

PROCÉDURES COLLECTIVES

LA FIDUCIE REDISTRIBUE LES CARTES



**Reinhard
Dammann**

Avocat au barreau
de Paris
Clifford Chance
Chargé de cours
Sciences Po

La réforme du droit des sûretés et l'introduction de la fiducie ont renforcé la position des créanciers et dessiné une nouvelle ligne de partage entre les droits du débiteur et ceux de ses créanciers fondée sur un critère d'utilité.



Mylène Robinet

Avocat au barreau
de Paris
Clifford Chance

La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, l'introduction de la fiducie par la loi du 19 février 2007 [1], l'extension du champ d'application du droit de rétention au gage sans dépossession par la LME et enfin la réforme des procédures collectives par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont profondément modifié la situation des créanciers face à un débiteur en difficulté.

TROIS LIGNES DIRECTRICES SE DÉGAGENT DE CES RÉFORMES

On observe d'abord un renforcement considérable de la position du créancier. Ainsi, le législateur semble avoir définitivement tourné le dos à l'idéologie de la loi du 25 janvier 1985, qui a sacrifié les droits des créanciers munis de sûretés réelles sur l'autel d'un hypothétique redressement du débiteur.

[1] Modifiée à plusieurs reprises par la Loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, par l'ordonnance du 30 janvier 2009 et par la loi du 12 mai 2009.





Par ailleurs, le législateur a modulé l'efficacité des sûretés en fonction du critère de l'utilité, pour le débiteur, du bien affecté en garantie. C'est ainsi que la fiducie-sûreté avec dépossession est pleinement efficace malgré l'ouverture d'une procédure collective. En effet, en l'absence de convention de mise à disposition, le bien affecté en garantie n'est pas utile à la poursuite de l'activité du débiteur et la privation de ce bien ne risque pas de compromettre ses chances de redressement. En revanche, si le bien est nécessaire à la poursuite de l'exploitation, le débiteur conserve la jouissance du bien pour être en mesure de présenter un plan de sauvegarde. La réalisation de la fiducie-sûreté se trouve alors suspendue pendant la période d'observation et l'exécution du plan.

On constate d'ailleurs que le législateur a dupliqué ce régime en matière de droit de rétention : si le gage est conclu avec dépossession, le créancier bénéficie d'un droit de rétention réel opposable à la procédure collective. En revanche, si le gage est sans dépossession, le droit de rétention fictif est inopposable à la procédure pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité.

On comprend dès lors que la situation du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté n'est pas la même en cas de procédures de sauvegarde et de liquidation judiciaire. Le législateur favorise le rebond du débiteur en sauvegarde tout en préservant la situation du créancier muni de fiducie-sûreté. La situation est différente en cas de liquidation judiciaire, procédure qui vise principalement à désintéresser les créanciers. Le droit français se rapproche ainsi du système américain qui distingue la procédure de Chapter 11 de celle de liquidation judiciaire organisée par le Chapter 7.

L'EFFICACITÉ DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ AVEC DÉPOSSESSION

Avant l'introduction de la fiducie, le droit français connaissait la cession de créances à titre de garantie par bordereau Dailly. L'efficacité de cette sûreté n'est pas affectée par l'ouverture d'une procédure collective.

Malgré des hésitations, la jurisprudence est favorable à l'efficacité des cessions de créances résultant d'un contrat en cours, sous la forme de bordereau Dailly et ce, même s'agissant des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. Conformément à un arrêt du 22 novembre 2005 de la Cour de cassation, les créances sortent du patrimoine du cédant à la date de l'établissement du bordereau, de sorte que la cession des créances futures est opposable à la procédure.

« Le législateur semble avoir définitivement tourné le dos à l'idéologie de la loi du 25 janvier 1985 qui a sacrifié les droits des créanciers munis de sûretés réelles sur l'autel d'un hypothétique redressement du débiteur. »

Cela étant, le mécanisme de la cession Dailly ne doit pas assécher totalement la trésorerie du débiteur en sauvegarde, rendant impossible le financement de la période d'observation. Ainsi en témoigne une décision du tribunal de commerce de Paris rendue dans l'affaire Cœur de Défense le 16 décembre 2008 par les juges des référés [2], confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 juin 2009. Dans cette affaire, la totalité des loyers présents et futurs du débiteur avait été cédée en faveur des créanciers. Les juges ont alors décidé la désignation d'un séquestre avec pour mission de percevoir les loyers correspondant à la période post-jugement d'ouverture. Par la suite, dans un jugement au fond du 19 octobre 2009, le tribunal de commerce de Paris a confirmé l'efficacité du Dailly. Mais il a pris acte de l'engagement des bénéficiaires de la sûreté de rétrocéder aux organes de la procédure les sommes nécessaires à l'entretien de l'immeuble, seul actif du débiteur.

CRITÈRE DE L'UTILITÉ DE L'ACTIF POUR LE DÉBITEUR

À la lumière de cet exemple, on comprend que la généralisation du mécanisme de propriété-sûreté pourrait compromettre les objectifs de la loi de sauvegarde. Si le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté portant sur l'ensemble des actifs du débiteur est en mesure de réaliser sa sûreté indépendamment de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le débiteur se trouve dans l'incapacité de présenter un plan, faute d'actifs disponibles.

C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu que la suspension des poursuites s'applique lorsque « les biens ou droits présents dans le patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance » (L. 622-23-1 du Code de commerce).

En conséquence, lorsque les actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire ne sont pas utilisés pour l'exploitation de l'entreprise, rien n'interdit au créancier bénéficiaire, si les conditions sont réunies, de réaliser sa sûreté, et ce dès le début de la période d'observation. Il se trouve de cette façon dans une situation nettement favorable par rapport aux créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles, telles que le gage, l'hypothèque ou le nantissement de compte d'instruments financiers, soumis à la suspension des poursuites.

Si la fiducie est initialement conclue sans dépossession – par exemple lorsqu'elle porte sur un immeuble avec un bail consenti par le fiduciaire en faveur

[2] Voir aussi l'article de Francis Crédot et Thierry Samin, p. 81.

« En cas d'échec d'un plan de sauvegarde, le bénéficiaire d'une fiducie ne doit pas craindre l'ouverture d'un redressement judiciaire, puisqu'il peut réaliser immédiatement sa sûreté. »

du constituant – le bénéficiaire ne peut procéder à la réalisation qu'en cas de résiliation du contrat de bail par l'administrateur judiciaire – qui estimera, par exemple, que le bail est trop onéreux. Cette résiliation a pour effet, en quelque sorte, de « transformer » la fiducie-sûreté sans dépossession en fiducie-sûreté avec dépossession.

LE RÉGIME DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ SANS DÉPOSSESSION

La donne change lorsque les biens affectés en garantie sont utiles à la poursuite de l'activité. Dans ce cas, les règles du jeu ne sont pas les mêmes pour le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté selon qu'il existe ou non, pour le débiteur, une chance de redresser son entreprise.

À l'ouverture de la procédure, pendant la période d'observation, lorsque les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire sont laissés à la disposition du constituant pour les besoins de son activité, et que la fiducie-sûreté s'analyse alors en une sûreté sans dépossession, le créancier sera contraint d'attendre, de « passer son tour ». Il se trouve, temporairement, « à égalité » avec le créancier titulaire de sûretés réelles classiques. Cela étant, à bien d'autres égards, ses cartes sont meilleures.

Tout d'abord, l'attrait de la fiducie-sûreté sans dépossession est important lorsque la convention de mise à disposition est conclue à titre onéreux. Dans ce cas, le créancier peut continuer à percevoir les loyers malgré l'ouverture de la procédure collective. Les loyers versés pourront alors s'apparenter aux intérêts du prêt, rapprochant l'opération de celle d'un *lease-back*.

De plus, pour ce qui concerne la composition des comités de créanciers, le bénéficiaire de la fiducie-

sûreté dispose, en quelque sorte, d'un joker. En effet, la partie de sa créance garantie par la valeur liquidative des actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire est hors comité dès lors. Dès lors, il ne doit pas craindre la règle de la majorité imposant des remises de dettes ou d'éventuelles conversions de créances en capital.

Enfin, le bénéficiaire pourra, d'une certaine façon, remporter la mise et primer les autres créanciers si le redressement de l'entreprise par le débiteur s'avère finalement impossible.

EFFICACITÉ RETROUVÉE EN CAS DE CESSION DE L'ENTREPRISE OU DE LIQUIDATION

Dans l'hypothèse d'un échec d'un plan de sauvegarde, le bénéficiaire d'une fiducie ne doit pas craindre l'ouverture d'un redressement judiciaire, puisqu'il peut réaliser immédiatement sa sûreté.

En cas de plan de cession, il bénéficie d'une situation enviable puisque les actifs dans le patrimoine fiduciaire ne peuvent être intégrés au périmètre de la cession sans son accord.

Enfin, il bénéficie d'un droit exclusif sur les produits de réalisation des actifs transférés, quel que soit le mode de réalisation. Un créancier titulaire d'une sûreté classique ne peut éviter le concours avec d'autres créanciers d'un rang supérieur, tel que le superprivilège des salariés, qu'à travers le mécanisme de l'attribution judiciaire (puisque le pacte commissaire est paralysé en cas de liquidation judiciaire). Le créancier hypothécaire, pour sa part, ne bénéficie même pas de l'attribution judiciaire en cas de liquidation. On voit dès lors que la fiducie-sûreté permet au bénéficiaire de procéder, grâce au droit exclusif sur le prix de cession dont il jouit, à la réalisation de sa sûreté sans devenir propriétaire des biens mis en fiducie.

UN NOUVEL ÉQUILIBRE

Le législateur semble avoir opéré une véritable redistribution des cartes, selon que la propriété-sûreté s'analyse en une sûreté avec ou sans dépossession. Le critère de l'utilité apparaît ainsi dessiner une nouvelle ligne de partage permettant de trouver un équilibre entre les droits du débiteur et ceux de ses créanciers. À quand l'alignement du régime de la clause de réserve de propriété? ■