



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit privé général
Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent Leveneur
2022

Le droit de rétention fictif

Slène Federico

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Jacques Ansault

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à Monsieur Jean-Jacques ANSAULT, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, pour avoir accepté de me diriger tout au long de ce travail de recherche, tout en m'accordant sa confiance et ses précieux conseils.

J'adresse également tous mes remerciements à l'ensemble des professeurs du Master II Droit privé général, pour cette année bienveillante et riche d'enseignements.

Enfin, je suis reconnaissante envers mes proches, pour leur soutien inconditionnel durant toutes mes années d'étude.

SOMMAIRE

PARTIE I. UNE DÉNATURATION DU DROIT DE RÉTENTION À L'AUNE D'UNE ÉVOLUTION DE SON CHAMP D'APPLICATION

CHAPITRE I. L'élargissement du domaine du droit de rétention

Section I. L'objet du droit de rétention : des choses corporelles aux choses incorporelles

Section II. Les caractères de la détention : du pouvoir de blocage effectif au droit de rétention fictif

CHAPITRE II. La dénaturation du droit de rétention

Section I. Un accroissement des incertitudes quant à la nature du droit de rétention

Section II. Une détermination malaisée des fondements du droit de rétention fictif

PARTIE II. LE REGIME LACUNAIRE DU DROIT DE RETENTION FICTIF

CHAPITRE I. Le régime incertain de la rétention fictive de la chose du débiteur *in bonis*

Section I. Les prérogatives limitées du créancier rétenteur fictif

Section II. Un régime aux incidences regrettables

CHAPITRE II. Le régime propre de la rétention fictive de la chose du débiteur en procédure collective

Section I. Les cas d'inopposabilité du droit de rétention fictif

Section II. Les cas d'opposabilité du droit de rétention fictif

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa
BJE	Bulletin Joly des entreprises en difficulté
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass	Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ	Chambre civile
CMF	Code monétaire et financier
Com.	Chambre commerciale
D.	Dalloz
Fasc.	Fascicule
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> (dans la référence précédente)
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCl.	Jurisclasseur
JCP	Juris-Classeur périodique
LEDEN	L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté
LPA	Les petites affiches
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
P.	Page
RD banc. Fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RLDC	Revue Lamy droit civil
V°	Voir

INTRODUCTION

« Nul n'a droit de faire à soi-même justice »

L'adage, bien connu du droit français, tend à évincer toute forme de justice privée. Ainsi, la reconnaissance et la mise à exécution d'un droit relèvent, par principe, du monopole de la justice étatique¹. Cependant, la maxime séculaire souffre certains tempéraments, et parmi eux, le droit de rétention.

Définition du droit de rétention. D'après Monsieur le Professeur G. CORNU, le droit de rétention se définit comme le « *droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé* »². Autrement dit, il s'agit du droit dont est titulaire un créancier, et ce tant qu'il n'a pas été entièrement désintéressé, de refuser la restitution du bien de son débiteur³. Dès lors, la notion de « rétention » semble être inhérente à celle de « restitution ». Si le créancier est en mesure de retenir le bien de son débiteur, c'est parce qu'il doit, en principe, le lui restituer. Le droit du créancier, dit rétenteur, repose alors sur sa mainmise physique sur la chose. Ainsi, *pour retenir, il faut d'abord tenir*⁴. Pour illustration, l'archétype du créancier rétenteur semble être le garagiste, en droit de conserver le véhicule qui lui a été remis tant qu'il n'a pas reçu paiement de sa créance de réparation, et de gardiennage le cas échéant.

Le législateur prévoyait traditionnellement 3 formes de droit de rétention, lesquelles traduisaient cette consubstantialité entre « rétention » et « appréhension matérielle du bien ». En effet, l'article 2286 du code civil, tel qu'issu de sa rédaction de l'ordonnance du 23 mars 2006, prévoyait que : « *Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :*

1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;

2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;

¹ ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 3^{ème} ed., Editions Litec, 1992, p. 574

² CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} ed., Presses Universitaires de France, 2022, v^o rétention

³ Le bien retenu n'est pas nécessairement la propriété du débiteur, qui peut n'être qu'un simple locataire, ou acquéreur sous réserve de propriété par exemple.

⁴ Le CORRE P.-M., « Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », LPA, 11 févr. 2011, n^o PA201103012, p. 68 et s.

3° *Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose* ».

Ainsi présenté, le droit de rétention semble effectivement avoir une raisonnable de justice privée, aux traits forts archaïques. En ce sens, il n'est nul besoin pour le créancier d'obtenir une décision judiciaire pour mettre en œuvre son droit de rétention. Le Professeur M. DAGOT résumait celui-ci la manière suivante : « *Paye-moi car, tant que je ne serai pas payé, je garderai la chose* »⁵. Le droit de rétention s'analyse donc en un moyen de pression du créancier rétenteur sur le débiteur d'une part, et sur les autres créanciers de celui-ci d'autre part⁶. En effet, les autres créanciers du débiteur devront, s'ils souhaitent faire réaliser le bien pour se payer sur son prix de vente, désintéresser au préalable le créancier rétenteur. Toutefois, la pression ainsi exercée dépend des circonstances de faits. L'efficacité du droit de rétention est alors variable.

Efficacité du droit de rétention⁷. Il semble que la force de persuasion du droit de rétention soit corrélée à la valeur du bien retenu. Plus précisément, c'est la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette du débiteur à l'égard du créancier rétenteur qui importera en pratique.

S'agissant de l'efficacité du droit de rétention face au débiteur, si le bien est d'une valeur pécuniaire inférieure ou seulement égale au montant de sa dette, le débiteur n'aura que peu d'intérêt a priori à payer le rétenteur pour récupérer le bien. Il pourra en être autrement si la chose retenue, bien que d'une faible valeur pécuniaire, a soit une valeur sentimentale pour le débiteur, soit un usage dont il ne peut se passer⁸. En outre, le droit de rétention perd son efficacité si le bien retenu est remplaçable par le débiteur à moindre frais, ou si ce dernier est insolvable.

S'agissant de l'efficacité du droit de rétention face aux autres créanciers du débiteur, ceux-ci ne payeront utilement le créancier rétenteur que si le bien est d'une valeur suffisante pour, après avoir désintéressé le créancier rétenteur, se désintéresser eux-mêmes, en tout ou partie, sur le montant restant du prix de vente après réalisation du bien. À nouveau, si la valeur du bien retenu

⁵ DAGOT M., *Les sûretés*, 1^{ère} ed., Presses Universitaires de France, 1981, p. 73

⁶ BOURASSIN M., BREMOND V., *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., Editions Dalloz 2007, 2020, p. 577

⁷ DAGOT M., *op. cit.*, p. 7 et 8

⁸ Exemple de la rétention d'un bien nécessaire au débiteur dans le cadre de son activité professionnelle.

est inférieure ou à peine égale à la créance du rétenteur, le moyen de pression de ce dernier n'aura que peu de force à l'égard des autres créanciers du débiteur.

En somme, l'efficacité du droit de rétention découle d'une part de son caractère antiéconomique⁹, le créancier rétenteur privant son débiteur de l'usage du bien, et d'autre part de son caractère exclusif, le rétenteur étant fondé à évincer toute saisie par un autre créancier. Tel est le cas lorsque le créancier retient physiquement ledit bien, contraignant le débiteur et ses créanciers à acquitter la dette pour récupérer le bien.

Toutefois, l'évolution du droit de rétention a conduit à admettre une rétention fictive de la chose par le créancier. Dès lors, le bien qui n'est que fictivement retenu demeure entre les mains du débiteur, qui en conserve l'usage.

Il s'agit donc de s'interroger sur l'efficacité d'une telle rétention fictive pour le créancier, ainsi que sur les incidences de ce nouveau mode de rétention sur le droit des sûretés et des procédures collectives.

Pour cela, il conviendra d'envisager l'évolution du champ d'application du droit de rétention par l'admission progressive du droit de rétention fictif, ainsi que la manière dont cette évolution a dénaturé l'institution originelle du droit de rétention (**Partie I**). Par ailleurs, l'étude du régime du droit de rétention fictif s'avèrera essentielle, tant en présence d'un débiteur *in bonis* qu'en procédure collective (**Partie II**).

⁹ BOURASSIN M., BREMOND V., *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., Editions Dalloz 2007, 2020, p. 577

PARTIE I.

**UNE DÉNATURATION DU DROIT DE RÉTENTION À
L'AUNE D'UNE ÉVOLUTION DE SON CHAMP
D'APPLICATION**

L'élargissement considérable du domaine du droit de rétention (**Chapitre I**) a entraîné une dénaturation progressive de l'institution originelle (**Chapitre II**).

CHAPITRE I. L'élargissement du domaine du droit de rétention

L'origine du droit de rétention remonte au droit romain, où il existait sous la double condition d'existence d'une créance, et de la possession¹⁰ du bien par le titulaire de celle-ci. C'est ainsi, fondé sur une appréhension matérielle de la chose, qu'a longtemps été envisagé le droit de rétention. Les rédacteurs du code de 1804 avaient consacré un tel droit dans certains textes spéciaux, auxquels sont venues s'ajouter diverses dispositions postérieures, codifiées ou non. À titre d'exemple, l'article 1948 du code civil prévoit, dans sa rédaction demeurée inchangée depuis 1804, s'agissant du contrat de dépôt, que « *le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt* ».

À partir de ces textes ponctuels, la jurisprudence de la seconde moitié du 20^e siècle a dégagé des conditions de mise en œuvre du droit de rétention, permettant ainsi de l'appliquer dans des hypothèses non prévues par le législateur. Autrement dit, la jurisprudence a admis de raisonner par un principe d'induction, lequel consiste à induire de situations particulières un principe général. Ce type de raisonnement n'est pas systématiquement admis. À ce titre, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des sûretés, se refusait notamment à consacrer un principe général de cession de créance à titre de garantie. Ainsi, la généralisation de l'institution du droit de rétention semblait s'inscrire dans une volonté de

¹⁰ La notion de possession étant entendue largement ici, englobant la situation du simple détenteur. En ce sens, MAZELIE J., « Du droit de rétention, en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Université de droit de Toulouse, 1968 : l'auteur précise que, dès lors qu'un créancier oppose à son débiteur la rétention d'un bien, il ne peut être qu'un simple détenteur, car reconnaît par hypothèse qu'une autre personne en est propriétaire.

renforcer les droits des créanciers, à conditions toutefois que soient respectées les conditions prétoriennes établies.

Conditions d'existence du droit de rétention¹¹. Les conditions d'existence du droit de rétention son afférentes à la créance garantie, aux biens susceptibles d'être retenus et à la détention.

S'agissant des *conditions relatives à la créance garantie*, la jurisprudence a admis que celle-ci puisse être tant une créance de somme d'argent qu'une créance de faire ou ne pas faire. En toute hypothèse, il doit s'agir d'une créance certaine, ou du moins, incontestable en son principe. En effet, il n'est pas envisageable de conférer un quelconque droit de rétention à un créancier dont la créance serait éteinte voire inexistante. De même, une créance ne saurait fonder un droit de rétention qu'à condition d'être liquide et exigible, même si une certaine souplesse est traditionnellement admise dans l'appréciation de ces deux dernières conditions.

S'agissant des *conditions relatives au bien retenu*, il importe peu que la chose soit un bien meuble ou immeuble¹², de même qu'il importe peu qu'il ait une valeur marchande ou non¹³. La rétention ne peut porter cependant que sur des biens dans le commerce. En outre, sur la nature corporelle ou incorporelle de la chose retenue, le droit de rétention était traditionnellement cantonné à la retenue par le créancier d'un bien meuble corporel. Ce n'est que progressivement que la jurisprudence, et à sa suite le législateur, ont admis, de manière ponctuelle, l'existence de droits de rétention sur des biens incorporels. (**Section I**)

S'agissant des *conditions relatives à la détention*, la tradition jurisprudentielle voulait que celle-ci soit effective. En d'autres termes, le créancier rétenteur devait avoir la chose entre les mains, avoir sur elle un ascendant matériel, lui conférant un pouvoir de blocage de la chose. Ce principe d'effectivité de la détention a toutefois souffert un tempérament indéniable, par

¹¹ CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S., PETEL P, *Droit des suretés*, 10^{ème} ed., LexisNexis, 2015, p. 473 s.

¹² Sur la rétention d'un immeuble opposable à la procédure de liquidation judiciaire du débiteur : Cass. com., 30 janvier 2019, 17-22.223, Publié au bulletin

¹³ Sur la rétention de biens sans valeur marchande (documents administratifs d'un véhicule) : Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 24 septembre 2009, 08-10.152, Publié au bulletin

l'admission de droits de rétention sans appréhension matérielle du bien, qui n'est alors que fictivement retenu (**Section II**).

Ce double mouvement, consistant dans un premier temps à admettre l'existence de droits de rétention portant sur des biens incorporels, et dans un second temps à admettre l'existence d'un droit de rétention sans pouvoir de blocage effectif, constitue ce que Monsieur le Professeur F. DERRIDA appelait *la dématérialisation du droit de rétention*.

Section I. L'objet du droit de rétention : des choses corporelles aux choses incorporelles

Progressivement, la jurisprudence et le législateur se sont détachés de l'exigence traditionnelle de corporalité de la chose pour admettre l'existence de droits de rétention sur des biens incorporels (**I**). Dans de telles hypothèses, le pouvoir de blocage du créancier existe effectivement, mais consiste à neutraliser des utilités immatérielles (**II**).

I. L'admission ponctuelle de droits de rétention sur des choses incorporelles

Traditionnellement, le droit de rétention existait exclusivement s'agissant de la rétention d'un bien corporel, lequel devait se trouver entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu. En effet, il y avait une réticence à admettre qu'il puisse exister un quelconque pouvoir de blocage sur une chose immatérielle.

Toutefois dans un arrêt du 8 février 1994¹⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation jugeait « *qu'un fichier sur bande magnétique est, au même titre qu'un fichier établi sur un support papier, susceptible de faire l'objet d'un droit de rétention* ». En l'espèce, la société créancière, prestataire de services informatiques, détenait matériellement une bande magnétique contenant des informations relatives au fichier client de la société débitrice. Dès lors, devait-on considérer que le droit de rétention, tel qu'admis par la Cour de cassation, portait sur le support matériel contenant l'information - le contenant -, ou sur l'information elle-même

¹⁴ Cass. com., 8 février 1994, 92-14.484, Publié au bulletin

- le contenu - ? Une première interprétation, dans la lignée de la jurisprudence traditionnelle, consistait à considérer que le droit de rétention était fondé ici sur la mainmise physique du créancier sur la chose retenue, le contenant¹⁵. Toutefois une seconde interprétation, plus réaliste, consistait à souligner que le contenant n'avait aucune valeur en soi, à l'inverse du contenu informationnel¹⁶, de sorte que cette solution serait un premier pas vers la remise en cause de l'exigence de corporalité de la chose. En ce sens la société débitrice, déboutée par la Cour d'appel de Dijon¹⁷, arguait comme moyen de son pourvoi que « *le droit de rétention ne peut porter que sur des objets corporels en relation avec le contrat au titre duquel ils sont déposés ; que la valeur d'un fichier clients ne dépend aucunement de son support matériel, mais uniquement des informations qui s'y trouvent* ». La société débitrice entendait donc que soit exclue la qualification du droit de rétention, au motif précisément que le droit de rétention portait en réalité sur les informations. Le contenant matériel était alors « accessoire », un simple moyen de retenir son contenu.

En outre le législateur a admis, et ce, pour la première fois dans une loi du 2 juillet 1996¹⁸, qu'un droit de rétention porte sur un bien incorporel. En effet, l'article 102 *in fine* de cette loi prévoyait, à propos du nantissement de comptes-titres¹⁹, que « *le créancier gagiste bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les instruments financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte gagé* »²⁰. Cette dématérialisation affirmée du droit de rétention, constitutive d'une exception légale au principe de corporalité de la chose retenue, s'inscrivait dans une volonté de renforcer l'efficacité de la sûreté, en procédure collective essentiellement.

Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si l'ordonnance du 23 mars 2006, réformant le droit des sûretés, s'inscrivait dans la continuité de cette évolution du droit de rétention. En effet, s'agissant du nantissement de créance, l'article 2363 prévoyait, dans sa rédaction issue de ladite ordonnance, qu'après notification du nantissement de créance au débiteur de la créance nantie, seul le créancier nanti recevait valablement paiement de la créance donnée en garantie. Cette

¹⁵ En ce sens, DELBECQUE P., SIMLER P., « Droit des sûretés », JCP E, 9 juin 1994, n°23, 365

¹⁶ En ce sens, BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 590

¹⁷ CA Dijon, 17 mars 1992, 1992-03-17

¹⁸ Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières

¹⁹ Anciennement nommé *gage de compte d'instrument financier*

²⁰ Aujourd'hui article 211-20 IV CMF

disposition avait donné lieu à un important débat doctrinal, dont l'issue était déterminante de l'efficacité de la sûreté.

En effet, l'opinion doctrinale majoritaire considérait que le texte visait la situation du créancier nanti, lequel bénéficierait d'un pouvoir de blocage ou d'un droit de rétention au paiement de la créance affectée en garantie, de nature à empêcher tout concours entre les créanciers du constituant. À l'inverse, une partie moindre de la doctrine considérait que le texte ne visait que la situation du débiteur de la créance nantie, de sorte qu'après notification, seul un paiement au créancier nanti était libératoire pour ce premier. Le texte ne pourrait alors, à lui seul, conférer au créancier nanti un droit exclusif de nature à exclure le concours avec d'autres créanciers. À l'appui de cette dernière position, et afin d'évincer l'existence de tout droit de rétention, était rappelée l'exigence traditionnelle de corporalité du bien retenu²¹.

Toutefois l'article 2363, dans sa rédaction actuelle issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, dispose, de manière plus explicite, qu'« *après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts* ». Ainsi, même si ce texte laisse subsister certaines interrogations quant à sa mise en œuvre ainsi que sur la situation du créancier nanti avant notification, il a le mérite de clarifier la nature du droit exclusif dont il bénéficie après notification ; il s'agit bien d'un droit de rétention, portant sur une chose incorporelle. Le législateur a ainsi consacré la position doctrinale majoritaire, qui était également celle retenue par la jurisprudence récente en matière de nantissement d'assurance vie²².

Ces quelques exemples de droits de rétention portant sur des biens incorporels incite donc à réduire, voire écarter, l'importance traditionnellement accordée à la corporalité de la chose retenue. En effet, de tels droits de rétention admis par le législateur et en jurisprudence semblent reposer, non sur une appréhension matérielle du bien, mais sur un pouvoir d'en bloquer les utilités.

²¹ MIGNOT M., « Nantissement de créance - L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006- 346 du 23 mars 2006 », RD banc. Fin., Janv. 2010, n°1, étude 2

²² Cass. civ. II, 2 juillet 2020, 19-11.417 et 19-13.636, Publié au bulletin

II. L'existence d'un pouvoir de blocage effectif

Dans l'hypothèse de tels de droits de rétention sur des biens incorporels, le droit du créancier semble se fonder sur sa nature de pouvoir de contrainte. En effet, dire que le droit de rétention porte sur un bien immatériel n'implique pas nécessairement que celui-ci soit dépourvu de tout effet. Classiquement, il est admis que le droit de rétention se caractérise par sa passivité, le rétenteur ne disposant d'aucune prérogative juridique sur la chose. En effet celui-ci, simple détenteur précaire en l'absence de tout *animus domini*²³, n'a ni la jouissance, ni l'usage, ni la disposition de la chose. En outre le droit de rétention, envisagé de manière autonome, ne confère au créancier aucun droit de préférence ni de suite, et n'offre pas la faculté de demander l'attribution judiciaire du bien. En somme, le droit de rétention se caractérise traditionnellement par la seule possibilité pour le créancier de refuser la restitution de la chose.

Dès lors, puisqu'il ne peut pas s'agir d'un refus de restitution, quelle prérogative confère un droit de rétention portant sur un bien incorporel, insusceptible par nature d'appréhension matérielle ? Pour répondre, il convient de revenir sur les quelques exemples précités.

S'agissant de la rétention d'informations contenues sur des bandes magnétiques telle qu'observée dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 8 février 1994, l'hypothèse est particulière. Même s'il faut admettre que la rétention porte en réalité sur le contenu informationnel, le créancier rétenteur, parce qu'il a la mainmise sur le contenant, est en mesure d'opposer un réel refus de restitution de la chose, prérogative classique du droit de rétention.

Toutefois, tel n'est pas le cas s'agissant du nantissement de comptes-titres. En effet ici, le créancier bénéficie d'un droit de rétention d'origine légale, sans lien a priori avec une quelconque dépossession du débiteur²⁴. Toutefois, suite à la loi précitée du 2 juillet 1996, certains auteurs ont considéré qu'il pourrait s'agir d'une « dépossession fictive », résultante de l'inscription des titres au crédit d'un compte spécial²⁵. Cependant pour d'autres, le virement des titres au crédit d'un compte spécial n'étant pas une condition de validité du nantissement,

²³ Volonté de se comporter comme le propriétaire de la chose.

²⁴ AUCKENTHALER F., « NANTISSEMENT DE COMPTE-TITRES », JCL. Banque – Crédit – Bourse, 30 juin 2020, Fasc. 2130

²⁵ En ce sens, BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 586,

le droit de rétention qui y est attaché n'est pas fondé sur une dépossession fictive²⁶. Quoiqu'il en soit, la question est celle de savoir de quelle prérogative bénéficie le créancier rétenteur ? S'agissant de biens dont la valeur découle de leur réalisation, le pouvoir de blocage du créancier rétenteur réside dans la possibilité pour celui-ci de priver, en tout ou partie, le propriétaire de son pouvoir de réalisation des titres²⁷. Concrètement, la seule personne à posséder un pouvoir de fait sur les titres est l'établissement teneur de compte, lequel pourra s'opposer à un quelconque acte sur les titres affectés en garantie. C'est par cet intermédiaire de l'établissement de crédit que s'exercera alors un réel pouvoir de blocage du créancier rétenteur.

La logique est similaire s'agissant du nantissement de créance. Le droit de rétention du créancier nanti, tel que consacré par l'ordonnance du 15 septembre 2021, lui permettrait non seulement d'exclure le concours avec d'autres créanciers de son débiteur, mais surtout, d'empêcher celui-ci de percevoir le paiement de la créance retenue. Dans ce cas, la seule personne à exercer un pouvoir de fait sur la créance nantie est le débiteur de celle-ci. Le pouvoir de blocage du créancier nanti s'exercera alors par l'interdiction qui est faite au débiteur de la créance nantie de payer quelqu'un d'autre que lui. L'article 2363, tel qu'issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021, dispose en effet qu'après notification, le créancier nanti a seul droit au paiement de la créance nantie. L'utilité de la créance résidant dans la possibilité d'en recevoir le paiement, le créancier rétenteur exerce là un véritable pouvoir de blocage immatériel sur son débiteur²⁸.

Dans ces hypothèses, le droit de rétention portant sur un bien incorporel confère au créancier rétenteur un pouvoir de gêneur, consistant à bloquer les utilités du bien retenu. Toutefois, le mouvement de dématérialisation du droit de rétention a conduit le législateur à consacrer des droits de rétention sans pouvoir effectif de blocage.

²⁶ En ce sens, AUCKENTHALER F., *op. cit.*

²⁷ AYNES A., « Loi de sauvegarde - L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *Rev. proc. coll.*, avril 2008, n° 2, étude 13

²⁸ *Ibid.*

Section II. Les caractères de la détention : du pouvoir de blocage effectif au droit de rétention fictif

Le droit de rétention fictif portant sur des biens corporels a été découvert par la Cour de cassation en matière de gage automobile (I), avant d'être étendu au gagiste non mis en possession par le législateur de 2008 (II).

I. L'admission de droit de rétention sans détention matérielle du bien : l'exemple du gage de véhicule automobile

En principe, le droit de rétention suppose que le créancier puisse exercer un pouvoir de blocage effectif sur le bien. Cela a pour conséquence que le droit de rétention tombe si le créancier cesse de bloquer le bien. À ce titre, l'article 2286 *in fine* du code civil prévoit que le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire. Pour illustration, un garagiste bénéficiant d'un droit de rétention en perd le bénéfice s'il procède à une saisie du véhicule pour le faire vendre et se payer sur le prix de vente. En effet, la saisie est alors considérée comme un dessaisissement volontaire, et le gagiste ne pourra pas prétendre au report de son droit de rétention sur le prix de vente obtenu.

Toutefois, le législateur et la jurisprudence se sont écartés de cette logique, en admettant qu'il puisse exister un droit de rétention sans qu'il n'y ait jamais eu de mainmise physique sur le bien. Le droit de rétention ne repose alors pas sur un pouvoir de fait, mais sur une simple fiction juridique. Un pareil droit de rétention a été découvert par la Cour de cassation en matière de gage sur véhicule automobile, gage spécial qui garantit, pour le vendeur à crédit ou le prêteur de deniers, le paiement du prix d'achat d'un véhicule.

Ce gage sur véhicule automobile a été institué par la loi du 29 décembre 1934, dite loi Malingre, afin de faciliter la vente à crédit de véhicules. Cette loi prévoyait qu'il s'agissait d'un gage sans dépossession. Ainsi, l'acheteur pouvait user immédiatement du véhicule, et le créancier bénéficiait d'un droit de préférence issu du gage²⁹. Par un décret du 30 septembre 1953³⁰, le

²⁹ LIEBER S.-J., conclusions n°322315, séance du 27 mai 2011, Lecture 8 juin 2011

³⁰ Décret n°53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles, art. 2

législateur a repris ce mécanisme, en prévoyant à cette occasion qu'est réputé avoir conservé la marchandise en sa possession le créancier gagiste qui s'est vu délivrer un reçu de sa déclaration faite à la préfecture ayant remis le certificat d'immatriculation. À la vue de cette possession fictive dont bénéficie le créancier gagiste, la jurisprudence lui a reconnu un droit de rétention, fictif lui aussi³¹, lui permettant de s'opposer à la saisie du bien par un autre créancier, et ainsi d'échapper à tout concours. Toutefois, si certes le bien ne peut être saisi par un autre créancier, comment empêcher le débiteur de le vendre à un tiers ? Le créancier pourra poursuivre la réalisation du bien entre les mains du tiers, mais ce droit de suite découle du gage et non du droit de rétention.

Ici, la force du pouvoir de blocage du droit de rétention découle de la pratique des préfectures de police, lesquelles exigent, en cas de vente d'un véhicule d'occasion, un certificat de non-gage. Sans celui-ci, le nouvel acquéreur ne pourrait pas immatriculer son véhicule, et aurait donc tout intérêt à ne pas conclure la vente.

L'article 2353 du Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, consacrait cette fiction de possession, avant d'être abrogé par l'ordonnance du 15 décembre 2021. Désormais, le gage de véhicule automobile sera soumis aux dispositions du droit commun du gage³². D'ailleurs, en droit commun, tous les gages sans dépossession sont aujourd'hui assortis d'un droit de rétention fictif, et ce, depuis le mouvement de généralisation opéré par la loi de modernisation de l'économie.

II. Une généralisation regrettée par la loi de modernisation de l'économie

Récemment réformé par l'ordonnance du 23 mars 2006, le droit des sûretés réelles a été à nouveau modifié par la loi du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie³³. Celle-ci,

³¹ Cass. com., 15 janvier 1957, D. 1957, J. 267

³² Excepté s'agissant de sa publicité. En effet, l'article 2338 du code civil, tel qu'issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021, prévoit en son alinéa second de conserver le particularisme du gage sur véhicule automobile en matière de publicité : « *Sauf s'il est soumis à l'article 2342, le gage portant sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés est publié par une inscription sur un registre tenu par l'autorité administrative dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. L'inscription d'un tel gage fait obstacle à toute nouvelle inscription sur le même véhicule* ».

³³ PIEDELIEVRE S., « Le nouvel article 2286 4° du code civil », D. 2008, p. 2950 et s.

poursuivant un objectif de renforcement de l'efficacité du gage sans dépossession en cas de procédure collective du constituant, a étendu le bénéfice du droit de rétention à tout gage sans dépossession³⁴. En effet, l'article 79 de la loi de modernisation de l'économie a complété l'article 2286 du code civil, en prévoyant que « *peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession* ».

Cette innovation du législateur a été largement critiquée en doctrine. Certains auteurs l'ont, à ce titre, décrite comme une « *innovation regrettable et perturbatrice* »³⁵, ou comme un « *mécanisme nuisible* »³⁶. En effet, cette extension du droit de rétention à tout gage sans dépossession n'est pas sans complexifier le droit des sûretés réelles. Même s'il semble que ce texte permette d'unifier le domaine du droit de rétention, il ajoute en réalité à la confusion qui existe quant à son champ d'application.

Champ d'application temporel. La question de l'application dans le temps de l'innovation de la loi de modernisation de l'économie est essentielle à l'étude du champ d'application du droit de rétention fictif. Le législateur ne s'étant pas prononcé, la jurisprudence a tranché cette question dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles, en date du 20 janvier 2011³⁷. En l'espèce, les juges du fond confirment la solution du tribunal de commerce Nanterre³⁸, qui a justifié sa décision au motif que « *les effets juridiques d'un contrat, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, sont régis par la loi qui était en vigueur au moment de sa conclusion* », et ce si « *aucune considération, particulièrement impérative, d'ordre public économique ou de protection* » ne commande de déroger à ce principe de survie de la loi ancienne. Ainsi, la Cour d'appel juge que les nouvelles dispositions de la loi de modernisation de l'économie ne s'appliquent qu'aux sûretés consenties après son entrée en vigueur, le 6 août 2008.

Champ d'application matériel. La doctrine s'est interrogée, avec une forte acuité, sur le point de savoir quelles sûretés devaient bénéficier d'un pareil droit de rétention. En effet l'article

³⁴ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, 597

³⁵ MARMAYOU J.-M., « PRIVILÈGES. - Droit de rétention. Notion et domaine d'application », JCl. Civil Code, 12 novembre 2013, Fasc. 10

³⁶ MARTIAL-BRAZ N., « Grandeur et décadence du droit de rétention », RLDC, avril 2011, n° 81, étude 4205, p. 29

³⁷ CA Versailles, 20 janvier 2011, 09/07588

³⁸ T. com. Nanterre, 15 septembre 2009, 00962

2286 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008, vise en son cinquième alinéa le gagiste sans dépossession. L'intention du législateur était-elle de faire bénéficier le seul gage de droit commun de ce droit de rétention nouveau ? À l'inverse, les bénéficiaires d'un gage spécial sans dépossession devaient-il se voir appliquer cette nouvelle disposition ? La doctrine s'est divisée sur cette question.

Certains auteurs considéraient, légitimement, que tous les gages sans dépossession devaient bénéficier de la nouvelle disposition de l'article 2286 du Code civil³⁹, qu'il s'agisse du gage sans dépossession de droit commun, mais aussi du gage sur stocks et du nantissement d'outillage et matériel notamment. Plusieurs arguments étaient avancés en ce sens. Tout d'abord, le texte n'opère aucune distinction au sein des gages sans dépossession, et l'adage séculaire *ubi lex non distinguit, nec nis distinguere debemus* veut qu'aucune distinction ne soit faite là où la loi elle-même n'en opère pas. En outre, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 18 décembre 2008⁴⁰ prévoyait expressément que le gagiste sur stocks bénéficiait du droit de rétention prévu par l'article 2286-4° du code civil. Enfin, était avancé un argument relatif aux objectifs poursuivis par la loi de modernisation de l'économie. L'article 79 de celle-ci, lequel a modifié l'article 2286 du code civil, se trouve au sein du titre premier de la loi, dans un chapitre V intitulé « *Favoriser la reprise, la transmission, le rebond* ». Dès lors, si l'objectif était de favoriser l'activité des entreprises, il paraissait cohérent de faire bénéficier de ce droit de rétention fictif les gages communément constitués par des entreprises⁴¹.

Toutefois, cette position doctrinale n'était pas unanime. Certains auteurs considéraient à l'inverse que la reconnaissance d'un droit de rétention au profit du gagiste sans dépossession découlant d'une pure fiction juridique, son application se devait d'être restrictive, de sorte à exclure de son champ d'application les gages spéciaux. Telle était la thèse de Monsieur le Professeur P.-M. LE CORRE, selon lequel la fiction se définit comme une « *affirmation consciente d'une contre vérité* », volonté qui à ce titre ne peut être qu'explicitement exprimée

³⁹ En ce sens, LEGEAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, 14^{ème} édition, LGDJ, 2021, p. 446; BUSINE O., « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », Rev. proc. coll. nov. 2011, n°6, étude 31 ; DAMMAN R., PODEUR G., « Le nouveau paysage du droit des sûretés, première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », D. 2008, Chron. 2300 s.

⁴⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

⁴¹ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 599

par le législateur, et ne saurait découler d'un raisonnement par analogie⁴². Telle semblait être la solution retenue par la jurisprudence en matière de nantissement de matériel et d'outillage⁴³.

Ces interrogations concernant les gages sans dépossession visés par la loi de modernisation de l'économie au sein de l'article 2286 du code civil semblent s'atténuer largement sous l'empire de l'ordonnance du 15 décembre 2021 réformant le droit des suretés, laquelle a abrogé les dispositions relatives au gage sur stocks et au nantissement d'outillage et de matériel. Désormais, de tels gages seront soumis au régime de droit commun du gage, et pourraient à ce titre se voir appliquer le droit de rétention fictif de l'article 2286-4° du code civil.

En outre, la question du champ d'application matériel du droit de rétention fictif s'est également posée s'agissant du nantissement. À ce titre, il faut noter que l'ordonnance du 23 mars 2006 a consacré à l'article 2329 du code civil une distinction entre le gage, portant sur des biens meubles corporels, et le nantissement, portant sur des biens meubles incorporels. Ainsi, la seule référence au gage sans dépossession à l'article 2286 du Code civil aurait pu permettre d'exclure de son champ d'application les différents types de nantissements⁴⁴. Toutefois, l'article 2355 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 15 décembre 2021, prévoyait que le nantissement portant sur un bien incorporel autre qu'une créance « *est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels* ». Ce renvoi a été la cause d'importants débats doctrinaux, dont l'issue était déterminante de l'efficacité du nantissement, en procédure collective du constituant notamment⁴⁵. En application du renvoi opéré par l'article 2355 alinéa 5, le créancier nanti devait-il bénéficier du droit de rétention fictif consacré par l'article 2286-4° du Code civil ?

⁴² Le CORRE P.-M., DAMMANN R., PODEUR G., « Le droit de rétention fictif au cœur de tous les débats », BJE juill. 2011, n° JBE-2011-0103, p. 227 et s.

⁴³ Cass. com., 4 janvier 2005, 02-10.511 : « *Le juge-commissaire ne statue pas dans la limite de ses attributions lorsque, au mépris de l'ordre des créanciers, il autorise le liquidateur à retirer le bien nanti, en payant la dette du créancier titulaire d'un nantissement sur l'outillage et le matériel qui ne confère pas de droit de rétention* ».

⁴⁴ BOURASSIN M., BREMOND V., p. 598

⁴⁵ Le CORRE P.-M., « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », JCP E, 19 févr. 2009, n° 8 et 9, p. 1204 et s.

La question avait été expressément réglée par la chambre commerciale de la Cour de cassation s'agissant du nantissement de fonds de commerce, dans un arrêt en date du 26 novembre 2013⁴⁶. La solution de la Haute juridiction consistait à juger que le nantissement de fonds de commerce étant régit par des dispositions spéciales au sens de l'article 2355 du code civil, le renvoi à l'article 2286 du même code ne trouvait pas à s'appliquer. Le créancier nanti sur fonds de commerce ne bénéficiait alors pas du droit de rétention fictif convoité. Toutefois, la solution de la Cour de cassation n'était pas sans poser de questions. Comment interpréter la formulation « *à défaut de dispositions spéciales* » ? Par ailleurs, la solution de la Cour de cassation devait-elle jouir d'une portée générale, de nature à exclure tout nantissement du champ de l'article 2286-4° ? En effet, la chambre commerciale jugeait que : « *l'article 2286-4° du code civil issu de la loi du 4 août 2008 n'est applicable qu'aux biens corporels, ce qui exclut les nantissements* ». Dès lors, cette solution s'appliquait-elle aux nantissements de parts de S.A.R.L ou de S.N.C par exemple ?

D'aucuns considéraient qu'en l'absence de disposition contraire, ledit renvoi devait être appliqué, de sorte à accorder au créancier nanti un droit de rétention fictif⁴⁷. En sus, Madame le Professeur F. PEROCHON considérait qu'avec la dématérialisation de la rétention, la distinction entre le gage et le nantissement était artificielle⁴⁸. En effet, les situations du créancier gagiste sans dépossession et du créancier nanti étaient-elles si éloignées qu'elles méritaient une différence de traitement telle que le premier devait jouir d'un droit de rétention, et non le second ?

D'autres auteurs estimaient à l'inverse qu'il ne s'agissait que d'un « *renvoi malheureux* »⁴⁹, qui ne devait pas être appliqué de façon littérale. À l'appui de cette position, un argument textuel s'imposait. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont rigoureusement visé le gage et le nantissement dans certaines dispositions. À titre d'exemple, l'article 165 de ladite ordonnance est venu modifier la lettre de l'article L642-12 du Code de commerce, relatif au régime de la cession d'entreprise, afin d'y ajouter le terme *gage*, à côté du terme

⁴⁶ Cass. com., 26 novembre 2013, 12-27.390, Inédit

⁴⁷ En ce sens, PEROCHON F., « À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », Gaz. Pal., 10 mars 2009, n° 69, p. 3 et s. ; DAMMAN R., PODEUR G., *op. cit.*

⁴⁸ PEROCHON F., *op. cit.*

⁴⁹ En ce sens, BUSINE O., *op. cit.*

nantissement, déjà présent⁵⁰. Dès lors, il était légitime de considérer que si l'intention du législateur était de faire bénéficier le créancier nanti du droit de rétention fictif consacré par l'article 2286-4° du Code civil, celui-ci aurait été expressément visé par la lettre du texte.

Finalement, l'ordonnance du 15 décembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a modifié l'article 2355 du Code civil. Désormais, s'agissant du nantissement portant sur des meubles incorporels autre que des créances, le texte exclut expressément l'application du droit de rétention de l'article 2286-4°, dans une disposition claire. Toutefois, cette solution n'est pas satisfaisante en tous points. En effet en droit positif, le créancier gagiste sans dépossession bénéficie d'un droit de rétention fictif, alors que le créancier nanti sur un meuble incorporel autre qu'une créance ne jouit pas de ce droit, alors même qu'il est soumis au régime du gage. Pourquoi consacrer une différence de traitement telle, entre deux créanciers qui pourtant semblent être dans des situations similaires en de nombreux points ?⁵¹ La solution est d'autant plus critiquable que la même ordonnance, afin d'asseoir le droit du créancier nanti sur créance, a prévu que celui-ci bénéficie d'un droit de rétention après notification au débiteur de la créance nantie.

En généralisant le mécanisme de la fiction de possession, tel qu'il existait déjà dans le gage de véhicule automobile, le législateur de 2008 a étendu largement le champ d'application du droit de rétention fictif. Cette extension a reçu de nombreuses critiques, au premier rang desquelles celle de l'absence de pouvoir de fait sur la chose, laquelle est demeurée entre les mains du débiteur⁵².

En outre, cette extension du droit de rétention à des hypothèses où le créancier n'a pas de pouvoir de blocage sur la chose pose la question de la définition du droit de rétention fictif. Dès lors, la notion de fictivité vise-t-elle l'absence d'appréhension matérielle du bien, ou l'absence de pouvoir de blocage de fait ? Autrement dit, la notion de fictivité est-elle afférente à la rétention du bien, ou au pouvoir de blocage qui découle normalement de la rétention ? Dans la première hypothèse, les droits de rétention portant sur des biens incorporels seraient nécessairement fictifs.

⁵⁰ PEROCHON F., *op. cit.*

⁵¹ BORGA N., « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », RD banc. fin., mai 2009, n° 3, étude 20

⁵² V° *Infra* (Partie II, Chapitre I)

À en croire la définition donnée par Monsieur le Professeur G. CORNU, qui pour rappel considère le droit de rétention comme le « *droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé* », le droit de rétention se caractérise par la mainmise physique du créancier sur le bien. Pour la suite de cette étude, il conviendra de réunir sous l'appellation *droit de rétention fictif*, tant les droits portant sur des biens incorporels, que les droits portant sur des biens corporels demeurés entre les mains du débiteur.

Cette définition extensive du droit de rétention suscite alors des interrogations quant à la nature de ce droit.

CHAPITRE II. La dénaturation du droit de rétention

L'élargissement considérable du champ d'application du droit de rétention, par l'introduction d'hypothèses de droits de rétention fictifs, a conduit à un accroissement des incertitudes quant à sa nature (**Section I**), et par extension quant à la détermination de ses fondements (**Section II**).

Section I. Un accroissement des incertitudes quant à la nature du droit de rétention

Le droit de rétention a une nature tant mobilière qu'immobilière. À l'origine, ce droit trouvait son terrain de prédilection en matière mobilière, la dépossession étant malaisée en matière immobilière. Désormais, droit de rétention et dépossession du débiteur n'allant plus nécessairement de pair, il semble que le droit de rétention trouve à s'appliquer tant en matière mobilière qu'immobilière.

Toutefois, la question se pose de savoir comment qualifier le droit de rétention. Est-ce un droit réel ? Une sûreté réelle ? La nature du droit de rétention n'a jamais fait l'objet d'un consensus. Pourtant, celle-ci est essentielle à la détermination du régime applicable. Avec les différents pans du mouvement de dématérialisation du droit de rétention, la nature de celui-ci semble plus incertaine encore.

Droit de rétention et droit réel. Le droit de rétention, qu'il s'agisse d'un droit effectif ou fictif, porte sur une chose. Sur ce point, bien que le droit de rétention fictif existe sans appréhension matérielle de la chose retenue, il n'en demeure pas moins un droit exercé sur une chose. En ce sens, le droit de rétention fictif conserve une bricbe de caractère réel. Or, cela suffit-il à qualifier le droit de rétention de droit réel ? D'après Monsieur le Professeur Gérard CORNU⁵³, le droit réel se définit comme un « *droit qui porte directement sur une chose et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose* ». Or, le créancier rétenteur ne dispose d'aucune prérogative sur la valeur économique de la chose. Il n'a ni droit de suite, ni droit de

⁵³ CORNU G., *op. cit.*, v° réel

préférence, et sera payé comme un créancier chirographaire s'il fait vendre la chose⁵⁴. D'ailleurs, le créancier rétenteur perd son droit de rétention s'il entreprend de réaliser le bien⁵⁵. Lorsque le droit de rétention est l'accessoire d'un droit réel, il faut bien distinguer les prérogatives qui découlent du premier de celles qui découlent du second⁵⁶. Pour illustration, s'agissant d'un gage doublé d'un droit de rétention, les droits de suite et de préférence sont des prérogatives découlant du gage, et non du droit de rétention.

Toutefois la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 janvier 1992⁵⁷, a qualifié le droit de rétention de droit réel, justifiant ainsi son opposabilité au tiers non tenu de la dette. Classiquement, la nature d'un droit commande le régime à lui appliquer. Or ici, la doctrine a regretté que le résultat recherché, à savoir l'opposabilité du droit de rétention au propriétaire non débiteur, ait sans doute commandé sa qualification. Dès lors, quelle valeur accorder à une telle qualification ? La solution a été réitérée dans un arrêt plus récent du 24 septembre 2009⁵⁸, intervenue à la suite de la généralisation du droit de rétention fictif opéré par la loi de modernisation de l'économie. Cette qualification, qui paraissait déjà incertaine lors de la solution de 1992, paraît plus hasardeuse encore en 2009.

Droit de rétention et droit personnel. Certains auteurs considèrent que le droit de rétention est un droit personnel, en ce qu'il serait un terme suspensif à l'obligation de restitution de la chose retenue. Dès lors, l'obligation de restitution ne serait exigible qu'une fois le droit de rétention éteint, par le désintéressement intégral du créancier. Il s'agirait alors d'une modalité de l'obligation de restitution du créancier rétenteur, laquelle est une obligation personnelle⁵⁹. Toutefois, cette qualification de droit personnel ne pourrait concerner que le droit de rétention effectif, le créancier bénéficiaire d'un droit de rétention fictif ne souffrant aucune obligation de restitution.

⁵⁴ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 603

⁵⁵ Art. 2286 al. 6 : « Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

⁵⁶ DAGOT M., *op. cit.*, p.?

⁵⁷ Cass. civ. I, 7 janvier 1992, 90-14.545, Publié au bulletin

⁵⁸ Cass. civ. I, 24 septembre 2009, 08-10.152, Publié au bulletin

⁵⁹ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 581

En somme, malgré la position constante de la première chambre civile de la Cour de cassation, le droit de rétention ne semble pas trouver sa place de manière évidente dans la distinction traditionnelle entre droit réel et droit personnel.

Droit de rétention et sûreté réelle. Si la Cour de cassation admet que le droit de rétention a un caractère réel, la question se pose de savoir s'il est une sûreté. Plusieurs éléments rapprochent le droit de rétention d'une sûreté réelle, à commencer par son mode de fonctionnement. En effet, la sûreté réelle est définie par le législateur comme « *l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* »⁶⁰. Le droit de rétention quant à lui est bien l'affectation d'un bien, le bien retenu, à la garantie d'une créance. En ce sens, le droit de rétention pourrait s'analyser en une sûreté réelle exclusive, à côté des différentes formes de propriété sûreté.

En outre, il est traditionnel de considérer que la sûreté est l'accessoire de la créance qu'elle garantit, et qu'elle est indivisible.

Sur le *caractère accessoire*, l'article 2286 du Code civil ne précise pas que le droit de rétention est l'accessoire de la créance qu'il garantit. Certains auteurs regrettent à ce titre que le législateur n'ait pas précisé d'avantage les éléments du régime du droit de rétention⁶¹. Toutefois, il est aisé de considérer que l'affectation du bien retenu à la garantie de la créance donne naissance à un lien d'accessoire à principal, « *mettant le bien au service de la créance* »⁶². En sus, le droit de rétention du créancier cesse une fois celui-ci entièrement désintéressé, c'est-à-dire une fois la créance garantie éteinte, ce qui laisse sans nul doute entrevoir le caractère accessoire du droit de rétention.

Sur le *caractère indivisible*, il est admis de longue date que le droit de rétention est indivisible, comme le sont les sûretés réelles. S'agissant du droit de rétention effectif, le rétenteur est fondé à conserver l'entier bien tant qu'il n'a pas été intégralement désintéressé, et ce, sans condition de proportionnalité entre la valeur du bien et le montant restant dû au créancier. Cette indivisibilité semble se justifier par la nécessité pour le créancier de conserver

⁶⁰ Article 2323 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

⁶¹ En ce sens, AYNES A., « La consécration légale des droits de rétention », D. 2006, p. 1301 et s.

⁶² En ce sens, BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 583

son pouvoir de contrainte, en gardant la mainmise sur le bien retenu. Toutefois, l'indivisibilité se justifie-t-elle aussi bien pour le droit de rétention fictif ? Dans le cas d'un gage sans dépossession par exemple, le créancier n'a aucun pouvoir de blocage effectif sur le bien. L'indivisibilité du droit de rétention fictif ne peut alors se justifier par la nécessité pour le créancier de conserver un pouvoir de blocage matériel dont il ne dispose pas. Dès lors, pourquoi ne pas prendre en compte les paiements partiels du débiteur ? Si la chose est matériellement divisible, pourquoi ne pas admettre que le droit de rétention fictif se restreigne à mesure que la dette est acquittée ? S'agissant du droit de rétention fictif, il semblerait que son caractère indivisible se justifie moins aisément. Dès lors, l'argument tiré de l'indivisibilité du droit de rétention comme élément de qualification en sûreté serait moins pertinent.

En outre, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, l'article 2286 du Code civil est situé dans les dispositions générales du livre IV, intitulé « *Des sûretés* ». Toutefois le titre II de ce livre, consacré aux sûretés réelles, n'accorde aucun développement au droit de rétention. L'emplacement de l'article 2286 ne semble être qu'un faible argument au service de la qualification du droit de rétention. Certains auteurs considèrent à ce titre que l'emplacement de l'article pourrait n'avoir pour seul objectif que de signaler le rôle perturbateur que va jouer le droit de rétention sur l'ensemble des sûretés⁶³.

Sur cette question de la qualification de sûreté du droit de rétention, la Cour de cassation a fixé sa jurisprudence depuis longtemps. En effet, dans un arrêt de la chambre commerciale du 20 mai 1997⁶⁴, la Cour a jugé que « *le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage* ». L'enjeu ici était de savoir si le créancier rétenteur devait déclarer son droit de rétention à la procédure collective du débiteur constituant. La Cour de cassation a jugé que n'étant pas une sûreté, le droit de rétention n'avait pas à faire l'objet d'une déclaration à la procédure collective. Seul le gage, avec lequel le droit de rétention ne devait pas être confondu, devait faire l'objet d'une déclaration à ladite procédure. Cette solution a été réitérée l'année suivante, dans une espèce où l'enjeu était de savoir si le créancier rétenteur bénéficiait de la faculté de demander l'attribution judiciaire de la chose retenue. La chambre commerciale de la Cour de cassation a donc estimé que le droit de rétention n'étant pas une sûreté, il « *ne permet pas l'attribution en pleine propriété de la chose retenue* »⁶⁵.

⁶³ En ce sens, BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 600

⁶⁴ Cass. com., 20 mai 1997, 95-11.915, Publié au bulletin

⁶⁵ Cass. com., 9 juin 1998, 96-12.719, Publié au bulletin

En somme le droit de rétention serait, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, un droit réel, sans être une sûreté réelle. Cette solution semble raisonnable, dans la mesure où la qualification de sûreté aurait peu à apporter au fonctionnement du droit de rétention. De plus, bien que le caractère fictif du droit de rétention semble nécessairement amoindrir le caractère réel de celui-ci, sans doute faudrait-il le qualifier de droit réel revêtant une fonction de garantie. Toutefois, il faut relever que les difficultés de qualification entourant le droit de rétention, depuis son élargissement au droit de rétention fictif, ne sont pas sans lien avec les incertitudes entourant les fondements de ce dernier.

Section II. Une détermination malaisée des fondements du droit de rétention fictif

Le fondement du droit de rétention fictif en matière de gage sans dépossession ne saurait résider sur la détention par le créancier de la chose retenue. L'exigence traditionnelle de connexité entre la créance garantie et la détention de la chose a donc été éludée dans de pareilles hypothèses (I). Le droit de rétention fictif semble donc être soutenu par la seule volonté du législateur (II).

I. Une absence critiquable de connexité entre la détention de la chose et la créance garantie

L'existence d'un lien de connexité entre la détention de la chose par le créancier et la créance garantie est traditionnellement présentée comme fondement du droit de rétention. En ce sens, Monsieur le Professeur A. AYNES définit la connexité comme « *le lien d'origine qui justifie que la chose serve de garantie à la créance* »⁶⁶. Cette notion de connexité était à l'origine exigée par la jurisprudence, depuis la seconde moitié du 20^e siècle, avant d'être consacrée par le législateur de 2006⁶⁷ à l'article 2286 du Code civil. Le texte laisse en effet entrevoir différentes formes de connexité, à savoir la connexité conventionnelle, juridique ou matérielle.

⁶⁶ AYNES A., « La consécration légale des droits de rétention », D. 2006, p. 1301 et s.

⁶⁷ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés

À ce titre, la connexité conventionnelle est celle existante lorsque « *la chose a été remise - au créancier - jusqu'au paiement de sa créance* »⁶⁸. L'hypothèse est celle où le débiteur remet volontairement la chose au créancier en garantie du paiement. À titre d'exemple, l'acheteur d'un véhicule à crédit pourrait remettre le certificat d'immatriculation de celui-ci au prêteur de deniers en garantie de sa créance de remboursement. En effet, il est courant que la chose remise au créancier ait un lien avec celle acquise au moyen du crédit, sans que cela ne constitue une condition de validité de cette convention de rétention. Le créancier disposerait alors, dans cet exemple, d'un gage sur véhicule automobile portant sur le véhicule lui-même, et d'une convention de rétention sur les papiers administratifs de celui-ci⁶⁹.

La connexité matérielle, quant à elle, vise l'hypothèse où « *la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose* »⁷⁰. La connexité découle alors du fait que la créance est née d'un travail ou d'une dépense, notamment de conservation ou d'amélioration, faite par le créancier à l'occasion de la détention de la chose. Cette forme de connexité englobe également la créance de réparation d'un dommage causé à l'occasion de la détention de la chose. Il pourrait notamment s'agir du cas où le créancier a été blessé par un animal à l'occasion de la détention de celui-ci.

Enfin, la connexité juridique est celle existante lorsque « *la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer - la chose -* »⁷¹. Cette forme de connexité est double, et recouvre d'une part la situation où le contrat est à l'origine de la créance garantie par la rétention de la chose, et d'autre part, la situation où la détention de la chose fait suite à la conclusion du contrat. En toute hypothèse, la connexité juridique est celle où la créance et la détention de la chose résultent d'une même convention.

D'après Monsieur le Professeur A. AYNES, le fondement du droit de rétention n'est point la détention mais la connexité⁷². Or, liant la détention de la chose par le créancier et la créance ainsi garantie, force est de constater que l'exigence de connexité ne saurait être satisfaite en l'absence de dépossession du débiteur. La distinction entre la connexité et la détention semble

⁶⁸ Art. 2286-1° code civil

⁶⁹ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 594

⁷⁰ Art. 2286-3° code civil

⁷¹ Art. 2286-2° code civil

⁷² AYNES A., *op. cit.*

artificielle, en ce que la première ne saurait exister sans la seconde. Ce lien de connexité ne peut alors être un fondement que du seul droit de rétention matériel.

Dès lors, quel fondement existe-t-il au soutien de droits de rétention fictifs, existant sans dépossession du débiteur ? S'agissant de droits de rétention portant sur des biens incorporels, consacrés ponctuellement par le législateur, l'existence d'un véritable pouvoir de blocage permettrait de considérer que le droit de rétention soit fondé par la contrainte que le créancier est en mesure d'exercer sur son débiteur. Le droit de rétention fictif serait alors la consécration d'une situation de fait, dans laquelle le créancier est en mesure de faire pression sur son débiteur, même sans détention effective de la chose. Toutefois, le gagiste sans dépossession ne disposant pas de moyen de pression particulier sur son débiteur, comment justifier l'existence de son droit de rétention ? Le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession n'ayant pas de réalité concrète, celui-ci n'est sous-tendu que par la seule volonté du législateur.

II. Une mesure de politique juridique

À travers la loi de modernisation de l'économie, le législateur poursuivait un objectif précis : renforcer l'efficacité du gage sans dépossession en procédure collective du constituant, lequel était jusqu'alors soumis à une grande insécurité. En effet, celui-ci souffrait les droits de préférence de meilleur rang – par exemple, le superprivilège des salaires, le privilège des frais de justice - sur le prix de vente du bien ou l'indemnité d'assurance, à moins d'obtenir l'attribution judiciaire du bien gagé. Toutefois, la demande d'attribution judiciaire n'étant pas recevable au stade de la procédure d'observation, le gagiste n'a pas l'occasion de demander celle-ci en cas de conversion en procédure de sauvegarde ou redressement judiciaire. En outre, dans l'hypothèse où un plan de cession était arrêté, le créancier gagiste sans dépossession ne pouvait exercer son droit de préférence que sur la seule quote part du prix de cession, dont on sait qu'elle est souvent bien inférieure à la valeur réelle du bien⁷³.

La situation du gagiste sans dépossession était d'autant plus préoccupante que cette sûreté est utilisée principalement par des établissements de crédit⁷⁴, lesquels se montrent nécessairement

⁷³ DAMMAN R., PODEUR G., *op. cit.*

⁷⁴ Le CORRE P.-M., *op. cit.*

réticents à allouer un crédit sans sûreté efficace⁷⁵. De plus, le gage sans dépossession est une sûreté plus avantageuse économiquement pour le constituant, qui conserve l'usage du bien gagé. L'intention du législateur d'améliorer la situation du gagiste sans dépossession était donc fort louable, en ce qu'elle profite, en plus du gagiste, au constituant. Toutefois, la manière dont a été réformé le gage sans dépossession n'a pas manqué d'attiser la critique.

D'abord, nombreux sont les auteurs à regretter la localisation de la nouvelle règle. En effet, l'article 2286 du Code civil semble perdre sa cohérence formelle, le texte indiquant que le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire, alors même qu'il n'impose plus nécessairement la dépossession du débiteur⁷⁶. D'aucuns soulignent que cette difficulté aurait pu être éludée par l'insertion de la nouvelle disposition dans la partie du code civil relative au gage de meubles corporels, à savoir le chapitre II du sous-titre II du titre II du livre IV⁷⁷. Ainsi, l'article 2286 aurait conservé sa *ratio legis* initiale, orientée vers la présentation des diverses formes de connexité, et l'importance traditionnellement accordée à la détention de la chose par le créancier. À des fins pédagogiques, il aurait en effet été pertinent de conserver un texte de principe, auquel la nouvelle disposition, justement localisée, aurait fait figure d'exception. Cela aurait également permis d'éviter de présenter le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession comme un mode normal d'exercice du droit de rétention⁷⁸.

Autrement, il aurait été envisageable, afin que la localisation de la règle souligne l'objectif poursuivi, d'insérer la nouvelle disposition dans le code de commerce, à côté de celles régissant la situation du créancier gagiste en procédure collective du constituant. Telle était la solution envisagée *ab initio*. Or, celle-ci a été écartée en raison des lourdeurs procédurales qu'elle aurait impliquées⁷⁹.

Ensuite, des critiques ont été émises quant à l'attribution même d'un droit de rétention fictif au créancier gagiste sans dépossession. Comme étudié précédemment, cette solution ne correspond pas à la nature du droit de rétention. Cette dénaturation du droit de rétention semble

⁷⁵ AYNES A., « Loi de sauvegarde - L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », Rev. proc. coll. , avril 2008, n° 2, étude 13

⁷⁶ Doc 8

⁷⁷ En ce sens, BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 599 ; AYNES A., *op. cit.*

⁷⁸ AYNES A., *op. cit.*

⁷⁹ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 599

d'autant plus regrettable que d'autres solutions auraient permis de satisfaire au même objectif. Pourquoi ne pas avoir revalorisé le gage sans dépossession dans le classement des sûretés réelles, notamment en assimilant celui-ci au gage avec dépossession quant à son rang ?

De plus, cette volonté du législateur d'ouvrir le bénéfice du droit de rétention au gagiste sans dépossession n'a pas été accompagné de l'établissement d'un régime complet du droit de rétention fictif.

<p style="text-align: center;">PARTIE II.</p> <p style="text-align: center;">LE REGIME LACUNAIRE DU DROIT DE RETENTION</p> <p style="text-align: center;">FICTIF</p>

Le droit de rétention fictif ne fait pas, à ce jour, l'objet d'un régime propre exhaustif. En effet, l'article 2286-4° du Code civil, qui consacre le droit de rétention fictif du gagiste non mis en possession, semble avoir une portée générale, offrant le bénéfice de ce droit tant face à un débiteur *in bonis* qu'en procédure collective. Toutefois, il n'existe pas de régime propre au droit de rétention fictif trouvant à s'appliquer hors procédure collective. Ainsi, le créancier rétenteur fictif faisant face à un débiteur *in bonis* devrait être soumis, par analogie, au régime du droit de rétention effectif (**Chapitre I**). Par ailleurs, le législateur a pris soin de fixer le régime du droit de rétention fictif en procédure collective du débiteur (**Chapitre II**).

CHAPITRE I. Le régime incertain de la rétention fictive de la chose du débiteur *in bonis*

Face à un débiteur *in bonis*, les incertitudes entourant le régime du droit de rétention fictif sont sources d'interrogations quant à sa mise en œuvre. En effet, s'agissant d'un droit portant sur un bien demeuré entre les mains du débiteur, l'analogie avec le régime du droit de rétention effectif ne semble pas toujours opportune. La question se pose alors de savoir quelles seront les prérogatives dont peut effectivement bénéficier le créancier rétenteur fictif (**Section I**). Par ailleurs, l'extension du régime du droit de rétention au créancier gagiste non mis en possession sera source d'incidences nouvelles, souvent regrettées (**Section II**).

Section I. Les prérogatives limitées du créancier rétenteur fictif

La question se pose de savoir comment, s'agissant d'un droit portant sur un bien demeuré entre les mains du débiteur, est assurée l'opposabilité aux tiers (**I**). En effet, la difficulté pour le créancier à opposer effectivement son droit de rétention fictif limite l'efficacité de celui-ci à l'hypothèse de la saisie du bien retenu par un autre créancier du débiteur (**II**).

I. L'opposabilité du droit de rétention fictif

D'après Monsieur le Professeur G. CORNU, l'opposabilité d'un droit se définit comme son aptitude à faire sentir ses effets à l'égard des tiers, en forçant ceux-ci à le respecter comme un élément de l'ordre juridique et à en subir les effets⁸⁰.

Malgré d'importants débats doctrinaux sur la question de l'opposabilité du droit de rétention, la jurisprudence admet de longue date que celui-ci est opposable à tous. Cette solution semble corroborée par l'absence de précision apportée par le législateur à l'article 2286 du code civil. Ainsi, se verront contraints de respecter le droit de rétention d'un créancier le propriétaire du bien non tenu à la dette, le sous-acquéreur du bien, le locataire du bien, les autres créanciers du débiteur, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés⁸¹. En sus, cette large opposabilité n'est nullement subordonnée à une quelconque exigence de publicité du droit de rétention⁸². La Cour de cassation fonde cette solution sur la nature réelle du droit. Comme étudié précédemment, il est même probable que le droit de rétention ait été qualifié de droit réel précisément pour lui permettre de bénéficier de cette opposabilité à tous, qui s'inscrit comme tempérament à l'absence de droit de suite.

S'agissant toutefois du droit de rétention matériel, il est permis de penser que cette opposabilité est justifiée en réalité par la possession du bien par le créancier. D'une part, le débiteur n'ayant plus le bien entre les mains, les tiers n'auront d'autre choix que de se soumettre à la situation de fait ainsi créée. C'est alors le pouvoir de blocage dont dispose le créancier rétenteur matériel qui sous-tend la large opposabilité de son droit. D'autre part, le bien n'étant plus en possession du débiteur, nul ne peut ignorer que celui-ci a été affecté à la garantie d'une créance. À titre d'exemple, le débiteur aura plus de difficultés à vendre un bien retenu par son créancier, en raison de la conscience qu'ont les tiers de la situation du bien⁸³.

⁸⁰ CORNU G., *op. cit.*, v° opposabilité

⁸¹ MARMAYOU J.-M., « PRIVILÈGES. – Droit de rétention. Régime », JCl. Civil Code, 9 décembre 2013, Fasc. 20

⁸² Ccass. civ. III, 16 décembre 1998, 97-12.702, Publié au bulletin, au sujet de la publicité foncière du droit de rétention (non).

⁸³ Le CORRE P.-M., DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.*

De plus, concernant l'opposabilité de la rétention au propriétaire non débiteur, celle-ci se comprend aisément en cas de connexité matérielle entre la détention du bien et la créance garantie. En effet, dans l'hypothèse où la créance est née d'un travail réalisé sur la chose, le propriétaire, même s'il n'est pas débiteur, tirera un profit de l'amélioration de son bien⁸⁴. L'opposabilité du droit de rétention au propriétaire non débiteur est plus discutable en cas de connexité juridique, et a longtemps été écartée par la Cour de cassation, au regard du principe de relativité des conventions.

S'agissant du droit de rétention fictif, ni la dépossession du débiteur, ni un quelconque lien de connexité ne peuvent servir de fondement à cette opposabilité *erga omnes*. Lorsque le droit de rétention porte sur un bien incorporel, ou sur un bien matériel demeuré entre les mains du débiteur, cette opposabilité trouve-t-elle aussi forte justification ? En l'absence de dépossession du débiteur et de publicité du droit de rétention, comment les tiers sont-ils informés de l'existence du droit de rétention ? Comment attendre d'un tiers qu'il respecte un droit dont il n'a pas connaissance ?

De plus, comment le créancier qui n'a aucun pouvoir de fait sur le bien pourra-t-il opposer son droit en pratique ? Comme l'étude l'a démontré, certains créanciers bénéficiaires de droit de rétention fictifs sur des biens incorporels bénéficient de la possibilité d'en bloquer les utilités, mais s'agissant du gagiste non mis en possession, il semblerait que son pouvoir de blocage se limite à l'hypothèse d'une saisie diligentée par un autre créancier du débiteur.

II. Un pouvoir de blocage limité à la réalisation du bien par les autres créanciers du débiteur

Le droit de rétention matériel s'analyse traditionnellement en un refus de restitution opposé par le créancier au débiteur, aussi longtemps que celui-ci ne s'est pas acquitté intégralement de sa dette. Le créancier rétenteur est alors dans une position de force, incitant le débiteur à le désintéresser s'il veut retrouver l'usage du bien.

Toutefois, le bénéfice du droit de rétention ayant été étendu par la loi de modernisation de l'économie au gagiste sans dépossession, il existe désormais dans des hypothèses où le

⁸⁴ Le CORRE P.-M., DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.*

créancier ne dispose d'aucun pouvoir de blocage matériel. En effet, le débiteur constituant ayant le bien entre les mains, est parfaitement en capacité de l'utiliser, et ayant conservé son droit de disposition, de le vendre. En cas de vente du bien retenu, le débiteur sera en mesure, matériellement, de remettre le bien au tiers acquéreur. Comment le créancier rétenteur fictif pourrait-il s'opposer à la vente du bien ? Et même avant cela, comment peut-il savoir que le débiteur a entrepris de le vendre ? Comment le créancier pourrait-il donner une effectivité à l'opposabilité du droit de rétention au tiers acquéreur ? Certes, dans cette hypothèse, le créancier pourra réaliser le bien entre les mains du tiers acquéreur, mais il s'agit là d'une prérogative du gage sans dépossession, conférant un droit de suite, et non du droit de rétention fictif⁸⁵.

L'unique hypothèse où le gagiste non mis en possession est en mesure d'exercer un réel pouvoir de blocage est celle de la saisie du bien retenu par un autre créancier du débiteur. À ce titre, le code des procédures civiles d'exécution prévoit que le créancier rétenteur devra informer l'huissier de justice de son droit, par déclaration au moment de la saisie ou par lettre recommandée avec avis de réception. Suite à cela, le créancier saisissant pourra contester, sous un mois, le droit de rétention. À défaut de contestation, « *la prétention du créancier rétenteur sera réputée fondée pour les besoins de la saisie* »⁸⁶. Autrement dit, en l'absence de contestation du droit de rétention par le créancier saisissant, et en cas d'une telle contestation pendant toute la durée de l'instance, le bien sera « paralysé »⁸⁷, de sorte à faire échec à la procédure de saisie.

En somme, le blocage exercé par le créancier rétenteur fictif est juridique, à défaut de pouvoir être matériel. Ce blocage s'exerce par l'intermédiaire de l'huissier de justice, et après lui du juge de l'exécution du lieu où demeure le rétenteur, auquel est soumis le contentieux. D'après Monsieur le Professeur J.-M. MARMAYOU, ce contrôle juridique du créancier sur la chose peut s'entendre comme une forme de détention du bien⁸⁸.

⁸⁵ CROCQ P., « Gage - Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », Cah. dr. entr., 4 juillet 2009, n°4, dossier 21

⁸⁶ Article R221-29 code des procédures civiles d'exécution

⁸⁷ Selon les termes de BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*

⁸⁸ MARMAYOU J.-M., « PRIVILÈGES. - Droit de rétention. Notion et domaine d'application », *op. cit.*

Cette règle du droit des procédures civiles d'exécution était retrouvée à l'article 106 du décret n°92-755 du 31 juillet 1992⁸⁹, avant d'être codifiée en 2012. Dès lors, il ne s'agit nullement d'une règle propre au régime du droit de rétention fictif. D'ailleurs, la lettre du texte ne précise pas le droit de rétention visé. Il s'agit ainsi d'appliquer au gagiste non mis en possession, par analogie, une règle du régime traditionnel du droit de rétention. Toutefois, cette possibilité pour le créancier gagiste non mis en possession de paralyser la saisie du bien retenu est à l'origine d'importantes conséquences en pratique.

Section II. Un régime aux incidences regrettables

La neutralisation de tout concours potentiel avec les autres créanciers est la traduction du caractère exclusif du droit de rétention. Ainsi, cette opposabilité du droit de rétention fictif à l'égard des autres créanciers du débiteur joue y compris à l'égard des créanciers privilégiés, et ce, même s'ils sont d'un rang supérieur au créancier rétenteur. Dès lors, cette efficacité du droit de rétention fictif, bien que limitée, aura des conséquences sur les créanciers titulaires de sûretés préférentielles (I). De même, s'agissant d'un droit exclusif, la question se pose de savoir comment plusieurs créanciers pourraient être simultanément titulaires de tels droits sur un même bien. En effet, la multiplication des situations de conflit de droits de rétention est une source nouvelle de complexité (II).

I. Un déclin des sûretés préférentielles

L'élargissement considérable du champ d'application du droit de rétention, et avec lui de son rôle perturbateur, par son ouverture au gage sans dépossession, a nécessairement remis en cause l'efficacité des sûretés préférentielles. En effet ici, bien que le créancier rétenteur n'ait pas de mainmise physique sur le bien, le droit de rétention fictif dont dispose le créancier s'oppose à toute saisie. À ce titre, certains auteurs parlent de la *théorie des vases communicants*, pour désigner ce phénomène d'affaiblissement d'une sûreté consécutif au renforcement d'une autre.

⁸⁹ Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution

Il s'agit de s'interroger sur l'utilité pour un créancier de bénéficier d'un droit de préférence sur un bien faisant également l'objet d'un droit exclusif. Le créancier privilégié ne verra jouer son droit de préférence qu'une fois le rétenteur désintéressé, dans le concours qui l'oppose aux autres créanciers du débiteur, sur le prix de vente du bien. Si la valeur du bien retenu est inférieure ou égale à la créance du rétenteur, le droit de préférence n'aura alors pas d'utilité.

Nombreux sont ceux qui regrettent ce déclin des sûretés préférentielle. À ce sujet, Monsieur le Professeur S. PIEDELIEVRE considère que cette solution de la fiction de possession, « *déjà artificielle lorsqu'elle était utilisée de manière isolée, devient encore plus critiquable avec sa généralisation* »⁹⁰. De plus, la généralisation du droit de rétention fictif a également eu pour conséquence de multiplier les conflits de droits de rétention.

II. Une multiplication des conflits de droits de rétention sur un même bien

Avant même que le droit de rétention ne soit étendu au gagiste sans dépossession, il était possible, par le biais de l'entiercement, que surviennent des conflits de droits de rétention matériels sur un même bien. En effet, l'entiercement, soit le fait de remettre l'objet du gage non entre les mains du créancier gagiste mais à un tiers convenu, est admis comme un « *équivalent au transfert de la possession au créancier* »⁹¹. À ce titre, l'article 2337 du code civil prévoit, en son second aliéna, que le gage est opposable aux tiers « *par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet* ».

Dans cette hypothèse de gages avec dépossession successifs, le conflit entre les sûretés est réglé par l'article 2340 du code civil, lequel prévoit que « *le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription* », en application de l'adage *prior tempore potior jure*⁹². Il est donc possible d'envisager que cette solution posée par le législateur doive être étendue à la résolution du conflit opposant les droits de rétention desdits gagistes. Ainsi, le créancier gagiste avec dépossession ayant inscrit son gage en premier devrait voir son droit de rétention l'emporter sur ceux des créanciers gagistes postérieurs.

⁹⁰ PIEDELIEVRE S., *op. cit.*

⁹¹ CORNU G., *op. cit.*, v° entiercement

⁹² Le premier en date est préférable en droit.

Toutefois, l'extension du droit de rétention au gagiste sans dépossession a entraîné une multiplication des conflits de droits de rétention. Pourront désormais entrer en concurrence un ou plusieurs droits de rétention matériels avec un ou plusieurs droits de rétention fictifs (I), ou plusieurs droits de rétention fictifs entre eux (II).

A. Conflit entre rétention matérielle et rétention fictive

En cas de conflit entre un droit de rétention matériel et un droit de rétention fictif, il convient de distinguer selon la date de constitution de chacun de ces droits.

Dans l'hypothèse où le droit de rétention effectif est antérieur au droit de rétention fictif, la faveur devrait aller au titulaire du droit de rétention effectif, le second ne pouvant ignorer les droits réels déjà nés sur le bien.

Toutefois, dans l'hypothèse où le droit de rétention effectif est postérieur au droit de rétention fictif, la résolution du conflit est moins évidente. La chambre commerciale de la Cour de cassation, en matière de gage automobile, a jugé par un arrêt du 11 juin 1969, que le droit de rétention fictif du gagiste réputé avoir le véhicule en sa possession s'efface face au droit de rétention du créancier retenant matériellement le bien, malgré que le droit de ce dernier soit second en date⁹³. Cependant, l'article 2340 du code civil prévoit, en son second alinéa, que « *lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier* ». Une application par analogie de cette solution au conflit de droits de rétention devrait donc conduire à la primauté du droit de rétention fictif antérieur.

⁹³ Cass. com., 11 juin 1969, Publié au bulletin : « *Le droit de rétention que le créancier gagiste invoque en cette qualité et comme étant "réputé", en vertu de l'article 2, alinéa 3 du décret du 30 septembre 1953, avoir conservé la voiture en sa possession, ne peut prévaloir contre celui du mécanicien qui, après avoir réparé le véhicule, en a la détention matérielle* ».

D'aucuns considèrent que le maintien de la jurisprudence de la chambre commerciale serait préférable, afin de « *conserver la nature profonde du droit de rétention* »⁹⁴, en ce qu'elle fait primer la rétention matérielle, sans égard à la date de constitution de chacun des gages. De plus, dès lors que cette solution n'a jamais fait l'objet de revirement jurisprudentiel, et que le législateur n'est pas intervenu afin de régler expressément le conflit dont il est question, cette solution devrait persister. Toutefois, une telle solution réduit largement l'efficacité du droit de rétention fictif. En effet, il suffirait alors aux autres créanciers du débiteur, voulant outrepasser le droit du gagiste sans dépossession, de constituer, même postérieurement, un gage avec dépossession.

B. Conflit entre plusieurs droits de rétention fictifs

Le législateur n'étant pas intervenu pour régler le conflit opposant plusieurs droits de rétention fictifs sur un même bien, celui-ci devrait se résoudre en application, par analogie, de la solution posée en cas de conflit de gages successifs avec dépossession⁹⁵. Dans cette hypothèse où plusieurs sûretés identiques existent sur un même bien, conférant un droit de rétention matériel de même force, le législateur fait application, à l'article 2340 du code civil, de la règle selon laquelle prime le gage dont l'inscription est première en date. Ainsi en cas de conflit de droits de rétention fictifs sur un même bien, devrait primer le créancier dont le droit est antérieur. D'ailleurs, il semble qu'il n'existe aucune raison de faire primer un droit de rétention fictif sur un droit identique antérieur.

De pareils raisonnements par analogie ne sont pas nécessaires en cas de procédure collective du débiteur, où le régime du droit de rétention du gagiste non mis en possession existe de manière autonome.

⁹⁴ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 602

⁹⁵ *Ibid.*

CHAPITRE II. Le régime propre de la rétention fictive de la chose du débiteur en procédure collective

Le droit de rétention offrant à son bénéficiaire une situation d'exclusivité sur un bien, celui-ci n'est que peu affecté, en principe, par l'ouverture d'une procédure collective. Dès lors, il est un droit très recherché par les créanciers⁹⁶. Toutefois, l'application du régime du droit de rétention traditionnel au gagiste non mis en possession serait porteuse de conséquences fort malheureuses. En effet, nombreux seraient tentés de constituer un gage sans dépossession pour contourner les règles du droit des entreprises en difficultés reposant sur l'égalité des créanciers, et amoindrir par là même occasion la force des privilèges de la procédure⁹⁷.

Afin d'éviter ces potentiels effets indésirables, la loi de modernisation de l'économie a autorisé le Gouvernement, dans son article 74 I 9°, à « *accroître l'efficacité des sûretés, notamment de la fiducie et du gage sans dépossession, en liquidation judiciaire et adapter les effets de ces sûretés aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire* ». Il s'agissait alors d'adapter le régime du droit de rétention du gagiste non mis en possession à la procédure collective ouverte. Ce compromis a été réalisé par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. Celle-ci, attachée à rendre la procédure de sauvegarde plus *accessible* et *attractive*⁹⁸, a fait le choix de faire varier l'opposabilité du droit de rétention fictif, selon que la procédure ouverte tende à la continuation de l'activité du débiteur (**Section I**), ou qu'il s'agisse au contraire de privilégier la sécurité du crédit (**Section II**)⁹⁹. Cette recherche d'équilibre a été qualifiée, par Messieurs les Professeurs R. DAMMANN et G. PODEUR, d'équilibre « *gagnant-gagnant* », en ce qu'il profite soit au débiteur lorsque le sauvetage de son activité est encore de mise, soit au créancier¹⁰⁰.

⁹⁶ LEGEAIS D., « Droit de rétention - Quel avenir pour le droit de rétention ? », RD banc. Fin., sept. 2014, n°5, dossier 42

⁹⁷ BOURASSIN M., BREMOND V., *op. cit.*, p. 601

⁹⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, *op. cit.*

⁹⁹ PEROCHON F., *op. cit.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

Section I. Les cas d'inopposabilité du droit de rétention fictif

L'article L. 622-7 du code de commerce prévoit, depuis sa modification par l'ordonnance du 18 décembre 2008, que le jugement ouvrant la procédure emporte, « *de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1* ». Pour étudier cette inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession, il faut en délimiter le champ d'application (I), pour en fixer ensuite le régime (II).

I. Le domaine de l'inopposabilité

Afin de délimiter les contours de l'inopposabilité du droit de rétention, consacrée par l'article L. 622-7 du code de commerce, il convient d'en déterminer le champ d'application selon la procédure collective ouverte (A), l'avancement de celle-ci (B), ainsi que son champ d'application *rationne personnae* (C).

A. Champ d'application de l'inopposabilité selon la procédure ouverte

Application à la sauvegarde judiciaire à raison de la localisation du texte. L'article L. 622-7 du code de commerce est localisé, au sein du livre VI au titre II intitulé « *De la sauvegarde* ». Dès lors, il ne fait nul doute que l'inopposabilité prévue par le texte est applicable en procédure de sauvegarde judiciaire.

Application au redressement judiciaire par renvoi. L'article L631-14 du code de commerce, relatif à l'ouverture et au déroulement du redressement judiciaire, prévoit dans son premier aliéna que sont applicables à la procédure de redressement judiciaire les articles L. 622-3 à L. 622-9, sauf exceptions. Ainsi, l'inopposabilité de l'article L. 622-7 a également vocation à jouer en procédure de redressement judiciaire.

Justification. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ont toutes deux vocation à intervenir tant que le redressement de l'entreprise n'est pas jugé insurmontable. L'enjeu est alors d'apurer le passif de l'entreprise débitrice, afin de maintenir l'activité, et avec elle l'emploi. À cette fin, nombreuses sont les garanties réelles grevant un bien à être neutralisées par l'ouverture de la procédure, et parmi elles, le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession. Il s'agit, pour Madame le

Professeur F. PEROCHON, d'un « *sacrifice nécessaire au rétablissement* » de l'activité¹⁰¹. Cette solution laisse entrevoir la confrontation d'intérêts existante entre le droit des sûretés et le droit des procédures collectives. Il est en effet des hypothèses où, alors que le créancier s'est assuré de constituer une garantie pour le cas où son débiteur défailirait, celle-ci est neutralisée en procédure collective du débiteur constituant, soit au moment précis où le créancier aurait eu cure de son efficacité. Reste à déterminer à quel stade de ces procédures joue l'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du code civil.

B. Champ d'application de l'inopposabilité dans le temps

Inopposabilité pendant la période d'observation. L'article L. 622-7 du code de commerce indique que le droit de rétention du gagiste non mis en possession est inopposable pendant la période d'observation, c'est à dire pendant la période qui suit directement le jugement d'ouverture de la procédure collective. Cela explique la localisation de cette disposition au sein du code civil, au titre II chapitre I intitulé « *De l'entreprise au cours de la période d'observation* ».

Inopposabilité pendant l'exécution du plan. À l'issue de la période d'observation, peut être arrêté un plan de sauvegarde ou de redressement, durant l'exécution duquel se prolongera l'inopposabilité du droit de rétention fictif, tel que prévu par l'article L. 622-7 du code de commerce. Toutefois, il existe une exception à l'inopposabilité du droit de rétention fictif pendant l'exécution du plan, en cas de cession d'une ou plusieurs activités. En effet, le deuxième alinéa de l'article précité prévoit *in fine* : « *sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1* ». Ce retour à l'opposabilité du droit de rétention en cas de cession d'activité devrait également jouer lorsque ladite cession est prévue dans un plan de redressement. D'après Monsieur le Professeur P.-M. LE CORRE, cela découle du fait non seulement que l'article L. 643-14 du code de commerce renvoie à l'article L. 622-2 du même code, mais aussi du fait que l'article L. 631-19, relatif à l'ouverture et au déroulement du redressement judiciaire, rend applicable l'article L. 621-1¹⁰².

Retour à l'opposabilité en cas de cessation de la procédure. Logiquement, l'inopposabilité du droit de rétention devrait cesser une fois la procédure collective terminée. Tel sera le cas si la procédure prend fin sans l'ouverture d'une nouvelle procédure. Aussi, en cas de conversion en liquidation judiciaire de la procédure, lorsqu'il est manifestement impossible de redresser la société, le droit de rétention du gagiste sans dépossession retrouvera son opposabilité. Toutefois, en cas de conversion de la procédure de sauvegarde en procédure de redressement, l'inopposabilité perdurera.

¹⁰¹ PEROCHON F., *op. cit.*

¹⁰² Le CORRE P.-M., *op. cit.*

S'il ne fait nul doute quant au moment où l'inopposabilité du droit de rétention trouve à s'appliquer, il faut déterminer quelles sont les parties impactées par celle-ci.

C. Champ d'application *rationne personae*

La détermination du champ d'application *rationne personae* de l'inopposabilité prévue par le code de commerce requiert de déterminer les parties entre lesquelles cette inopposabilité a vocation à jouer. La question est celle de savoir qui va la subir (1) et qui va en jouir (2).

1. Les créanciers subissant l'inopposabilité

L'article L. 622-7 du code de commerce prévoit l'inopposabilité du « *droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil* ». Autrement dit, seuls les gagistes non mis en possession, dont le droit de rétention est régi par l'article 2286 du code civil, subiront l'inopposabilité prévue par le code de commerce. Ainsi, ne sont pas concernés les bénéficiaires de droits de rétention prévus par des textes spéciaux, tels que le créancier nanti sur créance ainsi que le créancier nanti sur comptes-titres, dont le droit de rétention devrait rester pleinement efficace en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur. Cette différence de régime selon la source du droit de rétention fictif est-elle souhaitable ? Il semble qu'une telle solution, multipliant les situations particulières, soit porteuse de complexité.

2. Les parties jouissant de l'inopposabilité

L'inopposabilité est une notion par essence relative, en ce qu'elle a vocation à jouer au bénéfice de certaines personnes¹⁰³. En effet, un droit inopposable n'en est pas moins valable, son existence n'étant pas remise en cause, mais les personnes profitant de cette inopposabilité seront fondées, elles seules, à méconnaître les effets de ce dernier. Dès lors, la question se pose de savoir à qui le droit de rétention de l'article 2286-4° du code civil est inopposable. Le code de commerce ne règle pas cette question de manière explicite. Il est toutefois aisé de considérer que le droit de rétention du gagiste non mis en possession est inopposable d'une part au débiteur

¹⁰³ Le CORRE P.-M., *op. cit.*

et d'autre part aux organes de la procédure collective¹⁰⁴. En outre, et comme l'étude l'a démontré, le droit de rétention retrouve ses effets en cas de cession d'activité. Dans ce cas, le droit de rétention sera opposable au repreneur.

En somme, le champ d'application de l'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession semble avoir des contours clairs, reste à espérer qu'il en soit de même de son régime.

II. Le régime de l'inopposabilité

L'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession produit certains effets (A), dont certains ont jugé le manque d'utilité (B).

A. Les effets de l'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession

L'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession se caractérise par la faculté, pour le débiteur et les organes de la procédure collective, à agir sans prendre en compte les effets dudit droit. Le créancier est, dès lors, placé dans la situation qui aurait été la sienne avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie¹⁰⁵.

L'article L. 622-7 du code de commerce, prévoyant la possibilité pour le juge-commissaire d'autoriser le paiement de créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, et par renvoi de la procédure de redressement judiciaire, afin de retirer une « *chose légitimement retenue* », ne trouve donc pas à s'appliquer. Le créancier gagiste non mis en possession est alors dans une situation plus inconfortable que le gagiste avec dépossession du débiteur, lequel pourra bénéficier de ce retrait contre paiement.

Dès lors, en l'absence d'effectivité du droit de rétention, rien ne s'oppose à la vente du bien par les organes de la procédure. À ce titre, il convient de souligner que le créancier gagiste non mis en possession ne bénéficie pas, en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, d'un

¹⁰⁴ En ce sens, Le CORRE P.-M., *op. cit.* ; AYNES A., « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », JCP G, 25 févr. 2009, n°9, doctrine 119

¹⁰⁵ AYNES A., *ibid.*

quelconque droit au report de son droit de rétention sur le prix de vente du bien gagé, comme c'est le cas en liquidation judiciaire du débiteur.

Le créancier rétenteur fictif bénéficie alors d'un simple droit de préférence, prérogative qu'il tient de son gage sans dépossession. Ce droit de préférence trouvera à s'exercer, conformément à l'article L. 622-8 du code de commerce, sur la part du prix de vente du bien consignée à la Caisse des dépôts et des consignations. En effet, le texte prévoit la consignation de « *la quote-part du prix correspondant aux créances garanties* », en cas de vente, lors de la période d'observation, d'un bien « *grevé d'une sûreté réelle spéciale ou d'une hypothèque légale* ». Le désintéressement du créancier gagiste dépend alors du prix de vente du bien et du classement de son droit de préférence.

En somme, l'inopposabilité du droit de rétention fictif en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire du débiteur conduit à écarter pour le gagiste non mis en possession le bénéfice du retrait contre paiement. Cette solution n'a toutefois pas manqué d'attiser certaines critiques, quant à son utilité notamment.

B. L'utilité de l'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession

L'article L. 622-7 du code de commerce consacre la technique du retrait contre paiement de la chose retenue, au bénéfice des créanciers autres que le créancier gagiste de l'article 2286-4°, « *lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité* ». Monsieur le Professeur A. AYNES en déduit alors qu'il « *ne s'agit pas d'un texte de faveur pour le créancier* », mais d'un texte dont la *ratio legis* est de permettre au débiteur de poursuivre son activité, en retrouvant l'usage d'un bien qui y est indispensable¹⁰⁶.

Toutefois, le droit de rétention fictif du gagiste non mis en possession ne privant pas le débiteur de l'usage de la chose, n'entrave nullement la continuation de son activité. Puisque le débiteur a la chose entre les mains, dans quelle mesure son retrait pourrait-il être nécessaire à la continuation de l'activité ? Nombreux sont les auteurs à avoir mis en avant l'inutilité de la

¹⁰⁶ *Ibid.*

disposition privant le gagiste non mis en possession du bénéfice du retrait contre paiement¹⁰⁷, estimant que la même solution se serait imposée sans texte.

D'autres considèrent à l'inverse que la solution s'imposant de fait, il est naturel que le législateur l'ait consacrée, à des fins pédagogiques¹⁰⁸. Le retrait contre paiement reposant sur la volonté de permettre au débiteur de poursuivre son activité, il semble logique de distinguer le droit de rétention effectif du gagiste mis en possession et le droit de rétention fictif du gagiste non mis en possession.

En somme, bien que d'aucuns aient jugé inutile cette inopposabilité du droit de rétention fictif, l'objectif initialement poursuivi par sa neutralisation était la continuité de l'activité du débiteur, dans les procédures où le sauvetage de l'entreprise ne semble pas insurmontable. Toutefois, en cas de procédure de liquidation judiciaire du débiteur, la neutralisation des garanties n'est plus de mise.

Section II. Les cas d'opposabilité du droit de rétention fictif

Afin d'étudier l'opposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession en cas de procédure collective du débiteur, il faut en délimiter le champ d'application (I), pour en fixer ensuite le régime (II).

I. Le domaine de l'opposabilité

Afin de délimiter les contours de l'opposabilité du droit de rétention en procédure collective du constituant, il faut en déterminer le champ d'application selon la procédure ouverte (A), ainsi que son champ *rationne personae* (B).

¹⁰⁷ En ce sens, Le CORRE P.-M., DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.* ; BORGAN., *op. cit.*, CROCQ P., *op. cit.*, AYNES A., *op. cit.*

¹⁰⁸ Le CORRE P.-M., DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.*

A. Champ d'application de l'opposabilité selon la procédure ouverte

Opposabilité en cas de liquidation judiciaire. Plusieurs éléments textuels conduisent à conclure à l'opposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession en cas de liquidation judiciaire du débiteur. Tout d'abord, telle est la solution qui découle d'une interprétation *a contrario* de l'article L. 622-7 du code de commerce¹⁰⁹. En sus, le législateur prévoit, à l'article L. 641-3 al. 2 du code de commerce, qu'est applicable le mécanisme du retrait contre paiement dans la procédure de liquidation judiciaire. L'alinéa premier du précédent article opère en effet un renvoi à l'article L. 622-7 du même code, renvoi qui prend soin d'exclure le deuxième aliéna du I°, lequel prévoit l'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession en procédure de sauvegarde¹¹⁰. Enfin, l'article L. 642-20-1 du code de commerce prévoit qu'à défaut de retrait contre paiement dans les conditions prévues par l'article L. 641-3, le droit de rétention du créancier se reporte sur le prix de vente du bien. Le texte ne précise pas le droit de rétention dont il est question, et renvoie à l'article L. 643-1, applicable au droit de rétention du gagiste non mis en possession.

Opposabilité en cas de plan de cession d'activité. L'article L. 622-7 du code de commerce prévoit expressément que ledit droit de rétention est opposable « *si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1* ». Cet article s'inscrit dans la partie du code consacrée à la période d'observation d'une procédure de sauvegarde judiciaire. Toutefois, le renvoi opéré par l'article L. 643-14 du code de commerce commande d'appliquer la même solution concernant un plan de cession d'activité arrêté au cours d'un redressement judiciaire.

Qu'en est-il d'un plan de cession d'activité arrêté en liquidation judiciaire du débiteur ? L'opposabilité du droit de rétention fictif est expressément prévue en liquidation judiciaire par les articles L. 643-1 - retrait contre paiement - et L. 642-20-1 - à défaut report du droit de rétention sur le prix de vente - du code de commerce, mais il s'agit de textes applicables hors plan de cession. D'après Monsieur le Professeur O. BUSINE, l'opposabilité du droit de rétention fictif dans le cadre d'un plan de cession adopté en procédure de liquidation judiciaire

¹⁰⁹ Le CORRE P.-M., « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », *op. cit.*

¹¹⁰ PEROCHON F., *op. cit.*

pourrait découler d'une application cumulative de ces textes avec l'article L. 642-12 al. 5 du code de commerce¹¹¹, lequel, consacré à la cession d'entreprise en liquidation judiciaire, dispose : « *Les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession* ».

Aussi, l'article L. 622-7 du code de commerce prévoyant, à titre d'exception, l'opposabilité du droit de rétention en cas de cession d'activité, conduit à considérer qu'est inopposable le droit de rétention de l'article 2286-4° du code civil en cas de cession isolée du bien, en période d'observation ou pendant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement¹¹².

En somme, le droit de rétention fictif du créancier trouve à s'appliquer en liquidation judiciaire du débiteur, hors plan de cession. Il est également opposable, en cas d'adoption d'un plan de cession d'activité en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire du débiteur.

Justification. En cas de liquidation de l'entreprise débitrice, le sauvetage de celle-ci n'est plus envisageable. En effet, la liquidation est une procédure ouverte lorsque l'entreprise débitrice est en cessation des paiements, dans une situation où le rétablissement est manifestement impossible. En cas de cession d'activité, qu'elle soit totale ou partielle, l'enjeu est certes de permettre la poursuite de l'activité et des emplois afférents, mais entre les mains d'un repreneur. Dès lors dans ces deux hypothèses, l'objectif poursuivi par le législateur semble être de favoriser l'intérêt du créancier, en le faisant bénéficier d'une garantie efficace. De manière sous-jacente, cela permet de favoriser l'accès au crédit des entreprises en difficulté¹¹³. Pour connaître l'étendue des bénéfices découlant de l'opposabilité du droit de rétention fictif, il reste toutefois à en déterminer le champ d'application personnel.

¹¹¹ BUSINE O., *op. cit.*

¹¹² BORGA N., *op. cit.*

¹¹³ DAMMAN R., PODEUR G., *op. cit.*

B. Champ d'application *ratione personae*

La détermination du champ d'application *ratione personae* de l'opposabilité du droit de rétention fictif requiert de déterminer les parties entre lesquelles cette inopposabilité a vocation à jouer. La question est celle de savoir qui va en jouir (1) et qui va la subir (2).

1. Les créanciers jouissant de l'opposabilité

Dès lors que l'inopposabilité du droit de rétention en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire ne joue qu'à l'encontre des créanciers gagistes non mis en possession au sens de l'article 2286-4° du code civil, l'opposabilité du droit de rétention fictif connaît nécessairement un champ d'application personnel différent. En effet, l'opposabilité du droit de rétention en liquidation judiciaire joue à l'égard des créanciers visés par l'article 2286-4° du code civil en raison de l'exclusion, par l'article L. 643-1 alinéa premier du code de commerce, de l'application du second alinéa de l'article L. 622-7 du même code. S'agissant des créanciers bénéficiant d'un droit de rétention fictif prévu par un texte spécial, ceux-ci bénéficient de l'opposabilité de leur droit en liquidation judiciaire du débiteur dès lors qu'ils n'en sont pas privés par l'article L. 622-7 du code de commerce. En somme, l'opposabilité du droit de rétention fictif en liquidation judiciaire du débiteur joue pour tous les créanciers rétenteurs fictifs¹¹⁴.

La solution est identique s'agissant de l'opposabilité du droit de rétention fictif en cas de plan de cession d'activité, pour la même circonstance que l'article L. 622-7 du code de commerce admet l'opposabilité du droit de rétention du créancier de l'article 2286-4° du code civil. De plus, aucun texte ne prévoit de restriction particulière pour les créanciers bénéficiant d'un droit de rétention fictif prévu par un texte spécial.

2. Les parties subissant l'opposabilité

Le code de commerce ne règle pas expressément la question consistant à savoir quelles parties devront souffrir l'opposabilité du droit de rétention fictif en procédure de liquidation judiciaire

¹¹⁴ Le CORRE P.-M., DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.*

ou de cession d'activité. La doctrine semble considérer, de manière unanime, que le droit de rétention fictif sera opposable tant au débiteur qu'aux organes de la procédure collective de celui-ci. En cas de plan de cession, le droit de rétention sera toujours opposable au cessionnaire, alors même qu'il n'est pas opposable au débiteur si le plan de cession est arrêté en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire¹¹⁵. Cela pose nécessairement la question de son efficacité.

De plus, dans de telles hypothèses, la fictivité de la rétention interroge l'efficacité du droit. Comment le créancier pourra-t-il opposer son droit de rétention, tantôt au liquidateur, tantôt au cessionnaire ?

II. L'efficacité relative du régime de l'opposabilité du droit de rétention

A. Une opposabilité séduisante en théorie

Le retrait contre paiement. L'article L. 641-3 du code de commerce prévoit la possibilité pour le juge commissaire d'autoriser le liquidateur à payer une créance antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, pour retirer la « *chose légitimement retenue* ». En effet, le principe d'interdiction de payer les créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective ne joue qu'en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ici, le texte ne soumet pas le retrait à la nécessité de poursuite de l'activité du débiteur, la procédure de liquidation visant précisément à mettre fin à l'activité de l'entreprise. L'enjeu est alors, pour le liquidateur judiciaire, de réaliser l'actif du débiteur afin de désintéresser ses créanciers. S'agissant d'un créancier dont le droit de rétention fictif est l'accessoire d'un gage, celui-ci pourra s'opposer à la radiation de l'inscription du bien gagé aussi longtemps qu'il n'a pas été entièrement désintéressé¹¹⁶.

Le report du droit de rétention sur le prix de vente. À défaut de retrait, l'article L. 642-20-1 du code de commerce prévoit que « *le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de*

¹¹⁵ DAMMAN R., PODEUR G., *op. cit.*

¹¹⁶ Article 2339 du code civil

liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation ». Dans ce cas, l'article prévoit *in fine* que « *le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix* ». En effet, en cas de liquidation judiciaire, il est peu probable que le liquidateur judiciaire dispose des fonds nécessaires pour désintéresser le créancier rétenteur avant la réalisation du bien. Dès lors, le mécanisme du report du droit de rétention sur le prix de vente permet de désintéresser le rétenteur après la vente du bien. Le rétenteur sera alors payé prioritairement, même en présence de créanciers bénéficiant d'un rang préférable¹¹⁷.

Opposabilité du droit de rétention fictif au repreneur. En cas de cession d'activité, le droit de rétention fictif est opposable au cessionnaire. Sont alors exclus les mécanismes d'affectation d'une quote part du prix du bien grevé et de transfert de la charge de la sûreté¹¹⁸, prévus par l'article L. 642-12 du code de commerce. Ainsi, le créancier devrait pouvoir exiger auprès du repreneur le paiement de sa créance, avant même que ce dernier ne soit mis en possession. Messieurs les Professeurs R. DAMMANN et G. PODEUR soulignent à ce titre que le créancier rétenteur est alors placé dans une « *position de force, lui permettant de négocier avec le repreneur* »¹¹⁹.

En définitive, les textes semblent être favorables au créancier rétenteur fictif en cas de liquidation judiciaire ou de cession d'activité, ce qui est de nature à accroître l'attractivité du gage sans dépossession¹²⁰, et à faire reculer le principe d'égalité entre les créanciers en procédure collective. Toutefois, la fictivité du droit de rétention du créancier s'opposera inévitablement à une pleine efficacité de ces textes en pratique.

B. Une opposabilité relative en pratique

Le retrait contre paiement. Comme vu précédemment, le créancier rétenteur fictif dont le débiteur fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire pourra s'opposer à la radiation de l'inscription aussi longtemps qu'il n'est pas désintéressé. Toutefois, il faut souligner qu'il s'agit là d'une prérogative afférente au gage. Le droit de rétention fictif ne semble pas permettre, à lui seul, de contraindre le liquidateur à payer le rétenteur. La notion de « retrait » se heurte ici

¹¹⁷ DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.*

¹¹⁸ BUSINE O., *op. cit.*

¹¹⁹ DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.*

¹²⁰ PEROCHON F., *op. cit.*

à la fictivité de la mainmise du créancier sur le bien. Comment un créancier qui n'a pas d'emprise matérielle sur le bien peut-il exiger le paiement de sa créance contre un quelconque « retrait » du bien ?

Par ailleurs, en cas de pluralité de droits de rétention fictifs sur un même bien de l'actif du débiteur, chacun bénéficie de ce mécanisme du retrait contre paiement. Toutefois, si le montant cumulé des créances excède la valeur du bien, le liquidateur envisagera-t-il son retrait ? ¹²¹. Dans l'hypothèse où un créancier est titulaire d'une créance dont le montant est égal ou supérieur au bien retenu, le mécanisme du retrait contre paiement semble perdre de son efficacité.

Le report du droit de rétention sur le prix de vente. De même, dans l'hypothèse où le liquidateur réalise le bien sans avoir au préalable payé le créancier rétenteur, il n'est pas certain que le prix de vente du bien suffise à désintéresser le créancier. L'hypothèse est plus probable encore en cas de pluralité de droits de rétention sur un même bien de l'actif du débiteur. Or, cette problématique n'est pas propre au droit de rétention fictif. Il est en effet possible, en cas d'entiercement, qu'existent plusieurs droits de rétention matériels sur un même bien.

Opposabilité du droit de rétention fictif au repreneur. Dans l'hypothèse d'un droit de rétention matériel, il appartient au cessionnaire de désintéresser le rétenteur afin de pouvoir entrer en possession du bien. Toutefois, en présence d'un droit de rétention fictif, comment se manifeste concrètement l'opposabilité dudit droit au repreneur ? Comment le créancier rétenteur fictif peut-il s'opposer à l'entrée en possession du repreneur ?

Certains auteurs ont émis l'hypothèse selon laquelle il appartiendrait au débiteur, toujours en possession, de ne pas remettre le bien objet du droit de rétention au repreneur. Existerait dès lors une obligation supplémentaire pesant sur le débiteur de ne pas transférer la possession du bien, de laquelle dépendrait l'efficacité du droit de rétention fictif¹²². Toutefois, une telle solution semble peu satisfaisante. Comment le créancier peut-il imposer au débiteur le respect de cette obligation ?

¹²¹ *Ibid.*

¹²² AYNES A., « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », JCP G, 25 févr. 2009, n°9, doctrine 119

Si le plan de cession d'activité est arrêté en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le droit de rétention du gagiste non mis en possession, bien qu'opposable au repreneur, n'est pas opposable au débiteur. Dans cette hypothèse, le débiteur serait matériellement en mesure de remettre le bien au repreneur, et n'étant pas soumis au droit de rétention du gagiste non mis en possession, serait en droit de procéder à cette remise¹²³. À ce sujet, Monsieur le Professeur A. AYNES conclut que le droit de rétention du gagiste sans dépossession « *risque d'être purement incantatoire* »¹²⁴. Il en découlerait une différence de traitement entre le gagiste avec possession et celui non mis en possession. Toutefois, l'efficacité du droit de rétention dont jouit le gagiste mis en possession ne découle aucunement d'une obligation imposée au débiteur mais du pouvoir de blocage dont il dispose sur la chose¹²⁵.

Si le plan de cession d'activité est arrêté en procédure de liquidation judiciaire, le droit de rétention du gagiste non mis en possession est opposable au repreneur mais également au débiteur. Ici, l'existence d'une obligation consistant pour le débiteur à ne pas remettre le bien au repreneur semble plus envisageable. Toutefois, le fait pour le débiteur de s'opposer à la remise du bien au repreneur ne semble pas être dans son intérêt. Comment le créancier pourrait-il contraindre le débiteur au respect d'une telle obligation ? En outre, le créancier sera-t-il en mesure de demander réparation en cas de méconnaissance de cette obligation par le débiteur ? Messieurs les Professeurs R. DAMMANN et G. PODEUR suggèrent que cette réparation prenne la forme d'une action personnelle en restitution ou d'une réintégrande¹²⁶. Toutefois, de telles actions visent à retrouver la possession du bien, soit dont le demandeur était détenteur, soit dont il est propriétaire. Or, le créancier rétenteur fictif n'ayant jamais détenu la chose, dont il n'est pas propriétaire, semble mal fondé à se prévaloir de pareilles actions. L'efficacité de son droit repose alors sur la satisfaction par le débiteur d'une obligation, dont le créancier ne saurait assurer le respect, et pour laquelle il y a un doute sur la forme que pourrait prendre la réparation de sa méconnaissance.

Une autre solution consisterait à estimer que si le bien est transmis au repreneur, il demeure « grevé » du droit de rétention¹²⁷. Toutefois, il est classiquement admis que le droit de rétention

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ DAMMANN R., PODEUR G., *op. cit.*

¹²⁷ AYNES A., *op. cit.*

ne confère à son bénéficiaire aucun droit de suite. De plus, cela aurait pour conséquence de diminuer le prix de cession, au détriment des autres créanciers préférentiels du débiteur¹²⁸.

En somme, l'efficacité de l'opposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en possession doit être relativisée. Bien que certains considèrent que les droits des créanciers se sont vu octroyer, en procédure collective, *prévisibilité et sécurité juridique*¹²⁹, force est de constater qu'heureuses sont les situations où le droit de rétention du gagiste non mis en possession offre une réelle efficacité¹³⁰.

¹²⁸ BUSINE O., *op. cit.*

¹²⁹ DAMMANN R, PODEUR G, *op. cit.*

¹³⁰ En ce sens, AYNES A., *op. cit.*

CONCLUSION

L'étude du mouvement de dématérialisation appliqué au droit de rétention a permis de s'apercevoir de la large évolution qu'a connu son champ d'application, par son ouverture progressive aux biens incorporels, ainsi qu'aux bien corporels demeurés en possession du débiteur. Cet élargissement du domaine du droit de rétention, conduisant désormais à distinguer les hypothèses de matérialité et de fictivité du droit de rétention, ne remet toutefois pas en cause la nature réelle de ce droit, qu'il est dès lors possible de qualifier de droit réel revêtant une fonction de garantie. Cependant, s'agissant des fondements du droit de rétention, l'exigence traditionnelle de connexité entre la détention du bien et la créance garantie ne saurait servir de fondement au droit de rétention fictif, lequel repose sur la seule volonté du législateur.

La multiplication des hypothèses de droits de rétention fictifs, tant par des textes spéciaux que par son admission au profit du créancier gagiste non mis en possession, a démontré l'impossibilité pour le législateur de fixer un régime unifié applicable aux deux versants du droit de rétention. Alors que le droit de rétention matériel s'analyse en un refus de restitution opposé au débiteur, le droit de rétention fictif confère soit la possibilité de bloquer des utilités immatérielles s'agissant de la rétention d'un bien incorporel, soit la possibilité de s'opposer à toute saisie du bien s'agissant du droit de rétention du gagiste non mis en possession. Cette paralysie des saisies diligentées sur le bien retenu est une traduction du caractère exclusif du droit de rétention, dont l'extension impose un sacrifice inévitable aux titulaires de sûretés préférentielles.

De même, le régime des deux types de droit de rétention diffère en cas de procédure collective du débiteur. En effet, alors que le droit de rétention matériel est opposable en toute hypothèse, le choix a été fait de faire varier l'opposabilité du droit de rétention fictif selon le type de procédure collective ouverte. L'efficacité du droit de rétention fictif est donc réduite, *ab initio*, par la volonté de faire prévaloir, en procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire du débiteur, le sauvetage de l'entreprise et des emplois afférents. Cependant, même dans les hypothèses d'opposabilité du droit de rétention à la procédure collective, la fictivité du droit du créancier rétenteur est un frein considérable à son efficacité. Les craintes de l'impact d'un tel droit sur les principes directeurs du droit des procédures collectives doivent donc être tempérées.

Toutefois, il est regrettable que le droit de rétention, moyen de justice privée à ses origines, soit devenu pour partie le fait du prince. Pour Monsieur le Professeur D. LEGEAIS, il ne fait nul doute que le droit de rétention ne peut être maintenu en l'état. L'auteur, qui envisage tour à tour l'extension du domaine du droit de rétention puis sa limitation, prône finalement sa suppression totale, laquelle devrait nécessairement s'accompagner d'une refonte du classement des créanciers¹³¹.

¹³¹ LEGEAIS D., « Droit de rétention - Quel avenir pour le droit de rétention ? », *op. cit.*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE I.	4
UNE DÉNATURATION DU DROIT DE RÉTENTION À L'AUNE D'UNE ÉVOLUTION DE SON CHAMP D'APPLICATION	4
<i>CHAPITRE I. L'élargissement du domaine du droit de rétention</i>	<i>4</i>
Section I. L'objet du droit de rétention : des choses corporelles aux choses incorporelles	6
I. L'admission ponctuelle de droits de rétention sur des choses incorporelles	6
II. L'existence d'un pouvoir de blocage effectif	9
Section II. Les caractères de la détention : du pouvoir de blocage effectif au droit de rétention fictif	11
I. L'admission de droit de rétention sans détention matérielle du bien : l'exemple du gage de véhicule automobile	11
II. Une généralisation regrettée par la loi de modernisation de l'économie	12
<i>CHAPITRE II. La dénaturation du droit de rétention</i>	<i>19</i>
Section I. Un accroissement des incertitudes quant à la nature du droit de rétention ..	19
Section II. Une détermination malaisée des fondements du droit de rétention fictif ...	23
I. Une absence critiquable de connexité entre la détention de la chose et la créance garantie	23
II. Une mesure de politique juridique	25
PARTIE II.	28
LE REGIME LACUNAIRE DU DROIT DE RETENTION FICTIF	28
<i>CHAPITRE I. Le régime incertain de la rétention fictive de la chose du débiteur in bonis</i>	<i>28</i>
Section I. Les prérogatives limitées du créancier rétenteur fictif	28
I. L'opposabilité du droit de rétention fictif.....	29
II. Un pouvoir de blocage limité à la réalisation du bien par les autres créanciers du débiteur	30
Section II. Un régime aux incidences regrettables	32
I. Un déclin des sûretés préférentielles	32

II. Une multiplication des conflits de droits de rétention sur un même bien	33
A. Conflit entre rétention matérielle et rétention fictive	34
B. Conflit entre plusieurs droits de rétention fictifs.....	35
<i>CHAPITRE II. Le régime propre de la rétention fictive de la chose du débiteur en</i>	
<i>procédure collective.....</i>	<i>36</i>
Section I. Les cas d'inopposabilité du droit de rétention fictif	37
I. Le domaine de l'inopposabilité.....	37
A. Champ d'application de l'inopposabilité selon la procédure ouverte	37
B. Champ d'application de l'inopposabilité dans le temps.....	38
C. Champ d'application <i>rationne personae</i>	39
1. Les créanciers subissant l'inopposabilité.....	39
2. Les parties jouissant de l'inopposabilité.....	39
II. Le régime de l'inopposabilité	40
A. Les effets de l'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en	
possession	40
B. L'utilité de l'inopposabilité du droit de rétention du gagiste non mis en	
possession	41
Section II. Les cas d'opposabilité du droit de rétention fictif.....	42
I. Le domaine de l'opposabilité.....	42
A. Champ d'application de l'opposabilité selon la procédure ouverte	43
B. Champ d'application <i>rationne personae</i>	45
1. Les créanciers jouissant de l'opposabilité.....	45
2. Les parties subissant l'opposabilité.....	45
II. L'efficacité relative du régime de l'opposabilité du droit de rétention.....	46
A. Une opposabilité séduisante en théorie	46
B. Une opposabilité relative en pratique.....	47

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- BOURASSIN M., BREMOND V., *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., Editions Dalloz 2007, 2020
- CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S., PETEL P, *Droit des suretés*, 10^{ème} ed., LexisNexis, 2015
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 14^{ème} ed., Presses Universitaires de France, 2022
- DAGOT M., *Les sûretés*, 1^{ère} ed., Presses Universitaires de France, 1981
- LEGEAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, 14^{ème} édition, LGDJ, 2021
- ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 3^{ème} ed., Editions Litec, 1992, p. 574

THÈSE

- MAZELIE J., « Du droit de rétention, en droit romain et en droit français », Thèse pour le doctorat, Université de droit de Toulouse, 1968

ARTICLES DE DOCTRINE

- AUCKENTHALER F., « NANTISSEMENT DE COMPTE-TITRES », JCL. Banque – Crédit – Bourse, 30 juin 2020, Fasc. 2130
- AYNES A., « La consécration légale des droits de rétention », D. 2006, p. 1301 et s.
- AYNES A., « Loi de sauvegarde - L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », Rev. proc. coll. , avril 2008, n° 2, étude 13
- AYNES A., « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », JCP G, 25 févr. 2009, n°9, doctrine 119
- BORGA N., « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », RD banc. fin., mai 2009, n° 3, étude 20
- BUSINE O., « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », Rev. proc. coll. nov. 2011, n°6, étude 31
- CROCQ P., « Gage - Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », Cah. dr. entr., 4 juillet 2009, n°4, dossier 21
- DAMMAN R., PODEUR G., « Le nouveau paysage du droit des sûretés, première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », D. 2008, Chron. 2300 s.

- DELBECQUE P., SIMLER P., « Droit des sûretés », JCP E, 9 juin 1994, n°23, 365
- DERRIDA F., « La « dématérialisation » du droit de rétention », Mélange VOIRIN P., p. 177
- Le CORRE P.-M., « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4° du code civil aux créanciers gagistes sans dépossession », JCP E, 19 févr. 2009, n° 8 et 9, p. 1204 et s.
- Le CORRE P.-M., « Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », LPA, 11 févr. 2011, n° PA201103012, p. 68 et s.
- Le CORRE P.-M., DAMMANN R., PODEUR G., « Le droit de rétention fictif au cœur de tous les débats », BJE juill. 2011, n° JBE-2011-0103, p. 227 et s.
- LEGEAIS D., « Droit de rétention - Quel avenir pour le droit de rétention ? », RD banc. Fin., sept. 2014, n°5, dossier 42
- LUCAS F.-X., « Absence de droit de rétention pour les gages sans dépossession antérieurs au 6 août 2008 », LEDEN févr. 2011, n° EDED-411030-41102, p. 6
- MARMAYOU J.-M., « PRIVILÈGES. - Droit de rétention. Notion et domaine d'application », JCl. Civil Code, 12 novembre 2013, Fasc. 10
- MARMAYOU J.-M., « PRIVILÈGES. – Droit de rétention. Régime », JCl. Civil Code, 9 décembre 2013, Fasc. 20
- MARTIAL-BRAZ N., « Grandeur et décadence du droit de rétention », RLDC, avril 2011, n° 81, étude 4205, p. 29
- MIGNOT M., « Nantissement de créance - L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006- 346 du 23 mars 2006 », RD banc. Fin., Janv. 2010, n°1, étude 2
- PEROCHON F., « À propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », Gaz. Pal., 10 mars 2009, n° 69, p. 3 et s.
- PIEDELIEVRE S., « Le nouvel article 2286 4° du code civil », D. 2008, p. 2950 et s.

CONCLUSIONS

- LIEBER S.-J., conclusions n°322315, séance du 27 mai 2011, Lecture 8 juin 2011

JURISPRUDENCE

Cour d'appel :

- CA Dijon, 17 mars 1992, 1992-03-17

- CA Versailles, 20 janvier 2011, 09/07588

Cour de cassation :

- Cass. civ. I, 7 janvier 1992, 90-14.545, Publié au bulletin
- Cass. com., 15 janvier 1957, D. 1957, J. 267
- Cass. com., 11 juin 1969, Publié au bulletin
- Cass. com., 8 février 1994, 92-14.484, Publié au bulletin
- Cass. com., 20 mai 1997, 95-11.915, Publié au bulletin
- Cass. com., 9 juin 1998, 96-12.719, Publié au bulletin
- Ccass. civ. III, 16 décembre 1998, 97-12.702, Publié au bulletin
- Cass. com., 4 janvier 2005, 02-10.511
- Cass. civ. I, 24 septembre 2009, 08-10.152, Publié au bulletin
- Cass. com., 26 novembre 2013, 12-27.390, Inédit
- Cass. com., 30 janvier 2019, 17-22.223, Publié au bulletin
- Cass. civ. II, 2 juillet 2020, 19-11.417 et 19-13.636, Publié au bulletin

RAPPORT AU PRESIDENT

- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

SOURCES NORMATIVES

Ordonnances :

- Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés
- 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

Lois :

- Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

Décrets :

- Décret n°53-968 du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles
- Décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution