réelles mobilières et immobilières. Grâce à la création d'une garantie réelle

[218] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000639090/
[219] Voir *Supra* : Les sûretés réelles face à la liquidation judiciaire
[220] C. civ., art. 1128
[221] N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.2
[222] Voir *Supra* : La problématique liée à l'opposabilité des sûretés réelles

unique, un seul registre serait utilisé et cela simplifierait la recherche d'informations pour les praticiens et les tiers. Le système d'enregistrement devrait requérir obligatoirement trois informations : la personne du constituant, le bénéficiaire et le bien grevé. D'autres informations obligatoires pourraient être demandées en fonction du bien grevé. Telles seraient les caractéristiques de constitution et d'opposabilité de la garantie réelle unique. Cette dernière permettrait de simplifier et rendre plus lisible le droit des sûretés afin d'assurer *in fine* une meilleure coordination avec les procédures collectives. Il faut cependant, déterminer à présent quels sont les effets de la garantie réelle unique.

2- Les effets de la garantie réelle unique

La garantie réelle unique serait la sûreté réelle unique en droit français. Mais quels seraient ses effets ? Il est nécessaire de se demander si la garantie réelle unique doit être une sûreté exclusive ou préférentielle. La conviction de D. Legeais est que la garantie réelle unique devrait être une sûreté exclusive[223]. En revanche, selon d'autres auteurs[224], elle serait préférentielle. Pour assurer l'efficacité de la garantie réelle unique, elle devrait être préférentielle en droit commun, en suivant le régime de l'hypothèque, et exclusive en droit des procédures collectives[225] car elle assurerait au créancier un paiement exclusif et non préférentiel sur le bien grevé. Cependant, il faut relever que cette distinction n'a de véritables effets qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective. Il faut alors déterminer dorénavant ses modalités d'exécution en droit commun, hors des procédures collectives. Ses modalités d'exécution hors procédure collective suivraient, comme pour ses modalités de constitution, le régime de droit commun de l'hypothèque. En effet, selon N. Borga : *« l'hypothèque est un outil dont la finesse juridique est sans commune mesure »*[226]. Le créancier titulaire d'une garantie réelle unique pourrait se voir attribuer la valeur du bien grevé, soit par une vente forcée en faisant valoir son droit de préférence sur le prix du bien, soit en acquérant le bien dont la valeur sera estimée par une attribution judiciaire ou un pacte compromissoire[227]. Par ailleurs, puisque des biens autres qu'immeubles pourraient être grevés d'une garantie réelle unique, certaines dispositions

[223] D. Legeais, « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *op.cit.*, p.2
[224] M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°15 ; C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit ;* N. Martial-Braz, « l'opposabilité de l'hypothèque unique », *op.cit.* ; N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *op.cit.*,
[225] Voir *Infra* : La nécessaire coordination, un nouveau régime juridique des sûretés réelles propre aux procédures collectives à concevoir
[226] N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.1
[227] M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.5

doivent être maintenues. En effet, s'agissant des créances, leur adjudication n'est pas concevable puisque la vente aux enchères d'une créance n'a pas de sens[228]. Qu'il s'agisse de la prise de possession du bien grevé ou de la vente forcée, les procédures actuelles d'injonction de payer permettent d'obtenir rapidement un titre exécutoire en laissant un délai au débiteur pour toute contestation. M. Julienne se demande cependant s'il ne faut pas s'inspirer du droit belge[229]. En effet, en Belgique, le créancier muni d'une sûreté réelle conventionnelle peut procéder directement à une saisie. Pour se payer sur les autres actifs du débiteur, un jugement serait cependant nécessaire. Cependant, une telle évolution entrainerait une conséquence : un acte sous seing privé ne présente pas les mêmes effets qu'un acte authentique. Cette règle provenant du droit belge ne sera donc pas retenue pour les modalités d'exécution de la garantie réelle unique. Les procédures actuelles d'injonction de payer seraient conservées pour la garantie réelle unique. Ainsi, les modalités de constitution et d'exécution de droit commun de la garantie réelle suivraient celles qui existent déjà aujourd'hui. La création d'une garantie réelle unique permettrait d'avoir un régime juridique unique de droit commun assurant une meilleure lisibilité du droit des sûretés. Cependant, l'efficacité des sûretés réelles ne se révèle qu'à l'aune des procédures collectives. Il faut donc déterminer les avantages de la création d'une sûreté réelle unique dans les procédures collectives.

§2. La garantie réelle unique dans les procédures collectives

« *Que pense le faillitiste de la sûreté réelle unique rêvée par les spécialistes de droit des sûretés, et quelle pourrait en être l'efficacité en droit des procédures collectives ?* »[230].

La multitude de sûretés existantes aujourd'hui entraine une multitude de régimes dans les procédures collectives, la création de la garantie réelle unique s'avérerait particulièrement efficace lors de l'ouverture d'une procédure collective, le régime serait toujours le même. La garantie réelle unique permettrait également de faciliter la constitution des classes de parties affectées et l'application du *best interest test*. Cependant, même s'il venait à exister une garantie réelle unique, son régime doit permettre de concilier les intérêts du débiteur et du créancier dans les procédures collectives. Dans le présent paragraphe, il sera démontré que la création d'une sûreté réelle unique pourrait avoir une certaine

---

[228] M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, éd. Dalloz, 2015, 5ème édition, n° 911, p.513 : *« Il s'agit d'une simplification logique, puisque la vente aux enchères d'une créance n'a guère de sens »*.

[229] M. Julienne, « Les attributs de l'hypothèque unique », *op.cit.*, p.5

[230] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.*, p.1

efficacité dans le droit des procédures collectives **(1)**. Cependant, cette efficacité devra être nuancée car son régime juridique dans les procédures collectives devra être avantageux **(2)**.

1- L'efficacité de la garantie réelle unique dans les procédures collectives

L'efficacité des sûretés réelles se détermine lorsque le débiteur se trouve en procédure collective, car quand la société est *in bonis*, la sûreté est toujours efficace. En revanche, les procédures collectives sont la terreur des créanciers. Elles sont une zone de *« crash test »* des sûretés. Il existe aujourd'hui des sûretés réelles conférant un droit de préférence et des sûretés réelles conférant un droit d'exclusivité. Celles conférant un droit d'exclusivité sont particulièrement efficaces lors de l'ouverture d'une procédure collective alors que celles conférant un droit de préférence ne le sont souvent pas. La création d'une garantie réelle unique permettrait de priver les créanciers d'une carte « *Joker* »[231], la garantie réelle unique étant la seule possibilité. Elle mettrait donc fin aux choix stratégique des créanciers et les soumettrait à un sort commun conforme au principe de l'égalité des créanciers[232]. Selon D. Legeais, *« Il faut donc imaginer comment le droit des procédures collectives pourrait s'adapter à cet impératif nouveau et à l'existence d'une sûreté unique »*[233]. Dans un premier temps, s'agissant de l'opposabilité à la procédure collective, il a été démontré précédemment qu'il existait, de *lege lata*, un trop grand nombre de registres à consulter pour la publicité des sûretés réelles. De ce fait, la création d'une sûreté réelle unique permettrait de n'avoir à utiliser qu'un seul registre. La publicité serait simple, rapide à effectuer avec un coût moindre. Les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires auraient accès rapidement et aisément à l'information à partir du nom ou de la dénomination sociale du débiteur[234]. La garantie réelle unique pourrait ainsi marquer une avancée considérable en incluant la publicité dans un registre unique. Par ailleurs, l'instauration d'une garantie réelle unique permettrait de faciliter la résolution des difficultés liées à l'articulation du droit des sûretés et du droit des procédures collectives[235]. En effet, il a été démontré précédemment les difficultés d'application des nouveautés de la réforme du 15 septembre 2021 notamment

[231] D. Legeais, « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *op.cit.*, p.1 - 2
[232] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.*, p.4
[233] D. Legeais, « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *op.cit.*, p.2
[234] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.*, p.2
[235] *Ibid.*, p.4

en ce qui concerne l'instauration des classes de parties affectées et des nouveaux concepts à respecter tels que le *best interest test.* S'agissant des classes de parties affectées, depuis la réforme et pour les sociétés respectant les seuils, une classe distincte doit être créée pour les créanciers titulaires de sûretés réelles. Cependant, la constitution de cette classe[236] pourrait s'avérer difficile notamment s'il existe dans la procédure des créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles et des créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives. L'instauration d'une garantie réelle unique pourrait faciliter la constitution des classes de parties affectées. Cette solution serait d'autant plus nécessaire si, comme proposé précédemment[237], les seuils de constitution obligatoire seraient modifiés et donc les classes de parties affectées plus utilisées. De plus, s'agissant du *best interest test* dans lequel tout plan doit améliorer sa position par rapport à laquelle il se serait trouvé en cas de liquidation judiciaire est difficile à mettre en place[238] aujourd'hui par les professionnels. Cependant, la mise en œuvre de ce test est aisée quand il est possible de prédire facilement le sort du créancier titulaire d'une sûreté réelle dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de cession. La création d'une seule sûreté réelle permettrait de prédire plus aisément le sort du créancier titulaire d'une garantie réelle unique et faciliterait l'application de ce test d'autant plus que son rang dans l'ordre des paiements figurerait uniquement en 6^{e} position. Le choix de la garantie réelle unique constituerait incontestablement une source de simplification dans la coordination et la conciliation du droit des sûretés et des procédures collectives[239]. Cependant, même s'il venait à exister une garantie réelle unique, son régime juridique devrait permettre de concilier les intérêts du débiteur et du créancier dans les procédures collectives.

2- La garantie réelle unique, une solution insuffisante sans régime juridique avantageux

L'instauration d'une sûreté réelle unique, la garantie réelle unique, permettrait de simplifier le droit des sûretés français et d'assurer une meilleure sécurité juridique pour les parties. En effet, il n'existerait qu'une seule sûreté réelle existante et il serait donc plus aisé pour toute personne de connaître son régime juridique, ses effets et ses conséquences. Malgré le fait que son régime juridique de droit commun établi précédemment soit avantageux, cela ne suffit pas pour assurer une coordination entre les sûretés réelles et les

---

[236] Voir *Supra* : L'instauration des classes de parties affectées, de nouveaux enjeux
[237] Voir *Supra* : Les enjeux liés à la mise en œuvre des classes
[238] Voir *Supra* : Le *best interest test*, un concept difficilement applicable
[239] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.*, p.4

procédures collectives. En effet, le régime de droit commun s'appuierait principalement sur le régime de l'hypothèque. Cependant, son régime dans les procédures collectives ne pourrait s'appuyer sur le régime de l'hypothèque car il a été démontré qu'il n'est pas efficace lors de l'ouverture d'une procédure collective[240]. De nombreuses difficultés sont soulevées par l'hypothèque en procédure collective. En effet, une des principales difficultés porte sur son efficacité notamment face aux créanciers privilégiés et aux salariés super privilégiés. Le rang accordé aujourd'hui aux sûretés préférentielles telles que l'hypothèque, est insuffisant face à l'augmentation des privilèges dotés d'un rang préférable. Son maintien dans le régime de l'hypothèque pourrait entrainer une fuite des créanciers, vers, d'une part, les sûretés personnelles telles que la caution et, d'autre part, vers d'autres mécanismes de protection ne prenant pas la forme de sûretés, telle la renonciation par le débiteur en difficulté à une insaisissabilité[241]... La garantie réelle unique ne devrait donc pas être une sûreté réelle préférentielle en procédure collective. La garantie réelle unique devrait être une sûreté réelle exclusive en droit des procédures collectives afin d'assurer son efficacité. Ainsi, la création d'une garantie réelle unique serait intéressante sur de nombreux aspects, elle permettrait d'accroitre la sécurité juridique des parties puisqu'elles seraient plus conscientes des effets et conséquences de cette dernière, un seul régime juridique étant à connaître. Elle permettrait également de simplifier le droit tant des sûretés mais également des procédures collectives. En revanche, elle serait insuffisante sans régime juridique avantageux dans les procédures collectives. Son régime juridique dans les procédures collectives sera ainsi déterminé dans le prochain chapitre. Cependant, le législateur pourrait ne pas opérer de profonds bouleversements que nécessiterait l'adoption d'une sûreté réelle unique selon C. Houin-Bressand et F. Pérochon[242]. L'adoption d'une sûreté réelle unique semble être un rêve et une utopie. Pour favoriser la coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives, il faudrait créer un nouveau régime juridique et un corps de règles applicables aux sûretés réelles dans les procédures collectives. Ainsi, un nouveau régime juridique en fonction de la procédure collective sera défini.

[240] Voir *Supra :* La pluralité des sûretés réelles, une source d'inégalité entre les créanciers
[241] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.,* p.5
[242] *Ibid.,* p.5

Chapitre II. La nécessaire coordination, un nouveau régime juridique des sûretés réelles propre aux procédures collectives à concevoir

Selon D. Legeais : *« Les procédures du livre VI du Code de commerce sont la terreur du créancier dans la vie des affaires »*[243]. Il faut cependant nuancer ce propos car les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives peuvent en principe réaliser leur sûreté sans aucun obstacle au sein des procédures collectives. L'enjeu de ce dernier chapitre est de déterminer un régime juridique unique applicable à toutes les sûretés réelles dans les procédures collectives de telle sorte que certains créanciers ne puissent plus établir de stratégie pour primer les autres créanciers. Ce régime juridique unique permettra ainsi de rétablir une égalité de traitement entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles. Il permettra également d'essayer de concilier l'inconciliable. C'est-à-dire, de concilier les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles avec ceux du débiteur en difficulté. Pour ce faire, il sera envisagé dans un premier temps d'instituer des règles communes à toutes les sûretés réelles dans les procédures collectives **(Section 1)**, puis dans un second temps d'envisager la généralisation du régime de la fiducie-sûreté à l'ensemble des sûretés réelles **(Section 2)**. Ce régime juridique sera celui appliqué à la garantie réelle unique si le législateur opère de tels bouleversements. En l'absence d'un tel changement, il sera applicable à l'ensemble des sûretés réelles existantes. Ce dernier chapitre aura ainsi pour objectif d'apporter une solution claire à l'inégalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles et à la conciliation des intérêts du débiteur et des créanciers titulaires de sûretés réelles. Ce nouveau régime juridique entrainera également une simplification des règles applicables et une meilleure visibilité quant à l'application du *best interest test.*

Section 1. L'établissement de règles communes dans les procédures collectives

Afin de favoriser une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives, il faudrait instituer des règles communes à toutes les sûretés réelles applicables à toutes les procédures collectives. Il s'agira alors d'évoquer le *Security Interest* américain afin de déterminer à quelles conditions un modèle semblable pourrait être appliqué en France **(§1)**. Il conviendra également de déterminer des règles communes applicables à toutes les sûretés réelles dans les procédures collectives **(§2)**.

[243] *Ibid.*, p.1

§1. Le *Security Interest* américain, un modèle de règles communes

Le *Security Interest* américain permet d'avoir des règles communes applicables à toutes les sûretés réelles aux États-Unis tant en droit commun qu'en droit des procédures collectives. Comme son nom l'indique, il permet de sécuriser les intérêts des parties. Il s'agira ainsi d'analyser ce modèle, les raisons de son instauration **(1)** et ses caractéristiques **(2)**.

1- Les raisons de l'instauration du *Security Interest*

L'exemple le plus abouti d'institution de règles communes aux sûretés réelles est l'exemple américain grâce au *Security Interest.* Le *Security Interest* figure dans le livre IX du Code Commercial Uniforme[244]. Ce modèle a permis de *« mettre de l'ordre »* dans la diversité de sûretés réelles existantes avant la réforme[245]. Avant la réforme des sûretés de l'article 9 de l'Uniform Commercial Code, la situation était semblable à la situation actuelle de France. En effet, avant la réforme, la situation du droit des sûretés était complexe et plurielle selon Y. Diallo[246], il existait la distinction classique entre le gage immobilier avec dépossession (« *Pledge* »), l'hypothèque immobilière (« *Mortgage* ») mais également l'hypothèque immobilière (« *Chattel mortgage* ») ou bien des emprunts fiduciaires sur outillage *(« Equipement trust »*) mais aussi des actes de fiducie (« *Trust deed* ») et bien d'autres. Cette multitude de sûretés réelles ayant chacune respectivement des régimes juridiques différents entraînait une certaine incertitude juridique et un « désordre législatif ». Le législateur américain a remédié à la situation par la réforme de l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code* dans les années 1950. L'instauration du *Security Interest* a permis d'une part, d'unifier la législation de tous les États composant les États-Unis mais également de rassembler toutes les sûretés réelles mobilières conventionnelles dans un modèle unitaire, le *Security Interest*. Cette diversité de sûretés réelles se rapproche aujourd'hui de la diversité de sûretés réelles en droit français puisqu'il existe notamment l'hypothèque immobilière, le gage avec ou sans dépossession, la fiducie-sûreté mais également le nantissement, l'hypothèque mobilière etc. L'instauration d'un modèle tel que le *Security Interest* semblerait dès lors avantageux à mettre en place en droit français, où le droit semble similaire au droit américain avant la réforme de l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code.* Il faut cependant, définir en détail quelle est la notion du *Security Interest* et quelles en sont ses caractéristiques.

---

[244] *Uniform Commercial Code*, art.9. Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9
[245] Réforme de l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code* des années 1950
[246] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives, thèse. préc.*, n°1016, p.497

2- Les caractéristiques du *Security Interest*

Le *Security Interest* américain correspond à un ensemble de règles communes applicables à toutes les sûretés réelles mobilières conventionnelles. Il ne s'agit donc pas d'une sûreté réelle unique à l'image de l'hypothèque unique québécoise. Les sûretés réelles mobilières conventionnelles ne sont donc pas supprimées mais un régime avec des règles communes leur sont applicables. Afin d'être qualifié de *Security Interest*[247], il doit s'agir de toute convention conclue entre les parties ayant pour finalité de créer une sûreté portant sur un bien meuble *(« Personal property »*) afin de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation. Le *Security Interest* peut porter sur des biens meubles corporels mais également sur certains biens meubles incorporels tels que des droits d'auteurs, des créances, des titres de propriété… Cependant le *Security Interest* ne porte pas sur tous les biens incorporels notamment les valeurs mobilières. Par ailleurs, un immeuble par destination (« *fixture* ») peut être qualifié de *Security Interest* s'il s'agit, là aussi, convention conclue entre les parties ayant pour finalité de créer une sûreté afin de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation. Il faut également noter que le *Security Interest* ne porte que sur des biens meubles et non sur des biens immeubles. Selon Y. Diallo[248], le *Security Interest* constitue une approche unitaire dans le sens où des règles communes sont applicables à toutes les sûretés réelles mobilières conventionnelles. Ce modèle étant exclusivement conventionnel, il permet également de respecter la volonté des parties. Le *Security Interest* a consisté à instaurer des règles communes de constitution (phase appelée « attachement ») posant les conditions de validité, d'opposabilité et de réalisation des sûretés réelles mobilières conventionnelles. Il existe peu de contraintes relatives au formalisme et au contenu de la sûreté. La seule contrainte est la mention de l'intention des parties de constituer une sûreté[249] et de déterminer les biens et les droits affectés à l'assiette de la garantie afin de les identifier[250]. S'agissant des règles d'opposabilité, l'*Uniform Commercial Code* a deux formes d'opposabilité. Celle qui concerne les effets de la convention entre les parties et celle qui produit les effets vis-à-vis des tiers. Pour rendre le *Security Interest* opposable, cela passe par la publicité qui se

---

[247] *Uniform Commercial Code*, Section 9-109: "*This article applies to: (…) (1) any transaction, regardless of its form, that creates a Security Interest in personal property or fixtures by contract*.". Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-109
Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives, thèse. préc.*, n°1020, p. 499
[248] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives, thèse. préc*., n°1020, p. 499
[249] *Uniform Commercial Code*, Section 9-102.
Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-102
[250] *Uniform Commercial Code*, Section 9-108
Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-108

matérialise par une formalité d'enregistrement, il s'agit d'une modalité appelée : « *financing statement* » et doit mentionner l'identité des parties et les biens grevés de la sûreté. En cas de dépossession du bien, cette formalité n'est pas nécessaire. Également, des règles communes fixent la réalisation en droit commun du *Security Interest*. C'est lors de la conclusion du *Security Interest* que le créancier, en fonction de ses droits issus de la convention, qui choisit le mode de réalisation de la sûreté. Enfin, les sûretés réelles mobilières conventionnelles ont, grâce au *Security Interest* un traitement uniforme en procédure collective. Le modèle du *Security Interest* apparaît être incontestablement un modèle de simplification et de modernisation du droit des sûretés réelles en droit américain. Un modèle tel que celui énoncé précédemment, permettrait en l'absence de volonté du législateur français de créer une garantie réelle unique, d'homogénéiser les différents régimes des différentes sûretés réelles existantes en droit français. Cela permettrait de sécuriser, comme son nom l'indique, les intérêts des parties contractantes mais également de simplifier et moderniser le droit français qui selon N. Borga et F. Pérochon est « *complexe et inutilement complexe* »[251]. Il permettrait également d'instaurer un traitement uniforme à toutes les sûretés réelles existantes en droit français. Il faut cependant noter que le *Security Interest* américain ne couvre que les sûretés réelles mobilières corporelles et certaines incorporelles, il ne couvre donc pas les sûretés réelles immobilières. Si ce modèle venait à être instauré en France, il devrait concerner toutes les sûretés réelles qu'elles soient mobilières et immobilières. Toutefois, qu'il s'agisse de la création d'une garantie réelle unique ou de règles communes applicables à toutes les sûretés réelles, ces modèles étrangers ne peuvent être qu'une source d'inspiration. Le législateur français devra nécessairement adapter ces différentes solutions au droit français. Dans tous les cas, afin d'assurer une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives, il est nécessaire d'instaurer des règles communes à toutes les sûretés réelles en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur.

§2. Les règles communes au service de l'égalité de traitement entre créanciers

Il a été démontré dans le cadre du présent mémoire la complexité des régimes actuels des sûretés réelles dans les procédures collectives en droit français. Les sûretés réelles ont pour la plupart des régimes différents tant en droit commun qu'en droit des procédures

[251] Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *op.cit.*, p.1

collectives. À cause du contournement de la discipline collective cela entraîne un déséquilibre significatif ainsi qu'une rupture d'égalité entre les créanciers titulaires de sûretés réelles[252]. Il s'agira alors de déterminer comment assurer une égalité entre les créanciers titulaires de sûretés réelles par l'instauration de règles communes applicables aux sûretés réelles dans les procédures collectives **(1)**. Cette solution permettrait ainsi de toutes les soumettre à la discipline collective **(2)**.

1- La création d'un nouveau droit des sûretés réelles dans les procédures collectives

En 1983, C. Mouly se demandait *« Pourquoi pas une révolution ? »*[253] au sujet des sûretés dans les procédures collectives. En 1985, une réforme du droit des entreprises en difficulté[254] a donné priorité au maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté faisant que, le paiement des créanciers est devenu la dernière finalité des procédures collectives. Le droit des entreprises en difficulté tend de plus en plus à la préservation de l'entreprise alors que le droit des sûretés maintien comme objectif de garantir le paiement au créancier en cas de défaillance du débiteur. La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises a ainsi lésé les créanciers titulaires de sûretés réelles et dû à leurs finalités différentes, il en résulte une incohérence entre le droit des entreprises en difficulté et le droit des sûretés réelles, autrement nommé *« couple infernal »*[255]. Si un régime commun dans les procédures collectives a été trouvé pour les sûretés personnelles, cela n'a pas été le cas pour les sûretés réelles. En effet, la complexité entre le droit des sûretés réelles et les procédures collectives n'a fait que de s'accroître. Selon C. Favre Rochex : *« Le sort des sûretés se caractérise par une remarquable hétérogénéité »*[256]. C'est la raison pour laquelle le législateur français a souhaité réformer le droit des sûretés mais également le droit des procédures collectives. *« Simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce, en particulier dans les différentes procédures collectives »*, telle était la motivation du législateur[257]. Cependant, malgré la

[252] Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives, thèse. préc*., n°1039, p.509
[253] Ch. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *in Études René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, n° 1, p. 529
[254] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000693911/
[255] P. Roussel Gale et F. Pérochon, « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *op.cit.*
[256] C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives, thèse préc.*
[257] Art. 60, 14°, L. n° 2019-486 relative à la croissance et à la transformation des entreprises consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000038497746/2019-05-24

volonté du législateur, la complexité n'a pas diminué avec les ordonnances jumelles portant les réformes du droit des sûretés [258] et du droit des procédures collectives[259]. Ces deux ordonnances sont liées car elles relèvent d'habilitations prévues dans une même loi : la loi PACTE du 22 mai 2019[260] mais se sont ignorées entre elles faisant qu'aucun bouleversement n'a été effectué. Le plus grand changement affectant les sûretés réelles dans les procédures collectives a été, comme analysé précédemment[261], l'instauration des classes de parties affectées et des trois nouveaux concepts : le *best interest test,* l'*absolute priority test* et le *cross-class cram-down* qui font apparaître de nouveaux enjeux mais également nouvelles difficultés d'application. Les réformes étaient attendues mais n'ont pas permis d'assurer une coordination efficiente entre les sûretés réelles et les procédures collectives. Selon M-H. Monsièré-Bon : *« Vouloir tout réaliser en même temps n'est peut-être pas en droit des entreprises en difficulté la meilleure idée… »*[262]. Les sûretés réelles dites classiques sont toujours confrontées au droit de rétention ou à la fiducie-sûreté, qui permettent à leur bénéficiaire d'échapper à la période d'observation selon certaines conditions et d'échapper à tout classement[263]. Ces dernières sont beaucoup plus intéressantes pour le créancier qui sont constamment à la recherche de mécanismes leur permettant d'être payés. L'inégalité entre le créancier n'a donc pas diminué suite à la réforme du droit des entreprises en difficulté[264] puisque toutes les sûretés réelles ne sont pas soumises aux mêmes règles lors de l'ouverture d'une procédure collective. Selon F. Pérochon : *« Une voie potentielle pour tenter d'harmoniser les relations entre droit des entreprises en difficulté et droit des sûretés pourrait être de suivre l'exemple américain du Security Interest »*[265]. Même si une garantie réelle unique n'est pas créée ou bien qu'un modèle uniforme en droit commun n'est pas instauré, toutes les sûretés réelles auraient le même régime juridique et seraient soumises aux même règles en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur. Pour ce faire, des règles communes doivent être applicables aux sûretés réelles dans les procédures collectives afin d'assurer une égalité de traitement entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles.

---

[258] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés
[259] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce
[260] P. Rossi, « Procédures collectives – Classement des sûretés, propos introductifs », *Recueil Dalloz, 2022, p°303*
[261] Voir *Supra* : La pluralité des sûretés, un équilibre recherché par la réforme
[262] M-H. Monsièré-Bon, « En même temps ! », *op.cit.*, p.1
[263] Voir *Supra* : La pluralité des sûreté, une source d'inégalité entre les créanciers
[264] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce
[265] N. Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *op.cit.*, p.1

2- La soumission de toutes les sûretés réelles à une discipline collective

Dans le cadre du maintien des régimes existants en droit commun, il est nécessaire de retenir des solutions uniformes dans les procédures collectives afin d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles. Tout d'abord, il faudrait instaurer des règles communes applicables à toutes les procédures collectives dans laquelle le débiteur se trouverait. Dans un premier temps, tous les créanciers titulaires de sûretés réelles doivent faire savoir aux organes de la procédure leurs créances et garanties afin qu'ils aient une vision complète de l'état du passif du débiteur[266]. De ce fait, l'article R 622-24 du Code de commerce prévoyant que les créances être déclarées dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective au BODACC resterait inchangé. En revanche, les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives notamment un droit de rétention ou un droit de propriété devraient le faire savoir aux organes de la procédure dans le même délai. L'article L. 622-25 du Code de commerce serait alors rédigé de la manière suivante : « … *Elle précise la nature et l'assiette de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie ou* ***l'existence d'un droit de rétention ou d'un droit de propriété*** *…* ». Grâce à cette disposition, tous les créanciers titulaires de sûretés réelles auraient le même traitement concernant leur déclaration de créance. Par ailleurs, pour assurer une cohérence entre le délai de déclaration de créance et le délai de revendication d'un bien, le délai de revendication serait ramené à 2 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. De ce fait, l'article L. 624-9 du Code de commerce serait rédigé comme suit : « *La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de* ***deux mois*** *suivant la publication du jugement ouvrant la procédure*. ». De plus, il apparaît nécessaire de s'assurer qu'aucune sûreté réelle préférentielle ou exclusive, sauf exception du II de l'article L622-7 du Code de commerce, ne puisse être constituée après l'ouverture de la procédure collective. L'article L 622-30 du Code de commerce prévoyant, de *lege lata*, l'impossibilité de constituer des sûretés réelles préférentielles doit être étendu à toutes les sûretés réelles. Il serait ainsi rédigé comme suit : « ***Toutes les sûretés réelles conventionnelles*** *ne peuvent plus être inscrites postérieurement au jugement d'ouverture… ».* Enfin, s'agissant de la période suspecte, ne s'appliquant naturellement pas à la sauvegarde mais seulement au redressement judiciaire et à la liquidation

[266] C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence, thèse. préc.*, n°760, p. 612

judiciaire, l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a pris en compte l'inégalité de traitement entre les sûretés réelles qui existait auparavant. Depuis la réforme, toutes les sûretés réelles quelles qu'elles soient sont soumises à la période suspecte. En effet, l'article L 632-1 du Code de commerce précise que : « *Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : … 6° Toute* ***sûreté réelle conventionnelle ou droit de rétention conventionnel*** *constitués sur les biens ou droits du débiteur pour dettes antérieurement contractées…* ». Telles sont les règles communes qui devraient être appliquées à toutes les sûretés réelles lors de l'ouverture d'une procédure collective du débiteur. Elles permettraient d'assurer une égalité de traitement entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles. Cependant, il faudrait également concilier les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles et les intérêts du débiteur en difficulté.

Section 2. Le traitement de la sûreté en fonction de la procédure collective

« Il ne faut pas traiter le droit des sûretés et le droit des procédures collectives en droits antagonistes. Il faut au contraire rechercher la conciliation. »[267]. Ces antagonismes résultent souvent de la mauvaise articulation entre les deux droits[268]. Malgré les ordonnances jumelles du droit des sûretés[269] et du droit des entreprises en difficulté[270], aucune coordination efficiente entre les sûretés réelles et les procédures collectives n'a été réalisée. S'il existe aujourd'hui une diversité de régimes des sûretés réelles inadaptée aux procédures collectives, il apparaît nécessaire de concevoir un nouveau régime juridique unique afin d'assurer une meilleure coordination entre les deux matières. Ce nouveau régime juridique unique permettrait de concilier les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles et les intérêts du débiteur en difficulté. Pour ce faire, le traitement des sûretés réelles devrait dépendre de la procédure collective dans laquelle se trouvera le débiteur et non plus de la sûreté. Le nouveau régime juridique unique des sûretés réelles ne sera pas le même selon que le redressement paraisse possible ou qu'il soit manifestement impossible. Ce traitement serait applicable de plein droit à toutes les sûretés réelles afin d'assurer une égalité de traitement entre tous les créanciers. Il permettrait aussi de simplifier les sorts réservés aux sûretés réelles dans les procédures collectives favorisant, *in fine*, une meilleure application du *best interest test*. La

[267] D. Legeais, « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *op.cit.*, p.2
[268] P. Roussel Gale et F. Pérochon, « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *op.cit.*, p.1
[269] Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés
[270] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce

coordination des sûretés réelles et des procédures collectives doit donc être envisagée en fonction de la finalité des procédures collectives. Il conviendra alors dans un premier temps d'assurer la conciliation des intérêts en sauvegarde et redressement judiciaire **(§1)**. Dans un second temps, il s'agira de restaurer l'efficacité des sûretés réelles en liquidation judiciaire **(§2)**.

§1. La conciliation des intérêts en sauvegarde et redressement judiciaire

Au cours de la période d'observation, les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives échappent à la discipline collective et donc à l'interdiction des paiements. Cela crée une inégalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles mais se fait, aussi, au détriment du débiteur en difficulté. Le législateur a réussi, après trois reprises[271], à trouver une articulation favorable entre les procédures collectives et les sûretés réelles grâce au régime de la fiducie-sûreté. La fiducie-sûreté est l'art de concilier l'inconciliable. Pourquoi ne pas généraliser ce régime juridique à l'ensemble des sûretés réelles ? Ou bien même, l'appliquer à la garantie réelle unique proposée précédemment ? Dans l'hypothèse où le législateur ne souhaiterait pas créer une garantie réelle unique avec comme régime juridique celui de la fiducie-sûreté, généraliser le régime de la fiducie-sûreté à l'ensemble des sûretés réelles existantes semblerait être la meilleure solution pour favoriser une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives. Il conviendra dans ce premier paragraphe de s'assurer de la conciliation des intérêts en sauvegarde et redressement judiciaire en distinguant si le bien est nécessaire **(1)** ou non **(2)** à la poursuite de l'activité du débiteur.

1- Le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité

S'agissant du régime de la fiducie-sûreté, en sauvegarde et en redressement judiciaire, si le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité, il ne peut être réalisé et sa mise en œuvre est paralysée au cours de la période d'observation. En revanche, en cas de dépossession du bien par le débiteur, il est considéré que le bien n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté. Dans ce cas, la réalisation de la sûreté par le créancier est possible. De ce fait, le régime de la fiducie-sûreté distingue selon que le bien est utile ou non à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté[272]. C'est cette distinction qu'il faudrait retenir pour l'ensemble des sûretés réelles. Il conviendrait d'appliquer ce régime à l'ensemble des sûretés réelles. Ainsi, le régime de la fiducie-

[271] P. Roussel Gale et F. Pérochon, « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *op.cit.*, p.1
[272] Voir *Supra* : La fiducie-sûreté, reine des sûretés

sûreté semble être le régime juridique idéal pour toutes les sûretés. Cependant, les autres sûretés réelles ne fonctionnent pas de la même façon que la fiducie-sûreté, il faudra alors adapter ce régime afin qu'il soit applicable à toutes les sûretés réelles. Selon R. Dammann, il s'agit d'un « *Yalta astucieux en fonction de l'utilité des biens pour le débiteur* »[273]. Grâce à cette solution, selon F. Pérochon et C. Houin-Bressand : « *les 1 600 cas évoqués par D. Legeais*[274] *tomberaient probablement à quelques dizaines seulement* » [275]. Dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, en période d'observation, la nouvelle condition serait de déterminer si le bien est nécessaire ou non à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Si le bien est nécessaire au maintien de l'activité, la sûreté ne pourra être réalisée et sera paralysée durant la période d'observation. S'il ne l'est pas, la sûreté pourra être réalisée et le créancier pourra être désintéressé. Cela permettrait de prendre en compte les intérêts du créancier mais également du débiteur. Il faut cependant déterminer comment estimer si le bien est indispensable à la poursuite de l'activité ou non. Cela est aisé pour la fiducie-sûreté car il existe une convention de mise à disposition laissant penser aisément que le bien est utile au maintien de l'activité. En revanche, pour les autres sûretés réelles, puisqu'il n'existe pas de convention de mise à disposition, il pourrait être plus difficile de déterminer si le bien est nécessaire à l'activité. Pour certains biens, notamment l'immeuble dans lequel est exercé l'activité ou bien la machine permettant de fabriquer les produits vendus, nul ne pourrait contester que ces biens ne soient pas nécessaires à la poursuite de l'activité. À l'inverse, s'agissant des biens ne paraissant pas naturellement nécessaire à la poursuite de l'activité du débiteur, la tâche pourrait s'avérer plus difficile… En réalité, le créancier argumentera que le bien n'est pas nécessaire alors qu'à l'inverse le débiteur en difficulté soutiendra que le bien est nécessaire pour la poursuite de son activité. Il faut alors établir un principe permettant de respecter l'objectif premier des procédures collectives depuis la réforme de 1985[276] : le maintien de l'activité tout en essayant de concilier les intérêts du débiteur en difficulté et des créanciers titulaires de sûretés réelles. Pour ce faire, le principe serait que tous les biens sont nécessaires au maintien l'activité du débiteur. Toutes les sûretés réelles seraient

[273] R. Dammann et V. Rotaru, « Pour une réforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco-allemande », *opt.cit.,* p.2
[274] D. Legeais, « Procédures collectives et sûretés réelles. Quelques vœux pour la réforme à venir », *op.cit.,* p.1
[275] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.,* p.6
[276] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000693911/

donc paralysées lors de la période d'observation. En revanche, puisqu'il faut également prendre en compte les intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles, une exception doit être instaurée.

2- Le bien n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité

Si le bien n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité du débiteur, il n'y a aucune raison d'entraver sa mise en œuvre. Il faut alors instaurer une exception. L'exception serait : lorsqu'il apparait évident que les biens ne sont pas nécessaires à l'activité, le juge-commissaire pourra autoriser la réalisation du bien grevé d'une sûreté. Lorsque le débiteur est une personne morale, tous les biens seront en principe paralysés durant la période d'observation sauf s'il apparait certain qu'un bien n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité. Dans ce cas, selon l'exception, il pourra être vendu sous autorisation du juge-commissaire. Par ailleurs, lorsque le débiteur est une personne physique, un entrepreneur individuel, il existe dans son patrimoine des biens nécessaire à son activité professionnelle mais également des biens nécessaires à sa vie personnelle. De ce fait, les biens nécessaires à sa vie personnelle ne sont, en principe, pas nécessaires à la poursuite de son activité et pourraient être réalisés. Selon l'exception, ils pourraient être vendus sauf pour la résidence principale réservée à l'habitation[277]. La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante[278] vient cependant modifier le statut des entrepreneurs individuels et introduit une nouvelle exception au principe de l'unicité de patrimoine. L'entrepreneur individuel sera désormais, à partir du 14 mai 2022[279], doté automatiquement d'un patrimoine personnel et d'un patrimoine professionnel[280]. De ce fait, ce nouveau statut permettra à l'entrepreneur individuel de ne pas voir ses biens personnels pris en compte dans la procédure collective, sauf s'il y renonce. Grâce à cette nouvelle loi, il sera plus aisé de déterminer si les biens seront

[277] La résidence principale utilisée à titre d'habitation est insaisissable par une déclaration d'insaisissabilité, sauf lorsque l'entrepreneur s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales ou qu'il y a renoncé.

[278] Loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045167536

[279] B. Dondero, « Avant-propos - Entrepreneurs individuels : la nouvelle organisation de l'entreprise est là ! », *JCP E*, 2022, n°13, 1135, p.19

[280] F. Petit, « De l'ouverture des procédures de traitement de la défaillance de l'entrepreneur individuel », *Actualité des Procédures Collectives Civiles et Commerciales*, n°64, p.4 : « *D'un côté « les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel ». De l'autre, les éléments « non compris dans le patrimoine professionnel constituent son patrimoine personnel ». Cette séparation patrimoniale conduit le législateur à reprendre l'idée générale d'une approche patrimoine par patrimoine, adoptée pour l'EIRL en difficulté, pour déterminer si la situation de l'entrepreneur justifie l'ouverture d'une procédure de traitement de sa défaillance.* »

nécessaires ou non à la poursuite de l'activité du débiteur, le patrimoine personnel n'étant pas pris en compte dans la procédure collective[281]. Le régime du débiteur personne physique serait ainsi semblable à celui du débiteur personne morale. Si l'entrepreneur avait en revanche renoncé à la séparation des deux patrimoines, dans ce cas, les biens affectés dans son patrimoine personnel pourraient être réalisés puisqu'ils ne seraient pas naturellement utiles à la poursuite de son activité professionnelle. Ce statut entrera en vigueur à compter du 14 mai 2022. Les sûretés réelles conventionnelles consenties par l'entrepreneur individuel antérieurement au démarrage de son activité ne seront cependant pas affectées[282]. En cas de vente du bien grevé d'une sûreté lors de la période d'observation, le produit de la vente couvrant la créance garantie irait, après adoption du plan conformément à l'article L622-8 du Code de commerce et après paiement des créances salariales[283], directement au créancier titulaire de la sûreté. Par ailleurs, aujourd'hui, dans le cadre d'un plan, les délais pouvant être imposés aux créanciers peuvent aller jusqu'à 10 ans. Ce délai de 10 ans pouvant être imposé est assez long. Il pourrait alors être envisagé de soumettre les sûretés réelles à des délais de paiements mais n'excédant pas plus de 5 ans par rapport aux échéances prévues initialement. Cela leur permettrait de participer au redressement de l'entreprise. Ce nouveau régime juridique serait appliqué d'une part aux sûretés réelles dites classiques. Il serait également appliqué aux sûretés réelles exclusives. Le régime de la fiducie-sûreté resterait naturellement le même. Il faut cependant nuancer l'exception de l'article L 622-7, II du Code de commerce et le modifier en faisant que le débiteur ne paye plus pour le retour des biens fiduciaires dans le patrimoine si ce retour est nécessaire à la poursuite de l'activité. Une convention de mise à disposition pourra être conclue avec l'accord du juge commissaire. En outre, ce régime serait aussi appliqué ainsi au gage avec dépossession et donc au créancier avec un droit de rétention, le créancier devra obligatoirement rendre le bien au débiteur sans paiement de la créance si le bien est nécessaire au maintien de l'activité. Il sera dès lors considéré comme créancier antérieur et ne pourrait plus échapper à l'interdiction des paiements. Si le bien n'est pas nécessaire au maintien de l'activité, le débiteur, avec

---

[281] La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante est venue modifier les nullités de la période suspecte en modifiant l'article L. 632-1 du Code de commerce. Désormais, l'article L. 632-1 du Code de commerce précise : *« Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : … 12° Toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus que l'entrepreneur a déterminés, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur »*

[282] C. com., art. L. 526-22, al. 6

[283] C. com., art. L. 626-22

l'accord du juge commissaire pourra le réaliser et ainsi payer le créancier bénéficiant d'un droit de rétention. En cas de création d'une garantie réelle unique, c'est ce régime juridique qui lui sera applicable lors de l'ouverture d'une procédure collective. En revanche, s'agissant de la clause de réserve de propriété, bien que semblable à une fiducie-sûreté sans dépossession, ce régime lui ne pourrait lui être appliqué[284]. En effet, le vendeur a procédé à des investissements, la non généralisation de ce régime à la clause de réserve de propriété permet d'éviter les liquidations en cascade des fournisseurs. En revanche, les solutions proposées précédemment pour limiter les actions en revendication pourront leur être appliquées[285]. Ainsi, seul le créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété pourra pour des raisons économiques contourner la discipline collective. Eu égard la non application du régime de la fiducie-sûreté à la clause de réserve de propriété, toutes les autres sûretés seraient soumises, *de lege ferenda*, en période d'observation à la discipline collective et auraient toutes un traitement égalitaire. Les créanciers ne disposeraient donc pas de carte *« Joker »*. Il faut enfin déterminer l'application de la généralisation du régime de la fiducie-sûreté aux sûretés réelles en cas de liquidation judiciaire. Ce régime serait également pertinent pour l'application du *best interest test.*

§2. L'efficacité des sûretés réelles en liquidation judiciaire

Lorsque le débiteur se trouve en liquidation judiciaire, les créanciers titulaires de sûretés réelles classiques sont primés par les créanciers privilégiés qui sont de plus en plus nombreux. En revanche, les créanciers bénéficiant d'une sûreté réelle exclusive tel un droit de rétention, une fiducie-sûreté, une clause de réserve de propriété ne sont pas concernés par ces privilèges et leurs sûretés sont pleinement efficaces en cas de réalisation du bien affecté en garantie. Il s'agira dans ce dernier paragraphe de restaurer l'efficacité des sûretés réelles en liquidation judiciaire **(1)**. Grâce à ce nouveau régime juridique, le *best interest test* sera plus facilement applicable **(2).**

1- La nouvelle situation exclusive des sûretés réelles en liquidation judiciaire

Lorsque l'entreprise est en cessation des paiements et que le redressement judiciaire s'avère impossible[286], la liquidation judiciaire est la dernière étape dans la vie de l'entreprise. La liquidation judiciaire marque la fin de l'activité du débiteur et le retour de

[284] R. Dammann et V. Rotaru, « Pour une reforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco-allemande », *op.cit.*, p.2
[285] Voir *Supra* : La limitation des actions en revendication
[286] C. com., art. L.640-1

l'efficacité des sûretés réelles puisque l'entreprise étant en liquidation judiciaire son but premier n'est plus le maintien de l'activité. Les créanciers titulaires de sûretés réelles devraient se réjouir puisque *« en liquidation judiciaire, il n'est aucune raison de malmener le droit des sûretés »*[287]. Cependant, comme démontré précédemment[288], en cas de liquidation judiciaire, les sûretés réelles sont aujourd'hui traitées de manières très différentes les unes des autres. Les créanciers titulaires de sûretés réelles exclusives bénéficient d'une carte *« Joker »* contrairement aux créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles. D'autant plus que les sûretés préférentielles sont primées par des privilèges alors que les sûretés réelles exclusives ne le sont pas. Le régime de la fiducie-sûreté pourrait aussi, en liquidation judiciaire être généralisé à l'ensemble des sûretés réelles. En cas de liquidation judiciaire, la fiducie-sûreté est pleinement efficace qu'elle soit ou non accompagnée d'une convention de mise à disposition. Dans tous les cas, le créancier fiduciaire n'a pas à subir le concours d'aucun créancier privilégié du débiteur et bénéficie d'un paiement exclusif sur la réalisation de la sûreté, elle prime tous les privilèges. Selon l'article L. 641-11-1 VI du code de commerce, les règles des contrats en cours ne sont pas applicables au contrat de fiducie et à la convention de mise à disposition. En conséquence, la fiducie-sûreté n'est jamais paralysée en liquidation judiciaire, elle peut donc être réalisée[289]. Puisqu'il n'y a pas de raison d'entraver la mise en œuvre des sûretés réelles en liquidation judiciaire, le régime de la fiducie-sûreté pourrait-être applicable à l'ensemble des sûretés réelles afin que les créanciers puissent agir à « *armes égales* »[290] (sauf clause de réserve de propriété pour les raisons évoquées précédemment). Cependant, pour ce faire, les solutions proposées précédemment pour la liquidation judiciaire doivent être appliquées pour ne pas entraver d'une manière trop importante les privilèges[291]. De ce fait, les actifs dépourvus de sûreté seraient réalisés dans un premier temps et les titulaires de privilèges généraux seraient désintéressés et auraient davantage de chance d'être payés. Le classement légal serait respecté[292]. Puis, les biens grevés de sûretés seraient réalisés et les bénéficiaires de sûretés réelles spéciales encaisseraient en exclusivité le montant de la vente à hauteur de leur créance et les créanciers privilégiés ne seraient désintéressés qu'à partir de la valeur résiduelle des actifs

[287] P. Roussel Gale et F. Pérochon, « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *op.cit.*
[288] Voir *Supra* : Les sûretés réelles face à la liquidation judiciaire
[289] S. Farhi, « La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté », *op.cit.*, p.1
[290] C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.*, p.5
[291] Voir *Supra* : Le renforcement de l'attractivité du droit de préférence
[292] Les sûretés réelles ou la garantie réelle unique seraient exclues de cet ordre

affectés en garantie et sur les actifs libres du débiteur, par priorité aux créanciers chirographaires[293]. Ainsi, le bien réalisé non grevé d'une sûreté suivra l'ordre des paiements inscrit à l'article L. 643-8 du Code de commerce hors sûretés réelles ou garantie réelle unique. En revanche, lorsqu'un bien grevé d'une sûreté serait réalisé, le créancier titulaire d'une sûreté réelle ou d'une garantie réelle unique sera payé en priorité sur le bien et les autres créanciers privilégiés seront payés avec le montant résiduel. Cette solution permettra de simplifier l'application du *best interest test*.

2- La meilleure application du *best interest test*

Le *best interest test* est un nouveau concept introduit par l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des entreprises en difficulté[294]. Il figure à l'article L626-31 du Code de commerce et vise à préserver la situation des créanciers titulaires de sûretés dans les procédures collectives, notamment en sauvegarde et en redressement judiciaire, visant le maintien de l'activité. Tout plan doit améliorer sa position par rapport à celle dans laquelle il se serait trouvé en cas de liquidation judiciaire. Ainsi, il faut vérifier qu'un créancier n'est pas moins bien traité dans le cadre du plan qu'il aurait été en cas de liquidation judiciaire. Cependant, comme constaté précédemment[295], l'application de ce test et sa vérification paraissent difficile étant donné la multitude de sûretés et de situations possibles. En effet, il existe un problème de valorisation lorsque les créanciers titulaires de sûretés réelles sont en concurrence avec de nombreux créanciers privilégiés. En revanche, la mise en œuvre de ce principe est aisée lorsqu'il est possible de prédire facilement le sort du créancier titulaire d'une sûreté réelle dans le cadre d'une liquidation. Afin de favoriser une meilleure application du *best interest test* il faudrait nécessairement simplifier la prédiction du sort de la sûreté réelle dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Pour ce faire, la généralisation du régime de la fiducie-sûreté serait un bon moyen d'améliorer la simulation de la situation de la sûreté réelle en liquidation judiciaire[296]. En effet, les créanciers titulaires de sûretés réelles seraient tous payés exclusivement sur le prix de la vente de l'actif grevé de la sûreté et n'auraient pas à subir le concours d'aucun créancier privilégié du débiteur. Selon R. Dammann : *« L'application de la règle du best*

[293] A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », *op.cit.,* p.259 à p.274
[294] Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce
[295] Voir *Supra* : Le *best interest test*, un concept difficilement applicable
[296] R. Dammann et V. Rotaru, « Pour une reforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco-allemande », *op.cit.,* p.3

interest of creditors test se trouvera grandement facilitée : il suffira de calculer la valeur liquidative des actifs affectés en garantie »[297].

Par conséquent, la généralisation du régime de la fiducie-sûreté à toutes les sûretés permettrait d'une part d'augmenter les chances de redressement des entreprises en difficulté en laissant à leur disposition tous les biens nécessaires à leur activité et d'autre part, de favoriser le financement des entreprises en garantissant aux créanciers le paiement d'au moins la valeur liquidative des biens affectés en garantie *(best interest test).* Enfin, il permettrait de prendre en compte les intérêts du débiteur en difficulté mais également des créanciers titulaires de sûretés réelles.

La création d'un tel régime juridique unique applicable à toutes les sûretés réelles (sauf à la clause de réserve de propriété) permettrait d'une part, d'assurer une égalité de traitement entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles et d'autre part de concilier les intérêts que tout oppose, ceux des créanciers et ceux du débiteur en difficulté.

Ce nouveau régime juridique permettrait également de simplifier le droit des entreprises en difficulté et le rendre accessible au plus grand nombre. Si une garantie réelle unique est adoptée avec le régime juridique unique défini, la simplification serait encore plus importante. En revanche, nul ne sait si le législateur serait prêt à adopter une telle garantie réelle unique. Si tel n'est pas le cas, il faudrait ainsi soumettre les sûretés réelles existantes à ce nouveau régime juridique.

[297] Ibid., p.3

CONCLUSION

« *Traiter du droit des entreprises en difficulté et du droit des sûretés, c'est évoquer le mariage de l'eau et du feu, mariage des opposés, des contraires, qui sont toujours complémentaires* »[298]. Tenter de trouver un équilibre entre les sûretés réelles et les procédures collectives s'apparente à vouloir concilier l'inconciliable. Mais comment concilier des intérêts que tout oppose ?

En essayant de trouver un équilibre entre les intérêts du débiteur et des créanciers titulaires de sûretés réelles, les réformes successives du droit des sûretés et des entreprises en difficulté ont créé des sûretés réelles de plus en plus efficaces dans les procédures collectives. Cela a entrainé une inégalité de traitement entre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles lors de l'ouverture d'une procédure collective et une confrontation entre les intérêts du débiteur et des créanciers titulaires de sûretés réelles. Afin de favoriser une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives, deux solutions semblent envisageables. Dans un premier temps, il s'agirait de créer une garantie réelle unique qui permettrait de restaurer une égalité entre les créanciers et de mettre fin aux choix stratégiques de ces derniers. Ils seraient tous soumis à la discipline collective. La garantie réelle unique permettrait de n'avoir qu'un seul régime juridique dans les procédures collectives et ainsi de remédier à la diversité de régimes actuels. Il faudrait cependant dépasser les cadres juridiques et culturels français. Qu'une garantie réelle unique soit créée ou non, il semble nécessaire de concevoir un nouveau régime juridique unique des sûretés réelles propre aux procédures collectives. Afin d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers titulaires de sûretés réelles et de concilier les intérêts du débiteur et des créanciers titulaires de sûretés réelles, il faudra déterminer si le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté en période d'observation. Cette nouvelle condition deviendrait le principe. Comme à tout principe, il existe une exception, si le bien ne s'avère pas nécessaire à la poursuite de l'activité du débiteur, la sûreté retrouverait toute son efficacité. Elle serait également pleinement efficace en liquidation judiciaire. À l'heure où les praticiens des procédures collectives s'attendent à une vague de faillite en 2022, la conception d'un nouveau régime juridique favorisant une coordination entre les sûretés réelles et les procédures collectives qui laisse entrevoir une part de rêve et d'utopie devrait devenir une réalité…

---

[298] F. Macorig-Venier, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Droit et patrimoine*, 2010, n°188, p.1

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, éd. LGDJ, 2021

Y. Blandin et V. Mazeaud, *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?* éd Dalloz, 2019

M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés,* éd. Dalloz, 2015, 5ème édition

J. Craste, *La summa divisio des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2020

Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives,* éd. Harmattan, 2016

M. Dols-Magneville, *La réalisation des sûretés réelles*, Université Toulouse 1 Capitole, 2013

C. Favre Rochex, *Sûretés et procédures collectives,* éd. LGDJ, 2020

S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté,* éd LGDJ, 2015

P. R. Galle, *Entreprises en difficulté,* éd. Lexis Nexis, 2012

L-C Henry, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté,* éd Gualino, 2022

M. Houssin, *La subordination de créance : analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, 2018, éd LGDJ, §603

P-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, p. 1- 18, éd Dalloz, 2018

C. Lledo, *Essai d'une théorie générale des sûretés réelles : plaidoyer pour la réhabilitation du droit de préférence*, Paris 2, 2020

F-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite,* éd P.U.F, 2021

F. Macorig-Venier, *L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans, p. 413-438,* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitol, 2005

C-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés,* éd. LGDJ, 2020

P. Pétel, *Procédures collectives*, 9e éd. Dalloz, 2017

G. Piette, *L'essentiel du droit des sûretés*, éd Gualino, 2022

P. Roussel Gale, *Entreprises en difficulté*, éd. Lexis Nexis, 2013

ENCYCLOPÉDIE

F. Macorig-Venier, Rép. Com., Dalloz, Entreprise en difficulté : situation des créanciers, 2021

E. Mouial Bassilana, Rép. Com., Dalloz, Entreprise en difficulté : avant-propos, 2019

ARTICLES DE REVUES

F. Abitbol, V. Leloup Thomas, N. Partouche, et D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées », *JCP E*, 2021, n°49, p.27-35

C. Albiges, « Les sûretés et les biens immatériels en droit français : quelles sont les perspectives ? », *Les cahiers de droit*, 2018, n°59.2. p. 333–350

L. Andreu, « Les principaux apports de la réforme du droit des sûretés » *Actualité des procédures collectives*, 2021, n°18.246

J-J. Ansault,

- « De l'art de rendre alambiqué le régime des sûretés réelles consenties en garantie de la dette d'autrui en procédure collective », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2021, n°4, p.53
- « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *Droit et Patrimoine LAMY, 2010, n*°192
- « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés ». *Revue de droit d'Assas.* 2019, n°19. p. 105-121

J-J. Ansault et A. de Mauléon, « Procédures collectives – Classement des sûretés : De quelques difficultés d'interprétation relatives aux « classes » de créanciers », *Recueil Dalloz*, 2022, p.305

A. Aynès,

- « Les causes classiques de préférence : l'égalité respectée ? Le traitement différencié des créanciers titulaires de sûretés réelles », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2019
- « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP G*, 2009, I, 119

F. Barrière, « La fiducie-sûreté en droit français », *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill, 2013, n°58.4, p. 869–904*

C. Basse, « Procédures collectives – Classement des sûretés : Le nouvel article L.643-8 du code de commerce », *Recueil Dalloz,* 2022, p. 306

J-P. Beauchamp, « La détermination de la valeur de l'entreprise en difficulté », *JCP E,* 2021, n°49, p.40-43

A. Bezer et S. Vermeille,

- « Sortir de l'impasse grâce à l'analyse économique du droit : Comment rendre à la fois le droit des sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté efficaces ? » *Droit et Croissance,* 2013, n°4
- « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collective », *Dalloz Recueil,* 2014, n°5

N. Borga, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°13

N. Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4

T. Bos et R. Dammann, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *Recueil Dalloz*, 2021, n°37

M. Bourassin, « Sûretés exclusives : quelles limites ? », *Défrenois*, 2021, n°48, p.18

O. Buisine, « Les classes de parties affectées », *Revue des procédures collectives*, 2021, n° 6

P. Cagnoli et F-X. Lucas, « Droit des entreprises en difficulté », *Recueil Dalloz*, 2021, p. 1736

P. Cagnoli,

- « La mise en œuvre de sa garantie par le bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui, en cas de procédure collective du constituant ». *Revue des procédures collectives*, 2021, n°3, p.4
- « Regards sur les modifications du livre VI intéressant le droit des sûretés », *Revue des procédures collectives*, 2022, n°7

E. Charpentier, « Regard sur le droit québécois des sûretés », *RDBF*, 2016, n°6

M. Combe, « L'efficacité de la fiducie-sûreté », *Petites Affiches*, 2011, n°30, p.8

R. Dalmau,

- « Réforme des rapports entre les sûretés et les procédures collectives », *JCP – notariale et immobilier*, 2021, n°48, p. 52-56
- « Nouvelles mesures et articulations avec la réforme des sûretés », *JCP E*, 2021, n°49, p. 64-67

R. Dammann et T. Bos, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *Recueil Dalloz*, 2021, p.1931

R. Dammann et M. Robinet, « Sûretés réelles - Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2009, n°23, p.4

R. Dammann et R. Vasile, « Pour une réforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco- allemande », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4, p.23

R. Dammann et V. Rotaru, « Pour une réforme cohérente du droit des sûretés et de la loi de sauvegarde dans une approche d'harmonisation franco-allemande », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4 – 23

O. Debeine et E. Rosier, « La règle de priorité absolue », *Revue des procédures collectives*, 2021, n°6

B. Dondero,

- « L'impact de la réforme du droit des sûretés sur les sociétés », *JCP E*, 2021, n°42, 1459
- « Avant-propos - Entrepreneurs individuels : la nouvelle organisation de l'entreprise est là ! », *JCP E*, 2022, n°13, 1135

P. Dupichot, « Une ordonnance pour plus de sûreté ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 2021, n°11

S. Farhi,

- « La fiducie-sûreté et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal*, 2018, n°2.81
- « Les évolutions du régime de la fiducie-sûreté dans le projet de réforme du droit des sûretés », *Revue Lamy Droit Civil*, 2021, n°194, p.18-22

C. Favre Rochex,

- « Les répartitions en liquidation judiciaire après la réforme du livre VI du Code de commerce », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2021, n°06, p.49

- « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives », *Recueil Dalloz*, 2021, p. 190
- « Procédures collectives – Classement des sûretés, L'interdiction d'accroître l'assiette de la sûreté », *Recueil Dalloz*, 2022, p°304
- « Une nouvelle réforme du livre VI du Code de commerce ! », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2021, n°05, p.37

B. Ferrari, « Dispense de déclaration de créance et admission de plein droit : gare au renouvellement des sûretés ! », *Recueil Dalloz,* 2021, p.835

B. Fleury, J-P. Robé, J-P. Farges et P-E Fende, « Les classes de créanciers dans le nouveau droit des procédures collectives : pistes de réflexion », *Fusion et acquisitions,* 2019

B. Ghandour, « L'impact de la réforme sur le droit des entreprises en difficulté : un coup de couteau dans la discipline collective », *Revue des procédures collectives*, 2022, n°6

R. Grau,

- « Comment envisager l'avenir du traitement des entreprises en difficultés », *JCP E*, 2021, n°49, p.72-74
- « Regard sur le droit des entreprises en difficultés à la lumière de la réforme du 15 septembre 2021 », *Revue des procédures collectives,* 2022, n°4

M. Grimaldi,

- « Problèmes actuels des suretés réelles », *Petites affiches*, 1996, n°77, p.7
- « Le droit nouveau des sûretés est arrivé ! » *Defrénois*, 2021, n°39, p.1

A.Gourio, « Sûretés et procédures collectives ». *Revue des procédures collectives,* 2018, n°4, p.24

O. Gout, « Les sûretés face aux procédures collectives », *JCP – Notariale et Immobilière,* 2020, n°40, 1339, p.1

P. Gruber, « Procédures collectives et sûretés réelles en droit allemand. », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4, p.22

M. Guastella, « Le sort du titulaire d'une sûreté réelle pour autrui en cas de procédure collective du constituant. », *Gaz.Pal*, 2020, n°35, p.81

M. Houssin,

- « L'adoption du plan par les parties affectées », *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 2021*, n°09, p.4
- « La constitution des classes de parties affectées », *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 2021, n°09, p.4
- « Le test du respect des intérêts des créanciers ou « best interest test », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4-19
- « Une nouvelle utilisation des mécanismes fiduciaires dans la procédure collective », *Petites affiches*, 2018, n°076, p.7

C. Houin-Bressand et F. Pérochon, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *RDBF*, 2016, n°16, p.1-6

M. Julienne,

- « Garanties et sûretés réelles : innovations passées et à venir », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4-16
- « Les attributs de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°15

E. Lacroix, « La « communauté d'intérêt suffisante » ou le nœud gordien de la constitution des classes de créanciers », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2021, n°05, p. 42

C. Lebel, « Regard sur le rôle du tribunal dans la réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 », *Revue des procédures collectives*, 2022, n°11

P-M. Le Corre, « La situation contrastée des créanciers titulaires de sûretés », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2022

D. Legeais,

- « Ce qu'il faut retenir de l'ordonnance réformant le droit des sûretés », *RDBF*, 2021, n°5, p. 2
- « Procédures collectives et sûretés réelles. Quelques vœux pour la réforme à venir », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4, p.21
- « Propositions en vue de l'articulation du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », *RDBF*, 2021, n°2, p.25
- « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *RDBF*, 2016, n°2

D. Legeais et R. Dammann, « Regards croisés sur la réforme du droit des sûretés et des procédures collectives », *RDBF*, 2021, n°6

F-X Lucas et M. Sénéchal, « Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir », *Recueil Dalloz*, 2008, p.29

F-X Lucas,

- « Fiducie vs sauvegarde, un arbitrage équilibré », *Bulletin Joly Sociétés*, 2009, n°2, p.105
- « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Revue des procédures collectives*, 2009, n°6, p.19
- « Procédures collectives – Classement des sûretés, créanciers titulaires de sûretés réelles et les classes de parties affectées », *Recueil Dalloz*, 2022, p°304
- « L'égalité des créanciers face à la procédure collective de leur débiteur : rapport de synthèse », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2019, n°06, p.78

F. Macorig-Venier,

- « L'évolution chaotique de la situation des créanciers titulaires de sûretés », *RLDA*, 2005 n°80
- « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Droit et patrimoine*, 2010, n°188

N. Martial-Braz, « l'opposabilité de l'hypothèque unique », *RDBF*, 2016, n°14

V. Martineau-Bourginnaud, « L'élargissement des missions confiées aux professionnels du chiffre, aux administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires », *Revue des procédures collectives*, 2022, n°13

T. Méteyé, « Quid de l'AGS dans la problématique procédures collectives/sûretés réelles ? », *Revue des procédures collectives*, 2018, n°4, p. 25

L. Miquel, « L'instauration des classes de parties affectées sous le regard de l'administrateur judiciaire », *Revue des procédures collectives*, 2022, n°15

M-H. Monsièré-Bon, « En même temps ! », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté,* 2021, n°6, p.1

Ch. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *in Études René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, n° 1, p. 529 s

F. Petit, « De l'ouverture des procédures de traitement de la défaillance de l'entrepreneur individuel », *Actualité des Procédures Collectives Civiles et Commerciales*, n°64

J-D. Pellier,

- « Regard sur la fiducie-sûreté », *Petites affiches,* 2007, n°58.6
- « De la primauté des procédures collectives sur les sûretés », *JCP G*, 2020, n° 14

F. Pérochon, « Le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2019, n°5, p.7

D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées », *JCP E*, 2021, n°49, p.29

P. Rossi,

- « D'autres réformes à venir ? », *JCP E*, 2021, n°49, p.71-72
- « Les choix de la réforme » *Revue des procédures collectives*, 2022, n°3
- « Procédure collective - Entrepreneur individuel et procédure collective. À propos de l'article 5 de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante », *JCP E*, 2022, n°13, 1138

- « Procédures collectives – Classement des sûretés, propos introductifs », *Recueil Dalloz, 2022, p°303*

V. Rotaru et S. Vermeille, « La directive restructuration : Un texte sans socle intellectuel cohérent, Mais une opportunité unique pour la France », *Droit et croissance*, 2015

P. Roussel Galle, « Procédures collectives et sûretés réelles : à la recherche d'équilibres et d'articulation. Rapport introductif. Enjeux et perspectives. », *Revue des procédures collectives,* 2018, n°4, p.15

P. Roussel Gale et F. Pérochon, « Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal », *Revue des procédures collectives*, 2016, n°1, doss 12.

P. Rubellin, « Nullité de droit de la période suspecte : peu de modifications », L'*ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 2021, n°09, p.3

D. Sahel, « Les sûretés dans la réforme des procédures collectives », *L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté*, 2021, n°9, p.2

L. Sautonie - Laguionie, « Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté », *JCP E,* 2021, n°49, p.18-19

B. Soinne, « Les répartitions ou la mission impossible », *Revue des procédures collectives*, 1997, p. 249 et s.

J-L Vallens, « Quelques innovations bienvenues en marge des classes de créanciers », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté, n°6,* p.33

F. Vauvillé, *« « Simplification, clarification et modernisation des règles relatives aux sûretés dans le livre VI », morceaux choisis », Revue des procédures collectives, 2022, n°10*

MELANGES

A. Alle et R. Dammann, « À la recherche d'une cohérence entre sûretés réelles et droit des procédures collectives », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Grimaldi, éd. Défrenois*, 2020, p.259 à p.274

P. Dupichot, « Les sûretés réelles à l'épreuve des procédures d'insolvabilité, entre passé, présent et avenir », *in Mélanges en l'honneur du professeur L. Aynès*, éd. *LGDJ*, 2019

R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemandes des procédures d'insolvabilité, *in Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, éd. *Lexis Nexis*, 2018, p.221

LOIS

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

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

Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

TEXTES DE LOI AMERICAINS

États-Unis

Chapter 11, Title 11, United States Code. Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-11/subchapter-II

Uniform Commercial Code, art.9. Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9

Uniform Commercial Code, Section 9-102.
Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-102

Uniform Commercial Code, Section 9-108.
Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-108

Uniform Commercial Code, Section 9-109. Consultable à l'adresse suivante : https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-109

Québec

Article 2660 du Code civil

TEXTES DE LOI FRANCAIS

Code civil
Livre IV : Des sûretés, Titre II : Des sûretés réelles

Code de commerce
Livre VI : Des difficultés des entreprises

Code Monétaire et financier
Partie législative, Livre III : Les services, Titre 1er : Les opérations de banque, les services de paiements et l'émission et la gestion de monnaie électronique, Chapitre III : Crédits, Section 3, Procédures de mobilisation des créances professionnelles, Sous-section 1 : Cession et nantissement des créances professionnelles

ORDONNANCES

Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés

Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce

DIRECTIVE

Directive Restructuration et Insolvabilité du Parlement européen et du Conseil n°2019-1023 du 20 juin 2019

JUGEMENT

Affaire : La société BCM ENERGY / G.T.C. LYON, N° 2021F3177

JURISPRUDENCE

Cass. Com., 28 janvier 1997, n°93-21.662, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036886

Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036877

Cass. com., 23 avr. 2003, n° 02-11.015, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007465492

Cass. com., 28 sept. 2004 n° 02-10943, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007482323

Cass. com., 28 sept. 2004 n°03-13336, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007482032

Cass.com, 8 juill. 2014, n°13-18-471, non publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029246783

Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-10421, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000033177261

Cass. Com., 4 mai 2017, n° 15-24.854, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000034654342

Cass. Com., 28 juin 2017, n°16-10.591, publié au bulletin. Consultable à l'adresse suivante : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035077376

SITES INTERNET

Actu Juridique, « Ordonnance portant réforme du droit des sûretés : les principales dispositions concernant la pratique notariale », consultable à l'adresse suivante : https://www.actu-juridique.fr/breves/professions/ordonnance-portant-reforme-du-droit-des-suretes-les-principales-dispositions-concernant-la-pratique-notariale/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Altares – BILAN 2019 : défaillances et sauvegardes d'entreprises en France. Consultable à l'adresse suivante : https://www.altares.com/fr/whitepapers/t4-bilan-2019/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Altares – BILAN 2020 : défaillances et sauvegardes d'entreprises en France. Consultable à l'adresse suivante : https://www.altares.com/fr/whitepapers/t4-bilan-2020/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Altares – BILAN 2021 : défaillances et sauvegardes d'entreprises en France. Consultable à l'adresse suivante : https://www.altares.com/fr/whitepapers/etude-de-defaillances-et-sauvegardes-des-entreprises-en-france-t4-et-bilan-2021/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Association Henri Capitant, « Avant-Projet de réforme du droit des sûretés », consultable à l'adresse suivante : http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

C. Barillon, A. Couret et J-J Daigre, « La cession de somme d'argent à titre de garantie (gage espèces) », consultable à l'adresse suivante : https://home.kpmg/fr/fr/home/services/kpmg-avocats/kpmg-avocats-actualites/droit-des-suretes-cession-de-somme-d-argent-a-titre-de-garantie.html [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Y. Blandin, « Pas d'interdiction des poursuites pour le bénéficiaire d'une sûreté réelle pour autrui », consultable à l'adresse suivante : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/pas-d-interdiction-des-poursuites-pour-beneficiaire-d-une-surete-reelle-pour-autrui [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

D. Brevot, « Réforme des procédures collectives - ordonnance du 15 septembre 2021 », consultable à l'adresse suivante : https://www.village-justice.com/articles/reforme-des-procedures-collectives-ordonnance-no2021-1193-septembre-2021,40261.html [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

S. Bridier, « Réformes des sûretés et des procédures collectives : « C'est de l'horlogerie ». », consultable à l'adresse suivante : https://www.editions-legislatives.fr/actualite/reformes-des-suretes-et-des-procedures-collectives [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

S. Chatelon, M. Waechter, H. Robert et A. Raynouard « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'articulation du droit des sûretés et des procédures collectives enfin prise en compte », consultable à l'adresse suivante : https://taj-strategie.fr/reforme-du-droit-des-entreprises-en-difficulte-larticulation-du-droit-des-suretes-et-des-procedures-collectives-enfin-prise-en-compte. [Consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

R. Dammann et M. Guermonprez, « Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté », consultable à l'adresse suivante : https://banque-assurance.efe.fr/2019/04/09/pour-une-reforme-du-droit-des-suretes-en-adequation-avec-le-droit-des-entreprises-en-difficulte/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », *Mélanges en l'honneur du professeur Claude WITZ,* Parution 06/12/2018, LexisNexis, consultable à l'adresse suivante :

https://www.codeeuropeendesaffaires.eu/2020/11/23/lintroduction-des-classes-de-creanciers-dans-loptique-dune-harmonisation-franco-allemande-des-procedures-dinsolvabilite/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

J. Dray, « Les créanciers privilégiés à l'épreuve des procédures collectives », consultable à l'adresse suivante : https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/creanciers-privilegies-epreuve-procedures-collectives-11604.htm [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

O. Gout : « Réforme du droit des sûretés : nouveaux ajustements du calendrier et du texte », consultable à l'adresse suivante : https://www.editions-legislatives.fr/actualite/reforme-du-droit-des-suretes-nouveaux-ajustements-du-calendrier-et-du-texte [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Hypothèque en ligne, « L'hypothèque légale : définition et modalités d'application », consultable à l'adresse suivante : https://www.hypotheques-en-ligne.fr/hypotheque-legale/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

IFPPC, « Réforme du droit des sûretés : Les propositions de l'IFPPC », consultable à l'adresse suivante : https://www.ifppc.fr/ifppc/actualites/1578 [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

F. Kieffer, « Réforme des sûretés : registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes », consultable à l'adresse suivante : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/reforme-des-suretes-registre-des-suretes-mobilieres-et-autres-operations-connexes [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

M. Le Gac, « La réforme du droit des sûretés [PART – 2] : Le sort des sûretés réelles à l'issue de la réforme, la création de la cession de somme d'argent et la consécration de la cession de créance, à titre de garanties », consultable à l'adresse suivante : https://www.lemag-juridique.com/articles/la-reforme-du-droit-des-suretes-part-2-le-sort-des-suretes-reelles-a-lissue-de-la-reforme-la-creation-de-la-cession-de-somme-

dargent-et-la-consecration-de-la-cession-de-creance-a-titre-de-garanties-2254.htm[consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

K. Lemercier et F. Mercier, « Réforme du droit des entreprises en difficulté », consultable à l'adresse suivante : https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/reforme-du-droit-des-entreprises-en-difficulte [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Lexis Veille, « Les réformes du droit des sûretés et du droit des entreprises en difficulté sont présentées en Conseil des ministres », consultable à l'adresse suivante : https://www.lexisveille.fr/les-reformes-du-droit-des-suretes-et-du-droit-des-entreprises-en-difficulte-sont-presentees-en [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

E. Mrabet, « Première application de la réforme des classes de créanciers par un Tribunal de commerce (TC Lyon, 13/04/2022) », consultable à l'adresse suivante : https://www.linkedin.com/pulse/premi%C3%A8re-application-de-la-r%C3%A9forme-des-classes-par-un-enis-mrabet/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

C. Nommik, « Les créanciers titulaires de sûretés face au nouveau droit des entreprises en difficulté », consultable à l'adresse suivante : https://www.soulier-avocats.com/les-creanciers-titulaires-de-suretes-face-au-nouveau-droit-des-entreprises-en-difficulte/[consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

PwC avocats, « La réforme du droit des sûretés est adoptée », consultable à l'adresse suivante : https://www.pwcavocats.com/fr/ealertes/ealertes-france/2021/09/reforme-droit-suretes-adoptee.html [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

PwC avocats, « Publication de l'ordonnance portant réforme des « Procédures collectives ». », consultable à l'adresse suivante : https://www.pwcavocats.com/fr/ealertes/ealertes-france/2021/09/publication-ordonnance-reforme-procedures-collectives.html [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

Racine, « Focus sur la réforme du droit des sûretés : l'essentiel des nouvelles dispositions », consultable à l'adresse suivante : https://www.racine.eu/focus-sur-la-reforme-du-droit-des-suretes-lessentiel-des-nouvelles-dispositions/[consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

V. Téchené, « Publication de l'ordonnance de réforme du droit des entreprises en difficulté », consultable à l'adresse suivante : https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/72323910-breves-publication-de-l-ordonnance-de-reforme-du-droit-des-entreprises-en-difficulte [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

ANNEXES

Annexe n°1. Interview O. Buisine (Date : 23 décembre 2021 et complétée le 5 mai 2022 afin de prendre en compte le premier jugement relatif à la constitution des classes de parties affectées) 91

Annexe n°2. Interview avec M. Elancry (Date : 13 janvier 2021) 96

Annexe n°3 : Ordre de paiement des créanciers en liquidation judiciaire 100

Annexe n°4 : Affaire : La société BCM ENERGY / G.T.C. Lyon, n° rôle 2021F03177 101

Annexe n°5. Schéma de décision : Les sûretés réelles en période d'observation, de *lege lata* 104

Annexe n°6. Schéma de décision : Les sûretés réelles en liquidation judiciaire, de *lege lata* .. 105

Annexe n°7. Le nouveau régime juridique en période d'observation, *de lege ferenda (Hypothèse 1 : Création d'une garantie réelle unique)* 106

Annexe n°8 : Le nouveau régime juridique en période d'observation, *de lege ferenda (Hypothèse 2 : Maintien d'une multitude de sûretés réelles)* 107

Annexe n°9. Le nouveau régime juridique en liquidation judiciaire, *de lege ferenda (Hypothèse 1 : Création d'une garantie réelle unique)* 108

Annexe n°10. Le nouveau régime juridique en liquidation judiciaire, *de lege ferenda (Hypothèse 2 : Maintien d'une multitude de sûretés réelles)* 109

Annexe n°11 : Rencontre avec V. Doucède au Tribunal de commerce de Bobigny (Date : 11 avril 2022) 110

Annexe n°1. Interview O. Buisine (Date : 23 décembre 2021 et complétée le 5 mai 2022 afin de prendre en compte le premier jugement relatif à la constitution des classes de parties affectées)

Olivier Buisine est Administrateur Judiciaire et associé au sein de l'étude AJ UP et accompagne les entreprises en crise avec pragmatisme et bienveillance et dans le respect des intérêts de la collectivité. Il est également l'auteur de nombreuses publications dans des revues spécialisées permettant d'assurer un traitement efficient des problématiques qui lui sont soumises.

Il a également été le président de Président de l'Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives de 2020 à 2022.

O. Buisine a constitué les premières classes de parties affectées depuis la réforme du droit des entreprises en difficulté du 15 septembre 2021 dans le cadre de la sauvegarde accélérée de la société BCM Energy. (Cf. Annexe n°4).

Questions du 23 décembre 2021

1) Que pensez-vous de l'introduction des classes de parties affectées en droit français ? et dans la pratique ?

Il s'agit d'une transposition prévue dans la directive européenne du 20 juin 2019, c'était indispensable que ça soit transposé en droit français. La loi Pacte en 2019 a habilité le gouvernement à prendre une ordonnance en ce point-là. Ça va en faveur des créanciers. Les créanciers ont un pouvoir, on ne peut pas leur imposer complètement le sort des débiteurs. Simplement, il faut avoir à l'esprit que ça ne va concerner que très peu de dossiers par an, c'est une matière extrêmement technique. Il y a beaucoup d'articles difficiles à comprendre pour seulement quelques dossiers par an. Ça ne s'adresse pas à l'écrasante majorité des procédures.

2) Les classes de parties affectées peuvent être appliquées en dessous des seuils, les entreprises le feront-elles selon vous ?

Pour des holdings d'une certaine taille oui, ou pour des entreprises qui ont un passif bancaire particulier, oui. Mais sinon, ça restera assez marginal.

3) Les critères retenus pour les seuils vous semblent-ils pertinents ?

Les autres seuils qui auraient pu être retenus auraient pu être par exemple les seuils comme les commissaires aux comptes. 2 des trois seuils : 8 millions d'euros de chiffre d'affaires, 4 millions de total bilan et 50 salariés. Ça aurait été applicable à des PME « restructurées ». Pour les entreprises de 10 salariés, on ne va pas mettre tout ça en œuvre.

4) Que pensez-vous des trois nouvelles règles au regard des sûretés réelles ?

- ***A) Le test du meilleur intérêt des créanciers*** **? Comment savoir si la situation du créancier est meilleure que celle qu'il aurait eu en liquidation judiciaire ?**

C'est une très bonne question à laquelle aujourd'hui, personne n'est capable de répondre. Les créanciers concernés, dissidents ne doivent pas être moins bien traités que dans le cadre d'une liquidation. Il va falloir prendre des hypothèses théoriques de ce qu'aurait été la liquidation judiciaire au plan de cession avec une valeur et faire un classement et dire quel créancier aurait pu percevoir telle somme. C'est très théorique. Si vous interrogez des mandataires judiciaires, ils vous diront que c'est seulement à la fin de la liquidation judiciaire qu'ils sont capables de vous dire quel montant il va toucher. Alors que là il va falloir faire une hypothèse liquidative et une hypothèse maintien de l'activité. Vraisemblablement, c'est les cabinets d'audit qui vont venir avec des fichiers Excel et dire tel créancier aurait touché autant si on vend les machines pour tel montant. Ça va être assez compliqué et ça ouvre des perspectives de contestation pour les créanciers qui s'estimeront lésés. Les créanciers qui s'estiment lésés peuvent faire un recours, et dans ce cas-là, le tribunal peut ordonner une expertise qui tranche le litige.

- ***B) L'application forcée interclasse ?***

Le tribunal conserve tout de même la main. Les créanciers peuvent s'opposer au plan et le tribunal peut passer outre. Dans ces cas-là, le tribunal doit vérifier un certain nombre de conditions. Il peut « tordre le bras » aux créanciers concernés. C'est le tribunal qui conserve la main.

- ***C) La règle de la priorité absolue ?*** **A-t-elle un avantage pour les créanciers titulaires de sûretés réelles ?**

Oui. Au final, ils ne peuvent pas être moins bien traités qu'une classe chirographaire. On prend en considération les rangs. Jusqu'à présent, les créanciers étaient globalement payés sur 10 ans. Là il y a une différence de traitement dans le cadre du plan. Le plan peut aujourd'hui prévoir que seuls certains créanciers seront payés et les fournisseurs ne le seront pas. Ça peut faire partie du plan. C'est surtout ça le mécanisme novateur.

3) Suite à la réforme, les créanciers ont-ils plus leur mot à dire ?

Oui, car par rapport à un plan classique, dans un plan hors classe de créancier, le dirigeant et l'administrateur judiciaire bâtissent le plan et consultent les créanciers et le tribunal tranche. Finalement, les créanciers on leur envoie une lettre pour savoir s'ils sont d'accord, la plupart ne répond pas. Là, ils ont la possibilité de faire un plan concurrent et de dire, je suis moins bien traité que des créanciers chirographaires n'ayant pas de privilège, par exemple. Cependant, c'est toujours le tribunal qui tranche à la fin.

4) Que pensez-vous des réformes de droit des sûretés (réelles) et du droit des entreprises en difficulté en général ? Êtes-vous satisfait ? Si non, pourquoi et qu'attendiez-vous de plus ?

Il y a eu des ordonnances au moins de mars et au mois de mai, il y a eu des ordonnances Covid qui ont bouleversées la matière jusqu'en fin 2021. En plus de ça, il y a eu des ordonnances qui ont été prises par la loi Pacte qui est elle-même la résultante de la directive de 2019. Mon sentiment est qu'il y a quand même une multiplicité des textes depuis deux ans. Ça fait énormément de choses et il faut se rappeler que les dirigeants en procédures collectives ont des entreprises de moins de 20 salariés. Et si demain, par exemple, vous être dirigeante d'un restaurant ou n'importe quelle activité, vous n'allez pas vous plonger dans les textes pour savoir quels outils existent. Mon sentiment, c'est que c'est inaccessible comme matière et que la matière du droit des entreprises en difficulté est encore plus complexe qu'elle ne l'était avant les ordonnances. L'ordonnance du mois de septembre est un mixte des différentes influences politiques, ce qui fait qu'il est très difficile et difficilement compréhensible pour la plupart des dirigeants d'entreprise. Le but d'un droit c'est qu'il ne soit pas seulement accessible par les

praticiens. C'est comme si vous étiez avocate ou notaire, il faut quand même comprendre un peu ce qu'il se passe. Un dirigeant faut qu'il sache à peu près quand il va créer sa SARL, il n'y a pas que les avocats qui doivent savoir comment cela fonctionne. Il n'y a pas que les experts comptables ou les avocats qui doivent savoir comment fonctionnent les sociétés.

5) Que pensez-vous de la création d'une sûreté réelle unique qui remplacerait la multitude de sûretés réelles qui existe aujourd'hui ?

C'est une idée de simplifier drastiquement le droit des sûretés. Y'a-t-il encore une nécessité de distinguer le nantissement qui porte sur des éléments incorporels et le gage ? Ne faut-il pas les fusionner ? Ou bien faire simple comme dans d'autres pays : avoir un gage, une clause de propriété et une hypothèque et éventuellement une fiducie, et c'est tout. Alors qu'aujourd'hui, il faut regarder le code civil, le code de commerce, le code monétaire et financier. On parlait de la complexité du droit des entreprises en difficulté, mais là aussi le droit des sûretés est complexe. Si vous n'êtes pas banquier ou praticien avocat, à part si vous achetez une maison et qu'il y a une hypothèque, on ne connait pas toutes ces sûretés.

Échange du 5 mai 2022 au sujet de la sauvegarde accélérée de la société BCM ENERGY et de la constitution des classes de parties affectées

La société BCM Energy a fait l'objet d'une conciliation préalable avant le passage en procédure de sauvegarde accélérée. Le plan a été arrêté le 13 avril 2022. Le principe de la sauvegarde accélérée est de choisir les créanciers qui vont être affectés par la suspension des poursuites individuelles et ceux qui ne le seront pas. Des questions pratiques se posent dans un tel dossier : quels sont les créanciers qui sont considérés comme parties affectées, comment on constitue nos classes, quelles seront les catégories de créanciers. Il y a aussi des questions liées à la justification de la valeur de l'entreprise. On doit faire des tests. On a fait appel à des experts. On a fait une expertise avec des flux futurs actualisés. L'autre question qui se posait : combien toucheraient les créanciers dans le cadre d'une liquidation. On a dû faire une simulation de ce que toucheraient les créanciers dans le cas où l'activité s'arrêtait avec le montant des licenciements etc. Nous avons dû faire tout ça dans un délai très court. La sauvegarde accélérée a duré 3 mois (15

janvier au 13 avril 2022). On était deux cabinets avec Ludivine Sapin. Pour constituer les classes, il faut pouvoir justifier des éléments objectifs. Comme que certains créanciers sont impactés par le plan et pas d'autres, il faut pouvoir justifier les propositions. C'est la particularité de la sauvegarde accélérée de décider qui est impactée. 3 classes ont accepté et une classe a refusé : ce sont les créanciers bancaires. On a fait l'application du mécanisme d'application forcé interclasse.

Annexe n°2. Interview avec M. Elancry (Date : 13 janvier 2021)

Michaël ELANCRY est mandataire judiciaire et associé au sein de la SELARL MJ SYNERGIE et a été mandataire judiciaire lors de la première sauvegarde accélérée avec constitution des classes de parties affectées (Cf. Annexe n°4).

1) **Que pensez-vous de la diversité des régimes des sûretés réelles face au principe d'égalité des créanciers ?**

Le principe d'égalité des créanciers est battu en brèche au fur et à mesure des années et des mois, il est relativisé et même quasiment transgressé et certains avocats et auteurs disent qu'en réalité disent que c'est un principe d'égalité relative. Le principe d'égalité des créanciers n'existe quasiment plus dans les procédures collectives. Il y a tellement de situations individuelles qui sont prévues par la loi, par la jurisprudence que finalement ce qui existe en réalité c'est la discipline collective. Ce qui signifie que tous les créanciers ont doit les traiter d'une certaine manière.
Je pense qu'en réalité le principe d'égalité des créanciers n'existe quasiment plus. C'est un principe résiduel voir relatif. Il y a des créanciers qui sont dans des situations différentes et de ce fait on les traite de façon différente.
Je pense que le principe d'égalité est aujourd'hui, de par la multiplication de tous les droits des créanciers prévus par le législateur et par la jurisprudence battu en brèche et la diversité des régimes des sûretés réelles participe à cette altération du principe d'égalité.

2) **Que pensez-vous de l'introduction des classes de parties affectées en droit français et dans la pratique ?**

En droit français, c'est l'introduction de concepts ou de notions anglo-germaniques. C'est la directive communautaire qui doit être transposée et dans le droit communautaire, les deux pays avec la plus grande influence sont la France et l'Allemagne. Par ce biais-là, on veut rendre efficaces les procédures collectives et on veut voir au niveau européen quels sont les concepts qui peuvent procéder à l'amélioration de notre système. Il existait avant le système des comités de créanciers.
Dans la pratique, en 20 ans de carrière dans les procédures collectives, je n'ai connu que deux fois les comités de créanciers sur 5 000 procédures collectives. Il y en a parfois à

Paris, mais ça ne concerne que 1% des procédures de redressement judiciaire ou de sauvegarde. Le chemin est long à faire. Pour l'instant, on est plutôt dans l'exception.
Mais il y a une option, le débiteur peut aller voir le juge commissaire et lui dire qu'il y a peut-être une solution de sauver l'entreprise et ça se ferait par la constitution de classes de parties affectées. Finalement il n'y en a pas des seuils car c'est facultatif pour un très grand nombre des entreprises. L'importance est comment les praticiens vont l'utiliser car dans les règles, c'est une « usine à gaz ». En pratique, c'est très compliqué à mettre en œuvre. D'une part dans les délais. D'autre part sur les conditions de forme et puis il y a un mélange. On veut instaurer ces règles là, mais d'un autre côté, on veut préserver certains acquis. Les créanciers titulaires de sûretés réelles sont ceux qui ont le plus de chance d'être désintéressés, c'est un peu une « class test ».

3) Que pensez-vous des trois nouvelles règles au regard des sûretés réelles ?

a) *Best interest test* ? Comment savoir si la situation du créancier est meilleure que celle qu'il aurait eu en liquidation judiciaire ?

Les titulaires de sûretés réelles sont ceux que l'on va regarder en premier.
Le *best interest test* c'est les créanciers récalcitrants ne doivent pas être moins bien traités par le plan que s'il y avait un plan de cession ou de liquidation. C'est très compliqué, voire impossible à mettre en œuvre en pratique. Car cela implique que nous en tant que mandataire on doit donner au tribunal une sorte de projection de cession ou de vente et de répartition au créancier selon leur rang, leur sûreté, leur privilège. Déjà il y a un problème d'évaluation. Comment évaluer ? Le texte nous dit déjà que je l'évalue comme s'il y avait une poursuite d'activité. Sauf que si on le vend en liquidation judiciaire, il y a une dégradation de la valeur du bien. La valeur du bien n'est pas la valeur nette comptable, c'est une valeur vénale. C'est compliqué et on va faire reposer cette évaluation sur des experts. Il faut du temps pour rendre un rapport d'expertise et il faut de l'argent car ça coûte cher. Il peut également y avoir des contestations. Pour moi, je dis que ces règles sont des règles qui font belles mais ce sont des termes qui reflète une réalité difficile à appréhender.

b) *Absolute priority rule* ? Cette règle s'applique-t-elle pour les créanciers titulaires de sûretés réelles ?

Je ne pense qu'elle s'applique aux sûretés réelles.
Mais, si j'ai bien compris cette règle, les créanciers qui ont refusé le plan, on peut leur imposer mais ils devront être désintéressés intégralement avant la classe de rang inférieur. Ça c'est évident. Cette règle-là pour moi, c'est une sorte d'audit.

4) Suite à la réforme, pensez-vous que les titulaires de sûretés réelles sont-ils mieux protégés ?

C'est logique de protéger au mieux ces sûretés-là. Les classes de parties affectées sont pour moi un outil de négociation pour les administrateurs judiciaires. Par les moyens classiques offerts par la loi et en fonction de la rentabilité de l'entreprise, on n'arrive pas à rendre pérenne l'activité de l'entreprise. A partir de ce constat-là, est-ce que les classes de parties affectées ne sont-elles pas une stratégie ?
Par exemple, on fait un plan sur 10 ans et l'entreprise a 1 million de passif, il faut 100 000 euros par an. Elle fait 50 euros de résultat et les banques refusent de faire un abandon de 50%. Les administrateurs voient avec les experts comptables et modélisent le plan qui fonctionne, c'est un plan sur 12 ans avec un abandon de 40%. Est-ce qu'en constituant des classes de parties affectées, on peut faire passer un plan sur 12 ans avec un abandon de 40%. C'est pour moi un moyen de négociation. Peut-être qu'elles refuseront, mais peut-être qu'il sera possible de leur imposer. Il n'y a pas d'outil miracle pour moi. Le miracle passe par les professionnels et comment ils vont l'utiliser.

5) Dans les classes de parties affectées, quel montant doit être pris en compte dans la classe, le montant de la sûreté réelle ou de la créance ?

Pour l'instant je ne sais pas. Moi je pense que c'est le montant de la créance.

6) Que pensez-vous des réformes de droit des sûretés (réelles) et du droit des entreprises en difficulté en général ? êtes-vous satisfait ? Si non, pourquoi et qu'attendiez-vous de plus ?

Nous on n'est jamais satisfait d'une réforme, ça dépend de la manière dont elle va être mise en œuvre. Pour moi, la réforme répond à une règle de simplification et clarification des sûretés.

7) Que pensez-vous de la création d'une sûreté réelle unique qui remplacerait la multitude de sûretés réelles qui existe aujourd'hui ?

En fonction de la nature du bien et de la sûreté, vous avez des droits qui sont différents. Et d'ailleurs, les parties ne connaissent rien au régime des procédures collectives. Je trouve que l'idée d'une sûreté réelle unique, c'est une idée d'unicité, d'hétérogénéité, elle est séduisante et attractive. La sûreté réelle unique va dans le sens de la sécurité juridique dans le sens où les parties soient au courant des droits qui leur seront attribués. Ça serait beaucoup plus facile pour les professionnels.

8) Que pensez-vous de l'instauration d'un régime unique des sûretés réelles dans les procédures collectives ?

Ce serait la solution miracle mais il faudrait d'abord explorer les textes et regarder si l'instauration des classes de parties affectées n'est pas une bonne solution.

Annexe n°3 : Ordre de paiement des créanciers en liquidation judiciaire

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Liberté
Égalité
Fraternité

Légifrance
Le service public de la diffusion du droit

Code de commerce

Article L643-8

Version en vigueur depuis le 01 janvier 2022

Partie législative (Articles L110-1 à L960-4)
LIVRE VI : Des difficultés des entreprises. (Articles L610-1 à L696-1)
TITRE IV : De la liquidation judiciaire et du rétablissement professionnel. (Articles L640-1 à L645-12)
Chapitre III : De l'apurement du passif. (Articles L643-1 à L643-13)
Section 2 : Du rang des créances (Articles L643-7-1 à L643-8)

Article L643-8 **Version en vigueur depuis le 01 janvier 2022**

I.-Sans préjudice du droit de propriété ou de rétention opposable à la procédure collective et des dispositions des articles L. 622-17 et L. 641-13, le montant de l'actif distribuable est réparti dans l'ordre suivant : **Modifié par LOI n°2021-1900 du 30 décembre 2021 - art. 130 (V)**

1° Les subsides prévus à l'article L. 631-11 restés impayés ;

2° Les créances garanties par le privilège établi aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail ;

3° Les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure restés impayés à l'échéance ;

4° Les créances garanties par le privilège prévu par l'article L. 624-21 ;

5° Les créances garanties par le privilège de conciliation établi par l'article L. 611-11 ;

6° Les créances garanties par des sûretés immobilières classées entre elles dans l'ordre prévu au code civil ;

7° Les créances de salaires restées impayées à l'échéance dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 3253-6, L. 3253-8 à L. 3253-12 du code du travail, dans les conditions prévues à l'article L. 641-13 ;

8° Les créances garanties par le privilège établi au 2° du III de l'article L. 622-17 restées impayées à l'échéance et par le privilège établi à l'article L. 626-10 ;

9° Les créances résultant de l'exécution des contrats mentionnées au 3° du III de l'article L. 622-17 restées impayées à l'échéance ;

10° Les sommes dont le montant a été avancé en application du 5° de l'article L. 3253-8 du code du travail, dans les conditions prévues à l'article L. 641-13 ;

11° Les autres créances non soumises à l'interdiction énoncée au premier alinéa de l'article L. 622-7, restées impayées, selon leur rang ;

12° Les créances garanties par le privilège du Trésor établi à l'article 1920 du code général des impôts, à l'exception des créances de toutes natures en matière de contributions indirectes et de celles mentionnées à l'article 379 du code des douanes ;

13° Les créances garanties par un nantissement, par le privilège du bailleur prévu à l'article 2332 du code civil dans la limite de six mois de loyers et celles garanties par le privilège prévu aux article L. 141-5 et suivants ;

14° Les créances de toutes natures en matière de contributions indirectes et celles mentionnées à l'article 379 du code des douanes ;

15° Les créances chirographaires, en proportion de leur montant.

Le tout sans préjudice des autres droits de préférence.

II.-La part correspondant aux créances sur l'admission desquelles il n'aurait pas été statué définitivement et, notamment, les rémunérations des dirigeants sociaux tant qu'il n'aura pas été statué sur leur cas, ainsi que celle correspondant aux frais de justice prévisibles, est mise en réserve.

NOTA :
Se reporter aux conditions d'application prévues au A du V de l'article 130 de la loi n° 2021-1900 du 30 décembre 2021.

Annexe n°4 : Affaire : La société BCM ENERGY / G.T.C. Lyon, n° rôle 2021F03177

Cinquante-sixième année. - N ° 79 A Vendredi 22 avril 2022

BODACC

PREMIER MINISTRE
Liberté
Égalité
Fraternité
Direction de l'information légale et administrative

DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET ADMINISTRATIVE
26, rue Desaix, 75727 PARIS CEDEX 15
www.dila.premier-ministre.gouv.fr
www.bodacc.fr
-

BODACC « A »

Annonce n° 2798

69 – RHÔNE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE LYON

Extrait de jugement

Date : 13 avril 2022.
Jugement arrêtant le plan de sauvegarde accélérée.
813 273 554 RCS Lyon.
BCM ENERGY.
Forme : Société par Actions Simplifiée.
Sigle : BCM.
Activité : valorisation de production d'énergie de producteurs indépendants sur le marché de gros.
Adresse : 23-25, boulevard Jules Favre, 69006 Lyon.
Complément de jugement : Jugement arrêtant le plan de sauvegarde accélérée, nommant Commissaire à l'exécution du plan la Selarl Aj Partenaires Représentée par Maître Didier Lapierre et Maître Ludivine Sapin 174 rue de Créqui 69003 Lyon et la Selarl Aj Up Représentée par Maître Eric Etienne-Martin 107 rue Servient 69003 Lyon

La Directrice de l'information légale et administrative : Anne DUCLOS-GRISIER

Détail de la constitution des classes de parties affectées lors de la procédure de sauvegarde accélérée de la société BCM Energy

L'administrateur judiciaire a constitué quatre classes :

- **Les créanciers ordinaires** : fournisseurs chirographaires (non garantis) qui ne seraient pas désintéressés dans le cadre d'une liquidation judiciaire mais qui ont intérêt à accompagner la société.

  Proposition : Abandon 50% sous clause de retour à meilleure fortune et 50% en 5 ans

- **Les Établissements de crédit** : intérêt économique commun résidant dans la nature financière de leur créance. L'administrateur judiciaire a inclus les établissements de crédits bénéficiaires d'une caution dans la même classe que les autres.

  Proposition : Abandon de 90% et paiement de 10% du nominal en 2 ans (à raison de 5%/an)

- **Les créanciers publics privilégiés** : créanciers membres de la CCSF bénéficiant d'un privilège spécial.

  Proposition : 100% en 10 ans (en renonçant par là-même à leur rang de créancier prioritaire absolu)

- **Les créanciers privés organismes sociaux**. Proposition : 100 % en 10 ans

3 classes sur 4 ont accepté le projet de plan. La classe des établissements de crédit se sont opposés.

Compte tenu du refus de la classe des établissements de crédit, le dirigeant et l'administrateur judiciaire ont demandé l'application de l'article L.626-32 C. com. qui pose les conditions permettant au Tribunal d'imposer le plan aux classes récalcitrantes, application forcée interclasse.

Le Tribunal a alors vérifié que les conditions de l'article L. 626-31 du code de commerce étaient remplies. Il a alors constaté que :

- La répartition des classes a été effectuée selon des critères objectifs et que les créanciers garantis ont été rassemblés dans des classes distinctes selon la qualité de la sûreté.
- Le projet de plan prévoit un traitement identique à tous les créanciers par classe
- Aucune des parties affectées ne se trouve dans une situation moins favorable, du fait du plan, que ce qu'elle connaîtrait par application de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession
- Il existe une preuve (en l'occurrence un prévisionnel d'exploitation et de trésorerie) démontrant la viabilité du plan

Ensuite, le Tribunal vérifie que les critères du 2° de l'article L.626-32 C. com. sont vérifiés, à savoir :

- Que le plan a été approuvé par une majorité (simple) des classes (ce qui est le cas en l'espèce)
- **Et** qu'au moins une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles ou ayant un rang supérieur aux chirographaires ait voté favorablement (en l'occurrence les créanciers publics privilégiés ont voté favorablement) (art. L.626-32 a) C. com.)

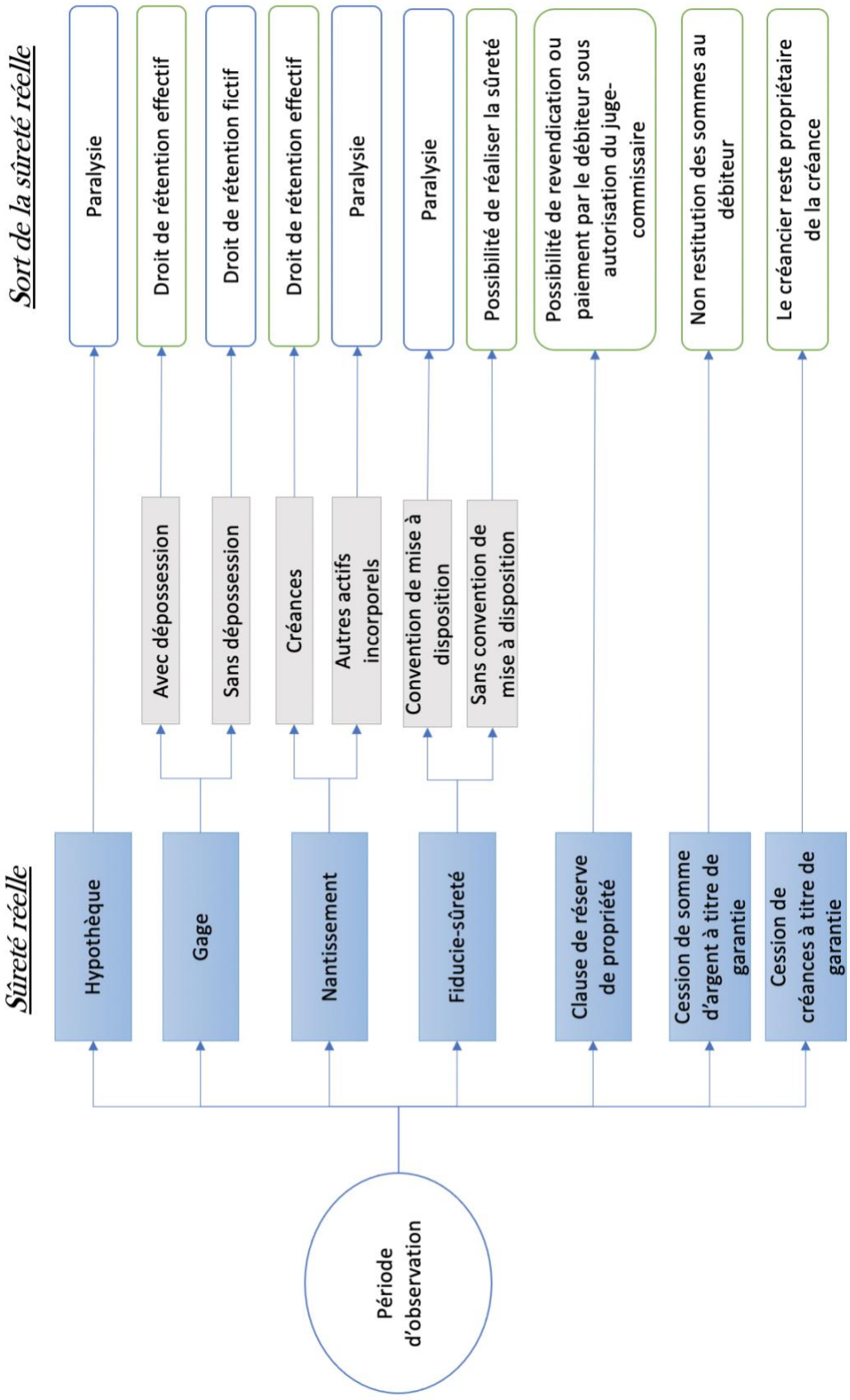
Sur la base de ces constatations le Tribunal de commerce de Lyon finit par **imposer aux établissement bancaires le plan et donc un abandon de 90% et un paiement de 10% du nominal en 2 ans (à raison de 5%/an).**

Il s'agit du premier jugement qui pourrait laisser place à de nombreux débats pour le futur.

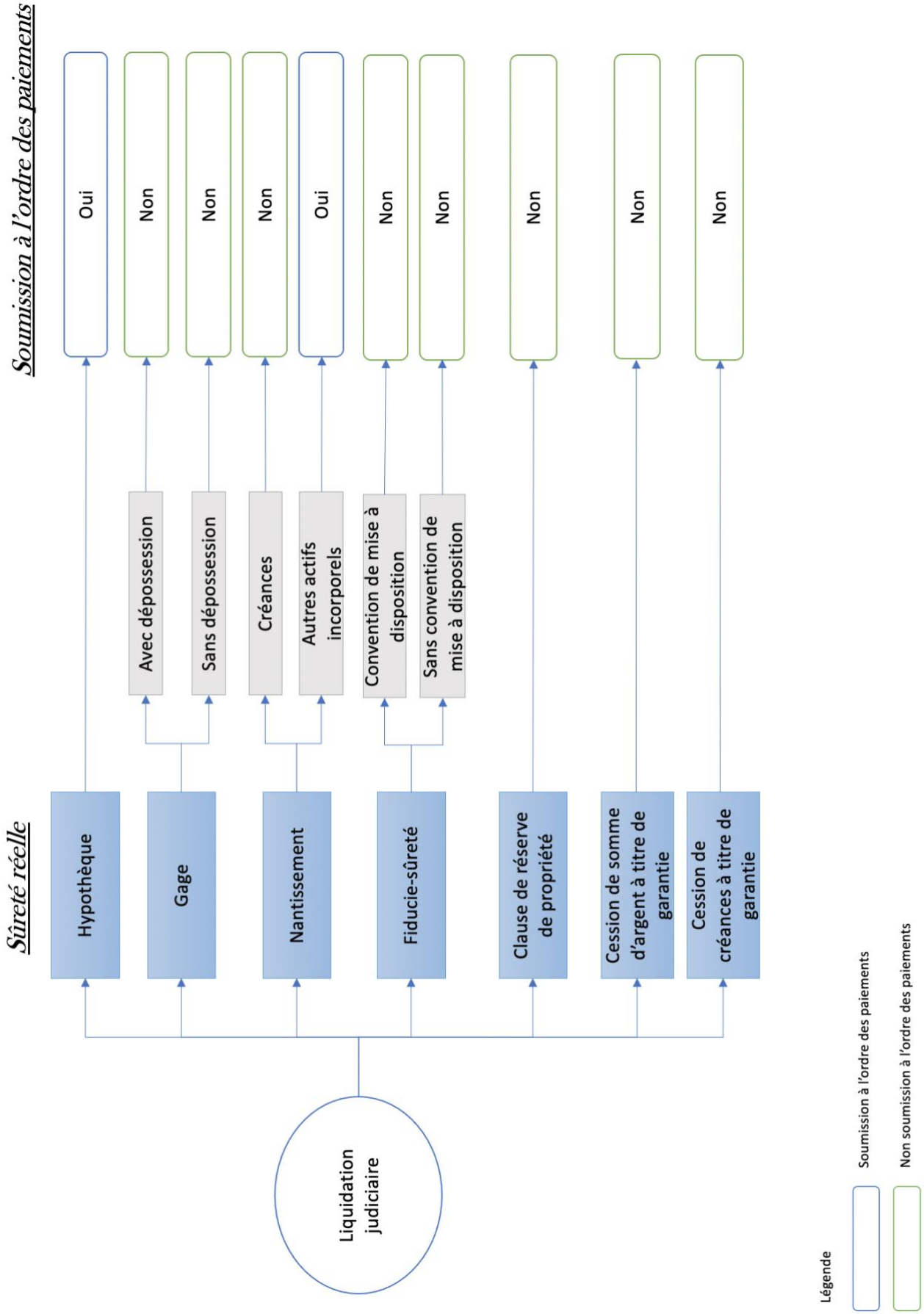
Source :

E. Mrabet, « Première application de la réforme des classes de créanciers par un Tribunal de commerce (TC Lyon, 13/04/2022) », consultable à l'adresse suivante : https://www.linkedin.com/pulse/premi%C3%A8re-application-de-la-r%C3%A9forme-des-classes-par-un-enis-mrabet/ [consulté pour la dernière fois le 8 mai 2022].

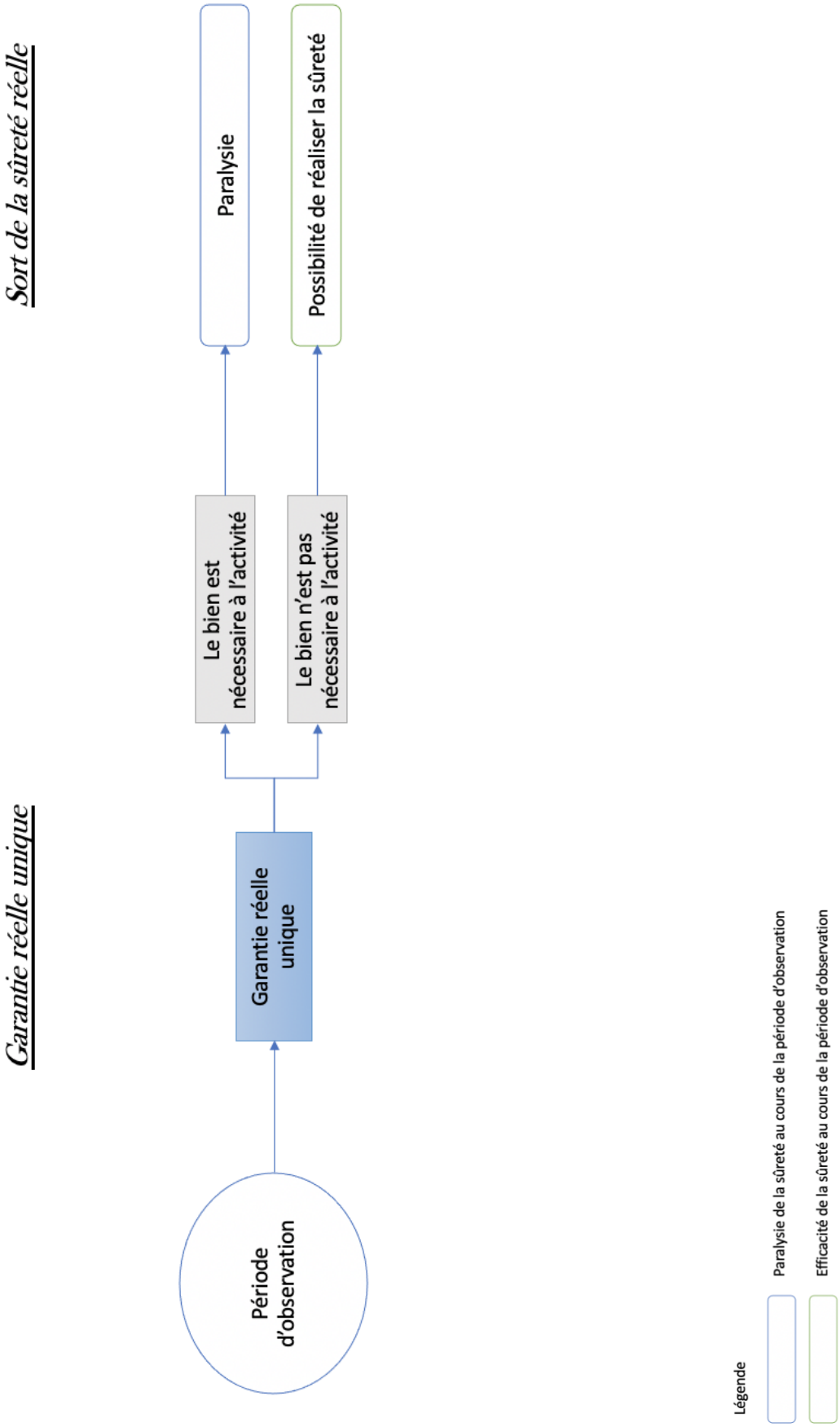
Annexe n°5. Schéma de décision : Les sûretés réelles en période d'observation, de *lege lata*



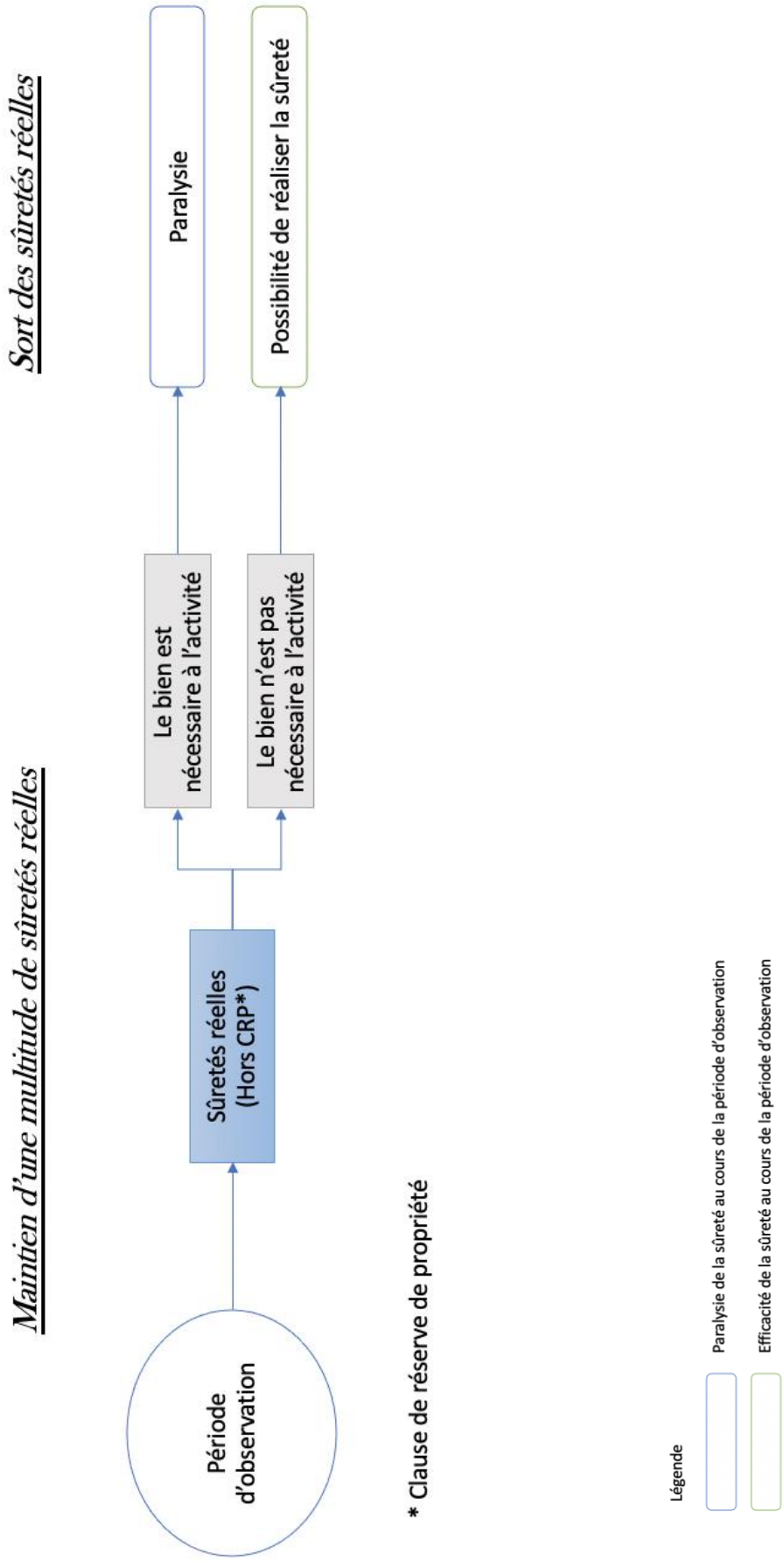
Annexe n°6. Schéma de décision : Les sûretés réelles en liquidation judiciaire, de *lege lata*



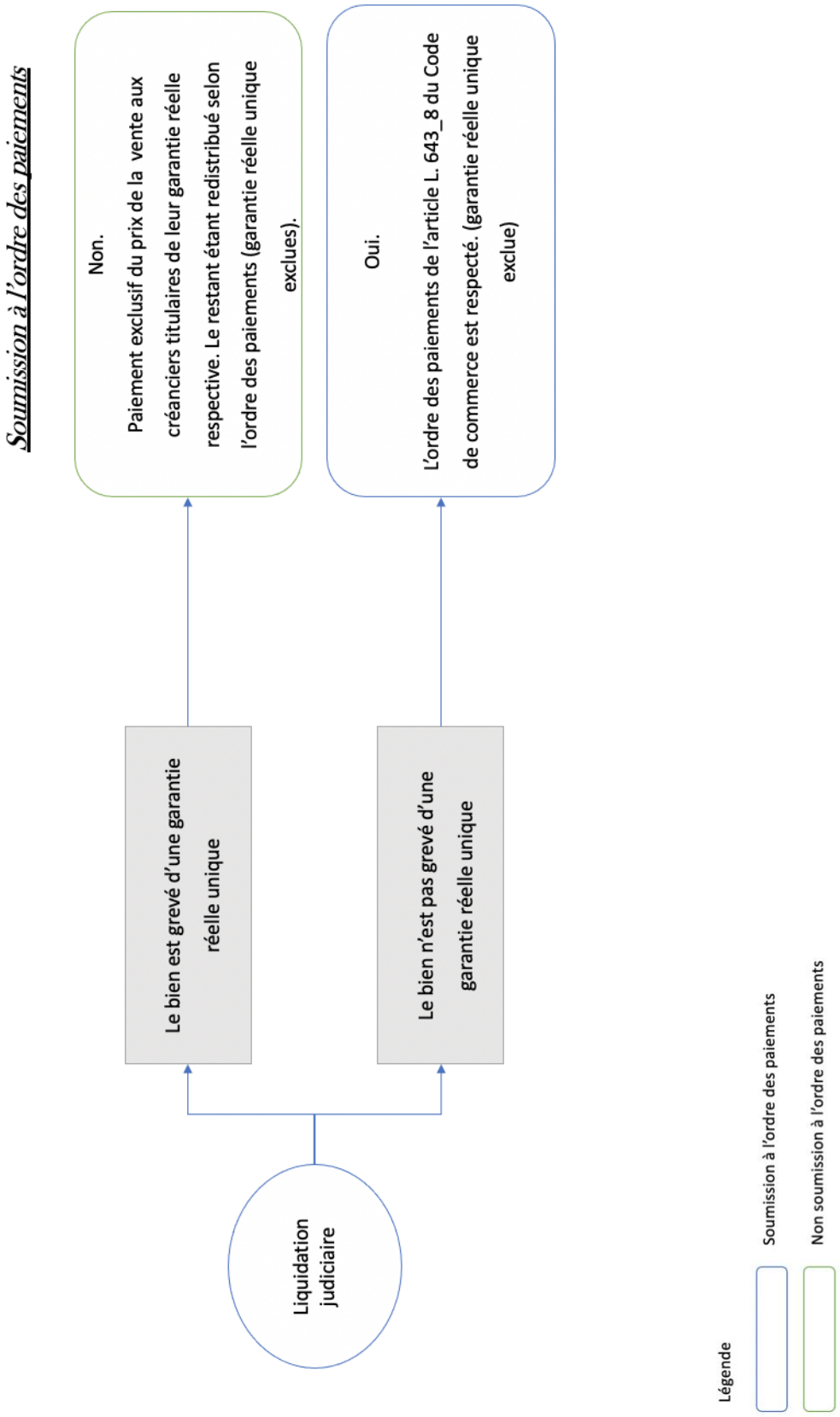
Annexe n°7. Le nouveau régime juridique en période d'observation, *de lege ferenda*
(Hypothèse 1 : Création d'une garantie réelle unique)



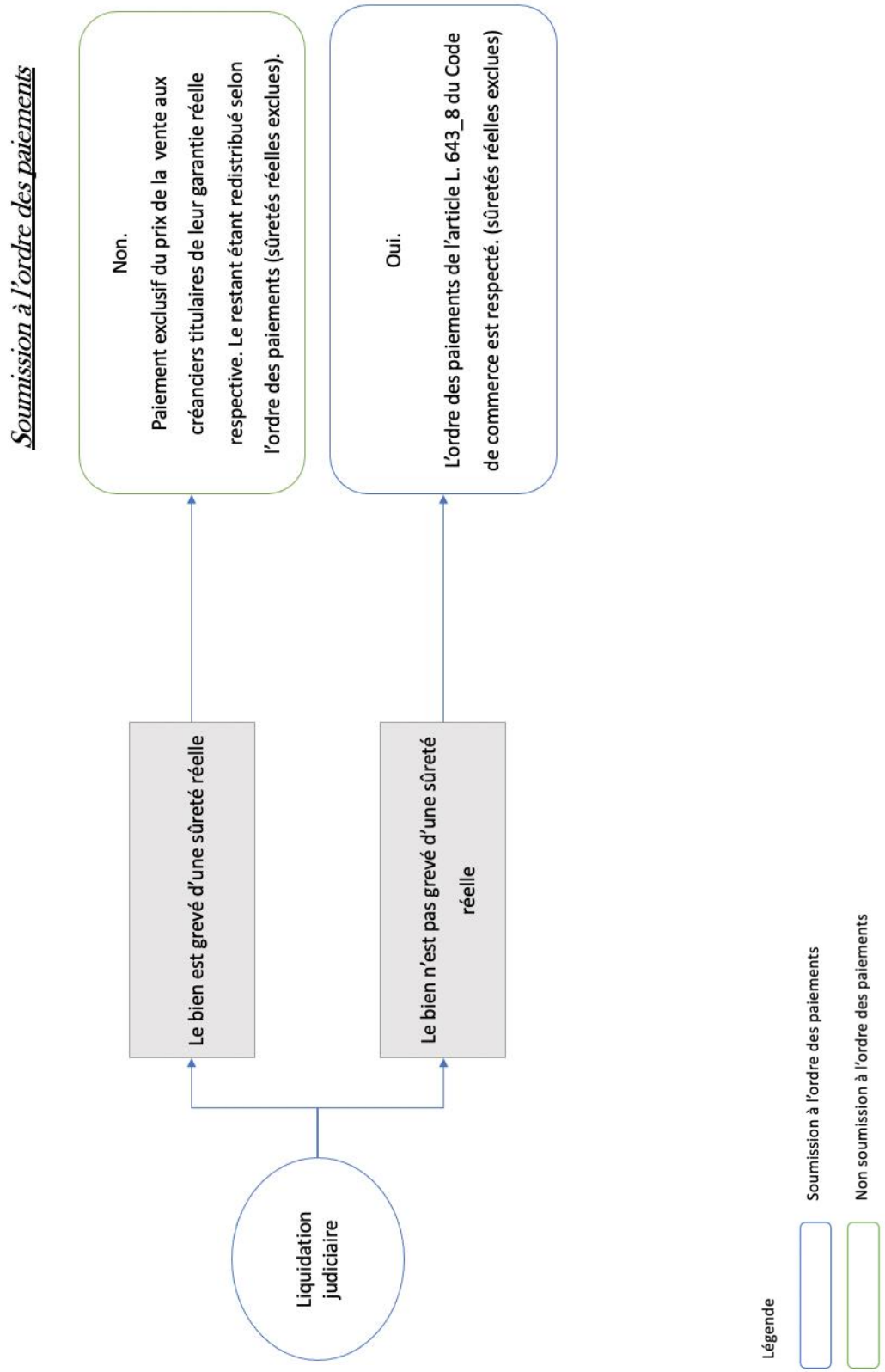
Annexe n°8 : Le nouveau régime juridique en période d'observation, *de lege ferenda*
(Hypothèse 2 : Maintien d'une multitude de sûretés réelles)



Annexe n°9. Le nouveau régime juridique en liquidation judiciaire, *de lege ferenda*
(Hypothèse 1 : Création d'une garantie réelle unique)



Annexe n°10. Le nouveau régime juridique en liquidation judiciaire, *de lege ferenda*
(Hypothèse 2 : Maintien d'une multitude de sûretés réelles)



Annexe n°11 : Rencontre avec V. Doucède au Tribunal de commerce de Bobigny (Date : 11 avril 2022)

Vincent Doucede est greffier associé au Tribunal de commerce de Bobigny.

Description du nouveau registre unique des sûretés mobilières :

Le nouveau registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes, RSM, entrera en vigueur le 1er janvier 2023 à la suite de l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et du décret n°2021-1887 du 29 décembre 2021 relatif au registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes.

Le RSM permettra de centraliser l'ensemble des inscriptions en matière de sûretés mobilières.

L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a oublié d'harmoniser le registre de la publicité des sûretés. L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et du décret n°2021-1887 du 29 décembre 2021 relatif au registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes ont permis de remédier à ce problème.

Le Greffier est le conservateur des sûretés mobilières et s'occupe de la publication notamment des sûretés réelles spéciales (gages sans dépossession, nantissements) et des inscriptions en lien avec le droit de propriété (ex. Clause de réserve de propriété).

Jusqu'à présent, il existait et existera jusqu'au 1er janvier 2023, des règles très spécifiques relatives à chaque sûretés pour leur inscription.

Par ailleurs, aujourd'hui, il existe de nombreux registres des sûretés réelles mobilières. Chaque inscription est prise sur son propre registre et il est très compliqué pour le créancier de maitriser parfaitement chaque registre. Cela a un impact sur la lisibilité du droit des sûretés et son attractivité en France, il n'y a pas d'harmonisation.

Le greffier doit savoir conjuguer : rigueur, savoir-faire et technicité.

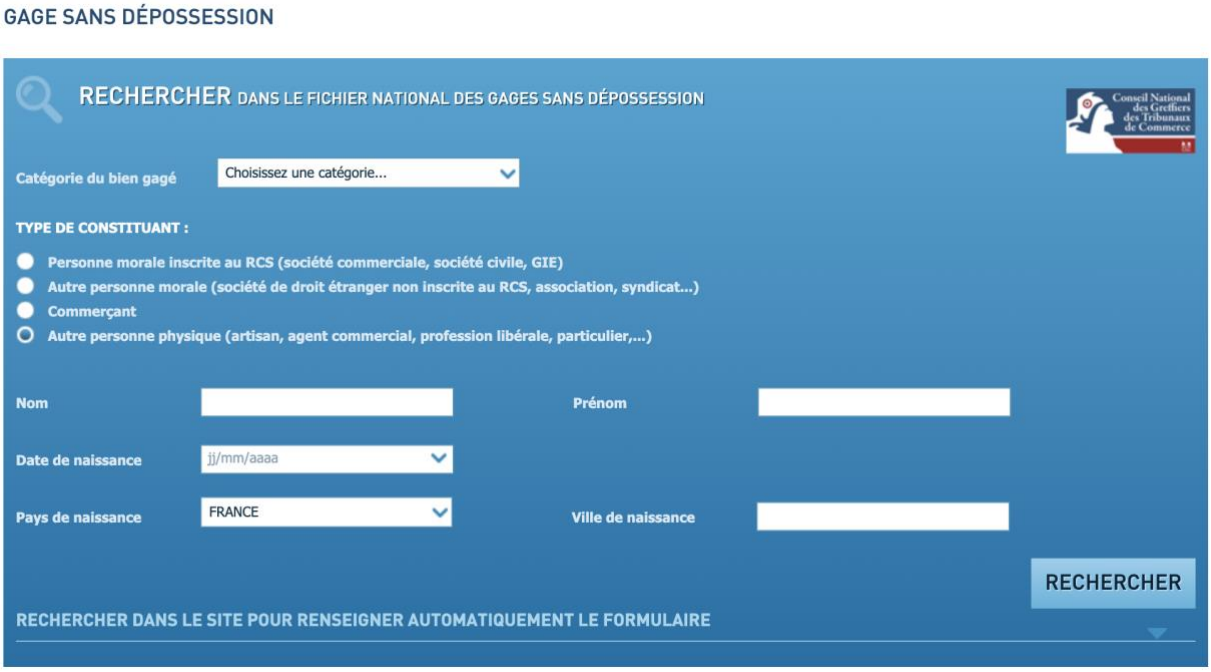
Par ailleurs, il est très compliqué de consulter ces registres. Il faut prendre l'exemple du registre des gages sans dépossession consultable sur le site suivant : https://www.infogreffe.fr/recherche-gage-sans-depossession

Le fichier national des gages sans dépossession était une très bonne idée (fichier national, fichier électronique, consultation apparemment gratuite) mais à y regarder de plus près, il n'est limité qu'aux seuls gages sans dépossession et plutôt difficile d'accès.

Sur ce registre, pour consulter les informations d'un gage sans dépossession, il est nécessaire de choisir la catégorie du bien. Il existe 17 différentes catégories.

Parmi ces catégories, il existe la catégorie « autres », ce qui marque une certaine complexité.

Également, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, pour consulter le bien gagé, il est nécessaire de connaître sa date de naissance. Cette information n'est pas toujours connue.



La diversité des règles actuelles de publicité des sûretés mobilières, avec en particulier une multiplicité de registres est source de complexité et nuit à l'attractivité du droit français.

L'ordonnance 2021-1992 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés et le décret n° 2021-1887 du 29 décembre 2021 relatif au registre des sûretés mobilières et autres opérations connexes ont le mérite de corriger ces problématiques.

On peut l'affirmer, ces deux textes mettent en œuvre une véritable réforme initiée par la loi PACTE : celle de l'harmonisation des règles de publicité des sûretés mobilières et celle de la simplification de la consultation de l'information légale.

Cette simplification se réalise de 2 manières :

-par l'institution au niveau de chaque greffe d'un registre unique des sûretés mobilières et autres opérations connexes. La fonction de ce registre est d'assurer la publicité des sûretés. Il centralise l'information relative à ces sûretés.

-par la mise en place d'un portail national, accessible par internet, permettant la consultation des informations inscrites dans les registres tenus localement par chaque greffier.

A partir du 1er janvier 2023, les greffiers vont initier un nouveau service sécurisant et innovant pour permettre au créancier de constituer, publier leurs sûretés de manière dématérialisée en passant par la constitution, la modification, la radiation. Ils pourront également suivre leur sûreté : avoir connaissance des évènements importants ou ayant une incidence sur le débiteur (TUP, fusion absorbation, procédure collective, transfert de siège).

Il sera alors possible de faire interagir les informations légales. Cela permettra d'améliorer la lisibilité du droit des sûretés.

Ce portail est mis en place et géré par le Conseil National des Greffiers (CNG) et est institué sous sa responsabilité.

De nouvelles préoccupations d'imposent au CNG :
-fiabilisation du site
-sécurisation de l'accès à ce dernier
-conservation des données…

Enfin, le CNG rendra devra rendre compte annuellement du fonctionnement de ce portail au ministre de la justice via un rapport de transparence remis avant le 31 mars de chaque année. Un arrêté du ministre de la justice précisera le contenu des informations économiques, techniques et opérationnelles de ce rapport.

S’agissant de la consultation, Art. R. 521-32.
Le requérant devra indiquer les éléments suivants : « 1° Concernant le propriétaire du bien visé au 5° de l'article R. 521-6 ou, à défaut de bien, le débiteur :

a) **S'il s'agit d'une personne physique commerçante** : ses nom, prénom et le numéro unique d'identification complété par la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée ;

b) **S'il s'agit d'une personne physique non commerçante ou d'un constituant à titre non professionnel** : ses nom, prénom et son adresse pertinente si elle est connue et, s'il y a lieu, son numéro unique d'identification ;
Les demandes concernant une personne physique non commerçante devront impérativement mentionner son adresse.

c) **S'il s'agit d'une personne morale** : sa forme, sa dénomination sociale, l'adresse de son siège ainsi que, le cas échéant, le numéro unique d'identification complété, s'il y a lieu, par la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée ;

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS ..... **I**

LISTE DES ABREVIATIONS ..... **II**

SOMMAIRE ..... **III**

INTRODUCTION **1**

Partie I. Les sûretés réelles, une diversité de régimes inadaptée aux procédures collectives **7**

Chapitre I. La pluralité des sûretés, une source d'inégalité entre les créanciers **8**

Section 1. Les sûretés réelles face à la sauvegarde et au redressement judiciaire 8

§1. La multitude de régimes en période d'observation 9

1- Le principe et ses exceptions 9

2- Regards sur la fiducie-sûreté, reine des sûretés 11

§2. La diminution de l'efficacité des droits exclusifs 14

1- La soumission des sûretés réelles exclusives à la discipline collective 15

2- La limitation des actions en revendication 17

Section 2. Les sûretés réelles face à la liquidation judiciaire 18

§1. Les sûretés réelles à l'épreuve des privilèges 19

1- L'ordre des paiements, de *lege lata* 19

2- L'ordre des paiements, de *lege ferenda* 21

§2. La restauration de l'efficacité du droit de préférence 22

1- L'inégalité de traitement entre les créanciers en liquidation judiciaire 22

2- Le renforcement de l'attractivité du droit de préférence 23

Chapitre II. La pluralité des sûretés, un équilibre recherché par la réforme **25**

Section 1. L'instauration des classes de parties affectées, de nouveaux enjeux 25

§1. La constitution des classes 26

1- Les classes de parties affectées au service des créanciers titulaires de sûretés réelles 26

2- Les difficultés liées à la constitution des classes 27

§2. Les enjeux liés à la mise en œuvre des classes 29

1- Les seuils 30

2- Le montant de la dette garantie pris en compte 31

Section 2. Les nouveaux concepts à respecter, de nouvelles difficultés 33
§1. Le *best interest test*, un concept difficilement applicable 33
1- La prise en compte des intérêts des créanciers titulaires de sûretés réelles…… 33
2- L'absence de cohérence 35
§2. Les autres concepts, de nouvelles problématiques 36
1- *L'absolute priority rule* et le *cross-class cram-down* 36
2- Les pays étrangers, des modèles à imiter ? 38

Partie II. Les sûretés réelles, une coordination à envisager avec les procédures collectives 40

Chapitre I. La nécessaire coordination, une garantie réelle unique à concevoir 41
Section 1. Vers la fin d'une multitude de sûretés réelles 41
§1. La suppression d'une multitude de sûretés réelles 41
1- La suppression et la création de sûretés réelles par la réforme 42
2- La problématique liée à l'opposabilité des sûretés réelles 43
§2. La possibilité de création d'une sûreté réelle unique 45
1- Pour ou contre une sûreté réelle unique ? 45
2- Le choix de la sûreté réelle unique 47
Section 2. L'instauration d'une garantie réelle unique 48
§1. Les caractéristiques de la garantie réelle unique 48
1- Les modalités de constitution et d'opposabilité 48
2- Les effets de la garantie réelle unique 50
§2. La garantie réelle unique dans les procédures collectives 51
1- L'efficacité de la garantie réelle unique dans les procédures collectives 52
2- La garantie réelle unique, une solution insuffisante sans régime juridique avantageux……53

Chapitre II. La nécessaire coordination, un nouveau régime juridique des sûretés réelles propre aux procédures collectives à concevoir 55
Section 1. L'établissement de règles communes dans les procédures collectives .. 55
§1. Le *Security Interest* américain, un modèle de règles communes 56
1- Les raisons de l'instauration du *Security Interest* 56
2- Les caractéristiques du *Security Interest* 57

§2. Les règles communes au service de l'égalité de traitement entre créanciers…. 58
1- La création d'un nouveau droit des sûretés réelles dans les procédures collectives 59
2- La soumission de toutes les sûretés réelles à une discipline collective 61
Section 2. Le traitement de la sûreté en fonction de la procédure collective 62
§1. La conciliation des intérêts en sauvegarde et redressement judiciaire 63
1- Le bien est nécessaire à la poursuite de l'activité 63
2- Le bien n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité 65
§2. L'efficacité des sûretés réelles en liquidation judiciaire 67
1- La nouvelle situation exclusive des sûretés réelles en liquidation judiciaire…… 67
2- La meilleure application du *best interest test* 69
CONCLUSION 71
BIBLIOGRAPHIE 72
ANNEXES 90
TABLE DES MATIERES 115